

**REALIDAD JURÍDICA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN
COLOMBIA.**



VICTOR IVAN GOMEZ PEREZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTA D.C.
2004.**

**REALIDAD JURÍDICA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN
COLOMBIA.**



VICTOR IVAN GOMEZ PEREZ

**Proyecto de grado para optar al título de
abogado**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTA D.C.
2004.**

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|-----------------------------------------------------------------------------|-------------|
| INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| CAPITULO I. | |
| DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN GENERAL | |
| 1. GENERALIDADES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO..... | 14 |
| 1.1 ORIGEN..... | 14 |
| 1.2 CONCEPTO..... | 17 |
| 1.3 CLASIFICACIÓN DEL COMERCIO ELECTRONICO..... | 20 |
| 1.4 IMPORTANCIA E INCIDENCIAS EN LA VIDA MODERNA..... | 24 |
| 2. REGULACIÓN LEGAL..... | 26 |
| 2.1 TRATAMIENTO INTERNACIONAL..... | 26 |
| 2.2 TRATAMIENTO LEGAL EN COLOMBIA..... | 38 |
| CAPITULO II. | |
| DEL CONTRATO ELECTRÓNICO | |
| 1. GENERALIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO..... | 41 |
| 1.1 CONCEPTO..... | 41 |
| 1.2 PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS..... | 43 |
| 2. EL CONTRATO ELECTRÓNICO EN PARTICULAR..... | 49 |
| 2.1 ETAPAS EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO..... | 49 |
| 2.2 ELEMENTOS Y REQUISITOS CONTRACTUALES..... | 55 |
| 3. REGULACIÓN LEGAL EN COLOMBIA..... | 64 |
| 3.1 BREVE RESEÑA DE LA LEY 527 DE 1999..... | 65 |
| 3.2 FINALIDAD Y PRINCIPIOS APLICABLES DE LA LEY 527 DE 1999..... | 66 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 3.3 MENSAJES DE DATOS..... | 71 |
| 3.4 FIRMA DIGITAL COMO MEDIO DE PRUEBA Y SU FUNCIONAMIENTO..... | 74 |
| 3.5 ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN Y SU CLASIFICACIÓN..... | 83 |
| 3.6 CONSIDERACIONES PERSONALES..... | 87 |
| CAPITULO III. | |
| EL CONSUMIDOR EN LA RED. | |
| 1. DEL CONSUMO EN GENERAL..... | 90 |
| 1.1 EL DERECHO DE CONSUMO Y EL CONSUMIDOR..... | 90 |
| 1.2 ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DEL CONSUMO..... | 93 |
| 1.3 PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA..... | 94 |
| 2. EL CONSUMIDOR VIRTUAL..... | 99 |
| 2.1 EL CONSUMIDOR EN LA RED..... | 99 |
| 2.2 ASPECTOS IMPORTANTES PARA LOGRAR UNA NORMATIVIDAD QUE PROTEJA ADECUADAMENTE AL CONSUMIDOR..... | 109 |
| 2.3 CONSIDERACIONES PERSONALES..... | 118 |
| CONCLUSIONES..... | 123 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 125 |

INTRODUCCIÓN

En la última década del siglo pasado se dio un desarrollo creciente gracias al uso de la tecnología informática, éste ha tocado gran parte de los aspectos de la vida contemporánea. Desde el entretenimiento hasta las más complicadas negociaciones se han visto influenciadas por ésta tendencia global que significa el Internet, tanto el sector público y el sector privado se han tenido que ajustar a las exigencias de la nueva tendencia que ha transformado la humanidad.

“Internet”, una palabra relativamente nueva en nuestro vocabulario, pero de tal relevancia que muy pocos se atreverían a afirmar que su papel en nuestra sociedad moderna no es determinante; Hoy hablamos de una sociedad de la información, de una ciber-sociedad que hace que el mundo parezca una aldea.

La comunicación circunscrita a las redes telefónicas la cual fue protagonista durante décadas, se ve hoy desplazada por la estructura abierta y de finalidad múltiple de las redes soportadas en la transferencia de paquetes de datos. Con lo anterior del tradicional esquema de transmisión de la información en el cual se contaba con un sólo emisor y muchos receptores, tal y como se puede apreciar en prensa, revistas, radio y televisión sólo por citar algunos ejemplos, se pasa a un nuevo concepto en el cual el individuo cumple múltiples funciones y participa vivamente en los procesos.

En fracciones de segundo el mundo virtual realiza toda serie de actividades que son imprescindibles para las nuevas generaciones; estas actividades pueden ser tan variadas y nos muestran los innumerables usos que puede brindar la tecnología a nuestra forma de vida. La versatilidad de la red es casi infinita, puede incluir desde el entretenimiento más banal, hasta millonarias transacciones con solo oprimir un botón. La realidad es que nuestra sociedad contemporánea se está edificando sobre las bases que brinda la red, razón por la cual resulta difícil pensar lo que sucedería sin ella.

El mundo de los negocios no ha sido ajeno a esta revolución, los tiempos del Imperio Romano en donde un negocio se hacía siguiendo un ritual que constituía una parafernalia casi teatral han quedado enterrados para siempre. En la actualidad, los negocios se pueden llevar a cabo en tiempo real sin la presencia física de los celebrantes, incluso sin que siquiera se conozcan.

Internet, es el eje que soporta el comercio electrónico y puede ser descrito como un conjunto de redes de carácter mundial que se encuentran interconectadas y logra que la comunicación se realice de manera simultánea desde un ordenador participante en el conjunto de redes a otros ordenadores que participan en este conjunto. Al hablar de Internet nos referimos a un sistema global de información el cual se encuentra ligado por un único espacio de direcciones basado en el protocolo de Internet descrito por las siglas en inglés (IP) o con otros protocolos compatibles con (IP).

El Internet, actualmente, no sólo permite recolectar información, procesarla, almacenarla, recuperarla y comunicarla en grandes cantidades, sino también se constituye la celebración de diversos actos con evidentes consecuencias jurídicas dentro de las operaciones que se realizan.

Esta nueva corriente basada en la tecnología informática, crea una nueva modalidad mercantil conocida en el mundo como e-commerce, lo cual ha demostrado ser un agilizador de las relaciones mercantiles. Por este motivo el incremento de esta modalidad comercial ha sido sorprendente, pero se hace necesario que se fijen unos lineamientos claros para evitar la incertidumbre jurídica¹ que trae consigo esta novedosa modalidad negocial, especialmente en lo que respecta a la validez jurídica de la información presentada en forma diferente al documento escrito.

¹ ZAPATA DE ARBELAEZ Adriana, Comercio Electrónico, Colección Memorias, Publicación Universidad Externado de Colombia, 2002, Pág. 148. Manifiesta con respecto a las preocupaciones que rondan el tema del comercio electrónico “La Unión Europea no ha estado exenta de las preocupaciones recurrentes que rondan nuestro tema: confidencialidad, seguridad, imparcialidad, inmutabilidad del mensaje original, autenticidad, protección a la propiedad intelectual.”

Sin duda aspectos como la economía, la eficacia y la eficiencia que ofrece la red han provocado que los comerciantes cambien algunas de sus tradiciones mercantiles para dar cabida al comercio electrónico (e-commerce), que hace referencia a las operaciones comerciales soportadas en sistemas de procesamiento y transmisión de datos. El comercio electrónico es considerado como un cambio en los hábitos comerciales, en la forma de realizar negocios, constituyéndose como un elemento esencial para el crecimiento económico mundial.² De esta tendencia no se ha escapado el comercio internacional, el cual de igual manera se ha visto avocado a ajustar la práctica mercantil internacional a las nuevas propuestas que el uso del Internet plantea.

El Internet que hoy conocemos, comenzó con aplicaciones diferentes a las mercantiles, tales como la militar y la financiera. Hoy, es un espacio creciente del comercio de bienes y servicios. Esta nueva forma de comercio ha sido constitutiva de actos con trascendencia jurídica y a la cual no puede el derecho tratar con indiferencia.

Los albores del Internet se remontan a la década de los sesenta, en los Estados Unidos donde se desarrolló un sistema de comunicaciones a través de una interconexión de computadores a una red descentralizada. En efecto, en agosto de 1962, J.C.R Licklider³, quien era jefe del programa de investigación del ordenador o computador Advanced Research Projects Agency (ARPA) escribió en torno a la “red galáctica”, que está constituida por un conjunto de computadores conectados recíprocamente, el cual haría posible el rápido acceso a datos y a programas desde cualquier sitio. Posteriormente, pero no mucho después aparecerían Lorenzo Roberts y Thomas Merrill quienes se dieron a la tarea de conectar un equipo de cómputo desde un punto distante con otro equipo ubicado a varios miles de kilómetros del primero. El resultado fue una comunicación lenta por medio de línea telefónica de marcación manual, pero lo realmente importante de este

² GUTIERRES GOMEZ María Clara, Internet Comercio Electrónico y telecomunicaciones, Universidad de los Andes facultad de Derecho, Editorial Legis S.A., Primera Edición, 2002, pág. 177

³ LICKLIDER J.C.R del Massachusetts Institute of Technology (MIT) escribió acerca del Networking o Trabajo en Red.

acontecimiento es que se generó un diálogo entre los equipos interconectados; este hito da vida al DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency) en 1966, pero sería la Agencia Americana para la planeación e investigación avanzadas del pentágono quien comienza a darle dimensión al concepto estructurado por los investigadores mencionados, con ayuda de ellos se crea ARPANET en el año de 1969⁴, en donde realmente se gesta el concepto de computadores en red.

El objetivo de este proyecto que nace bajo el amparo del concepto de seguridad nacional y con un enfoque eminentemente militar, era el de establecer una red informática que pudiera redirigir la información en forma automática. La información se transportaría segmentada para así evitar correr riesgos con la misma. Los protocolos iniciales de ARPANET eran de muy baja velocidad y frecuentemente colapsaban. Lo cual hacía imperioso crear un protocolo estándar para la transmisión de los datos y control por Internet conocido por la sigla (TCP-IP). Este tipo de protocolos de carácter abierto permiten la interconexión de diferentes tecnologías, adicional a esto estos protocolos abiertos permiten que la comunicación entre computadores se abarate y se simplifique.

El ARPANET como proyecto se divide en la década del ochenta, se da una aplicación orientada a la investigación y el desarrollo impulsada por la Fundación Nacional para la Ciencia cuya finalidad era eminentemente académica y científica⁵ que pretendía interconectar universidades y otros centros del conocimiento; por otro lado se continuó con la aplicación militar con la que originalmente fue concebida, llamada MILNET que estaría destinada a seguir adelante como una red militar de carácter no clasificado.

En la década de los noventa el Internet se difundió a través de World Wide Web o Web que estaría destinada a convertirse en la herramienta comúnmente usada para presentar la

⁴ PEÑA VALENZUELA Daniel, Aspectos legales de Internet y del comercio electrónico, pag. 16.

⁵ El uso académico y científico de esta tecnología marcaría una nueva tendencia en los sectores académicos y científicos en los años venideros. La tecnología y la ciencia avanzarían al mismo ritmo en que se dan los intercambios de información y se hace masivo el uso de este concepto.

información en Internet.⁶ Con la mayor influencia del Internet en el comercio se inició una discusión legal que no podría ser postergada; se plantearon problemas como los nombres de dominio y las marcas, violaciones a la privacidad, delitos informáticos entre otros. El aprovechamiento comercial y económico del Internet sería impulsado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos quien se encargaría de inyectarle dinámica a la creciente tendencia mundial.

Se comenzaron a utilizar soluciones técnicas para aspectos tan vitales de la negociación como la identificación de los destinatarios; así se hizo posible la prestación de servicios a través de la web, servicios tales como: Correo electrónico, mensajes de un destinatario a otro, mensajes de múltiple recepción, comunicación en tiempo real con voz, escritura y video también conocido como “Chat”, motores de búsqueda de información son algunos de los servicios aplicados a la nueva tecnología.

De acuerdo con lo breve reseña histórica hasta ahora expuesta, Sin lugar a duda el uso del Internet, ha transformado los conceptos mercantiles tradicionales, constituyéndose en una herramienta indispensable para el nuevo marketing empresarial de gran valor para la conquista de nuevos mercados con un número insospechado de consumidores. El mercado virtual de bienes y servicios es enorme, muchos analistas que en principio subestimaron el poder del comercio electrónico, hoy en día no tienen más remedio que retractarse ante la contundencia que acompaña el desarrollo de esta reciente modalidad mercantil.

Se calcula que el que la economía de Internet movió en el año de 1999 la impresionante cifra de 507.000 millones de dólares, al finalizar el año y se estima que al menos 171 millones de personas se encuentran interconectadas a Internet alrededor del mundo.⁷

Puede afirmarse que el comercio internacional se enfrenta a una paradoja. Por un lado se presenta un festín de oportunidades nunca imaginadas que trae consigo la globalización de

⁶ PEÑA VALENZUELA Daniel, Op. Cit., Pág. 19

⁷ Diario El Tiempo, lunes 8 de noviembre de 1999. Según información obtenida de un estudio realizado por la universidad de Texas, el cual fue encargado por la firma Cisco System.

los mercados y la otra cara hace referencia a la mutación constante a la que se enfrentan los participantes de este entorno que se transforman intensamente competitivos.

En este cambio de entorno las empresas y los Estados han tenido que internacionalizarse para dar respuesta a la demanda de los mercados y globalizar sus ofertas para poder conseguir economías a escala que permitan alcanzar el mayor número de consumidores.

El Internet es hoy un espacio de expresión del individuo donde confluyen a diario millones de personas naturales y jurídicas de carácter público o privado. Este espacio de expresión sin fronteras ni límites donde se percibe una amplia libertad para el individuo y es por éste mismo conjunto de libertad, actualidad e importancia que encierra la red que surge la necesidad de una regulación jurídica. Esta actividad al igual que las demás actividades que el derecho se ha encargado de regular debe contener lineamientos claros para preservar el orden y evitar caos. Con el cambio, es deber del mundo jurídico regular un aspecto tan fundamental en la vida cotidiana contemporánea, amoldando principios y postulados tradicionales a las exigencias que consigo trae el cambio. Las soluciones a esta coyuntura no podían hacerse esperar, es por eso que se crean nuevos criterios o reformar los actualmente existentes, con el fin de dar respuesta a la nueva dinámica contractual.

Como resultado de la incertidumbre jurídica originada por esta forma de comercio, se inició en diferentes foros internacionales un análisis de la manera como se llevan a cabo estas negociaciones. El fin de este análisis fue el de buscar que las partes contractuales contaran con la seguridad y certeza necesaria para generar obligaciones y vínculos similares a los originados en la practica mercantil tradicional.

Sin duda, el comerciante del nuevo siglo encuentra en el Internet más que un aliado, una herramienta vital para cumplir con sus cometidos. El hecho de contar con facilidad de acceso, una comunicación rápida y precisa de la información, y a costos muy bajos ha provocado que esta práctica se generalice cada vez más en nuestro medio, inclusive en los

llamados países no industrializados, donde no es de sorprender que se evidencien muestras de esta nueva práctica comercial.

Nuestro país no ha sido ajeno a la tendencia que orienta el comercio en la actualidad, los establecimientos de comercio se han adecuado para complacer a la creciente población que visita la red y encuentra desde una canasta básica de víveres hasta un automóvil a la medida del cliente.

En materia legislativa Colombia se ha tratado de adecuar a los estándares internacionales en materia de comercio electrónico, bajo este marco se expide la ley 527 de 1999 que junto con su decreto reglamentario 1747 de 2000, busca ajustar el ordenamiento interno a las tendencias jurídicas internacionales. Fundamentada en los principios que postula la ley de comercio electrónico de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante *CNUDMI*. No obstante el esfuerzo que se ha realizado en nuestro país por disminuir la incertidumbre jurídica generada por esta práctica comercial, han surgido cuestionamientos debido a la falta de concordancia con las estructuras jurídicas tradicionales bajo las cuales se ha desarrollado el comercio.

Existen en consecuencia gran cantidad de leyes y tratados internacionales en diferentes lugares del mundo que llevan como signo distintivo una carencia jurídica para tratar la evolución del comercio dada por los avances en la tecnología.

En este estudio buscaremos valorar el alcance jurídico de las normas que regulan el comercio electrónico en nuestro país y si estas normas se encuentran adecuadas a las exigencias Internacionales, y a los parámetros dados por legislaciones mucho más avanzadas y especializadas en el tema. Analizaremos de igual manera nuestro panorama frente a la inminente popularización mundial de ésta modalidad contractual, de igual forma el papel que tiene el consumidor en este proceso, así como una valoración sobre la importancia que conlleva una reglamentación clara y transparente sobre el particular que de a los usuarios certeza en sus relaciones jurídicas.

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946.

CAPITULO I.

DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN GENERAL

1. GENERALIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

1.1 ORIGEN.

El comercio electrónico, es producto del siglo XX, existe desde hace varios años y en sus inicios se manejó a través de redes particulares dirigidas por códigos o cuadernos de dicha naturaleza en el contexto de EDI (Electronic Data Interchange). No obstante la aparición del Internet ha catapultado el campo de acción del comercio electrónico en forma definitiva.

El siguiente cuadro comparativo nos muestra las novedades que trajo para el comercio electrónico el uso del Internet, como canal de ésta modalidad:⁸

| E-commerce Tradicional | E-commerce en Internet. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none">• Comerciantes – Comerciantes únicamente• Mercado cerrado (clubes privados) especialmente industriales.• Redes privadas de uso restringido• Clientes conocidos• Sistemas de seguridad son parte del diseño de la red• El mercado es un club• Carácter centralizado | <ul style="list-style-type: none">• Comerciantes – comerciantes Comerciantes - consumidores Comerciantes – administración Pública Usuarios – usuarios• Mercado abierto con ilimitados actores.• Redes publicas de uso ilimitado• Clientes conocidos y desconocidos• Sistemas de seguridad por implementar• La red es el mercado• Carácter descentralizado |

⁸ DICKIE John, Internet and Electronic Commerce Law in the European Union. Hart Publishing, Oxford, Oregon – Portland, 1999, pag. 2

El nacimiento del comercio electrónico como modalidad contractual no se encuentra atado al Internet ya que existen otros canales como pueden ser EDI⁹ o el Intranet¹⁰, el Internet lo que hace es popularizar esta modalidad ya que el uso del canal es masivo y de carácter abierto. Una nota característica del EDI es que los mensajes de datos que lo estructuran son previamente acordados y estandarizados entre las partes que participan con el fin de manejar un idioma común, una garantía de continuidad, un uso generalizado, una mayor accesibilidad y una minimización de la posibilidad de error¹¹.

Esto hace que el desarrollo del EDI sea lento, ya que las empresas adaptan cambios organizacionales tanto a nivel externo como interno. Con el fin de bajar costos y de facilitar el uso del EDI. En 1995 se llevó a cabo la conversión de un mensaje EDI dentro de un mensaje de Internet.¹²

El comercio electrónico es una aplicación en el Internet; gracias a la World Wide Web como se le conoce también a la Internet, se da un espacio comercial dentro de la red que se encuentra conformada por un gran número de paginas de Internet o web sites. Los usuarios solicitan una transferencia de información (datos) ubicados en un lugar determinado de la red, que a su vez se encuentran definidos por una dirección IP¹³. La finalidad del Internet es básicamente la transmisión de datos o de información en general de tipo digital entre computadores interconectados.

El negocio electrónico, entonces, tuvo un gran impacto en las actividades cotidianas de nuestra sociedad ya que las dotó de gran agilidad y dinamismo, transformada como

⁹ EDI (Electronic Data Interchange) hace alusión a un sistema cerrado, sin embargo podría hablarse también de un sistema abierto, el cerrado hace referencia al intercambio de datos electrónicos llevado a cabo entre un grupo de participantes limitado este intercambio se realiza preponderantemente a través de redes privadas. Fue muy popular en la comunicación entre empresas o comercio electrónico B2B.

¹⁰ Es una red de carácter privado que se funda en los mismos principios tecnológicos del Internet, pero se refiere al uso de un grupo determinado.

¹¹ IAC, es una asociación empresarial colombiana de carácter privado que establece y promueve el uso y la implementación de estándares globales y abiertos de identificación y comunicación. Véase EDI en Internet en www.iacolombia.org

¹² ARBELAEZ HERRERA Norma Constanza, Comercio Electrónico y mensaje de datos, Criterio Jurídico, Pontificia Javeriana de Cali, Vol. 1 num. 1, Artes gráficas del Valle Ltda., Pág. 68, 2001, Cali.

¹³ IP siglas en Inglés que designan protocolo de Internet.

resultado de la aparición de la sociedad de la información, en donde aparecen nuevas bases de riqueza, inimaginables por los analistas de la década inmediatamente anterior. El conocimiento, la propiedad intelectual y la creación informática serían las variantes que determinarían la aparición de los nuevos millonarios. Una riqueza que no encuentra su fundamento en la tradicional posesión y transformación de materias primas, la competitividad de las naciones se mueve cambiando su óptica cuya base actual es la educación y la cultura del conocimiento.

La actividad comercial ha sido una constante en el desarrollo del Internet en los últimos años. Las famosas *puntocom* que emergían como negocios milagrosos y revolucionarios diseñados para la red fracasaron por diversos motivos dentro de los cuales podemos señalar, el manejo alejado de las reglas económicas tradicionales, la especulación de los mercados que llevó al fracaso a la primera etapa de estas empresas dedicadas al negocio electrónico y un sobrestimado del consumo virtual, debido a que se pensó que el consumo tradicional sería totalmente desplazado por esta nueva modalidad, tal es el caso de los libros de papel sobre los cuales se llegó a especular que morirían para dar entrada a los libros electrónicos, nada más lejos de la realidad, pero este fracaso no significa el fracaso de un modelo, lo que realmente simboliza es un reordenamiento que se da como consecuencia natural del surgimiento descontrolado y eufórico de miles de empresas en el negocio digital.

De la euforia se pasó a una nueva visión de empresas tradicionales que fueron encontrando en el Internet un efectivo canal de mercadeo y distribución de sus productos y servicios. En esta etapa, el comercio electrónico deja de verse como algo revolucionario y de moda a encajar mejor dentro de los estándares un poco más tradicionales de negocio. Se convirtió en una herramienta particularmente útil para lograr una mayor interactividad en la relación clientes – empresas y un mejoramiento en el servicio brindado al cliente. Las empresas usaban en asenso los medios electrónicos para consolidar su cadena de distribución y suministro integrándose vertical y horizontalmente con otras organizaciones del mercado.

Con el crecimiento del uso del Internet en fines comerciales se inicia en el mundo una corriente de intelectuales que se interesan en el examen del desarrollo de estas relaciones de carácter mercantil. Es precisamente bajo este marco que se organizan foros y congresos internacionales, orientados a buscar que estas relaciones emergentes contaran con la certidumbre suficiente para generar derechos y obligaciones entre las partes participantes, vínculos jurídicos plenamente identificables en el campo tradicional.

Partiendo de la idea que dado el carácter mercantil del comercio electrónico, se estaba frente a una nueva etapa de celeridad en las relaciones entre comerciantes, etapa que jurídicamente se encontraba en el limbo, debido a los planteamientos no resueltos, ni reglados que tenían que ver con la validez del los mensajes de datos y la información presentada de manera diferente a al escrito tradicional, la confidencialidad, la originalidad de los mensajes y su inmutabilidad, aspectos generadores de duda, que no daban certeza a los temerosos consumidores ni demás participantes que veían como a través de esta modalidad de comercio podían quedar desprotegidos y sin herramientas jurídicas para enfrentar dificultades negociales. Es precisamente por estos señalamientos que surge necesidad imperiosa de reglarla para dar seguridad jurídica, que se reflejará en confianza entre los comerciantes y no comerciantes que participaban de este tipo de negocios. Se pensó, y no sin razón, que haciendo del comercio electrónico una opción segura y digna de confianza se daría un uso masivo de esta alternativa comercial.

Bajo este marco se inició el estudio de esta modalidad comercial adelantada por organismos internacionales que pretendían la minimización del riesgo que generaba la incertidumbre y la falta de reglamentación anteriormente señalada que permanecía sin solución a pesar del uso de la creciente tecnología informática en materia mercantil.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas conocida mundialmente por las siglas ONU, requirió a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional-*CNUDMI*¹⁴ para que redactara una normatividad que regulara el tema del comercio electrónico, y cumpliendo tal cometido, fue proferida la Resolución 51/162 de 1996 que aprobó la Ley Modelo de Comercio Electrónico con la finalidad de servir de marco de referencia para que los países pudiesen adaptar la legislación a su entorno. Cabe aclarar que la pretensión de esta Ley, lejos de ser la de convertirse en modelo o estándar para los estados, o de presentarse como una especie de tratado que debe ser sometido a su aprobación, fue la de contribuir al desarrollo de cuerpos legislativos armónicos que facilitaran las relaciones internacionales entre los Estados y los particulares en relación con el uso de tecnologías electrónicas.

1.2 CONCEPTO.

El comercio electrónico es sin lugar a duda un instituto de gran amplitud, pues involucra una gran cantidad de factores y variantes. A continuación exponremos algunas de las definiciones brindadas por la doctrina que consideramos más ajustadas a los rasgos del comercio electrónico o que de una u otra forma puedan resultar polémicas o innovadoras.

Para el español Carlos Vattier Fuenzalida¹⁵ “... los contratos electrónicos son los que se celebran mediante el llamado dialogo de ordenadores, el cual discurre entre el ordenador del emisor y el ordenador del receptor a través de una red telemática binaria interactiva de operadores intermedios, cuya más lograda expresión actual es la popular red Internet.”.

En opinión de la autora Argentina Andrea Viviana Sarra¹⁶ por comercio electrónico debemos entender “... es un concepto amplio que involucra cualquier transacción comercial

¹⁴ **CNUDMI**, también conocida como **UNCITRAL** por sus siglas en ingles (United Nations Comision on International Trade Law) creada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución el 17 de diciembre de 1966 con el fin de impulsar una unificación y armonización del derecho mercantil internacional teniendo en cuenta los intereses de los pueblos.

¹⁵ FUENZALIDA VATTIER Carlos, Instituciones del Derecho Privado – Contratación Contemporánea, Palestra editores Lima– Editorial Temis S.A. Bogotá, 2001, Pág. 20.

¹⁶ SARRA Andrea Viviana, Comercio Electrónico y Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, Pág. 271

realizada por medios electrónicos, es decir que incluiría medios tales como el fax, el télex, el teléfono, los EDI(Electronic Data Interchange) e Internet.”

Peet Jhon,¹⁷ define comercio electrónico en un sentido no tan amplio como el anteriormente expresado, “se refiere al comercio electrónico que efectivamente tiene lugar en el Internet usualmente cuando el comprador visita el sitio de Internet de un vendedor y hace allí una transacción”

Ernesto Rengifo García,¹⁸ define comercio electrónico, como: “...el intercambio de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Este intercambio de datos puede ser “multimedial” o consistir en imágenes, textos y sonidos.”

Melba Rocío Pérez T.,¹⁹ entiende el comercio electrónico “como la compra de productos o servicios por Internet; el intercambio de activos o cantidades entre entidades financieras, consulta de información con fines comerciales, en fin, una serie de actividades comerciales realizadas por medios electrónicos.”

El Autor David Kosiur²⁰ aproximándose a una definición más rica en cuanto a variantes nos expone el siguiente concepto: “Comercio Electrónico es un sistema que incluye no sólo aquellas transacciones que se centran en la compra y venta de bienes y servicios para generar ingresos, sino también aquellas transacciones que respaldan la generación de los ingresos, tales como la creación de la demanda para esos bienes y servicios, ofreciendo respaldo a las ventas y el servicio al cliente, o facilitando la comunicación entre socios de negocios”.

¹⁷ PEET Jhon, “Define and Shell”, artículo publicado en el semanario THE ECONOMIST, febrero 26- marzo 3 de 2000, Pág. 4

¹⁸ RENGIFO GARCIA Ernesto, Nuevos Retos del Derecho Comercial, Comercio Electrónico, Documento Electrónico y Seguridad Jurídica, Primera edición, Biblioteca Jurídica Dike, 2000, Pág. 212

¹⁹ PEREZ Rocío Melba, El contrato por medios electrónicos, Universidad Externado de Colombia , 2003, Pág. 151.

²⁰ KOSIUR David, Understanding Electronic Commerce. Redmon. Press. 1997. Página 4.

A su turno, la misma **CNUDMI**, nos propone una descripción de lo que considera comercio electrónico al señalar: *“El comercio Electrónico abarca 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. Las relaciones de índole comercial comprenden sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: Toda operación comercial de suministro o intercambio de servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial todo tipo de operaciones financieras, bursátiles o de seguros; de construcción de obras de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial y comercial, de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”*. Precepto que recoge la legislación colombiana.

Además de las definiciones doctrinales, existen algunas posiciones gubernamentales²¹ a propósito del comercio electrónico, como las que siguen:

El gobierno del Japón en el año de 1997, a través del ministerio de Comercio Internacional e Industria del Japón (MITI) expresó, a propósito del comercio electrónico: “Como resultado del rápido desarrollo de la tecnología de la información en los últimos años, ha comenzado a ser posible la incorporación del comercio electrónico, el cual ha transformado todos los tipos de actividad económica, desde el desarrollo y la manufactura hasta la gestión y la administración en información digital y todos los esfuerzos están encaminados a alcanzar esto en Japón como en el resto del mundo.”

El Gobierno del Canadá en un documento llamado “Electronic Commerce in Canadá: priority for action” expresó: “El comercio electrónico es la única conducción de actividades de negocios – Compra, Venta y Transacciones de todo tipo – por medio de comunicaciones

²¹ Definiciones citadas por Sarra Andrea Viviana, Comercio Electrónico y Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, Pág. 280 a 283

y tecnología de computadores. Incluye transacciones que se llevan a cabo por teléfono, fax, tarjeta crédito, tarjeta débito, EDI e Internet”

Los Estados Unidos de América en un documento del 13 de octubre de 1999, titulado “Measuring Electronic Business definitions, underlying concepts, and measuring plans” expresa: “Negocio electrónico es cualquier proceso que una organización lleva a cabo mediante una red de computadoras. Comercio electrónico es cualquier transacción completada mediante una red de computadoras e incluye la transferencia de la propiedad o de derechos de bienes o servicios. Las redes de computadoras son dispositivos de enlace electrónico que comunican interactivamente a través de canales de red.”

Atendiendo las conceptualizaciones antes citadas, cabe aclarar que el comercio electrónico no tiene como canal exclusivo el Internet, pese a ser el más popular, hay otros canales como lo mencionamos anteriormente, tales como el EDI, a través del cual se pueden realizar este tipo de operaciones. Por esa razón preferimos los autores que en su concepto no se limitan al Internet, al hablar de comercio electrónico, sino que también incluyen otros canales.

La cantidad de factores que involucra el comercio electrónico como los sociales, tecnológicos, económicos, gubernamentales entre muchos otros hace que pretender una definición completa del concepto nos lleve a consideraciones muy amplias y variadas.

En nuestro concepto por comercio electrónico debemos entender el conjunto de actividades de carácter mercantil que se desarrollan mediante la utilización de sistemas electrónicos de procesamiento de datos y de comunicación, sin que el acto esté precedido o sea necesario el contacto físico entre la parte oferente y la demandante.

1.3 CLASIFICACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

La doctrina ha clasificado el comercio electrónico dependiendo de los agentes económicos que en él participan, así:

- Comercio electrónico negocio a negocio (B2B).-

Esta modalidad de negocio hace referencia a la relación de intercambio de bienes y servicios entre empresas. Son negocios que tienen como característica preponderante la magnitud de las transacciones y en los cuales se justifica plenamente la existencia de certificados digitales y otros medios de autenticación.

El antecedente de estas negociaciones es el EDI, que al ser un sistema cerrado y seguro de transferencia de datos entre las empresas participantes provocó que el mundo jurídico no conociera de conflictos durante el uso de este canal. El uso de una plataforma abierta como el Internet trae como resultado que existan transacciones a través de mensajes de datos sin que existiese una acreditación previa y un total de los sujetos participantes de la transacción. Tal y como habría de esperarse comienzan a surgir conflictos entre las empresas en sus operaciones electrónicas, por este motivo surge la necesidad de crear una legislación para de seguridad a las operaciones, tarea que se convierte en una cruzada mundial, tal como lo expondremos más adelante.

- Comercio electrónico de empresa a consumidor (B2C).-

El origen de estas transacciones se remonta a la aparición del Internet, los pioneros de esta modalidad visualizaron que esta podía ser una forma rápida y cómoda de realizar transacciones sobre bienes de consumo masivo. Esta modalidad hace referencia a suministro de bienes y servicios a los consumidores por parte de las empresas participantes en el mercado. Principalmente con el uso del Internet, modalidad ampliamente conocida por quienes hacen uso de la red y frecuentemente la usan para satisfacer sus deseos de consumo.

- Comercio electrónico de consumidor a empresa (C2B).-

En esta modalidad es el consumidor quien realiza la transacción señalando a su vez las características de la misma. Un ejemplo de este tipo de operación se puede apreciar en el área del turismo particularmente en el campo de los tiquetes aéreos en donde es el consumidor quien elige destino fecha y elige el precio que desea pagar por el mismo.

- Comercio electrónico entre consumidores (C2C).-

Esta modalidad es muy popular entre los navegantes de la red quienes se aproximan a ella en busca de precios cómodos no siempre con la intención de adquirir un producto nuevo, pueden buscar un “second hand”, es decir, algo usado en buen estado. Esto se realiza a través de intermediarios, remates o martillos a través de los cuales los mismos consumidores realizan transacciones. Hay intermediarios muy populares como son e-bay.com y deremate.com, quienes cobran un porcentaje por el negocio realizado entre las partes y a su vez prestan un sistema regulatorio propio para este tipo de transacciones y el cumplimiento de las mismas.

El comercio electrónico concebido en el marco de redes abiertas, puede generar varias modalidades, las cuales están plenamente diferenciadas por la doctrina y tienen que ver con las mercancías o servicios que se transan y la manera de hacerlo, éstas son:

Comercio electrónico directo e indirecto. El directo se lleva a término totalmente por vía electrónica; va desde el pedido hasta el pago y la entrega en línea a gran escala de bienes y servicios intangibles. El mejor ejemplo de eso se plasma en la negociación de un software que se provee a través de la red. El indirecto por su parte hace referencia al pedido que se realiza a través de redes bien sea de tangibles o de intangibles, pero que se suministran por medio de los canales normales de distribución física.

Casi todos los esquemas de comercio electrónico anteriormente expuestos, incluyen dentro de su esquema a consumidores finales lo que conlleva unas implicaciones específicas en el mundo del derecho, ya que no es nuevo para las disciplinas jurídicas pues desde hace varias décadas se le ha otorgado una protección especial a los consumidores, formando un esquema de garantías, regulación sobre protección a los datos su intimidad, requisitos especiales para la formación del contrato, aspectos de vital importancia en el comercio y que serán tratados en detalle en un capítulo dedicado a este análisis.

Pese a las ventajas, hay regiones del mundo donde se encuentran grandes barreras para la proliferación y el desarrollo del comercio electrónico, La principal de todas es la ausencia de infraestructura, en donde se puede resaltar casos como el de Asia y América Latina, aún son zonas donde el comercio electrónico es incipiente, debido a la falta de infraestructura en telecomunicaciones.²² De igual forma la pobreza y la marginación son elementos que igualmente afectan el desarrollo del comercio electrónico. No podemos dejar fuera el aspecto de la seguridad al realizar este tipo de transacciones. La necesidad de seguridad y autenticación por medios electrónicos es un factor que se hace vital particularmente en nuestra cultura, donde se encarna una acentuada desconfianza comercial en comparación con muchos otros países donde es mucho menos notoria.

Teniendo en cuenta las diversas modalidades que han surgido con relación al comercio electrónico, es nuestro parecer que éste presenta un gran número de ventajas sobre el comercio tradicional de bienes y servicios, entre algunas de las más representativas resaltaremos las siguientes:

- Facilita una comunicación interactiva entre empresas y clientes, permitiendo conocer las tendencias futuras acerca de productos y servicios.
- Hace posible la penetración a mercados internacionales que hasta hace pocos años representaban una probabilidad remota para las empresas.
- Reduce significativamente los costos de comunicación.
- Acelera el proceso de distribución.
- La información obtenida facilita y optimiza los procesos al interior de las empresas, puede verse en una planeación más efectiva de la producción y un mejor control sobre los stocks.
- Ausencia de grandes barreras de entrada que permiten el nacimiento de organizaciones virtuales.

²² DAVIS Charles H., Emergence of electronic commerce in Spanish speaking Latin America, school of business, University of New Brunswick, April 1999.

- Sin duda el consumidor puede apreciar una gran oferta de bienes y servicios, y resulta ser un gran beneficiado al obtener una gran variedad y decidir el mejor precio, por lo que desea.

1.4 IMPORTANCIA E INCIDENCIAS EN LA VIDA MODERNA.

Nuestra sociedad contemporánea se caracteriza por la posibilidad que tienen los individuos de satisfacer sus requerimientos de entretenimiento e información, con solo hacer un click en el icono correcto. Las horas que pasamos frente a un computador conectado a la red, nos permite acceder a situaciones que unas décadas atrás sonarían imposibles.

Hoy y gracias a la red, podemos comunicarnos con personas de cualquier rincón del mundo, con gran velocidad y a muy bajo costo, podemos compartir ideas con grupos de personas en los llamados “chat rooms”, de igual manera tenemos la posibilidad de visitar centros comerciales enteros en catálogos virtuales para satisfacer nuestras necesidades sin movernos de nuestra casa, es así como a partir de este “sencillo” modelo de comercialización que la sociedad de la información esta moviendo diariamente millones de dólares en todo el mundo, constituyéndose sin duda en un factor jalonante de las economías.

El comercio electrónico se ha convertido en una tendencia global imprescindible particularmente para las nuevas generaciones y que encuentra gran movilidad en los países industrializados que se encuentran en gran medida familiarizados con el uso de las tecnologías de la información y el pago a través del uso de medios electrónicos, posible gracias a la implementación masiva del consumo a través del dinero plástico, practica que es muy insipiente en nuestras economías todavía en desarrollo.

En la práctica el uso del Internet como canal masivo para desarrollar el comercio electrónico, permite a los agentes económicos expresar su voluntad y así tener participación en los mercados electrónicos, de manera rápida y eficiente, en una época donde el mercado

ha tenido serias transformaciones como su tendencia a la globalización que se ve reflejada en la inclinación creciente de los empresarios en participar del intercambio internacional. En esta misma línea de crecimiento se encuentra el intercambio de los bienes intangibles como las patentes y los programas de computación de marcas correspondientes al know how²³, igualmente las transacciones electrónicas y el pago de servicios en red, así como el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en línea, lo cual apunta a un tema muy de moda en la actualidad del sector público al rededor del mundo, llamado e-government²⁴ (gobierno electrónico).

El e-government es una tendencia de amplias implicaciones políticas y de carácter democrático, sobre las cuales no es menester profundizar en esta valoración por lo extenso y complejo de su estructura y funcionamiento, lo que sí debemos resaltar es como los gobiernos dentro de este marco han incorporado las tecnologías informáticas para desarrollar una importante actividad relativa a las compras públicas.

Para Esteban Restrepo; “Las compras estatales electrónicas comprenden la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en todos los aspectos relacionados con la formación, ejecución y liquidación del negocio jurídico contractual cuando en el participa la administración pública o cuando su objeto consiste en la provisión de bienes públicos económicos.”²⁵ Las compras públicas que hace el Estado son de tal envergadura que estarían en capacidad de ser una acelerador de cualquier economía ya que en ellas se involucra diversos sectores de las cadenas productivas.

Nuestro país no es ajeno a este modelo en el año 2000, el gobierno nacional consciente de la importancia de las tecnologías informáticas de la comunicación, formuló una política

²³ Expresión en ingles que hace referencia al conocimiento, al saber o a las ideas.

²⁴ El e-government en palabras del profesor italiano Mario G. Losano es: “La aplicación de tecnología, siempre más moderna, a los eternos e irresueltos problemas del Estado y del derecho”

²⁵ Citado por Gutiérrez Gómez María Clara, Derecho de Internet y Telecomunicaciones, editorial Legis S.A., primera edición, 2003, Pág.53.

pública²⁶ sobre conectividad, que incorpora una completa estrategia para el desarrollo del gobierno electrónico.

2. REGULACIÓN LEGAL.

2.1. TRATAMIENTO INTERNACIONAL.

A partir de la década de los noventa se dio una tendencia en asenso en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la práctica mercantil internacional, adquiriendo una relevancia no imaginada, esto llevó a que diversas disciplinas se interesaran por el tema y los efectos jurídicos de esta nueva tendencia.

Teniendo en cuenta la influencia que en el derecho comercial ejerce el tema de las tecnologías de la información y el comercio electrónico diversos foros internacionales comenzaron a preocuparse por el tratamiento de estas novedades, con gran trascendencia para el mundo mercantil. Fundados en este interés común varios Estados y organizaciones internacionales se dieron a la tarea de desarrollar una reglamentación que apuntaba a disminuir la incertidumbre jurídica, generada en las transacciones electrónicas y brindar seguridad jurídica a estas operaciones comerciales.

2.1.1. LEY MODELO DE LA CNUDMI.

La Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional (*CNUDMI*)²⁷ se creó en busca de un crecimiento en las transacciones comerciales internacionales,

²⁶ La Agenda de Conectividad es una política de Estado presentada y aprobada por el Conpes mediante el documento 3072 del 9 de febrero de 2000 y su lanzamiento se realizó el 14 de marzo de 2000, con la coordinación de la Presidencia de la República.

particularmente en los países en desarrollo; lo anterior, se planteó a través de una política legislativa armonizadora y unificadora del derecho mercantil internacional.

Durante los últimos 25 años, la *CNUDMI* (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) ha dado cumplimiento a su misión de fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar obstáculos innecesarios, ocasionados por el derecho interno de los diferentes Estados que afecta en gran medida el desarrollo de un comercio internacional. En la *CNUDMI* colaboran 36 Estados de todas las regiones y de diferentes niveles de desarrollo económico, que han aportado al derecho internacional convenios internacionales, leyes modelo, reglamento de arbitraje y conciliación y guías de incorporación.

Dentro de este mismo marco se dan a la tarea de regular una tendencia que se vio crecer en la actividad mercantil, que se llamó comercio electrónico, actividad que se fundamenta en el intercambio de datos y almacenamiento de información que suplen en gran medida los métodos utilizados por el comercio tradicional.

Esta Ley Modelo de Comercio Electrónico aprobada por la CNUDMI, daría una guía a los Estados para lograr la consolidación de una legislación que regulara la tendencia mundial del comercio electrónico. El objetivo primordial de esta legislación fue el de elaborar un marco jurídico seguro, cuya incorporación al derecho interno de los Estados pudiera ser adecuada a su legislación, según su realidad y coyuntura, y que a su vez se constituyera en un instrumento internacional que funcionara en la interpretación de tratados y convenios entre naciones.

La ley Modelo de Comercio Electrónico fue aprobada por la *CNUDMI* el 16 de diciembre de 1996 en cumplimiento de su mandato de fomentar y velar por la armonización y la unificación del derecho mercantil internacional y como respuesta al cambio que se había

²⁷ El 17 de Diciembre de 1966, mediante resolución 2205, nace la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional conocida por sus siglas en español (CNUDMI).

dado en las comunicaciones entre las partes que recurrían a tecnología informática para desarrollar sus relaciones de negocios.

La Ley Modelo brinda a los países un texto normativo “guía” para la evaluación y modernización de algunos aspectos de sus propias prácticas negociales y de su normativa legal, pero este no es una área de trabajo reciente para la *CNUDMI*, desde 1984 la Comisión había señalado como prioritario el desarrollo de legislación en lo que tenía que ver con el uso de tecnologías de la información, en este año se estudiaron las consecuencias jurídicas del procesamiento de datos en el comercio internacional en un informe que se tituló “Aspectos jurídicos del proceso automático de datos”, donde se documentaban cuestiones jurídicas sobre el valor jurídico de la información informática.

En el año de 1985 la Comisión examinó el valor jurídico de los registros computarizados, y concluyó que un gran obstáculo para la implementación de la informática y las telecomunicaciones de terminal a terminal, se enraizaba en la necesidad de que los documentos estuviesen firmados o consignados en papel. Recomendación que el grupo decidió adoptar y sería una decisión de inmensa importancia para el desarrollo de la Ley de Comercio Electrónico.²⁸

El 12 de junio de 1996, la Comisión aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y su correspondiente guía de incorporación. A partir de este momento el grupo de trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos (EDI), que posteriormente sería llamado grupo de trabajo de comercio electrónico continuo estudió temas relacionados con el comercio electrónico y particularmente concentró esfuerzos en la elaboración de una reglamentación uniforme en el tema de las firmas electrónicas, el cual fue aprobado como Ley Modelo de Firmas Electrónicas en junio de 2001.

El ámbito de aplicación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico se encuentra plasmado en el Art. 1, éste dispone que se aplicará a toda información en forma de mensaje de datos

²⁸ Recomendación de 1985, aprobada por la Asamblea General en resolución 40/71 de diciembre de 1985.

utilizada en el contexto de actividades comerciales. Dentro de este concepto comercial que utiliza la ley se entienden incluidas todas las actividades comerciales insertando además las no contractuales. Este artículo continúa con una serie de definiciones, tendientes a dar claridad sobre conceptos que serán usados en adelante y cuya alta relevancia obligan a hacer referencia a ellos para lograr un mejor entendimiento. Dentro de estas definiciones encontramos la de “Mensaje de datos”, donde se dice que se trata de cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares.

Son pocos los países del mundo que se han atrevido a legislar sobre el tema del comercio electrónico, la gran mayoría de ellos han omitido este deber jurídico, posiblemente, debido a la poca incidencia que puede representar el tema dentro de su ámbito real y cotidiano.

Los principios generales²⁹ en que se basa la Ley Modelo de Comercio Electrónico son los siguientes:

- Facilitar el comercio entre los países y dentro de ellos
- validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información
- Fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información
- promover la uniformidad del derecho
- Apoyar las prácticas comerciales

Sin embargo, con el apoyo en algunos de los principios fundamentales de la Ley Modelo se brinda a los usuarios del comercio electrónico la posibilidad de solucionar y superar los obstáculos jurídicos que dificultaban la implementación de esta modalidad contractual. No había duda que estos parámetros formulados en esta Ley darían a los Estado herramientas para adaptar este modelo a su legislación interna, disponiendo así de un medio para

²⁹ Véase el desarrollo de estos principios generales, Reingifo García Ernesto, Op. Cit. Pág. 221

reconocer la validez de las transacciones electrónicas sin entrar en la tarea de negociar un convenio o tratado específico.

Así, esta ley modelo de la *CNUDMI* estaba cumpliendo con su finalidad, al elaborar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los diferentes Estados, y en el momento que ellos decidieran adecuar sus legislaciones, se encontrarán con una guía completa para la actualización de la legislación interna a las nuevas exigencias tecnológicas e igualmente servir como un faro internacional para la interpretación de los diferentes convenios o tratado que se pudieran presentar entre las naciones.

Es indudable la versatilidad de esta ley modelo muchos autores reconocen su acertado carácter de ley marco, la autora Argentina Andrea Viviana Sarra expresa: “Una de las recomendaciones básicas a los Estados que adopten esta ley modelo es la de dictar reglamentos que regulen detalladamente el empleo de las distintas tecnologías utilizadas, tratando de mantener la flexibilidad del régimen de la ley. La ley modelo tiene como principio general, que mediante acuerdo, las partes pueden modificar las disposiciones de la ley, salvo determinación en contrario de los diferentes países.”³⁰

La misma Ley Modelo en su guía de incorporación reza: “La finalidad de la Ley modelo, la cual es ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permita eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico³¹”.

La Ley Modelo de Comercio Electrónico se encuentra dividida en dos partes. La primera regula el comercio electrónico desde una óptica general, y la segunda regula en forma específica las diferentes áreas; cabe aclarar que la ley deja un gran número de aspectos para

³⁰ SARRA Viviana Andrea, Op. Cit., Pág. 365.

³¹ **CNUDMI.** Ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo Bis aprobado en 1998. Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

regular en el futuro, aspectos que pueden aparecer o evolucionar conforme lo haga la tecnología, esto es en nuestro concepto un gran acierto del legislador, considerando lo cambiante del tema.

En 1997 la *CNUDMI* realizó avances encaminados a preparar un régimen para lo relativo a firmas digitales, entidades certificadoras entre otros temas, esta tarea resultó un poco dispendiosa debido a la falta de consenso entre los participantes en estas discusiones. Finalmente en el año 2001, se presentó a consideración de los miembros un proyecto modelo de firma electrónica con su guía para la incorporación en otras legislaciones. Las consideraciones tenidas en cuenta para este nuevo modelo, introdujeron factores que se habían contemplado o de los cuales se había reseñado de alguna manera en la Ley Modelo de Comercio Electrónico sobre el tema de la firma electrónica. De igual manera y tal como se contempló en la Ley Modelo de Comercio Electrónico, la Ley Modelo de Firma Electrónica fue concebida como una ley marco, un carácter similar a su antecesora en cuanto a la libertad que se le deja a los Estados para incorporar en su ordenamiento jurídico según las exigencias de cada uno de los Estados participantes en el tema y que estaban buscando mecanismos de seguridad tecnológica.

Con el uso de estas firmas electrónicas, la tecnología informática ofrece algunos rasgos de los que se pueden equiparar en la firma manuscrita para aplicarlas al entorno electrónico. En esta misma propuesta se incorporaron aspectos como los certificados, las firmas digitales y por supuesto las entidades de certificación. Se estableció responsabilidad a dichas entidades certificadoras, del firmante, de los terceros. Con respecto a la responsabilidad del firmante, se desarrolló el tema de la diligencia razonable que debía presentar el firmante frente a este acto, de igual manera se plantea un grado de diligencia en el tercero que confía para así poder verificar el grado de confiabilidad de la firma, en la que respecta a validez, el respaldo dado por el certificado digital, suspensión o revocación entre otros aspectos.

Uno de los aspectos para resaltar, debido a la novedad de este “ente”, es que la función principal de entidad certificadora, es utilizar sistemas, procedimientos confiables; actuando con diligencia debida que garantice que todas las declaraciones realizadas sean precisas y seguras. Esto para dar mayor seguridad al usuario de este sistema y para sesgar cualquier riesgo que se evidencie a través de este tipo especial de comercio.

2.1.2. VISIÓN EUROPEA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO (DIRECTIVA 2000/31 CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.)³²

El comercio electrónico ha suscitado gran interés en autoridades comunitarias, gobiernos y operadores en toda la (Unión Europea en adelante UE). La UE se ha trazado como meta el diseño de un marco regulatorio común claro y coherente basado en una política común, lo cual es motivo de gran interés debido a que estamos hablando del mercado de consumo más importante del mundo.

El proceso del comercio electrónico adquiere una gran movilidad en la UE, por la existencia de factores comunes como lo son su moneda y el mercado, esto le otorga gran dinámica en la practica del comercio electrónico y de paso esta modalidad facilita en gran medida los objetivos que se trazó la Unión al ser concebida como la creación de un gran mercado intercomunitario, de ahí el creciente interés en regular esta modalidad contractual. En este proceso de definición e implementación de una política única se han observado aspectos que rondan el tema como: seguridad, imparcialidad, inmutabilidad del mensaje original, autenticidad, entre otros aspectos. La entrada al escenario del Internet lo que hace es darle una nueva dimensión al negocio electrónico en UE. Afortunadamente, ya se trabajaban esquemas similares, pero sin que se presentaran mayores conflictos de tipo jurídico por parte de los participantes en el esquema.

³² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tiene como fin estimular el crecimiento económico, las inversiones y la competitividad, para lo que se considera de vital importancia terminar con las trabas de tipo jurídico que frenan el desarrollo del comercio electrónico al interior de la Unión.

La falta de regulación única crea dificultades ya que el prestador del servicio debe observar la legislación de uno y otro país donde presta el servicio, lo cual sin duda genera un incremento de los costos de operación, de transacción que se desprenden del pago de asesorías jurídicas.

La autora Adriana Zapata Arbelaez destaca cinco aspectos claves de esta Directiva:

- “En cuanto al prestador de los servicios, la junta Directiva realza el interés en definir el lugar del establecimiento, pues sólo de esta manera es posible determinar el régimen que le es aplicable, particularmente si la actividad es de libre iniciativa o si por el contrario requiere registro previo.
- En materia de comunicaciones comerciales (publicidad y marketing directo), la Directiva define que se entiende por tales, y estipula algunas reglas de transparencia para las operaciones con el ánimo de reforzar la confianza de los usuarios quienes deben estar siempre en capacidad de identificar el origen de la comunicación.
- La Directiva aborda la problemática de la celebración de los contratos en línea, en la perspectiva de ordenar a los Estados de la Unión que sus legislaciones hagan posible la celebración de contratos por esta vía, a través de definir los elementos mínimos necesarios para la formación del acuerdo de voluntades.
- Regulaciones sobre la responsabilidad de los prestadores de los servicios intermediarios en línea en cuanto éstos trasmitan y almacenen datos provistos por los usuarios de los servicios.
- La Directiva es progresista en cuanto quiere garantizar que se dé aplicación real a la Directiva Comunitaria, a través de la adopción de códigos de conducta y de la

creación de sistemas de solución de conflictos transfronterizos que resulten compatibles con la naturaleza de los negocios por ordenador.”³³

Con esta Directiva se pretendió abarcar el grueso de las potenciales situaciones que podrían llegar a generar riesgo de conflicto en el desarrollo de la actividad comercial a través del comercio electrónico. Todo esto se realiza sin negar el carácter de general de esta regulación que no busca entrar en detalle sobre situaciones particulares, sino más bien orientarse hacia la conformación de un marco legal que pudiera ayudar a los Estados de la Unión a precaver los conflictos que se pudiesen llegar a presentar en el desarrollo de esta actividad mercantil.

2.1.3. TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA COMPRAVENTA DE MERCANCÍAS Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

La necesidad de un comercio internacional regulado, armonizado, que pudiera brindar seguridad a los diferentes actores participantes en él, lleva a plantear la urgencia de una regulación de carácter internacional que cobijara las relaciones comerciales entre participantes de diferentes Estados. La celebración de este tipo de acuerdos suscitaba frecuentemente dificultades, provenientes de la interpretación de los términos, compromisos, formalismos, perfeccionamiento, entre muchas otras eventualidades. Esto llevó a promulgar una legislación definitiva conocida como la convención internacional de compraventa de mercaderías de Viena de 1980, la cual sería el fruto de largas discusiones al seno de la *CNUDMI*, que buscaba afanosamente hacer compatible el régimen de compraventa internacional con los sistemas jurídicos tradicionales (anglosajón y romano-germánico).

La primera parte de esta convención hace referencia a aspectos relacionados con la validez y el tiempo de las comunicaciones, la segunda parte se refiere a la fase precontractual,

³³ DE ARBELAEZ ZAPATA Adriana, Colección Memorias, Comercio Electrónico, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá, 2002. Pág. 150 a 154.

formación del contrato (oferta y aceptación) y una tercera parte que se refiere a situaciones en las cuales el contrato ya existe y hay comunicaciones relacionadas con la ejecución, obligaciones y terminación del contrato.

Más de setenta países hacen parte de esta convención, que tiene como finalidad adoptar una reglamentación uniforme para regir los contratos internacionales de compraventa. La aplicación de esta convención ha coincidido con el crecimiento del uso de las formas de comunicación electrónica que es actualmente una herramienta en el mundo comercial.

Esta convención al igual que la ley dada por la *CNUDMI* se orientó a dar trazos, a ser un faro guía para que las naciones pudieran adaptar sus reglamentaciones a estos lineamientos, dentro de los cuales se considera la compraventa como un contrato de suministro de mercancías elaboradas por el vendedor, a menos que la parte que las entregue asuma la obligación de proporcionar parte de los materiales requeridos para la producción de las mercancías.

De acuerdo al Art. 1849 del Código Civil “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”. La legislación comercial al referirse a la compraventa se asemeja mucho al concepto civil cambiando la palabra dar, que se refiere a la transferencia de la propiedad, el Art. 905 de este ordenamiento reza: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obligan a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero...”

Al referirse al tema de la compraventa el doctor José Alejandro Bonivento Fernández manifiesta: “Es, éste, el más frecuente e importante de los contratos. El hombre, en sí, necesita adquirir o disponer de las cosas; para ello requiere un vinculo jurídico, que se obtiene, la mayoría de las veces por medio de la compraventa.”³⁴

³⁴ BONIVENTO FERNANDEZ José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Editorial ABC, 2002, Pág. 1

Por su parte, el autor César Gómez Estrada “La compraventa requiere esencialmente un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, cada una de las cuales puede estar constituida por una o varias personas. Ese acuerdo de voluntades debe versar sobre una o varias prestaciones recíprocas, esenciales a ese contrato, y sin las cuales o no puede subsistir como compraventa, o degenera en otro distinto.”³⁵

En este sentido, ha de tenerse en cuenta como primera instancia, que la convención internacional de compraventa de mercancías es aplicable a todos los contratos internacionales de compraventa si se cumplen los siguientes supuestos:

- Que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes (teniendo en cuenta que los Estados sean parte de la convención)
- Que las normas de derecho internacional privado contemplen la aplicación de la ley de un Estado parte.
- Si las partes han aceptado la aplicación de la convención al contrato directa o indirectamente, pero estos supuestos pueden tener dificultades en el momento de su aplicación debido a la aplicación de reservas por parte de algunos Estados en lo concerniente a formalidades necesarias para su validez, la aceptación restringida que ciertas legislaciones han hecho a las cláusulas estándar incorporadas a las cláusulas de contratos de compraventa internacional.

La Convención de las Naciones Unidas contempla la compraventa internacional de mercancías como “*aquella compra y venta de bienes entre personas que se encuentran en distinto país*” bajo este supuesto cabe perfectamente afirmar que los contratos realizados por medios electrónicos encajan perfectamente dentro de los supuestos de la convención. Respecto del comercio electrónico, es necesario aclarar que la convención es únicamente aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías, lo cual usualmente se refiere a bienes corporales, con esto quedan excluidos los denominados bienes intangibles como lo

³⁵ GOMEZ ESTRADA Cesar, De los principales contratos civiles, Ed.Temis S.A., 1999, Pág. 3

referente a propiedad intelectual. En este orden de ideas no podría ser aplicable a comercio electrónico directo³⁶.

Para determinar el momento en que se consideran realizadas las declaraciones contractuales por los medios electrónicos, debemos observar el Art. 20 de la Convención y aplicarlo por analogía este acápite hace referencia al Télex, teléfono lo que permite realizar una analogía con los medios electrónicos de la actual tecnología, estos medios tienen en común el permitir una negociación sin que sea necesaria la presencia física de las partes.

Para interpretar la oferta y aceptación en ausencia de las partes debemos precisar la existencia de cuatro teorías:

- Teoría de la información: La comunicación es efectiva y válida en el momento que la contraparte conozca la comunicación y tenga en cuenta su contenido.
- Teoría de la recepción: Se refiere a que el mensaje físicamente sea recibido o que esté a disposición del receptor, independientemente del conocimiento sobre su contenido.
- Teoría del envío: El mensaje es válido desde que es puesto en el correo, enviado por medios idóneos.
- Teoría de la aceptación: El mensaje será válido cuando el receptor envíe su aceptación.

La aplicación de estas teorías encuentra utilidad en la fase inicial de formación del contrato, tema sobre el cual profundizaremos más adelante.

Continuando con el análisis del contenido de la Convención, su Art.11 establece que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará obligado a ningún requisito de forma y su prueba podrá darse por cualquier medio. No obstante las partes pueden libremente mantener las formalidades y solemnidades. La Convención

³⁶ El directo se lleva a término totalmente por vía electrónica; va desde el pedido hasta el pago y la entrega en línea a gran escala de bienes y servicios intangibles. El mejor ejemplo de eso podría plasmarse en la negociación de un software que se provee a través de la red.

Internacional de Compraventa, al no exigir que sea necesaria la existencia de un documento escrito deja abierta la puerta para que se desarrolle el comercio electrónico, el cual tiene su fundamento en el envío y recepción de datos. El comercio electrónico por su parte realiza un aporte al comercio internacional al determinar que el mensaje de datos se asimila a los documentos escritos con lo que se le da una equivalencia al mensaje de datos con respecto al documento escrito.

La Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías es el punto de referencia para la convención de contratos electrónicos que se gesta al interior de la *CNUDMI* y busca tener dos regímenes que se acompañen en el tema de la compraventa, el primero para la compraventa tradicional y el segundo para la realizada a través de medios electrónicos. Para algunos autores la posibilidad de tener dos regulaciones resulta destructiva al proceso de armonización de la legislación comercial internacional; sin embargo, desde nuestro punto de vista no solo debe verse la posibilidad de tener una legislación propia a la contratación por medios electrónicos como un acierto, sino que debe percibirse como una necesidad, ya que no puede pretenderse que se trate de encuadrar indefinidamente las situaciones propias de la compraventa a través de medios electrónicos con las situaciones que se puedan dar en la compraventa internacional de mercaderías tradicional. A pesar de la exactitud de los negocios, los canales son diferentes y cada uno presenta sus rasgos propios, pretender equipararlos es un error.

En nuestro concepto se requiere una legislación que se adecue a los lineamientos del contrato por medios electrónicos y que permita tener espacio para que dichos lineamientos sean ampliados, debido a lo poco explorado de este canal de negocios y a los constantes avances que la tecnología presenta.

2.2 TRATAMIENTO LEGAL EN COLOMBIA.

Fue bajo este marco flexible brindado por la *CNUDMI* bajo el cual se desarrolló la iniciativa legislativa colombiana sobre comercio electrónico que se materializaría en la Ley

527 de 1999, pero no sería esta la primera iniciativa que se da en el país por el uso de tecnologías informáticas y electrónicas alternativas, ya existían en nuestro país algunos antecedentes para regular el tema y algunas tratativas que se referían al comercio electrónico.

En el año 1993 el gobierno Expidió el decreto 663, en el cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contemplando en su normatividad la posibilidad del uso de sistemas electrónicos y de intercambios electrónicos.

En el año de 1995 el congreso expediría la Ley 222 que constituyó una reforma al Código de Comercio, en esta ley se contempló la posibilidad de incorporación de los avances en tecnología informática puntualmente en lo concerniente a las reuniones de accionistas en donde ya no era necesaria la presencia física del mismo siempre que se cumplieran con los requisitos de contemplados en la circular externa 05/96 de la Superintendencia de Sociedades.

De igual manera en nuestro país, la DIAN entra en la era tecnológica en lo relacionado con la factura electrónica, materializada en la Ley 223 de 1995, el Decreto 1094 de 1996 y el posterior concepto de la DIAN No. 40333 de 2000.

De otra parte, el Gobierno nacional expidió el decreto 2150, por medio del cual se suprimieron y reformaron regulaciones en la Administración Pública y se consagra la necesidad imperiosa de habilitar sistemas de transmisión y archivo electrónico de datos.

Lo anterior es una prueba de cómo nuestro país tiene que incorporar a sus labores institucionales, empresariales y cotidianas a los adelantos tecnológicos, con el fin de estar a la altura de las exigencias que propone la vida contemporánea, así mismo, se debían otorgar las herramientas jurídicas suficientes para enfrentar esas exigencias, para lo cual recurrió a normatividad internacional, con el fin de poder brindar al ordenamiento interno claridad y armonía.

Nuestro país siguió muy de cerca la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la *CNUDMI*, cuya finalidad fue la de fomentar la unificación y armonización del derecho mercantil internacional, ampliando por este medio el interés de las naciones por el comercio internacional con el uso del intercambio electrónico de datos que suplen los métodos tradicionales de comercio dándole agilidad a las relaciones mercantiles.

La Ley Modelo permite que cada país la moldee dando lugar a la legislación propia que sea acorde a sus estructuras sociales, culturales, económicas, legislativas y tecnológicas. Lo cual garantiza un medio legislativo armónico y con un mínimo estandarizado en cuanto a conceptos, lenguaje y procedimientos, para así lograr un desarrollo uniforme en el derecho mercantil internacional.

La comisión redactora de la ley colombiana, la cual estaba integrada por el sector público y privado, decidió adaptar la Ley Modelo de la *CNUDMI*, ya que por lo flexible de éste modelo, permitía ajustarlo a las necesidades del país. Esta iniciativa no pretendió otra finalidad diferente que tener una ley nacional ajustada a las exigencias internacionales.

Capítulo II.

DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

1. GENERALIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

1.1. CONCEPTO.

La importancia del contrato radica en que es el centro de la vida de los negocios, es un instrumento que da movimiento a la vida económica en una sociedad, donde dos intereses que en principio pueden ser opuestos, confluyen en busca de una satisfacción individual de intereses que se logra generalmente a costa de un porcentaje de satisfacción de la contraparte. No nos cabe duda que el principal vehículo de las relaciones económicas es el contrato, la circulación de la riqueza, el intercambio bien sea de bienes o de servicios se realiza preponderantemente a través del contrato.

Los contratos son definidos como *“supuestos de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos, dispositivos de intereses patrimoniales, con consecuencias jurídicas, celebrados por dos o más personas”*³⁷.

El Código de Comercio la refiere así en su Art. 864. *“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”*³⁸.

El acuerdo que se da entre las partes de un contrato puede ser real o solemne o consensual; en el caso específico de la compraventa nos encontramos frente a un contrato consensual el

³⁷ BOHORQUEZ Antonio, De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Universidad Autónoma de Bucaramanga, Volumen 1, segunda Edición 1998, páginas 11,12.

³⁸ Código Comercio, Editorial Legis S.A., Bogotá 2001.

doctrinante Arturo Valencia Zea sobre los contratos consensuales afirma: “ *“Es aquel que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes al momento de contratar”*”.

La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo afirma sobre los contratos celebrados a distancia: “Todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrados en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato.” Ajustando esta definición a los contratos electrónicos podríamos decir que los contratos celebrados por medios electrónicos son aquellos en los cuales la oferta y la aceptación se transmiten por medios electrónicos, sin importar si las partes participantes en el acuerdo están o no en comunicación directa y sin la presencia física simultánea del comprador y el vendedor.

Por contrato electrónico podemos entender: “el acuerdo de voluntades en que las partes se comprometen a realizar una obligación consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, caracterizado esencialmente por la utilización de medios electrónicos.”³⁹

La ley española de comercio electrónico define el contrato electrónico como: “como el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos.”⁴⁰

Por su parte, el autor Ramiro Cubillos Velandia se refiere al contrato electrónico en los siguientes términos: “La posibilidad de la contratación electrónica, o en su más estricto sentido, la manifestación del consentimiento electrónico a través de medios electrónicos, es

³⁹ PEREZ Melba Rocío, El contrato por medios Electrónicos, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 153.

⁴⁰ Citado por DAVARRA RODRÍGUEZ Miguel Ángel, Manual de Derecho Informático, Editorial Navarra Aranzadi, España, 2001, Pág. 187

sin duda una herramienta indispensable en el contexto del intercambio comercial globalizado.”⁴¹

El contrato electrónico debe contener una aproximación clara a los requerimientos de este tipo de negociaciones y así, de esta manera pueda darse un manejo relativamente uniforme y ágil a esta nueva modalidad mercantil, lo que se pretende es poderle dar ha esta modalidad un espacio propio dentro del mundo jurídico, y no se vea como una rueda suelta del avance tecnológico al mundo jurídico. La contratación y el comercio electrónico representan una nueva modalidad constitutiva de obligaciones, no pretendemos expresar que es ésta una nueva modalidad que constituye obligaciones, sino más bien apuntamos a una nueva forma de expresión de la voluntad derivada de los avances en el campo tecnológico que le dan agilidad al esquema comercial tradicional. El contrato electrónico es a nuestro parecer la herramienta más representativa del intercambio comercial globalizado.

1.2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es conocido como uno de los pilares fundamentales que inspiran las legislaciones civiles y comerciales en el mundo, de este postulado se puede establecer que el sujeto no quedaría vinculado, sino por obligaciones que hubiera consentido y toda obligación consentida producirá efectos.

Lo anterior, conforme con las limitaciones impuestas, es decir no impliquen actuaciones contrarias al orden público, ley y los derechos ajenos, los particulares pueden realizar actos jurídicos que no les estén prohibidos, y se realicen con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia. La autonomía de la voluntad producirá efectos

⁴¹ Ramiro Cubillos Velandia – Rincón Cárdenas Erick, Introducción Jurídica al Comercio Electrónico, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2002, Pág. 150

siempre que sea expresada conforme la ley y no vaya en contra de la misma, ni derecho ajeno, el Art. 1602 del Código Civil Colombiano le da a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. De igual manera el Art. 824 del Código de Comercio consagra que los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o de cualquier modo inequívoco. La Ley Modelo de Comercio Electrónico dispone en el Art. 11.1 “En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, 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 un mensaje de datos.” Este aparte no busca cosa diferente de reconocer la posibilidad que en la práctica se puedan solucionar las dificultades por vía contractual.

El postulado de la autonomía de la voluntad significa en términos generales, que existe un reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de la voluntad de los particulares. En dicho en otras palabras: “consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.”⁴² Esta libertad para contratar se encuentra limitada por las normas coactivas de nuestro régimen interno. Por su parte en los contratos internacionales la autonomía de la voluntad sea conflictual o material, no es estipulada por las limitaciones locales, sólo se somete a los principios de orden público internacional. En el ámbito internacional, la autonomía de la voluntad contiene las siguientes modalidades:

AUTONOMÍA MATERIAL

La autonomía material, es la posibilidad de incorporar al contrato cláusulas pensadas por las partes y en virtud de las cuales pueden, incluso, excluir las normas imperativas del

⁴² OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Bogotá, 1998, Pág. 301.

derecho privado, ya que prevalecería el acuerdo de voluntades, elemento esencial de la contratación, que sería competente y aplicable al contrato, de no haberse ejercido dicha facultad⁴³.

AUTONOMÍA CONFLICTUAL

Consiste en la libertad de las partes de decidir expresa o tácitamente, pero siempre de manera manifiesta, la ley que ha de regular el contrato. Una vez se realiza la elección, esta no estará sujeta a una norma local o convencional, ni a una norma del derecho internacional privado, sino que es establecida por los propios interesados partes en el contrato, excluyendo la elección de la aplicación en caso de conflicto, ya que lo que se busca es preservar el interés de las partes, el acuerdo de voluntades.

La convención sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1986, reza que tales contratos se rigen por la ley que elijan las partes, y va más allá cuando se afirma que esta elección puede darse posterior a la celebración del contrato; debe ser expresa o que resulte de manera clara en los términos del contrato o de sus diversas circunstancias. La convención también establece la eventualidad en que las partes no hubiesen realizado elección alguna, se dice que se aplica la ley del establecimiento del vendedor al tiempo de la celebración del contrato.

BUENA FE.

En los actos jurídicos ha de estar siempre presente la buena fe, Ospina Fernández a este respecto afirma: “Los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada que obedece su celebración”⁴⁴.

⁴³ Organización de las Naciones Unidas, CISG, Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Viena Austria 1980. Consagra la Autonomía en el artículo 9.

⁴⁴ OSPINA FERNANDEZ Guillermo, Ibidem, Pág. 331.

El Código de Comercio hace referencia a la buena fe, concretamente en la etapa precontractual el Art. 863 establece “Los actos ejecutados con anterioridad a la celebración de un negocio jurídico deben ejecutarse de buena fe”; más adelante el mismo código en su Art. 871 consagra este postulado para la etapa contractual, dice “los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solamente 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.”; Por su parte la legislación civil, también establece este principio que lo consagra en su Art. 1603 “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, en consecuencia obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

Este postulado tiene un alcance muy amplio en el derecho civil, ya que es aplicable a los contratos, los actos jurídicos y en general todas las obligaciones sin importar de donde provengan. Las partes deben actuar conforme a este principio independientemente del medio que usen para realizar un negocio, esto por supuesto incluye el comercio electrónico.

FORMA DE VÍNCULO.

Nuestra legislación no tiene impedimento alguno para que los individuos que deseen obligarse puedan vincularse jurídicamente y celebrar contrato o acuerdo utilizando cualquier medio o forma. De la misma manera como hay libertades la ley también contempla ciertos requisitos, que se pueden apreciar en el campo de las formalidades que hay que tener en cuenta a la hora de contratar y que son establecidas por el legislador.

No todos los contratos pueden ser formalizados y contar con plena eficacia electrónicamente, la legislación colombiana exige de unas formalidades para algunos contratos, siguiendo este trazado algunos contratos o negocios no contarían con validez y eficacia si se realizan por vía electrónica. De esta situación podemos deducir que los

contratos que necesiten participación o asistencia de notarios, tribunales, oficinas de registro para su perfeccionamiento, no se pueden entender incluidos dentro de la ley 527.

La propia ley 527 de 1999 en su Art. 1, restringe ciertos negocios por medios electrónicos, estas formalidades hacen referencia al otorgamiento de instrumentos ante entidades públicas en muchos casos la falta de este requisito deriva en la inexistencia jurídica del negocio que se pretende realizar. En Colombia las operaciones que impliquen el traspaso de inmuebles, de naves o aeronaves y vehículos, exigen a los participantes el cumplimiento de ciertos requisitos. En el caso de los inmuebles se otorga escritura pública ante notario y se inscribe en un registro público, la falta de este procedimiento deriva en la inexistencia jurídica del negocio, para naves y aeronaves se exige este mismo procedimiento pero el registro se hace ante autoridades diferentes, en el caso de los vehículos este registro se usa para dar publicidad a los negocios y hacerlo oponible a terceros. En el caso de las sociedades comerciales o su reforma, se debe otorgar escritura pública con el posterior registro mercantil.

INTEGRIDAD Y AUTENTICIDAD.

Gracias a la tecnología se permite la verificación de la identidad de los participantes en el comercio electrónico tanto del iniciador como del destinatario, esto permitirá valorar la naturaleza de las obligaciones. El principio de la autenticidad es útil en la medida en que nos permite dar con la identidad de las partes de un negocio electrónico, de igual manera es importante en lo concerniente a la originalidad del documento. Estas medidas que actualmente tienen incorporadas las legislaciones, no pretenden otra finalidad diferente que brindar seguridad a las operaciones realizadas a través del correo electrónico, lo cual resulta inmensamente significativo en la expansión de esta modalidad contractual.

EQUIVALENCIA FUNCIONAL.

Este es en nuestro concepto, uno de los principios más importantes por lo que representa para la contratación electrónica, ya que da seguridad y certeza a los contratos que a través de este medio se celebran. El derecho por medio de esta figura realiza una ficción jurídica para equiparar y sustentar, a través de la analogía las operaciones del comercio electrónico con las operaciones de comercio tradicionales. Esta equivalencia funcional equipara la utilización de medios electrónicos al uso de documentos de papel, lo mismo se aplica a la firma digital y la manuscrita, la flexibilidad de este criterio tiene en cuenta los requisitos de forma, inalterabilidad, fiabilidad que son comúnmente aplicados al documento de papel. En palabras de Daniel Peña Valenzuela: “Este principio tiene como fundamento el análisis de los propósitos y funciones exigidos tradicionalmente para el documento con el fin de determinar de qué manera esas funciones y objetivos se pueden cumplir por el documento electrónico”⁴⁵

Este principio se basa en el análisis de objetivos y funciones del requisito tradicional con la finalidad de buscar la forma de satisfacer los objetivos y funciones en el mundo de la tecnología, este equivalente funcional busca flexibilizar y no añadir mayores exigencias a la contratación electrónica muy por el contrario busca aprovechar las bondades de la tecnología sin mayores dilataciones, tales como la velocidad de las operaciones, el ahorro de recursos y tiempo entre otros. La *CNUDMI* a este respecto puntualiza: “ La adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre el papel”.⁴⁶ La Ley Modelo acertadamente deja abierta la posibilidad de la aplicación de este principio a futuros avances tecnológicos.

⁴⁵ PEÑA VALENZUELA Daniel, Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico, Bogotá Duré editores, 2001, Pág. 132

⁴⁶ Resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996. Ley Modelo de la *CNUDMI* sobre comercio electrónico.

2. EL CONTRATO ELECTRÓNICO EN PARTICULAR.

2.1. ETAPAS EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.

A pesar de que el comercio electrónico no es algo tan lejano para nosotros, generacionalmente hablando, no deja de ser motivo de sorpresa que hoy sea posible ejecutar y perfeccionar un contrato totalmente de forma electrónica. La vida entera del contrato que incluye las tratativas precontractuales y la etapa postcontractual, queda afectada por el uso de medios electrónicos como canal de comunicación a través del cual se realiza: La invitación a ofrecer, la oferta, la aceptación, la entrega y el pago, tal y como sucede en el caso del comercio electrónico directo.

No nos queda duda que la contratación en el siglo XXI es y continuará atada al impacto y el desarrollo de las tecnologías de la información, y no es de extrañar que se comience a apreciar el contrato electrónico como parte de un nuevo derecho, con su propia terminología, conceptos, rasgos propios que lo caracterizan y una jurisprudencia que lo orienta, pero a pesar de esto consideramos que siempre estará presente subsidiariamente las normas tradicionales que regulan las relaciones civiles y comerciales a través de los principios estudiados por siglos y vigentes aun en nuestra codificación.

En atención al tema de la forma y la formación de los contratos electrónicos asuntos que consideramos fundamentales en la comprensión del contrato electrónico y que trataremos a continuación, la profesora María del Pilar Perales afirma al respecto: “Forma y formación de los contratos resultan ser conceptos estrechamente conectados, pero formalmente independientes en cuanto que su estudio puede realizarse separadamente. La forma hace referencia al medio a través del cual la voluntad contractual debe exteriorizarse para alcanzar una validez y eficacia, mientras que la formación del contrato se refiere a su

nacimiento mediante el intercambio de las voluntades de las partes en forma de oferta y aceptación.”⁴⁷

Los contratos realizados a través del comercio electrónico son consensuales incorporados dentro de los llamados “contratos entre ausentes”, es decir sin que las partes estén presentes, ya que los contratantes usualmente se encuentran en lugares diferentes y proceso oferta - aceptación no es simultaneo. Nuestra legislación comercial lo regula en los Arts. 824, 845, 851, 852 y 864 del Código de Comercio.

Los contratos electrónicos presentan interrogantes que en algunos casos no pueden ser resueltos, sino con la legislación interna de cada país, los problemas en la formación de estos contratos radican principalmente el consentimiento expresado por las partes. Hay muchas situaciones que están pendientes por puntualizar en el comercio electrónico ¿En qué momento podemos considerar que existe acuerdo de voluntades? ¿Cuándo se da efectivamente el acuerdo de voluntades? En la misma línea de pensamiento se encuentra el autor Ernesto Rengifo García, quien sobre el tema afirma: “La respuesta a estos interrogantes no es brindada por el derecho foráneo ni por los modelos sobre el tema, sino que son producto de un análisis sobre la legislación interna en atención a las teorías de: aceptación, emisión, recepción y conocimiento”⁴⁸.

El tratado de Montevideo en su Art. 42 establece que la ley del lugar donde de donde parte la oferta aceptada regulará lo atinente al perfeccionamiento y dicha ley lo hará aceptando cualquiera de las teorías (aceptación, emisión, recepción y conocimiento).

Frente a la problemática suscitada en torno al perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos la citada autora española María del Pilar Viscasillas acertadamente opina: “El acuerdo de voluntades continua siendo el elemento fundamental para poder

⁴⁷ PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Comercio electrónico y protección a los consumidores, Editorial La Ley, 2001, Pág. 369.

⁴⁸ RENGIFO Ernesto, Universidad Externado de Colombia, Memorias, Comercio Electrónico, Pág. 20. Bogota. DC. 2000

perfeccionar un contrato, no siendo obstáculo para su consecución el que se celebre por medios electrónicos al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Los esfuerzos que se están haciendo a nivel comunitario internacional por eliminar las trabas jurídicas al comercio electrónico van en línea de reconocer la validez de los contratos celebrados electrónicamente.”⁴⁹

En este orden de ideas la tecnología como medio de comunicación, no deja de ser sino un mero medio de expresión de la voluntad, como lo han sido el correo o el teléfono, la labor del jurista debe ser la de llevar el contrato electrónico a la teoría general del negocio jurídico, en especial en lo concerniente a la oferta y la aceptación como factores determinantes de la perfección del contrato.

2.1.1. LA OFERTA

Para Ospina Fernández⁵⁰ debemos entender la oferta como: “la propuesta o invitación que una o más personas formulan a otra u otras personas determinadas a celebrar una convención.”

Según la doctrinante María del Pilar Viscasillas⁵¹ la oferta o propuesta de un contrato puede definirse como “aquella declaración de la voluntad recepticia, que siendo suficientemente precisa, se encamina a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta”.

La oferta debe contener los elementos esenciales del negocio, es decir los elementos sin los cuales el negocio no puede existir o degenera en otro negocio diferente y ser comunicada al destinatario, el fin de la oferta es la búsqueda de una declaración de voluntad del aceptante

⁴⁹ PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Op. cit. Pág. 413

⁵⁰ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA E., Ibidem, Pág. 147. Coincidimos con los citados autores en que la propuesta hecha a personas indeterminadas no es una oferta en sentido estricto, sino más bien una policitud, que es la que se dirige al público en general.

⁵¹ PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Op. cit. Pág. 416

positiva que de paso perfecciona el contrato. Se entiende que ha sido presentada al destinatario cuando se utiliza cualquier medio idóneo para hacerla conocer al destinatario.

Es un acto unilateral que puede ser formulado por uno o varios individuos, caso en el cual debemos diferenciar entre simple y colectivo, que se forma con la sola voluntad del oferente u oferentes y pretende con posterioridad involucrar la voluntad del destinatario o destinatarios.

El proceso de oferta contiene tres momentos diferentes:

- Elaboración de la oferta
- Envío de la oferta
- Recepción de la oferta, o momento en el cual se perfecciona el negocio jurídico.

Sobre la oferta la jurisprudencia nacional ha dado claridad al concepto con el fin de disminuir la complejidad que esta institución contiene debido a las muchas variantes que le rodea. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en busca de una mejor comprensión de la siguiente manera en la sentencia 029/95 con ponencia del magistrado Pedro Lafont Pianetta: *"... para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; 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"*.

Así, la oferta no es un acto de duración indefinida, por razones de seguridad mercantil la misma ley se ha ocupado de que esta tenga un término de tiempo identificado o identificable. La ley permite que sea la propia autonomía de la voluntad la que otorgue este término, pero en el caso que ésta no se manifieste la ley llena esa ausencia.

En nuestra legislación los Arts. 850 y 851 hacen una distinción entre oferta verbal y escrita. En lo tocante a la oferta escrita la cual es objeto de nuestro estudio por la equivalencia funcional que realiza la ley 527 de 1999, en donde se equipara el mensaje de datos al documento escrito, el Art. 851 del Código de Comercio dispone: “Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho termino se le sumará el de la distancia.”⁵² El conteo de tiempo de la propuesta se entiende desde la fecha que tenga la propuesta.

El tema de la oferta como hemos visto, es un aspecto que nos suscita un gran número de interrogantes cuando nos encontramos frente a los contratos electrónicos, la legislación comercial en su Art. 845 establece que se entiende la propuesta comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario, este supuesto se refleja en el Art. 14 de Ley 527 de 1999, al establecer de forma directa que la oferta y aceptación sea emitida por un mensaje de datos.

2.1.2. LA ACEPTACIÓN.

La respuesta a la oferta se conoce como aceptación que es el acto por el cual se sigue la propuesta por parte de la persona o personas destinatarias de la oferta. Por regla general la aceptación de la oferta debe ser consecutiva a la misma, para ser efectiva debe ser positiva,

⁵² El termino de la distancia al que se refiere el Art. 851 debe ser revisado con cautela ya que este se dio en consideración a la distancia y el tiempo de llegada al lugar de destino en el pasado, el cual aun dentro del mismo país podía durar semanas o meses, pero hoy vemos como con un click se puede hacer llegar una comunicación en fracciones de segundo.

inequívoca, completa y debe contener la intención del aceptante de quedar obligado. En caso contrario se considerará una contraoferta o nueva oferta.

La aceptación puede ser expresa o tácita, incluso parte de la doctrina considera que la aceptación puede llegar a darse por la vía del silencio, en nuestro país la aceptación no cabe por vía del silencio esto es una teoría que no es aceptada, por gran parte de la doctrina moderna. En el marco de la contratación electrónica aceptación debe ser expresa puede ser por vía oral (videoconferencia) o escrita con el envío de un correo electrónico.

Otro requisito, es que la aceptación debe ser temporánea, por esto debemos entender que esta debe ser realizada dentro de los términos de duración de la oferta y produce como efecto la formación del consentimiento, se da perfeccionamiento y el contrato será ley para las partes, la aceptación debe ser pura, simple y sin condición alguna de lo contrario será considerada como una nueva oferta.

Con respecto al lugar en el cual se forma la convención nuestra legislación, muestra que en el caso de personas ausentes, el Código de Comercio establece en el Art. 864 que la convención se entiende celebrada para todos los efectos legales en el lugar de la residencia del oferente.

La ley 527 de 1999 en su Art. 24 hace referencia al tiempo de recepción del mensaje de datos que junto con el Art. 25 de esta ley, apuntan al principio de la recepción que a nuestro juicio representa la opción más acertada y coherente con la modalidad de contratos electrónicos.

Desde nuestra óptica, la contratación electrónica se asemeja a un dialogo informático, y el acuerdo de voluntades no se efectúa de manera automática entre presentes sino entre ausentes. Se puede en cierta medida comparar con el correo tradicional, donde tiene que hacerse presente una oferta que se emite y llega a un buzón y una aceptación que se emite no necesariamente en forma instantánea, no obstante los medios electrónicos permiten

también una modalidad entre presentes si se piensa en el caso de una videoconferencia o un chat, en este caso nos encontraríamos frente a comunicación que permite que el negocio se perfeccione de forma instantánea.

El momento de perfección del contrato es el que indica el nacimiento del contrato a la vida jurídica y para nosotros representa su concreción, el contrato electrónico se perfecciona siguiendo la teoría de la recepción, más concretamente cuando el mensaje llega al sistema de información (servidor) del oferente, es decir que éste ya es accesible a él, lo que se puede equiparar al depósito de una carta en el buzón del correo tradicional y será el oferente quien mostrando un mínimo de diligencia debe conectarse al sistema para tener acceso a su correo.

2.2. ELEMENTOS Y REQUISITOS CONTRACTUALES. (SUJETO NEGOCIAL, CONTENIDO Y FORMA)

2.2.1. EL SUJETO NEGOCIAL.

Respecto del contrato se debe predicar una autonomía, es decir vida jurídica propia independientemente de las partes que crearon el acuerdo, el contrato genera unas obligaciones que nacen al mundo jurídico con vida propia y que hacen parte del cumplimiento cabal del contrato y que en muchos casos puede sobrevivir a las partes sobre las cuales pueden estar recayendo derechos y obligaciones.

La vinculación del sujeto parte es un elemento primordial y su ausencia nos enfrentaría al fenómeno de la inexistencia. Ya que es la vinculación del sujeto, sin la cual, definitivamente no puede haber negocio, este sujeto es necesario para configurar el contrato puede ser persona natural o jurídica la condición es que se halle presente en el contrato y se obligue en virtud del mismo.

2.2.2. CONTENIDO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

Por contenido del contrato debemos entender el conjunto de cláusulas o disposiciones que las partes incorporan o que la ley misma exige y que contiene la regulación concreta de los intereses de las partes. Los contratos celebrados por medios electrónicos se aplican las reglas generales de conformidad con el Art. 1502 del C.C.

Capacidad

La capacidad es la aptitud que tiene una persona natural o jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, no todas las personas de la especie humana se les concede capacidad. Capacidad legal consiste en la posibilidad de que la persona se obligue por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. El Art. 1503 y el 1504 del C.C. hace referencia a la capacidad de los sujetos negociales. El Art. 1503 C.C. *“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.”*, el Art. 1504 C.C. *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”*

Adicional a estas incapacidades existen incapacidades de tipo legal que les son impuestas a algunas personas en virtud de la ley.

En nuestro parecer, el comercio electrónico trae consigo como consecuencia de la impersonalidad en las relaciones, la dificultad de determinar la capacidad de las partes del contrato. Lo cual es un aspecto de generación de duda e incertidumbre que en nada favorece a la actividad comercial, esto no es un aspecto propio y exclusivo de los contratos electrónicos, sino de los contratos a distancia en general, pero que se ve pontencializado en el desarrollo del comercio por medios electrónicos en donde con suma facilidad se puede perder el rastro de la contraparte durante cualquier etapa de la negociación. Esto debido a lo virtual de la relación.

Las negociaciones que se concretan a través de la red se caracterizan por el desconocimiento por regla general de las partes del contrato. Así un oferente no puede determinar con exactitud si la persona tiene o no capacidad para celebrar un negocio, por otro lado el aceptante de dicha oferta tampoco conoce la capacidad del oferente que será la determinante negociaciones realizadas a través de la red. Esta eventualidad nos lleva al campo de la responsabilidad, ¿Quién responde en estos casos?, La ley señala una responsabilidad sobre el representante legal de este incapaz, para solucionar este tipo de eventualidades, a partir de esto se entrará a una graduación de la responsabilidad en la cual no entraremos a profundizar.

En las diferentes legislaciones se le ha tratado de dar una solución a esta eventualidad, en los Estados Unidos, el menor puede llegar a ser responsable de agravio si la parte cree de buena fe que estaba firmando un contrato con un adulto o en Francia ante una transacción efectuada por un menor de edad quedar obligado la persona que este a su cargo en virtud del principio de la apariencia. Ya que para el proveedor el menor, o el interdicto aparenta ser una persona capaz⁵³.

La responsabilidad puede darse por la existencia de una relación de carácter jurídico previa entre las partes, es decir la existencia de un deber concreto a cumplir por parte de los involucrados, puede darse en virtud de un contrato o esta puede ser de tipo extracontractual. Existen ciertas condiciones para que exista responsabilidad:

- La existencia de daño.
- El daño sea imputable a una conducta del autor y que tenga una relación de causalidad.
- Valoración de la conducta (desempeño de actividad peligrosa o existencia de riesgo).

⁵³ Kosiur David, Understanding Electronic Commerce. Press 1997, Pág. 16.

El daño es un elemento fundamental de la responsabilidad, es decir sin daño no se podría imputar una responsabilidad. Dicho en otras palabras la responsabilidad constituye una obligación de reparar un daño. El daño en el comercio electrónico debe ser visto en forma objetiva, ya que valoraciones como la culpa y la voluntad humana serán difíciles de probar en las transacciones dadas por medios electrónicos.

Ahora miremos otro estadio que podría darse en la contratación electrónica, imaginemos ahora una persona absolutamente capaz quien es autónoma para ejercer derechos y contraer obligaciones y este es suplantado por otra persona la cual no tiene capacidad, ¿Qué pasaría en este evento? ; es innegable la idoneidad que tienen los menores de edad para el manejo cabal de las nuevas tecnologías, lo cual hace posible que de este acceso se desprendan manifestaciones de voluntad que no en todos los casos pueden apuntar a una manifestación vinculante, pese a los controles y medidas que tecnológicamente se han tomado como es el caso de las firmas digitales y las entidades de certificación.

Frente a esta realidad, nos inclinamos por afirmar que esta responsabilidad frente al daño debe ser apreciada desde la esfera de quien ha permitido el uso indebido de su firma o que hubiese permitido el uso indebido de su clave, dando la apariencia que se estaba contratando con persona plenamente capaz; consideramos que en este evento debemos darle entrada al campo de la diligencia para apreciar el nivel de responsabilidad de la persona que fue aparentemente obligada. El daño en este evento es cierto y no se puede alegar incapacidad del causante para entrar en el campo de la irresponsabilidad, es importante realizar un análisis subjetivo de la responsabilidad del individuo capaz que permitió que esta apariencia se diera para poder apreciar su grado de responsabilidad en el hecho y de esta manera entrar a resarcir el daño.

Consentimiento.

El consentimiento es vinculante para quien adecuadamente lo manifiesta, el Art. 1494 de nuestra legislación civil expone: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las

voluntades de dos o más personas”, esto supone una propuesta y una aceptación sin que por esto se entienda que no pueden existir actos con expresiones unilaterales de la voluntad, como el caso del testamento el cual se configura con una expresión unilateral de voluntad. El consentimiento proveniente del latín (cum sentire), expresado conforme a la ley nacen obligaciones vinculantes referentes no solo al cumplimiento de lo expresado, sino que a su vez aparecen unas obligaciones que hacen parte del acto del cual se expresa la voluntad en observancia a la buena fe, la ley y la costumbre.

La voluntad real de las partes es un requisito indispensable para la existencia de todo acto jurídico, la propuesta y la aceptación a la cual nos referimos en líneas anteriores se refiere a la unificación o convergencia de las voluntades individualmente consideradas, es así como el consentimiento muestra rasgos unificadores de voluntades que han sido expresadas individualmente. En el contrato de compraventa se perfecciona por la sincronía en las voluntades manifestadas por las partes (comprador y vendedor), el doctrinante Guillermo Ospina Fernández estima que no basta con que el vendedor declare su voluntad de enajenar una cosa por un precio, sino que también debe existir un comprador que adhiera su voluntad de adquirir la cosa por el mismo precio.

Al ofrecimiento realizado por el vendedor seguirá la aceptación al mismo sobre la base de la propuesta realizada por el vendedor, es este concurso unificador el que nos lleva al consentimiento y con él al perfeccionamiento del acto.

Al parecer la doctrina es clara con respecto al tema, pero esta claridad parece cesar al entrar en el campo de la contratación por medios electrónicos donde se puede llegar a distorsionar el dialogo entre las partes y es en este campo donde las garantías legales toman una importancia vital.

Con el uso de los medios electrónicos aparecen los dispositivos técnicos como una forma de expresión del consentimiento, por medio de la programación de dispositivos técnicos puede lograrse que se haga una selección de ofertas conforme a los requerimientos del

comprador y de esta manera se presente la aceptación y el consentimiento de manera automática.

Frente a esta situación podría presentarse una distorsión entre la declaración de voluntad de quien emite y la que pudo haber llegado al destinatario, esta distorsión nos pondría frente al error⁵⁴ dado por un mal funcionamiento o una inadecuada programación, para autores como la doctora Melba Rocío Pérez⁵⁵ consideran que un evento de este tipo nos enfrenta a una nulidad en el contrato, esto dependiendo si afecta o no el consentimiento expresado por las partes en el contrato. De igual manera frente a la eventualidad del uso del dispositivo técnico por parte de una tercera persona se hablaría de una posible responsabilidad del emisor por la indebida utilización de éste.

En la formación de la voluntad en la contratación electrónica se pueden identificar dos fases, la primera de ellas la identificamos como aquella en que las partes pactan los instrumentos electrónicos para llevar a término el contrato, lo cual busca especificar que medios se van a utilizar y de que manera se va llevar a cabo la operación que medios concretos se van a utilizar. En este momento nos encontramos frente a la potencialidad del consentimiento del cual no podemos aun expresar su existencia, es una etapa de tratativas preliminares, pero no por esto dejarían de ser vinculantes.

Una segunda fase será en la cual se pone en funcionamiento el programa que será la materialización de esa voluntad querida por las partes que a su vez perfecciona el contrato. Esta fase es de transmisión de la voluntad utilizando un medio electrónico de carácter tecnológico considerado idóneo.

La validez de los contratos celebrados por Internet, implica un consentimiento emitido por las partes contractuales, objeto lícito dentro del contrato y la capacidad legal para contratar. El consentimiento puede presentar vicios como el error, la fuerza y el dolo. Frente al error

⁵⁴ Por error debemos entender una discrepancia entre la realidad y lo que entendemos por ella.

⁵⁵ PEREZ Rocío Melba, El contrato por medios electrónicos, Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos, Págs. 163-164, 2003.

imaginemos el caso de una venta de un artículo que contiene una descripción superficial o que no es suficiente para tener una idea se genera una expectativa en el comprador, lo cual es muy frecuente ya que las personas se encuentran distantes y el objeto del consentimiento se puede presentar en forma incompleta o imprecisa y frecuentemente puede generarse error al encontrar que el artículo presenta características totalmente diferentes a las que en principio se pensó.

El vicio a partir del error sigue los lineamientos básicos de la doctrina tradicional, el error que constituye vicio del consentimiento es el error de hecho, dentro de los cuales encontramos el error en el negocio y el error en la cosa los cuales han sido considerados por la doctrina moderna en el campo de la existencia. El otro error que de igual manera vicia el consentimiento es el error determinante, es el error que mueve la voluntad jurídica y hace que se manifieste. El error en cuanto a la sustancia y en cuanto a la persona vicia el consentimiento en cuanto sea determinante; la Corte Suprema de Justicia en un fallo del año 1936 expuso: “son sustanciales aquellas calidades que han sido determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes”⁵⁶ sólo serán vicios en cuanto sean determinantes, es decir que hayan sido la razón para celebrar el acto jurídico.

En la contratación por medios electrónicos se puede presentar frecuentemente dolo debido a la publicidad engañosa que pueda hacer un oferente de un producto, debido a la dificultad misma del control sobre la publicidad que se presenta en la red, es frecuente encontrarse frente a un producto diferente al que inicialmente se concibió por parte del comprador. Dolo es “el quebrantamiento intencional de la buena fe en una actuación jurídica”⁵⁷, debe provenir para que efectivamente vicie el consentimiento de una de las partes del contrato y que además sea determinante de la voluntad. Al igual sucede con la fuerza en donde para que sea considerada como un vicio debe cumplir con los presupuestos dados por la doctrina tradicional de lo contrario el contrato será considerado plenamente válido.

⁵⁶ Sentencia de febrero 28 de 1936. Jurisprudencia y doctrina, Tomo III, Pág. 383.

⁵⁷ CUBIDES CAMACHO Jorge, Obligaciones, Editorial JAVEGRAF, 1996, Pág.189.

Objeto

El objeto lícito es uno de los requisitos que el contrato debe contener, y los contratos electrónicos no son la excepción a esta exigencia; debe observar con el cumplimiento del orden público y las buenas costumbres de cada lugar donde se celebre el contrato. Autores clásicos como Colin y Capitant sostienen en su obra Teoría General de las Obligaciones, afirman que los contratos no tienen objeto o cosa sino obligaciones.

Nuestra legislación realiza unos requerimientos sobre el objeto que se constituye por los intereses privados que regulan la relación contractual. El objeto debe ser:

- **Posible:** Esto hace referencia a que sea física y moralmente realizable, es decir que este acorde con las leyes de la naturaleza y las leyes del hombre, que se manifieste sin contrariarlas. (Art. 1518 C.C.)
- **Determinado o determinable:** El contrato se debe celebrar sobre géneros determinados o sobre cuerpo cierto, el consentimiento no puede ser expresado sin que se vislumbre tan siquiera el objeto. (1517 y 1518 C.C.)
- **Útil:** Debe cumplir para el fin previsto por las partes o conforme a la naturaleza que el mismo pueda tener.
- **Tener valor pecuniario:** Este requerimiento no se encuentra inscrito en el ordenamiento civil, pero si se encuentra expresado en el comercial en el Art. 864 de C.Co.
- **Debe existir o que se espere su existencia:** se refiere a la materialización del objeto, la ley busca que este exista pero de igual forma deja la puerta abierta a la existencia futura de las cosas, puede ser que a la celebración del contrato el objeto no exista, pero en el transcurso del tiempo llegue a existir. Tal es el caso de la compraventa de cosa futura. (Arts. 1502, 1518,1524 y 1870 C.C.)

En lo que respecta al comercio electrónico debemos seguir muy de cerca algunos rasgos característicos propios de estos contratos como son el comercio electrónico directo e

indirecto anteriormente mencionados, que se refieren a la existencia de un objeto material o inmaterial, comercio de bienes tangibles e intangibles.

2.2.3. FORMA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

Los elementos de la forma hacen referencia a como es externamente el negocio. El autor Antonio Bohórquez, lo define así: *“La forma es el elemento externo del negocio, es la ritualidad ostensible, su exterioridad, es el conjunto de los ritos y formulismos que precisa el negocio, bien sea que la ley los exija con algún propósito definido, bien sea que los propios negociantes hayan querido colocarlos para revestir su acto y satisfacer así particulares necesidades de seguridad o de prueba”*⁵⁸.

La voluntad negocial que despliegan los sujetos a través de Internet, se exterioriza en señales electromagnéticas. De esta manera la exteriorización de la voluntad se produce como señales electromagnéticas que son transformadas a través de una cadena de decodificaciones que uniforman la comunicación y se manifiesta en un lenguaje común.

El perfeccionamiento del contrato electrónico tiene dos etapas: la primera en la cual se reciben los impulsos electromagnéticos y una segunda que se da cuando el destinatario percibe sensorialmente.⁵⁹

En nuestro país se consagra el principio de la consensualidad de los actos jurídicos, que contiene tanto el reconocimiento de la eficacia jurídica de la voluntad privada como la libertad de escoger los medios para expresar la voluntad. No obstante el formalismo no ha sido desterrado de nuestra legislación, debido a la necesidad de dar seguridad a cierto tipo de negocios, salvaguardar el orden público y los intereses legítimos de agentes y de terceras

⁵⁸ BOHÓRQUEZ Antonio, De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Universidad Autónoma de Bucaramanga, Volumen 1, segunda Edición 1998, Pág. 36.

⁵⁹ UMAÑA Andrés, “Derecho a la Internet y su aplicación en el Comercio Electrónico”, Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, Septiembre 26 del 2000 a mayo 30 del 2001.

personas participantes. Nuestro ordenamiento civil exige excepcionalmente que se llenen algunas formalidades, sin la observancia de las cuales no se produciría efecto alguno.

El Código de Comercio también permite a las partes contratar libremente por regla general, no obstante esto no significa que se le cierre la puerta a las solemnidades propias de algunos negocios, el Art. 824 dispone *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”*

3. REGULACIÓN LEGAL EN COLOMBIA – LEY 527 DE 1999–

El Estado colombiano ha sido testigo de deliberaciones de carácter internacional acerca del comercio electrónico y se ha preocupado por adecuar su ordenamiento interno a los cambios comerciales producidos por los avances tecnológicos. Por ello en este capítulo se estudia el tratamiento jurídico del comercio electrónico en la legislación Colombiana que es nuestra carta de navegación para lograr la implementación masiva de esta modalidad comercial.

El comercio electrónico, a la par con el desarrollo creciente de las tecnologías de información ha influido en todo el mundo en la dinámica comercial, fomentando el pronunciamiento de diversos sectores industriales, empresariales, gubernamentales y académicos que han fomentado el estudio como un fenómeno creciente, en el cual se hace prioritario una regulación que le brinde a las partes certeza jurídica en los actos que bajo este marco se realizan.

Nuestro país ha sido un pionero en la implementación de legislación de este tipo, la Ley 527/1999 no es más que una respuesta al incremento de este tipo de operaciones en el país. Esta legislación acoge juiciosamente las recomendaciones que al respecto realiza la *CNUDMI* las cuales quedan plasmadas en la ley modelo de comercio electrónico aprobada

en 1996 que buscaba brindar al mundo una legislación que imprimiera certeza jurídica a las actividades cobijadas bajo la implementación de la tecnología de la información en el área comercial.

Nuestra legislación, contiene un ámbito de aplicación que va mucho más allá del comercio electrónico, dejando este tema como solo uno de los aspectos que se contemplan en ella. La ley 527 de 1999 no distingue entre la naturaleza comercial y civil del acto contrato, debe entenderse que esta ley es aplicable a toda clase de contratos y negocios, así mismo la citada ley define y regula el acceso del mensaje de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, hace referencia a la creación de entidades de certificación y determina sus funciones legales. Los amplios principios contenidos en esta ley, fueron concebidos para que por si mismos faciliten e impulsen la practica del comercio electrónico en el país.

3.1. BREVE RESEÑA DE LA LEY 527 DE 1999. -

Entre los años de 1996 y 1998 el gobierno de Colombia asistió como observador a la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional *CNUDMI*, lo cual le permitió tener un contacto directo con la fuente y comprender ampliamente los debates y las discusiones que se presentaban al seno de la institución en materia de comercio electrónico.

El gobierno colombiano dentro de sus lineamientos había propuesto como meta el fomento del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, de igual forma tenía como objetivo el implementar el uso de estas tecnologías al interior de algunas de sus entidades públicas con el fin de agilizar las comunicaciones al interior de estas entidades.

Una comisión interinstitucional con participación del sector publico y privado del país, abordó la tarea de estudiar la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico y de diseñar los mecanismos para su adecuación e incorporación en el ordenamiento interno. La comisión redactora estaba integrada por los Ministerios de Justicia y del Derecho, Transporte,

Desarrollo Económico y Comercio Exterior. Esta labor, que duró cerca de un año, se materializó en el proyecto de ley número 227 que concluyó el 18 de agosto de 1999 cuando el ex presidente de la República Andrés Pastrana Arango, sancionó la Ley 527 de 1999 de comercio electrónico aprobada por el Congreso de la República; mediante la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos del comercio electrónico, de las firmas digitales y se establecieron las entidades de certificación.

En el país se hacía fundamental avanzar en la elaboración de un marco legislativo que diera principios para delimitar la materia y de la misma manera brindar certeza y tranquilidad a quienes usan esta modalidad contractual, y sentían temor acerca de su validez jurídica.

3.2. FINALIDAD Y PRINCIPIOS APLICABLES DE LA LEY 527 DE 1999.

La finalidad principal de ésta ley es brindar un cuadro normativo en el que se incorporen los adelantos tecnológicos en informática y comunicaciones aplicados al comercio y de esta forma se de valor jurídico a los mensajes electrónicos de datos que hagan uso de esta tecnología. El mensaje de seguridad avalado por la ley está compuesto por la firma digital, las entidades de certificación y los certificados digitales.

De Igual manera se pretendió que esta normatividad estuviese acorde con la legislación internacional que se dictaba sobre el tema y la cual se fundaba igualmente en la Ley modelo, con lo cual se cumpliría el propósito armonizador y unificador de esta legislación.

La Ley 527 de 1999, va más allá de la propuesta de la *CNUDMI*, no obstante las dos primeras partes de nuestra legislación interna incluyen en forma rigurosa la totalidad de los principios de la Ley Modelo. Estos principios que nuestra legislación toma de la *CNUDMI* y que enunciaremos a continuación permiten el uso de estas nuevas tecnologías bajo una óptica jurídica adecuada.

Internacionalización de la Ley: La Internacionalización de la ley, busca poder darle a la ley una interpretación que sea acorde con el carácter internacional con el que esta regulación fue concebida, que no buscaba objetivo diferente al de tener una legislación lo más uniforme sobre el particular a fin de lograr unos claros estándares de interpretación interior de la comunidad internacional. Este principio se consagra en el artículo 3⁶⁰ de la ley 527 de 1999, y se constituye en un mandato a las autoridades para que interpreten las disposiciones de la Ley, teniendo en cuenta que la misma obedece a una problemática mundial.

Autonomía de la voluntad: Este principio, consagrado en el artículo 4⁶¹ de la ley 527 de 1999, consiste en el reconocimiento de la libertad contractual de las personas para regular sus propias relaciones, de esta forma los usuarios que acceden a esta modalidad contractual se le permite establecer las condiciones de validez del negocio que realizan. Según éste criterio, las partes pueden decidir sobre las formalidades, por las cuales se van a obligar en el contrato⁶² y será esta voluntad expresada la que oriente al juez en el momento de tener que dar resolución a un conflicto que surja entre las partes que participan del acto.

Autenticidad: La regulación permite a las partes establecer el origen de una comunicación electrónica. Con lo que se facilita la identificación de las partes de un negocio electrónico de manera que exista suficiente seguridad jurídica para los contratantes, de igual forma se constituye en prueba sobre de la originalidad del documento⁶³.

Según el artículo 16 de la Ley 527 de 1999 “se entenderá que un mensaje proviene del iniciador cuando este ha sido envidado por:

- El propio iniciador.

⁶⁰ **Artículo 3.** Ley 527 de 1999.

⁶¹ **Artículo 4.** Ley 527 de 1999

⁶² REYES VILLAMIZAR Francisco, Comercio electrónico desarrollos jurídicos recientes en Colombia, Revista Universitas, #97, Pág. 172

⁶³ REYES VILLAMIZAR Francisco, Ibidem, Pág. 184

- Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de este mensaje, o
- En su nombre para que opere automáticamente”.

Por su parte el artículo 17 establece ciertas presunciones, que permiten concluir que el destinatario tiene derecho a considerar un mensaje de datos como del iniciador cuando:

- “Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que le mensaje de datos provenía efectivamente de éste,
- El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio”.

Equivalente Funcional: Se encuentra previsto en varias de las disposiciones de la ley 527 de 1999, reconoce los requisitos legales que le imprimen validez a las transacciones tradicionales que se ven representadas en el papel y que se presentan como un obstáculo para el desarrollo de la comunicación moderna. Con este principio se le da paso al reconocimiento del mundo digital en las practicas comerciales, imprimiendo fuerza y validez para eliminar la incertidumbre jurídica.

Lo que contiene este principio es la posibilidad de trasladar la funcionalidad de un elemento tradicional del comercio, como lo es el uso del papel, a los elementos electrónicos y como consecuencia brindar seguridad y confianza al esquema digital.

Este es un principio de suma importancia debido a que logra extender la validez de algunos elementos tradicionales a elementos propios del comercio electrónico, con esta “ficción” se dota de seguridad a las transacciones realizadas en el espacio virtual.

Flexibilidad: Este principio presente en nuestra ley reconoce que no se están regulando minuciosamente el comercio electrónico, sino, que este ordenamiento pretende tener un grado de flexibilidad tal que no varíe los planteamientos jurídicos existentes y por el contrario permitir su interpretación armoniosamente dentro del ordenamiento jurídico.

Neutralidad: Este principio apunta a que la ley no sea amarrada a ninguna tecnología en particular, ya que se puede ver fácilmente como nos encontramos frente a un tema de constante y rápida evolución, de tal manera que pudiera adaptarse la legislación a cualquier salto en la tecnología, ya que de lo contrario la legislación no sería cosa diferente a una camisa de fuerza que impediría el desarrollo o dejaría a este frente a la incertidumbre jurídica.

Integridad: La integridad como principio apunta a la exactitud en el contenido del mensaje de datos, esto permite que posteriormente se realice una valoración del alcance y las implicaciones del contrato, así mismo se puedan establecer las obligaciones recíprocas que se suscitan en virtud del contrato. El Art. 18 de la ley contiene este postulado en la eventualidad que el mensaje de datos provenga del iniciador el destinatario “tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia”. El destinatario gozará de este derecho si sabía o hubiere sabido, de haber actuado con la debida diligencia o haber aplicado algún método convenido, que la transmisión había dado lugar a un error en el mensaje de datos recibido.

Así mismo el Art. 9 establece que “se considera que la información consignada en el mensaje de datos es íntegra, si esta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación.”

Evaluación de las Pruebas: El doctrinante Jairo Parra Quijano afirma: “El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado

proceso”⁶⁴. En el campo probatorio la evidencia en medios electrónicos o digitales representa un reto conceptual y práctico para quienes imparten justicia en nuestro país. Es preciso determinar que es lo que se ha de investigar para que la autoridad competente pueda verificar la pertinencia de las pruebas. Frente a un proceso judicial, los medios probatorios tradicionales como: el testimonio, la confesión, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, entre otros, son elementos fundamentales para determinar y configurar la imagen completa de los hechos y valorar los mismos para establecer la sentencia sobre el caso en investigación.

El artículo 11 de la ley 527 de 1999 regula el “*criterio para valorar probatoriamente el mensaje de datos*”, La prueba hay que estimarla, valorarla, darle un mérito o valor, darle un poder de convicción de acuerdo con las reglas de la sana crítica basadas en las leyes de la lógica, máximas de experiencia y los principios jurídicos. Los artículos 175 y 187 del C.P.C., establecen que es posible que el juez forme su criterio a través de cualquier medio probatorio, no sólo los expresamente definidos en dichos artículos, además deberá apreciar las pruebas en conjunto.

Escritura y Firma: La ley 527 de 1999 considera las firmas digitales como firmas auténticas y a los mensajes de datos como documentos, de conformidad con las leyes procesales aplicables. El artículo 6 de la ley 527 expresa que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, o constituya una obligación, así no sea por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos. El artículo 7 de la ley 527 de 1999 establece que el uso de la firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de la firma manuscrita, si contiene los siguientes requisitos:

- Que se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación.
- Que el método usado sea confiable y apropiado al mensaje de datos que fue generado.

⁶⁴ PARRA QUIJANO Jairo, Derecho Probatorio, Editorial Temis, Bogotá, 2000, Pág. 99.

El inciso final del Art. 28 de la ley 527 le da equivalencia funcional a la firma digital al equiparar ésta con la firma manuscrita, con todas las consecuencias que esto trae en el campo de la validez y demás efectos que se desprenden en forma natural de la firma manuscrita. No obstante la ley exige ciertos atributos en la firma manuscrita, estos son:

- Ser única de la persona que la usa.
- Ser susceptible de verificación.
- Estar bajo control exclusivo de la persona que la usa.
- Tener conformidad con las disposiciones adoptadas por el gobierno nacional.

De la Consensualidad: Los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier medio inequívoco, salvo que la ley exija para cierto acto la existencia de alguna solemnidad o formar particular caso en el cual las partes no pueden por sí mismas llenar estos requisitos con su mera voluntad.

La ley 527 de 1999, en el artículo 14, establece lo siguiente: *“En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrá ser expresadas por un mensaje de datos”*. Lo anterior sugiere que no se requiere formalidad alguna para la celebración del contrato, siguiendo así los lineamientos en materia comercial sobre la libertad de las partes al contratar.

3.3. MENSAJES DE DATOS

La forma de incorporar esta tecnología es a través de equivalentes funcionales, que permiten alternar los requisitos formales físicos tradicionales por requisitos basados en la nueva tecnología. Una norma de carácter general incorpora los avances tecnológicos a la mayoría de las normas, sin esfuerzos adicionales particulares para cada caso.

Esta equivalencia sobre la cual ya hemos trabajado ampliamente en apartes anteriores, ha sido incorporada a través legislación y directivas de carácter gubernamental de cada Estado, como ocurrió en Colombia con la Ley 527 de 1999, en España con el Real Decreto 14 de 1999, en Perú con la Ley 27269 de 2000, la Directiva de la Unión Europea, entre otros.

Estas leyes modelo, no están atadas a ninguna tecnología en especial; cuentan con una amplitud tecnológica para la regulación de situaciones futuras. Nuestra legislación entiende por mensaje de datos la información generada, enviada, recibida, almacenada, 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 telefax.

En la ley 588 del 2000, se trata el valor probatorio, y la importancia y conexidad del mensaje de datos con las actividades propias de la actividad notarial con el fin de darle celeridad y eficacia a dicha. *“Artículo 1. Notariado y competencias adicionales. El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial. Parágrafo 2. Las notarías y consulados podrán transmitir como mensajes de datos, por los medios electrónicos, ópticos y similares a los que se refiere el literal a) del artículo 2° de la ley 527 de 1999, 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. Dichos documentos serán auténticos cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad que para transmisión de mensajes de datos establece la ley 527 de 1999”.*

El legislador en nuestro país prestó especial atención tuvo al mensaje de datos, al concederle legalmente el mismo status que a otro tipo de declaraciones o representaciones frecuentemente utilizadas en nuestro país, lo que consideramos como un acierto del legislador por la importancia que tiene el mensaje de datos a la hora soportar las comunicaciones que se efectúan en el Comercio Electrónico.

La ley exigió que estos mensajes de datos cumplan con algunas características propias sin desconocer las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas.

Los mensajes de datos transmitirán las comunicaciones de ausentes que estén dirigidos al perfeccionamiento de actos jurídicos que requieran formalidades, se requerirá el cumplimiento de las siguientes condiciones:

Escrito: cuando cualquier norma requiera que la información cuente por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Firma: Cuando cualquier norma exija la presencia de cualquier norma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento sí:

Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar el contenido cuenta con su aprobación.

Qué el método sea tan confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Lo dispuesto en este artículo tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación como si las normas solamente prevén las consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Original: Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos.

Integridad de un mensaje de datos: Se considera que la información contenida en un mensaje de datos es completa, si ha permanecido conservada e inalterada, salvo la adición de algún endoso o algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación.

Conservación de los mensajes de datos y documentos: Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese, requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta.

- Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en el que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y,
- Que se conserve, de haber alguna forma, toda información que permita determinar el origen, destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento. No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos. Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta.

Conservación de mensaje de datos y archivo de documentos a través de terceros: El cumplimiento de la obligación de conservar documentos, registros o informaciones en mensajes de datos, se podrá realizar directamente o a través de terceros, siempre y cuando se cumplan las condiciones enunciadas en el numeral anterior⁶⁵.

Estos mensajes de datos, además de representar la base del comercio electrónico, son el fundamento de todas las actividades que involucran sistemas informáticos.

3.4. FIRMA DIGITAL COMO MEDIO DE PRUEBA Y SU FUNCIONAMIENTO.-

Por siglos el concepto de la firma se ha relacionado en forma mediata con el uso del papel. Con la finalidad de dar cabida al uso de medios electrónicos se estudiaron los requisitos y condiciones exigidas para la firma manuscrita que tradicionalmente se llevaba sobre el papel, para el legislador dispendioso tratar de transmitir seguridad al concepto de la firma electrónica ya que se entendió que en un entorno electrónico el original de un mensaje no se puede diferenciar de una copia, además que no lleva una firma manuscrita y no aparece en un papel, bajo este panorama las posibilidades de fraude son altas debido a la facilidad con

⁶⁵ Ley 527 de 1999, Art.11.

que se pueden interceptar y alterar datos en versión electrónica de forma rápida y difícil de detectar.

El Art. 7 de la Ley 527 de 1999, se basa en el reconocimiento de las funciones que se incorporan a una firma en los documentos físicos, las cuales deben ser trasladadas a los documentos electrónicos, resaltando las siguientes características de la firma:

- Identificar a una persona
- Dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto que participa
- Aprobación personal del contenido del documento al cual se le hace incorporación de la firma.

Con el crecimiento del uso de medios electrónicos aparece la necesidad de dar seguridad a estas operaciones, como respuesta aparecen protocolos de seguridad que tratan temas como la encriptación y la firma digital, con la finalidad principal de brindar confianza a las partes participantes en la operación.

El comercio electrónico no es el receptor exclusivo de la firma digital; en la actualidad miles de empresas e instituciones públicas en todo el mundo usan la firma digital como medio rápido y seguro que facilita la descongestión de grandes cantidades de documentos, esta practica hace que el archivo de documentación sea seguro, cómodo y barato, ya que no hay que emplear grandes espacios para el archivo de documentos físicos, y con el uso de tecnología informática se suple esta necesidad. Dando mayor velocidad en la circulación de la información, con aumento de productividad y la competitividad en el sector público y privado.

El principio de equivalencia funcional adoptado por la **CNUDMI** en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico establece en el Art. 7 que en los casos en que la ley requiera la firma de una persona, en relación con un mensaje de datos se tendrá satisfecho este requisito sí:

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

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se genero o comunico el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.” La ley de esta manera busca crear un marco adecuado para la generación de firmas electrónicas dotadas de validez jurídica como prueba generadora de derechos y obligaciones.

Derivado de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico surge el proyecto de Ley modelo de firma Electrónica la cual sería presentada a la Comisión para su examen y posterior valoración jurídica como prueba generadora de derechos y obligaciones para los participantes.

La firma Electrónica según el Proyecto en mención guarda relación con el criterio de flexibilidad y de equivalencia funcional establecido en el Art. 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, es decir, reconoce equivalencia entre firma electrónica y firma manuscrita para efectos legales.

En el Proyecto la firma electrónica se determina que ésta cumple las funciones de identificación y confirmación del autor que aprueba el contenido del documento, para esto las partes (firmane, tercero y prestador de servicios de certificación) deben cumplir unas pautas. El primero de ellos debe actuar diligente y cauteloso en la utilización de su firma electrónica, el tercero debe verificar la fiabilidad de la firma electrónica, dado el caso, debe verificar el certificado que acompaña el documento, y finalmente, el certificador debe tener el sistema necesario para garantizar la veracidad de la información contenida en los certificados.

El Proyecto de Ley Modelo sobre firma Electrónica de la *CNUDMI* plantea en su Art. 2 la definición de firma electrónica como “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser

utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos”, con esta definición no se pretende cosa diferente que reconocer pleno efecto a la firma electrónica.

La firma electrónica según el proyecto puede crearse bajo cualquier tecnología informática, lo que no impide el uso de otra tecnología y tampoco implica esto que se le pueda negar validez jurídica a una firma electrónica por el solo hecho de no seguir un sistema de configuración específico. No obstante el sistema utilizado debe cumplir con los requisitos de la firma:

- Los datos de creación de la firma correspondan al firmante.
- Los elementos de creación de la firma electrónica se encontraban presentes, en el momento de la firma bajo el uso del firmante.
- Que se garantice la integridad del mensaje cuando así se requiera para su validez, para que la firma sea válida el mensaje de datos que la acompaña debe cumplir con el principio de integridad.
- Que sea posible detectar cualquier alteración hecha antes o después de firmar.

El Proyecto en su Art. 8 señala la correcta actuación del firmante, al cual le son establecidos deberes con miras a procurar el establecimiento de un sistema seguro mediante el uso de firmas electrónicas, contiene en términos generales la obligación de actuar con diligencia razonable para evitar la utilización de los datos en la creación de la firma y recurrir a entidades especializadas para averiguar sobre la seguridad de los datos consignados al momento de la creación. En el caso de firmas electrónicas especializadas, esto es aquella que está avalada por un certificado, el firmante debe actuar con diligencia al momento de suministrar su información y mantener constante comunicación sobre cualquier cambio particular que pudiere conducir a error o fraude por terceros.

En los Arts. 9 y 10 del Proyecto se establece los rasgos y la responsabilidad de los organismos encargados de expedir certificados de autenticidad de las firmas electrónicas.

En el momento que se presenta una disputa sobre una obligación que ha sido pactada por contratación electrónica, el problema está en probar que ha existido el acuerdo de voluntades que se exige para la validez de los contratos cuando esa declaración de voluntad se materializó con un click del computador.

El documento sea en papel o electrónico debe contener los siguientes rasgos: ser inalterable, legible en cada caso a través de sus correspondientes procedimientos y es imprescindible que identifique a los contratantes, especificando sus nombres direcciones, fecha de realización del contrato y fecha de recepción, estableciendo así las garantías necesarias para otorgar seguridad al documento electrónico.

El Art. 28 de ley 527 de 1999 señala los atributos de este método establece que “el uso de la firma digital tendrá la misma fuerza probatoria y efectos que una firma manuscrita, si ella incorpora los siguientes atributos:

- Es única a la persona que la usa.
- Es susceptible de ser verificada.
- Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
- Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
- Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el gobierno nacional”.

Este Art. no hace cosa diferente de reconocer en forma expresa la equivalencia de la firma manuscrita a la firma digital, con el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados.

Como conclusión general, podemos decir que en esencia, la técnica de firma digital basada en clave pública utiliza una clave para generar la firma y otra para verificarla. La clave de verificación es la llamada clave pública, porque cualquier persona puede verificar la firma con esta clave y la clave para generar la firma es llamada clave privada, dado que sólo el iniciador de la firma es el único que puede controlarla.

La firma digital se basa en unas formulas matemáticas dadas en clave conocidas como criptografía de llave pública que es un modelo matemático creado por matemáticos de la Universidad de Stanford y del MIT, quienes mediante la aplicación de conceptos matemáticos solucionaron la problemática inicial de confidencialidad y autenticidad de la información digital, este sistema conocido mundialmente como RSA⁶⁶.

El RSA, es un programa informático con el cual el usuario obtiene unos dígitos matemáticamente relacionados, a los que se denominan llaves. Una llave es un número de gran tamaño que puede ser conceptualizado como un mensaje digital, como un archivo binario o como una cadena de bits o bytes.

Las llaves públicas y privadas tienen características matemáticas, su generación es en parejas los sujetos tienen llaves públicas y privadas diferentes e independientes. La llave pública es la que se entrega al usuario que se desea consulte o acepte un documento electrónico, la llave privada es la que permite enviar la información garantizando confidencialidad y autenticidad.

La utilidad del sistema tiene su principal expresión en el procedimiento de firmado, cuando mediante un programa de cómputo, un sujeto alimenta un documento a firmar y su llave privada, el programa entonces produce como resultado un mensaje digital denominado firma digital.

Lo que sucede cuando se realiza una firma digital es lo siguiente: El emisor de un mensaje lo cifra digitalmente haciendo uso su clave privada, y su receptor podrá descifrarlo utilizando la clave pública del suscriptor, de forma tal que si el mensaje, conteniendo información textual es legible tiene la seguridad de que el mensaje ha sido enviado por el titular de la clave y que el documento no ha sufrido alteración alguna.

⁶⁶ Denominado RSA por las siglas que componen los apellidos de sus creadores Rivest, Shamir, Adelman.

La función de Hash⁶⁷, es un algoritmo que convierte una secuencia de bits en otra menor y se aplica tanto para la generación del mensaje, como para el proceso de verificación de la firma digital. El receptor descifra el hash aplicando la llave pública y aplica nuevamente la función de hash sobre el mensaje completo que ha obtenido. Por consiguiente el hash recibido y el cifrado y el segundo hash obtenido coinciden, el destinatario tiene la seguridad de que el mensaje recibido ha sido firmado por el emisor con ese sentido.

La firma digital sólo prueba que se utilizó la llave privada por el sujeto y no necesariamente el acto personal del firmado, para solucionar entonces la alteración o el indebido uso de las llaves se ha creado el certificado digital consistente en un documento firmado digitalmente por una persona o entidad denominada Autoridad Certificadora, que establece una liga entre un sujeto y su llave pública.

Por tanto, cuando se trate de confidencialidad se habla de encriptación de llave pública que se descripta con la correspondiente llave privada. En la autenticidad en este sistema siempre se habla del proceso inverso, la encriptación con la llave privada y la descriptación con la llave pública.

Visto lo anterior podemos afirmar que la firma digital tiene un nivel de seguridad mayor al que puede presentar una firma manuscrita, ya que una firma de este tipo impresa en un papel puede ser modificada o su contenido alterado, esto se ve en la practica mercantil y civil, cuando se llenan los espacios en blanco con XX o muchas veces no se dejan estos espacios con el fin de evitar que se le incorpore más texto al documento; por su parte los mensajes de datos firmados digitalmente garantizan la integridad del documento y un acto de sabotaje sobre el mismo lo hará indescifrable.

La ley 527 en su Art. 2 define firma digital como *“un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la*

⁶⁷ Los algoritmos hash más utilizados son MD5 o SHA-1.

clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”.

Actualmente en Colombia se implementa el sistema PUBLIC KEY INFRASTRUCTURE (infraestructura de clave pública) conocido por sus siglas en inglés PKI, este método sirve para generar firmas digitales a partir de la clave privada conocida por el usuario iniciador y verificarlas a partir de su clave pública conocida por todos. De esta forma un mensaje de datos podrá ser cifrado únicamente con la clave privada la cual sólo conoce su poseedor, mientras que puede ser descifrado por cualquiera que conozca la clave pública.

La ley 527 de 1999 establece que las firmas digitales, sólo podrán ser otorgadas por una entidad de certificación, la cual se constituirá solo si cumple con ciertos requisitos de carácter técnico, jurídico y económico exigidas por la ley 527/99. La misma norma estableció la función de control y vigilancia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por su parte el Art. 29 consagra ciertos lineamientos para las entidades de certificación, consagra que serán personas jurídicas, de carácter público o privado de origen nacional o extranjero y las Cámaras de Comercio, que previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio que cumplan con los requisitos establecidos:

- Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación.
- Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en la ley 527 de 1999.
- Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto delitos políticos y culposos, o que hayan sido supeditadas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para tal efecto.

El decreto 1747 del 2000 “por el cual se reglamenta parcialmente las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales” se establece la responsabilidad de las entidades de certificación, el Art. 18 de este ordenamiento consagra que estas entidades responderán por todos los perjuicios que causen en el ejercicio de sus actividades. La entidad certificadora será responsable por los perjuicios que puedan causar los prestadores de servicios a que hace referencia el artículo 10 del mismo decreto, a los suscriptores o a las personas que confíen en los certificados.

Dentro del decreto reglamentario 1747 del 2000, desarrolló algunos contenidos no contemplados en la ley 527, su Art. 1 nos da definiciones muy importantes que orientan sobre aspectos que hacen parte del comercio electrónico como:

- Iniciador: persona que actuando por su cuenta, o en cuyo nombre se haya actuado, envié o genere un mensaje de datos.
- Suscriptor: Persona a cuyo nombre se expide un certificado.
- Repositorio: sistema de información utilizado para almacenar y recuperar certificados y otra información relacionada con los mismos.
- Clave privada: valor o valores numéricos que, utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos.
- Clave Pública: valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador.
- Certificado en relación con las firmas digitales: mensaje de datos firmado por la entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide, cómo al suscriptor y contiene clave pública de éste.
- Estampado cronológico: mensaje de datos firmado por una entidad de certificación que sirve para verificar que otro mensaje de datos no ha cambiado en un período que comienza en la fecha y hora en que se presta el servicio y termina en la fecha en que la firma del mensaje de datos generado por el prestador del servicio de estampado, pierde validez.

La firma digital es una de las herramientas más importantes en nuestro concepto para el desarrollo del comercio electrónico, ya que genera seguridad y confianza entre los usuarios del sistema. Suponemos que se le llamó firma digital para no ser contrarios a lo que tradicionalmente conocemos como firma más como un requerimiento de tipo cultural y social, pues su concepto involucra una ruptura de paradigmas, debido a que en realidad dista mucho del concepto tradicional de firma por lo menos en cuanto tiene que ver con su forma. Las firmas a través de medios electrónicos no son un signo que se coloca sobre un documento como se ha concebido desde hace siglos, como ya vimos involucra un concepto más complejo, que constituye en un gran avance en materia de seguridad del comercio electrónico y las legislaciones sobre el tema alrededor del mundo han generado un proceso de cambio para adaptar esta novedosa forma a la legislación interna de cada país.

3.5. ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN Y SU CLASIFICACIÓN.

La entidad de certificación realiza un papel fundamental en el desarrollo del comercio electrónico, tiene la importante labor de generar confianza entre quienes participan de los negocios en red. La ley 527 de 1999, en el artículo 2°, literal d) la define como:

*“Aquella persona que, autorizada conforme a la presente Ley, esta facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales”.*⁶⁸

En otras palabras la entidad de certificación va a ser la entidad que se encargue de proveer de mecanismos a los usuarios para verificar las firmas digitales de las personas, son

⁶⁸Dentro de la definición legal es importante anotar que no todos los mensajes de datos firmados digitalmente son certificados digitales.

entidades autorizadas como que deben brindar certeza a los usuarios del sistema, tal y como lo determina el Art. 42 de la ley 527, acerca de la facultad que es otorgada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La ley exige a estas entidades de certificación el cumplimiento de una serie de requisitos para que puedan existir en el mundo jurídico, con respecto a su patrimonio la ley contempla: en primer lugar obligar a aquellos que pretendan prestar el servicio de entidad de certificación, un capital mínimo de funcionamiento de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la autorización y la constitución de ciertas garantías que varían dependiendo si son entidades de certificación abiertas o cerradas a las cuales nos referiremos en detalle más adelante. El legislador no buscó nada diferente de garantizar cierta estabilidad económica y financiera a las operaciones realizadas por las entidades; y de igual manera se preocupó por hacer claridad acerca de quien era el organismo encargado de ejercer control y vigilancia, delegando esta función en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio en segundo lugar, con ocasión a dichas exigencias, la Superintendencia de Industria y Comercio, su actividad de vigilancia encargada va más allá del ámbito operativo para traspasar al ámbito patrimonial con el fin de garantizar las operaciones realizadas.

De conformidad con el artículo 30, las entidades de certificación autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades:

- Emitir certificados en relación con las firmas digitales en personas naturales o jurídicas.
- Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos.
- Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la ley 527 de 1999.
- Ofrecer facilidad a los servicios de creación de firmas digitales certificadas.

- Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
- Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos.

A pesar que nuestra legislación fue un producto de la Ley Modelo de la *CNUDMI*, también le hizo un aporte referente a un tercer capítulo referente a la tecnología de la clave pública, la cual sería válida para cualquier propósito, y sólo se le suman algunos atributos. Por esta razón se puede considerar la ley Colombiana como una ley de carácter mixto, ya que permite usar cualquier tecnología, de acuerdo con el fin (*Ley 527 de 1999 Art. 7*), y hace referencia a una tecnología específica de clave pública (*Ley 527 de 1999, Art. 28*).

Entidades Certificadoras Abiertas y Cerradas

La ley establece la posibilidad de cobrar una remuneración por los servicios, pero a su vez es exigente respecto de los deberes de las entidades de certificación:

- Emitir certificados conforme a lo solicitado o acordado con el suscriptor.
- Implementar los sistemas de seguridad para garantizar la emisión y, creación de firmas digitales, la conservación y archivo de certificados y documentos en soporte de mensaje de datos.
- Garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el suscriptor.
- Garantizar la prestación permanente del servicio de entidad de certificación.
- Atender oportunamente las solicitudes y reclamaciones hechas por los suscriptores.
- Efectuar los avisos y publicaciones conforme a lo dispuesto en la ley.
- Suministrar las informaciones que le requieran las entidades administrativas competentes o judiciales en relación con las firmas digitales y certificados emitidos y en general sobre cualquier mensaje de datos que se encuentre bajo su custodia y administración.

- Permitir y facilitar la realización de las auditorías por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Elaborar los reglamentos que definen las relaciones con el suscriptor y la forma de prestación del servicio.
- Llevar un registro de los certificados.

El decreto 1747 del 2000 estableció unos rasgos que caracterizan a las entidades de certificación dependiendo de la actividad que desarrollen estas, es de esta diferenciación de donde surge el concepto de entidades de certificación abiertas y cerradas. Las primeras serán aquellas que no se limitan únicamente al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor y reciben remuneración por el servicio prestado. La entidad de certificación abierta es definida en el Decreto 1747 de 2000, artículo 1°, numeral 9°, como:

“La que ofrece servicios propios de las entidades de certificación tales que:

- a) su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, o*
- b) Recibe remuneración por éstos”.*

Se le exige a este tipo de entidad abierta un seguro con el fin de proteger a los usuarios y terceros que confíen en sus servicios, para la eventualidad en que la entidad falle en la prestación del servicio.

“Art. 15. Uso del certificado digital. Cuando quiera que un suscriptor firme digitalmente un mensaje de datos con su clave privada, y la respalde mediante un certificado digital, se darán por satisfechos los atributos exigidos para una firma digital en el parágrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999”,

El artículo anteriormente citado significa que una persona que firme digitalmente un mensaje de datos y use el aval de la firma con el certificado digital de una entidad de

certificación abierta, no tendrá que demostrar los atributos exigidos en el artículo 28 de la Ley 527, ya que el trabajo de garantizar la seguridad de las firmas digitales está a cargo de la entidad de certificación.

Las entidades cerradas por su parte sólo podrán ofrecer sus servicios para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor sin exigir remuneración. En el Decreto 1747 de 2000 en su artículo 1°, numeral 8, hace referencia a las entidades certificadoras cerradas como:

“Entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación sólo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello”.

Los certificados digitales que utilicen los suscriptores de las entidades de certificación cerradas no se pueden utilizar para avalar firmas digitales enviadas a terceros, razón por la cual no pueden exigir remuneración por sus servicios y estos son usados sólo para incrementar el nivel de seguridad de las operaciones.

3.6 CONSIDERACIONES PERSONALES.

El contrato electrónico se ha constituido en una herramienta mercantil de gran importancia, agilizando las relaciones mercantiles entre sujetos que se encuentran a gran distancia y que posiblemente ni se conozcan. Gracias al uso de las tecnologías de la información una orden en el teclado del computador hace que la voluntad se exprese y el contrato se perfeccione, es muy importante no perder de vista que por novedoso que sean los medios por los cuales se manifieste la voluntad y se perfeccione el acuerdo, estamos siempre frente a un contrato.

Los novedosos elementos que trae el comercio electrónico han sido adaptados a las formas tradicionales del contrato con el fin de evitar impactos que pudieran en determinado momento ser negativos para el normal desarrollo de las transacciones comerciales, buscando entonces, usar principios de derecho que desde siempre han orientado la actividad mercantil.

A través de ficciones jurídicas aparecen en escena nuevos conceptos como es el caso de la firma electrónica que a pesar de ser muy diferente al concepto tradicional de firma se asimila a la misma para hacer más fácil su comprensión y poder ubicarla fácilmente en el mundo jurídico, en el que también tiene cabida el concepto de mensaje de datos, que en aplicación al principio de la equivalencia funcional se ha equiparado a las herramientas tradicionales usadas en el giro ordinario de los negocios.

El contrato electrónico cuenta con medidas de seguridad que buscan generar confianza en el sistema, tales como: la aparición de entidades de certificación, los certificados digitales, firmas digitales con sus complejos sistemas de claves y encriptación que hacen inalterable el documento, son entonces, algunos de los métodos que la misma tecnología se encarga de brindar y que el derecho por ende regula y encuadra dentro de unos parámetros normativos.

A pesar de la incipiente que puede tener el uso del comercio electrónico en nuestro país, resulta sorprendente el compromiso adquirido frente a esta modalidad mercantil por parte de nuestro legislador, el cual desde el principio realizó un serio seguimiento a los avances dados en los debates sobre el particular al seno de la *CNUDMI*, es por este motivo que encontramos una ley 527 bien estructurada y con tendencia a la unificación de conceptos, este esfuerzo legislativo resulta ser un valioso ejemplo para los demás países de América Latina. De igual manera la Ley Modelo de la *CNUDMI* cumple su finalidad, con un marco flexible y de carácter internacional para que cada país incorpore a su derecho interno y se facilite así la unificación legislativa sobre el comercio electrónico.

Con respecto a la firma digital es menester hacer una apreciación que tiende a ser una crítica. En la ley 527 se adopta como único mecanismo de firma electrónica, la firma digital, en este punto nuestra ley de comercio electrónico no puede ser considerada como tecnológicamente neutra, el legislador erró al no regular otros mecanismos electrónicos de firma, en consecuencia los usuarios no podrán escoger otro mecanismo diferente a la firma digital, esto es sumamente importante ya que se pierde el dinamismo que la legislación

debe tener en especial cuando se tratan asuntos de evolución constante como es el caso de los adelantos tecnológicos.

Así pues, la legislación sobre comercio electrónico se ha convertido en soporte jurídico que con urgencia era requerido para atender esta creciente práctica comercial. No se trata de la creación del comercio electrónico, el cual venía dándose sin unas bases jurídicas, sino más bien nos referimos a la adecuación que ha hecho la legislación, sobre el comercio electrónico que lo ha llevado a ser una realidad palpable.

CAPITULO III.

EL CONSUMIDOR EN LA RED.

1 DEL CONSUMO EN GENERAL.

1.1. EL DERECHO DEL CONSUMO Y EL CONSUMIDOR.

El derecho civil de los romanos siempre tuvo cierta desconfianza al comercio, ya que sus preceptos eran normas de derecho común que se preocupaban, por lo general, de las necesidades del tráfico mercantil, sin embargo no se puede negar la existencia del comercio en Roma cuya expresión más pura se daría a través del comercio marítimo en el mediterráneo particularmente. La poca incidencia de los usos mercantiles en el derecho romano se debió a que éste fue un derecho para propietarios y agricultores antes que para comerciantes.

Los romanos ejercían el comercio a través de sus esclavos o dependientes y por eso veían con muy malos ojos el juego de las transacciones.⁶⁹ Lo anterior no impidió que el tráfico creara sus propias normas, particularmente consuetudinarias, las cuales vendrían libres de todo formalismo, provenían principalmente de los usos. El comercio se desarrollo en ciudades marítimas básicamente de la edad media donde aparecen instituciones novedosas como: los bancos, las letras, las ferias entre otras.

Del citado derecho de los comerciantes aparece el derecho de la empresa, el centro de los negocios se vuelca a los grandes capitales, hacia la empresa vista como unidad de producción y centro del derecho patrimonial exigido por el mercado. Con el maquinismo y la revolución de los procesos de producción el papel de la empresa se exalta como eje fundamental del progreso en la sociedad. La actividad empresarial se da junto con ideas de

⁶⁹ RIPERT Georges, Tratado elemental de derecho comercial, Tomo I, Buenos Aires, tipografía Argentina, 1954, Págs. 15 y 16.

libertad y desarrollo del individuo donde se acuña la famosa frase del ideario liberal *laisser faire, laisser passer*, frase que resume el sentir del Estado gendarme y no interventor en los asuntos económicos.

Sin duda, con el protagonismo de la empresa como motor de la economía, aparece en la escena quien hace posible la existencia de ésta, el consumidor que desde la revolución industrial aparece como un protagonista de todo este proceso. Sobre el papel del consumidor el autor argentino Juan Farina⁷⁰ advierte: “Hasta hace unas décadas se había concebido al derecho comercial como derecho de la empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar de uno u otro modo, hasta el consumidor final”.

En muchos aspectos consideramos que el derecho comercial cuyo desarrollo se ha dado sobre la base de los comerciantes, los empresarios y la empresa estaba dejando por fuera un elemento de suma importancia como es el rol del consumidor y sus intereses, cuya figura toma y adquiere realce que merece en una etapa tardía del desarrollo jurídico, con esta afirmación tan solo pretendemos llamar la atención acerca del gran lapso que existe en el derecho mercantil desde la aparición de la empresa como unidad productiva organizada hasta la aparición del consumidor como sujeto participe de las relaciones comerciales.

En los años setenta aparece el derecho de consumo, y lo hace dando respuesta a las circunstancias inequitativas del mercado, derivadas de actividades como la gigantesca fabricación en serie y a gran escala, a menudo carente de los requisitos de calidad y seguridad adecuados para la protección de la salud y el patrimonio del cliente; la creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante fórmulas publicitarias de inmensa potencialidad; la predisposición unilateral de un esquema negocial uniforme e inequitativo para la generalidad de los adherentes, frente a lo cual el derecho se inquieta para equilibrar la balanza.⁷¹

⁷⁰ FARINA Juan, Defensa del consumidor y usuario, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, Pág. 2

⁷¹ STIGLITZ Rubén, Contratos de Adhesión, cláusulas abusivas, y protección al consumidor, Buenos Aires, editorial de Palma, 1985, Pág. 3

En la década de los ochenta y particularmente en los noventa se aprecia una clara tendencia dirigida a la globalización de las economías, a la integración de los Estados, la apertura de los mercados, esquemas multinacionales de empresa y una nueva jerarquización en el ámbito industrial; lo cual influye para generar al interior de las economías un nuevo flujo de bienes y de servicios producidos por los diferentes Estados, lo cual lleva a replantear los parámetros hasta ese momento existentes de protección al consumidor.

La agresividad entre empresas estaba al orden del día, adquisiciones, fusiones, con el fin de abarcar un mayor segmento del inmenso mercado que develaba el potencial de la tecnología de información. La protección del consumidor es una responsabilidad de los gobiernos, pero no por esto la comunidad internacional puede ser ajena, de hecho es muy importante su participación como elemento unificador de parámetros y directrices a seguir en este tema.

Las Naciones Unidas adoptan en el año de 1985 unas directrices y parámetros para dar luces en el tema, tomando en cuenta los cambios que presentaba hasta ese momento la economía y los intereses que proponía el comercio internacional, en donde los consumidores no habituados a mercados internacionales y a operaciones de mercado nuevas, se veían frecuentemente disminuidos y abusados en sus intereses y derechos.

Los años noventa se caracterizan por lo que los expertos han llamado “la nueva economía” donde el uso de las nuevas tecnologías de la información, rompen esquemas que parecían inamovibles, acelerando a su vez el proceso de internacionalización de las economías y con ello nuevos riesgos para el consumidor. Frente a esta situación el derecho del consumidor debía evolucionar para dar respuesta a los interrogantes surgidos a partir de la galopante evolución de la tecnología.

1.2. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DEL CONSUMO.

Por consumidor entendemos todo aquel que contrata la adquisición o el uso de un determinado bien, con la finalidad de consumirlo, el autor Marco Velilla⁷² expresa al respecto “... se considera consumidor no solo aquel que compra un vehículo para su uso personal, sino que lo adquiere para su uso profesional, según esta concepción en los dos casos hay consumo, y solo quedaría excluido la situación del que compra para vender y no para consumir”

Existen otros criterios sobre el tema que son más puntuales que el anterior, donde se incorpora un factor objetivo y uno subjetivo el primero de ellos apunta a la calidad en la cual actúa el consumidor y el otro criterio apunta la finalidad que se le da al bien. “Consumidor es el que contrata con el fin de consumir para satisfacer necesidades personales y familiares: serán excluidos los que contratan con un fin profesional, bien sea para cumplir con las necesidades de su profesión o su empresa”.⁷³

Un criterio más cerrado que el anterior apunta a resaltar calidades especiales de la persona adquirente de bienes o servicios. “La persona que adquiere bienes o disfruta servicios, de quien realiza estas prestaciones como actividad habitual, a cambio de un precio o para el consumo o disfrute personal”.⁷⁴ Bajo esta modalidad no cabrían dentro de un concepto de consumidores quienes mantienen una relación a través de la red de tipo consumidor a consumidor (caso de las subastas por red), de igual forma implica el pago de un precio, pero surgen situaciones como las donaciones que implicarían según este concepto una ausencia de responsabilidad del productor frente al “consumidor”.

⁷² VELILLA Marco, La evolución de la teoría general del contrato y derecho del consumidor, en política y Derecho del consumo, Superintendencia de Industria y Comercio, Bogotá, el Navegante, 1998, Pág. 13

⁷³ *Ibíd.* .Pág. 13

⁷⁴ RIVERO SANCHEZ Juan Marcos, ¿Quo vadis, Derecho del consumidor?, primera edición, Biblioteca jurídica Dike Bogota, 1997, Pág. 51

La Directiva 97/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en su Art. 2.2 define el consumidor en materia de contratos a distancia en los siguientes términos: “Toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a la actividad profesional.”

En nuestro concepto nos parece que la corriente más adecuada es la que se refiere al consumidor como un destinatario final de bienes y servicios, sin hacer distinción si se adquiere para uso personal o profesional, pensamos que esta distinción sobra y lo que realmente debe primar es la intención de ser un usuario final del bien o servicio que se adquiere.

El derecho del consumo no busca nada diferente de generar garantías, que permitan alcanzar un estado de armonía entre el consumidor y el proveedor. En nuestro concepto este objetivo puede ser alcanzado con disposiciones que contemplen la formación del contrato, el conocimiento y la comprensión de las cláusulas que se hace más evidente en los contratos de adhesión, y una normativa tendiente a dar pautas para las interpretaciones de los contratos, la prevalencia de la autonomía de la voluntad debe siempre estar presente, limitada por las buenas costumbres, la ley y el orden público; debe tenerse en cuenta que aunque el contrato sea celebrado por Internet es ante todo un contrato.

1.3. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA.

Nuestra constitución acoge el postulado de la economía de mercado como uno de sus elementos constitutivos, y su correcto funcionamiento depende de la eficiencia del sistema productivo y del bienestar de los consumidores. Así lo ha consignado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997.

Nuestro constituyente se propuso ampliar el ámbito de la libertad económica y de igual manera perfeccionar los elementos propios de la economía de mercado, se pretendió desde el principio que la libertad de empresas formara parte de un conglomerado de factores que

debían estar sincronizados para que esta libertad de empresa no resultara en perjuicio de la colectividad, por eso se enmarca dentro de los límites del bien común y se le asigna a la empresa una función social que debe cumplir en el desarrollo de su actividad, se acepta la posición dominante del mercado, pero de igual manera se buscan mecanismos de vigilancia y control para evitar el abuso, se garantizan los derechos económicos y entre ellos los de los consumidores como destinatarios de productos de calidad. Con responsabilidad para los productores cuando estos atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento.

La consagración de los derechos del consumidor en nuestra Constitución Política se encuentra plasmado en su Art. 78⁷⁵, a pesar de la importancia del tema y de ser un deber social del Estado, ni la constitución de 1886 ni posteriores reformas incluyeron dentro del ordenamiento constitucional la protección del consumidor, que están enmarcados al interior de los derechos colectivos. Estos derechos buscan la satisfacción de las necesidades de tipo colectivo y social.

La inclusión constitucional de los derechos de los consumidores se toma en forma algo tardía ya que existían para ese momento muchos países que preveían en sus disposiciones constitucionales esta protección. En Colombia hay dos antecedentes de protección al consumidor muy importantes y que sin duda son un valioso antecedente en esta inclusión constitucional, son: el decreto extraordinario 3366 de 1982 también conocido como el Estatuto de Defensa del Consumidor y la ley 9 de 1979, esta última que tutela exclusivamente la salud de los consumidores de drogas o alimentos.

⁷⁵ Art. 78 Constitución Política de Colombia: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento de consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en el estudio de disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

Después de la vigencia de la constitución del 91 se han dictado algunas normas que atribuyen a algunas autoridades competencias para la protección al consumidor. Inicialmente los Decretos 2151 y 2153 de 1992 por los cuales se reestructuró el Ministerio de Desarrollo Económico y la Superintendencia de Industria y Comercio, según el Art. 2 del Decreto 2152 corresponde al Ministerio de Desarrollo Económico y Social: “...3. Establecer la política del gobierno en materia de promoción de la competencia, estímulo al desarrollo empresarial, desarrollo de la iniciativa privada y la libre actividad económica, y protección del consumidor”. El Decreto 2153 de 1992 que reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio hace delegación de funciones en dependencias creando la figura del Superintendente Delegado para la Protección del consumidor.

En nuestro país será la Superintendencia de Industria y Comercio, la encargada de la protección del consumidor, de conformidad con las funciones otorgadas a esta entidad en el Decreto 2153 de 1992, donde se le encarga la protección al consumidor e imponer las sanciones respectivas por la violación de normas sobre protección al consumidor.

Con base en lo anteriormente expuesto, cabe pensar que estas mismas funciones se trasladan al campo de la contratación electrónica, de esta manera será esta entidad la encargada de la protección del consumidor en la contratación electrónica.

De esta manera el Estado Colombiano pone en funcionamiento valiosas herramientas en teoría para la protección de los consumidores, con autoridades responsables del cumplimiento y el respeto de los derechos del consumidor, todo esto dentro un marco constitucional, lo cual le da en nuestro concepto cierto grado de protección al consumidor en Colombia.

Sin embargo, a pesar del carácter constitucional de los derechos de los consumidores el Art. 78 de la constitución no ha sido totalmente desarrollado y en gran medida lo vemos como letra muerta, particularmente en lo que respecta al control de calidad de bienes y servicios e información que debe suministrarse al público y lo que se refiere a la responsabilidad de los

productores cuando atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento. En nuestro parecer los aspectos anteriormente mencionados les queda mucho trabajo por delante para constituirse en mecanismos eficaces para la protección del consumidor.

En nuestro juicio entonces, resulta amplio el camino que recorrer en términos de desarrollo normativo de los aspectos anteriormente mencionados para que en realidad, podamos hablar de mecanismos eficaces para la protección del consumidor.

Nuestra constitución consagra el derecho a recibir información. Así el Art. 20 consagra una garantía a toda persona para expresar y difundir su pensamiento y opiniones, libertad de informar y recibir información veraz e imparcial. El Estatuto del Consumidor regula la propaganda comercial y la define como: “ Todo anuncio que se haga público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, vallas y en general todo sistema de publicidad.”

La definición anteriormente expuesta refuerza nuestra convicción acerca de la clara diferenciación que debe existir entre publicidad e información, y la importancia que tiene para lograr una protección eficaz del consumidor, aspecto sobre el cual, volveremos en un análisis posterior, cuando tratemos los aspectos para lograr una normatividad que proteja adecuadamente al consumidor.

La necesidad de información por parte del consumidor puede ser dividida en dos estados: el primero la necesidad de una información objetiva que no tiene una destinación específica, sino que esta dada para el público en general; esta debe contener un control sobre la publicidad que en ocasiones excede en virtudes al producto y afectan el criterio del consumidor en el momento de realizar una elección que termina fundada en información que no en pocas oportunidades resulta del todo falaz. El segundo tiene que ver con

suficiencia de la información que el consumidor recibe especialmente en esos aspectos que fundamentan su decisión final.

El Estatuto del Consumidor, norma puede ser concordada con la ley 256 de 1996 sobre competencia desleal cuya comisión puede realizarse a través de publicidad desleal, se ha dedicado parte del tema del deber de información general al público. El Estatuto recalca en su Art. 15 sobre la obligación de veracidad y exactitud en la información cuando se utilizan empaques o envases. De igual manera, en su Art. 16 enumera los casos de responsabilidad y sanciones a los productores, por la propaganda comercial con incentivos que induzcan a error a los consumidores. En este orden de ideas la publicidad deberá efectuarse siempre dentro de las normas y los correctos usos comerciales para evitar que el consumidor incurra en confusión o sea engañado.

Debido a la complejidad cada vez mayor de los productos y de los canales a través de los cuales son presentados, lo que a su vez impide al consumidor verificar la calidad del producto o entender su modo de empleo, la jurisprudencia ha puesto nuevas cargas al productor en lo referente a la información. Esta obligación consiste en prevenir al consumidor sobre los peligros que se encuentren bajo su conocimiento, en relación con la utilización del producto. Ello, sin lugar a dudas se evidencia como un valioso ejemplo de la importancia y la trascendencia que puede llegar a tener la jurisprudencia en un momento determinado, máxime si consideramos que la preparación del poder judicial en lo que respecta al comercio a través de medios electrónicos puede constituirse en una valiosa fuente que oriente nuestra legislación de protección al consumidor a las nuevas exigencias del mercado.

De este análisis podemos concluir que tenemos poca legislación sobre la protección al consumidor y la que tenemos data de situaciones contempladas décadas atrás cuando aun no se vislumbraba el poder del Internet, y mucho menos el desarrollo del comercio electrónico a través de este canal.

Sólo por citar un ejemplo de las nuevas violaciones a los derechos de los consumidores que pueden darse a través del Internet, un fenómeno que se presenta con mucha frecuencia y que afecta inevitablemente al consumidor tiene que ver con la tendencia generalizada al spamming la cual se encuentra dentro de las prohibiciones contempladas por la OECD, esta prohibición del spam⁷⁶ que son mensajes de propaganda no solicitados por el consumidor, lo que busca es darle la posibilidad al consumidor de optar por aceptar estos mensajes o no. Es por esta entre otras muchas razones que se hace imperativo que nuestra legislación interna se adapte a la realidad de los avances tecnológicos para poder de esa forma brindar una protección efectiva al consumidor virtual.

2 EL CONSUMIDOR VIRTUAL.

2.1. EL CONSUMIDOR EN LA RED.

El consumidor del mundo virtual nace como una nueva especie del genero de los consumidores, su perfil contiene unos rasgos claros que lo caracterizan y debe cumplir con unos requerimientos tecnológicos mínimos de acceso. Hace pocos años el acceso a los computadores era un sueño limitado a las elites por sus elevados costos, motivo por el cual tenían una destinación marcadamente profesional, académica o militar, era casi nulo su uso como fuente de esparcimiento y entretenimiento; a pesar de que, con el paso de los años la tecnología informática se ha ido popularizando ampliamente, sin embargo esta sigue siendo una herramienta de lujo particularmente en los países en desarrollo en donde el ingreso per capita no es suficiente para acceder al equipo adecuado y a un servidor de red que le permita conexión.

⁷⁶ El término spam proviene de una sátira de la televisión británica en donde la palabra spam que es un tipo de carne enlatada aparece una gran cantidad de veces repetida en el menú. En el mundo informático se ha acuñado este término para denotar los e-mails comerciales no solicitados que bombardean frecuentemente al usuario de Internet. Resultados de una empresa de filtrado de spam en Estados Unidos revelaron que por día solo en ese país se envían más de 25 millones de e-mails de este tipo.

Visto lo anterior resulta complejo pensar que con un bajo ingreso per capita se podría obtener la tecnología y adicionalmente tener unos pesos de sobra para consumir en el amplio universo de la red. El consumidor de la red es un individuo que se encuentra ampliamente familiarizado con los desarrollos tecnológicos y con el uso de los medios de pago electrónico, el más frecuente la tarjeta de crédito que constituye un medio muy práctico al momento de realizar compras electrónicas, es por eso que se siente tan cómodo y seguro usando el comercio electrónico a través de la red para la satisfacción de sus deseos y necesidades.

El profesor español Luis Miranda Serrano⁷⁷ sostiene al referirse a la tendencia generalizada del uso de las tecnologías informáticas “...hoy día se dice que estamos viviendo el tránsito de la “sociedad industrial” o “postindustrial”, cada vez más decadente a la “sociedad de la información”, caracterizada por la existencia de una mercancía muy singular que viaja en una forma extraordinariamente rápida: La información.” Tal y como lo afirma este autor la agilidad del comercio es un punto sorprendente, el consumidor realiza actividades relativas al consumo que hasta hace algunos años resultaban impensables y todo esto sin moverse de su casa, este nuevo esquema presenta canales de comunicación sin límites de número ni distancia.

En nuestro concepto la doctora Andrea Burgos Puyo⁷⁸ da una definición muy acertada sobre el tema, “Puede definirse al consumidor de Internet como, aquel sujeto destinatario final de bienes y servicios, que adquiera o utilice los mismos por medio de cualquier forma de contratación o intercambio de información basado en medios electrónicos sobre Internet.”

De la misma forma como el comercio tradicional ha manejado diferencias entre consumidores ricos y consumidores pobres, la nueva tendencia de comercio electrónico

⁷⁷ MIRANDA SERRANO Luis, Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica, Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores, Editorial La Ley, 2001, Pág. 577

⁷⁸ BURGOS PUYO Andrea, Los contratos con el consumidor en Internet, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2003, Bogotá, Pág. 265

igualmente muestra estas diferencias y no solo lo hace refiriéndose al costo de los bienes, sino también al acceso al sistema. Algunos autores señalan desigualdades creadas por estas tecnologías y señala la existencia entre “info- ricos” e “info-pobres”, este planteamiento es una realidad que no va hacer cosa diferente que incrementar la brecha existente entre los países del primer y del tercer mundo. Pese a lo complejo que pueda sonar esta situación consideramos que no es más que una consecuencia lógica que siempre ha diferenciado a quienes tienen y no en términos económicos, diferencia que se seguirá presentando a lo largo de la historia, pero que seguramente en este tema en concreto se irá reduciendo conforme se popularice cada vez más el acceso a esta tecnología, como lo hemos visto en los últimos años.

Los agentes económicos han tomado atenta nota del incremento global a estos sistemas electrónicos de información con fines comerciales como una forma muy útil y rentable de hacer negocios en todo el mundo, por este motivo es que es cada vez más marcada la tendencia de empresas para participar en la oferta de productos y servicios a través de estos canales electrónicos o informáticos.

Las empresas virtuales tienen como rasgo el no necesitar un lugar físico o geográfico, sino, simplemente, un sitio en la red, esto hace que la inversión para entrar al negocio sea mínima, a esto debemos agregar la falta de regulación y control sobre la actividad comercial en la red. Miranda Serrano anota: “Las tiendas o establecimientos mercantiles dejaran de ser lugar de encuentro por excelencia entre empresarios y consumidores. Este pasará de situarse en un espacio físico inmobiliario a ubicarse, inmaterializado, en las redes de comunicación que ofrecen las modernas tecnologías de la información y de la comunicación y, muy singularmente, Internet.”⁷⁹ Sobre este punto algunos autores incluyendo quien anteriormente citamos concluyen que el consumidor dejará de acudir a tiendas o establecimientos mercantiles para satisfacer sus necesidades de adquisición de bienes y que este ejercicio se verá remplazado en un futuro muy cercano por unas teclas en el ordenador. Desde nuestra óptica distamos de este tipo de posiciones a nuestro juicio un

⁷⁹ MIRANDA SERRANO Luis, Op Cit. Pág. 582

poco extremas, ya que el consumidor sigue disfrutando el visitar los establecimientos comerciales y tener una cercanía, una proximidad con el o los objetos que desea y esta sensación no es equiparable a la que puede conseguir con el uso de medios electrónicos.

El ambiente aparentemente relajado y sencillo para poseer un establecimiento de comercio virtual genera un medio propicio que permite la comisión de actos ilícitos de carácter culposos y dolosos. Dentro de las situaciones más frecuentes podemos encontrar estafas, prácticas comerciales desleales, engaños en la publicidad y presentación de los productos, falta de solvencia para cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, abuso de posición dominante, protección de la privacidad, mecanismos indemnizatorios, entre otros.

Una de las dificultades que presenta el crecimiento del comercio electrónico es el nivel de confianza que presenta el consumidor para usar el Internet como medio para la adquisición de bienes y servicios. Se argumenta ser un medio inseguro, carecer de garantías e impersonal. Al negociar en Internet al consumidor le preocupa recibir algo diferente a lo que solicitó con condiciones y características distantes de sus necesidades, no recibir el bien o recibirlo descompuesto, no tener respaldo para hacer efectiva una garantía o carecer de ella, temor de dar información que pueda ser usada por delincuentes y que afecten su patrimonio (información de la tarjeta de crédito). Por estos motivos la normatividad debe asumir un papel activo que brinde seguridad jurídica a las transacciones.

El afán de los industriales por fomentar y masificar el consumo, con una fórmula de más clientes, más consumo por cada cliente, se ponen en la búsqueda de nuevos procedimientos. Este sentir es captado por algunos juristas que desarrollan nuevas formas de contratación que significan una racionalización y previsión de costos, de riesgos, un trato similar a todos los clientes, sin trabas, ni mayores trámites, con una forma de negociación uniforme. En palabras de Vega Mere “Los Productos requieren ser colocados prontamente en el mercado, sin trabas, sin ataduras, sin necesidad de negociar de modo diverso bienes similares: El contrato de los códigos debe ser reemplazado por el contrato prerredactado por empresas,

por sus previsiones, por cláusulas de aplicación general a todos sus acuerdos, aún a costa de la preciada libertad contractual de una de las partes.”⁸⁰

A pesar que muchos abogados y doctrinantes tan apegados a las nociones tradicionales consideraron que la contratación estandarizada suponía una grave afrenta al principio de la autonomía de la voluntad y no faltó quien señalara que la contratación había entrado en crisis. En nuestro concepto ésta forma masificada de contratación no es otra cosa que un producto necesario de la evolución económica y social de nuestro tiempo, impulsada por la dinámica del capitalismo y por el fenómeno de la producción en masa, que ha provocado que la curva busque un punto de equilibrio que está dado por una forzosa ampliación de la masa de consumidores, que representa un grupo poblacional que aspira a adquirir o a disfrutar de los bienes o servicios que las grandes unidades de producción ofrecen.

El fenómeno de la contratación por adhesión provocó la intervención del Estado con la finalidad de reducir el desequilibrio económico en los contratos, ya que la desigualdad que con mucha frecuencia se aparecía en éste tipo de contratos no era producto de una decisión enteramente libre de los adherentes.

El Estado entiende que no debe presenciar impasible el aniquilamiento de las voluntades; que el contrato no es sólo un instrumento de cambios, sino también, en no pocos casos, de abusos que no debían quedar librados única y exclusivamente a la decisión de los particulares; el contrato compromete el interés social, es un instrumento de colaboración y convivencia; cumple una función social y debe adaptarse al orden público económico profesado por el Estado en el que la autonomía privada no es el único cimiento, ni se basta a sí misma, especialmente cuando hay diferencias sociales irreductibles.⁸¹

⁸⁰ VEGA MERE Yuri, El derecho del consumidor y la contratación contemporánea, Instituciones del derecho privado contratación contemporánea, Editorial Palestra – Editorial Temis S.A., Pág. 578.

⁸¹ STIGLITZ Rubén y STIGLITZ Gabriel, Contratos por adhesión, Cláusulas abusivas y protección al consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1985, Pág. 29.

Es precisamente éste marco aparentemente contradictorio en el cual se masifica el contrato y por otro lado es intervenido por el Estado bajo el cual se desarrollan las cláusulas generales de contratación o la adhesión a las mismas, las que constituyen hoy en día el mecanismo más corriente para la celebración de contratos, y la contratación electrónica no es la excepción.

La adquisición de bienes por Internet se realiza por regla general a través de la modalidad de contratos de adhesión (una parte impone unilateralmente las condiciones y términos bajo los cuales se llevará a cabo el contrato, la otra parte tan sólo manifiesta su aceptación) en el mundo informático se conocen esta clase de negociaciones como *click wrap agreement* y hacen referencia a contratos en donde un click en el mouse hace adquirir derechos y a su vez contraer obligaciones.⁸²

Esta forma de contratar presenta múltiples ventajas de las cuales nos parece importante resaltar las siguientes:

- A través de la estandarización de las transacciones homogéneas realizadas por las empresas, constituye una racionalización de la actividad contractual.⁸³
- Disminución de costos y regulación de contratos celebrados por la empresa, ya que el uso de condiciones generales facilita y acelera la celebración de contratos, crea un clima propicio para lograr la multiplicación de los contratos y reduce los costos de negociación relacionados con la contratación individual. Llevar a término el contrato se convierte prácticamente en una operación de carácter automático.
- Agiliza la coordinación de trabajo dentro de la empresa, ya que la empresa planifica y los consumidores se adaptan a ésta planificación.

⁸² SARRA Andrea Viviana, Comercio electrónico y derecho, Astrea, Buenos Aires, Pág. 305

⁸³ DIEZ-PICAZO Luis, Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado, Madrid, Civitas, 1979, pág. 42, señala: “No es posible que la gran empresa económica establezca contratos peculiares con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial explica la necesidad del contrato único o contrato tipo, establecido por medio de formularios o impresos”

- Se facilita la división y concentración de los puestos de trabajo, ya que el trabajo jurídico propiamente dicho se concentra en los asesores, mientras que los agentes de venta sólo aplican formularios, enfocándose únicamente en las ventas.
- Brindan seguridad jurídica pues se obtiene una reglamentación más clara y técnica que remueve la incertidumbre jurídica que no en pocos casos proviene del derecho dispositivo.

A pesar de lo señalado los contratos de adhesión pueden presentar muchos problemas especialmente para el consumidor quien no en pocas ocasiones se siente demasiado débil frente a las grandes organizaciones, al momento de exigir sus intereses o de resarcir sus derechos vulnerados, como consecuencia de los abusos cometidos por las organizaciones, abusos que la doctrina a resumido en las “cláusulas abusivas”. Los consumidores, perseguidos por actitudes mercantiles irregulares o ilegales, no concretan sus reclamos contra los proveedores.

El consumidor individualmente considerado se encuentra desarmado, no supera las barreras mentales, en muchas ocasiones producto de la falta de conciencia y de conocimiento de sus derechos y de la forma más adecuada de actuar frente a su vulneración, debido a que no cuenta con los conocimientos jurídicos, pone de presente la lentitud que un proceso judicial sin contar sus costos por reclamaciones que en muchos casos resultan mínimas, pero no por esto injustificadas ni carentes de validez. Este aspecto pone de presente la importancia que tienen las asociaciones de consumidores quienes velan por los intereses de los consumidores y donde estos encuentran respaldo, en nuestro país ésta asociación es muy representativa e influyente con amplio conocimiento y difusión social, lo cual consideramos es un aspecto muy positivo y un modelo a seguir en muchos países del hemisferio.

El sentimiento de desprotección por parte del consumidor es una situación generalizada, es un problema al que se enfrentan los consumidores del mundo entero,⁸⁴ y esta sensación de debilidad se potencializa cuando estamos frente a la contratación electrónica donde el contacto con el proveedor se realiza a través de un ordenador, y como señalamos anteriormente estos establecimientos virtuales con mucha frecuencia no tienen ningún establecimiento físico o si lo hay puede estar a miles de kilómetros de distancia, y a diferencia del comercio tradicional donde hay quien físicamente tome nota del reclamo, si bien no con la intención de resolver el problema por lo menos el consumidor siente en algo atendido su reclamo, ésta situación puede resultar desmotivante para el consumidor a la hora de decidirse por el comercio electrónico.

El tema de la protección al consumidor es de vital importancia en la expansión del comercio electrónico, ya que el crecimiento de cualquier actividad mercantil se basa en la confianza, esto significa seguridad para quien compra y por supuesto, también para quien vende, pero las legislaciones se han encargado del tema con medidas tan valiosas como el derecho de retracto, rescisión o desistimiento, que si bien es un derecho que existe desde los tiempos del imperio romano, en el comercio electrónico toma una gran relevancia y constituye una valiosa herramienta jurídica, la cual analizaremos en detalle más adelante dentro de este mismo capítulo

Retomando las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, se ponen de manifiesto las dificultades que frecuentemente tiene que enfrentar el consumidor, cuando en muchas ocasiones se adhiere a unas condiciones en forma irreflexiva, con el fin de obtener un bien o servicio que desea. Tal y como expresa el autor Yuri Vega Mere⁸⁵“En rigor, los usuarios no buscan negociar un contrato, quieren acceder al consumo de bienes y servicios.” El problema no es la adhesión y el sacrificio de la libertad contractual a la hora de celebrar el negocio, el asunto es el abuso que pueden contener algunas de las cláusulas dentro del

⁸⁴ En palabras los autores Stiglitz Rubén y Stiglitz Gabriel, op. cit., Pág. 251 “...es un hecho que los consumidores, asediados por las prácticas mercantiles ilegales no reclaman frente a las empresas. Existe según indican, una suerte de soledad del consumidor, pues éste, aisladamente, es un ser desarmado.”

⁸⁵ Vega Mere Yuri, Op. Cit. Pág 556

contrato y que van en detrimento del consumidor que es quien acepta unas condiciones que se encuentran redactadas con anterioridad y que han sido fruto de profunda reflexión por parte de las empresas.

Esta situación permite apreciar realmente el desequilibrio que presenta las relaciones estandarizadas o en las que existe una desigualdad en la negociación. Lo que debe garantizar la elección del consumidor no es la negociación de las cláusulas preestablecidas, sino la elección entre cláusulas y alternativas transparentes, significa esta que el proveedor no se aproveche del desinterés de los adherentes en leer o asimilar las condiciones generales bajo las cuales se forma el contrato.

Es por lo anterior que se hace imperiosa la intervención del Estado para equilibrar la balanza contractual en aras de proteger al consumidor, muchos Estados han impulsado leyes que buscan evitar el abuso en el que pueden incurrir algunos empresarios con el uso de sistemas de contratación estandarizados que dejan ver el desequilibrio en la relación contractual, a partir del sacrificio de la buena fe y de la concentración de riesgos, responsabilidades y otras cargas en cabeza del consumidor adherente.

No sobra aclarar que entre el adherente y el consumidor hay diferencias y no necesariamente confluyen siempre en una misma persona la calidad de adherente y consumidor, como ya hemos visto el consumidor tiene unos rasgos característicos y una destinación específica al producto que adquiere, mientras que el adherente no siempre se constituye en consumidor, es necesario diferenciar la figuras para evitar confusiones dentro de un marco jurídico. En este acápite estamos concentrados en el tema del consumidor o del consumidor que adhiere a las condiciones generales.

Podemos encontrar legislaciones específicas acerca del consumo desde los años 60, países como Inglaterra se dieron cuenta de los desequilibrios que estaba presentando el tema de la adhesión a condiciones generales y decidieron equilibrar un poco la balanza, a partir de varios instrumentos legales como: el Consumer Protection Act de 1961, Misrepresentation

Act de 1963, Trade Descriptions Act, Fair Trading Act de 1973 y finalmente el Unfair Contract Terms de 1977, que contiene un catalogo cerrado de cláusulas ineficaces por limitar o exonerar de responsabilidad a un proveedor, Alemania otorgaría protección a los consumidores a través de la famosa AGBG de 1977, pero es la Carta Europea de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa de 1973, junto con el programa preliminar para una política de protección e información a los Consumidores de la comunidad Económica Europea de 1975, instrumentos que se convertirían en hitos en el tema de protección al consumidor ya que reconocen el resarcimientos de los daños, la protección de su salud y la seguridad, la tutela de sus intereses económicos, la educación, la información, el asesoramiento y la representación son algunos de los temas más importantes que resumen estos instrumentos. Estos instrumentos son aplicables cuando la persona actúa como consumidor, es en este momento cuando la normatividad se hace aplicable, estamos frente a un sujeto determinado, con unas características y cualidades particulares.

El legislador que primeramente se interesó en la protección del consumidor, de seguro no se imagino que pudiera existir una forma de comercio tan ágil y dinámica como la que nos presenta el comercio electrónico de nuestros días, cuyo esquema preponderante es la adhesión a condiciones generales donde en muchas ocasiones se dan abusos frente al consumidor y frente a estas situaciones se han adaptado figuras muy específicas para dar seguridad y certeza al consumidor.

Países como Canadá y Estados Unidos se han mostrado preocupados por dar seguridad y confianza a los consumidores el primero de ellos a través del Gendarmerie Royale de Canadá y el segundo con un órgano denominado Federal Trade Commission de Estados Unidos, estos organismos han implementado mecanismos de protección al consumidor como es la presentación de un sitio web donde se informa al público sobre las distintas maniobras ilícitas que se realizan en la red y como estas llegan a ser cada vez más preparadas y sofisticadas, a su vez le da al consumidor herramientas para evitar caer en estas prácticas.

En el mundo existen un gran número de organizaciones públicas y privadas, dedicadas a la protección del consumidor entre las que podemos resaltar la OECD que es un organismo que ha abordado el tema en forma directa, haciendo aportes al comercio electrónico, otro organismo que también trabaja en la materia es la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas, en la misma línea de trabajo se encuentra World Customs Organization (WCO) , la World Trade Organization (WTO), la Cooperación Económica de la Unión Europea y Asia-pacífico (APEC) y la Unión Europea, La Cámara de Comercio Internacional (ICC) y la Alianza para Negocios Globales(AGB).

Los lineamientos apuntan a establecer la primacía de la buena fe en los negocios, en la publicidad y en las prácticas de comercialización, se establece de igual manera que la empresa debe presentar en forma clara y sencilla toda información referente a sus productos. Otro de los lineamientos importantes apunta a evitar el ocultamiento de la identidad o localización física de las empresas con el fin de poder burlar la ley.

2.2. ASPECTOS IMPORTANTES PARA LOGRAR UNA NORMATIVIDAD QUE PROTEJA ADECUADAMENTE AL CONSUMIDOR.

El comercio electrónico exige del legislador la adopción de ciertas medidas legislativas adecuadas, concretas y eficaces que resuelvan situaciones particulares cuya solución no encuentra eco en el derecho tradicional e incluso en el no tan tradicional, de la misma manera estas medidas deben disminuir los riesgos e inconvenientes que se anudan a esta nueva modalidad de comercio, creando en definitiva las condiciones necesarias para la existencia de un clima jurídico seguro y sostenible. Al respecto la Comisión Europea en su comunicación sobre comercio electrónico manifestó: “El objetivo primordial para el desarrollo del comercio electrónico es generar confianza para que tanto consumidores como empresas tengan la seguridad de que sus transacciones no serán interceptadas ni

modificadas, que el vendedor y el comprador sean identificables, y que los mecanismos de transacción sean accesibles, legales y seguros.”⁸⁶

El comercio electrónico no es que introduzca una situación desconocida por el derecho, sino que altera ciertos planteamientos de gran tradición en el mundo jurídico, de hecho la supresión del papel o el documento en operaciones con un marcado matiz transfronterizo, altera algunos de los pilares fundamentales sobre los cuales se ha ido construyendo el derecho comercial a lo largo de tiempo, suscitando dudas sobre cuestiones jurídicas de suma relevancia como podrían ser la validez y la eficacia de este tipo de operaciones, el perfeccionamiento de los contratos, su prueba, la distribución de riesgos, los límites en el tema de la responsabilidad de quienes participan del acto, la ley aplicable y la jurisdicción competente son algunos de los temas que plantean cierto grado de incertidumbre entre quienes participan en operaciones realizadas a través de medios electrónicos, esto cubre tanto operaciones entre empresarios o entre profesionales o entre un empresario o un profesional y el consumidor final.⁸⁷

La preocupación acerca de la protección efectiva de los intereses del consumidor a interesado a diferentes grupos y organizaciones de carácter público y privado, y el tema del comercio electrónico no ha sido la excepción interesando constantemente a quienes quieren impulsar esta modalidad contractual, ya que una reglamentación seria y clara de protección al consumidor, dará la confianza que éste necesita para hacer de esta modalidad una forma frecuentemente usada para la satisfacción de sus intereses.

⁸⁶ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la comisión de las comunidades europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre iniciativa europea de comercio electrónico (COM – 1997, 157 final)

⁸⁷ En palabras del autor español Martínez Nadal A., Comercio Electrónico, curso de protección jurídica de los consumidores, Madrid, España, 1999. “Los inconvenientes derivados de los problemas inherentes a los mismos sistemas electrónicos a través de los que se desarrolla el comercio electrónico, los cuales son susceptibles de usos y abusos y errores que pueden provocar graves perjuicios, directos (caso por ejemplo de la transferencia fraudulenta de fondos de una cuenta a otra por parte de un atacante externo del sistema, o de la interceptación de una orden de compra, con alteración de su contenido esencial) o indirectos (caso, por ejemplo, de interrupción de las comunicaciones electrónicas que impide el normal desarrollo de la transacción), a los diversos sujetos que participan en él (empresarios, consumidores, y también proveedores de servicios)”

Muchos foros se han realizado sobre el tema en diversos países de los cuales podemos resaltar el realizado en Canadá, concretamente en Ottawa con el fin de avanzar y dar orientación para una eficaz reglamentación. La conferencia de Ottawa de 1998⁸⁸ brindó claras luces acerca de los puntos neurálgicos a tratar el comercio electrónico y todos ellos se relacionan directamente con el consumidor como sujeto activo dentro de este tipo de transacciones. De entre los puntos más importantes podemos resaltar los siguientes:

- La protección de la transparencia y la eficacia del comercio electrónico para garantizar al consumidor un nivel por lo menos equivalente al nivel de seguridad brindado en el comercio tradicional.
- Los procesos de información que debe facilitarse en línea: información relativa a la empresa operadora; información acerca de los productos y servicios que se ofrecen; información acerca de las modalidades y costos que el desarrollo de la transacción conlleva, lo anterior con el fin que el consumidor pueda conocer los riesgos y así tomar su decisión.
- Los mecanismos de pago on line.
- Las prácticas desleales en materia de comercio, marketing y publicidad.
- Los procesos de identificación de las partes.
- La protección de la vida privada y de los flujos trasfronterizos de datos de carácter personal.
- La formación del consumidor acerca de la modalidad de comercio en red. Mostrándole los pros y contras que pueden tener este tipo de transacciones.
- La reglamentación de litigios y recursos, competencia y derecho aplicable.
- La elaboración de iniciativas conjuntas de carácter internacional que involucre empresas, representantes de los consumidores y representantes de los gobiernos. Esta encaminado a la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales.

⁸⁸ Véase la Conferencia de Ottawa de 1998 y sus resultados en: <http://www.ottawao-ecdconference.org>

A continuación revisaremos algunos de los nuevos elementos que incorpora el uso de la tecnología que a nuestro criterio deben ser apreciados en una normatividad para brindar certeza y confianza al consumidor, por su influencia en el tema de la protección al consumidor, y su relevancia en el mundo jurídico.

2.2.1. DE LA INFORMACIÓN Y LA VENTA.

El consumidor debe obtener datos, rasgos reales y características precisas que lo lleven al conocimiento del producto, el consumidor debe dar su consentimiento con base en una información suficiente sobre las características que contiene el producto, este aspecto se hace imprescindible al momento de realizar la negociación debido a que el consumidor que contrata por medios electrónicos no puede conocer las especificaciones y características reales del producto, muchas veces por que lo que se muestra no es cierto o esta desdibujado y otras por que se carece de dicha información. Debe darse información clara y detallada sobre el producto seleccionado, su precio total, sobre las condiciones de venta, ley aplicable al trato y tribunal competente, plazo de reflexión.

El Internet más que un medio publicitario en donde se puede realizar una importante labor de marketing destacando las bondades del producto como podría ser radio, televisión o una valla de publicidad; es un canal de doble vía, que permite anunciar un producto y a su vez permite ser adquirido en el mismo lugar en donde se publicita. Esto genera enormes ventajas para el consumidor, ya que le permite acceder a un gran número de productos a través de un mercado caracterizado por la alta competitividad, lo cual se refleja en una marcada disputa de precios donde el gran beneficiado es el consumidor.

Las ventas a distancia realizadas en la red son como tener un vendedor en casa, perdiendo el carácter tradicional de ventas a distancia y pasando a convertirse en una venta en el domicilio del comprador con todas las consecuencias que esto trae. Esto sin duda potencializa el efecto de la publicidad, la agresividad de las ventas así planteadas impide la reflexión y el conocimiento del producto.

Debemos distinguir en este punto que hay diferencias entre información y publicidad punto que muchos autores en nuestro concepto erróneamente entremezclan, haciéndolo parecer el mismo tema, posición de la cual nos apartamos.

El objetivo de la publicidad no es informar, sino vender, usar todos los medios para crear convicción sobre los consumidores sobre la bondad de adquirir un producto o servicio determinado o de no hacerlo. El autor Yuri Vega Mere⁸⁹ afirma a este respecto: “La publicidad no es un sinónimo de información. En el mercado, la información tiene el sentido funcional de racionalizar las opciones del consumidor. La publicidad, en cambio, procura mostrar el producto de forma más persuasiva.” No obstante lo expresado la publicidad en línea contiene en principio un mínimo de información, lo realmente importante es si esta información es transmitida en forma cierta, veraz, suficiente y completa, sólo la información así transmitida garantiza una elección conciente y racional por parte de los consumidores.

En síntesis, bajo nuestra óptica la información debe ser un elemento de connotación obligatoria dentro del comercio electrónico en aras de proteger al consumidor, mientras que la publicidad no, esta es sólo un recurso para la promoción y comercialización de bienes y servicios.

2.2.2. DEL TIEMPO Y DEL ESPACIO.

Las características de la red permiten a las empresas que antes invertían fuertes sumas de dinero en penetración de mercados lo hagan hoy a precios muy bajos. Anteriormente si un empresario quería vender su producto en otro mercado debía usar un agente o representante en ese país para introducir su producto y este a su vez una red de distribuidores para dar una mayor cobertura al producto, esto cambia con la red que le permite al empresario ser omnipresente con sólo entrar a un portal, de igual manera su empresa permanece abierta al

⁸⁹ VEGA MERE Yuri, El derecho del consumidor y la contratación contemporánea, Instituciones del derecho privado contratación contemporánea, Editorial Palestra – Editorial Temis S.A., Pág. 585

público las 24 horas del día; No hay diferencia horaria entre países, ya que cualquier hora será buena para realizar un negocio. Esta situación trae consigo varios cuestionamientos en el tema de protección al consumidor, como son: ¿cómo se maneja el traspaso de las fronteras por parte del consumidor?, ¿Norma aplicable?, ¿Cómo delimitar el espacio cuando no es técnicamente territorial?, ¿Cómo hacer realmente efectivos los derechos del consumidor?

2.2.3. DE LA IDENTIDAD DEL PROVEEDOR.

Los contratos entre ausentes no son una novedad en el mundo jurídico, lo que trae de novedoso la contratación electrónica es el alcance que se le a dado a este tipo de contratación. La contratación entre ausentes se ha potencializado por la popularidad que ha venido tomando la modalidad de contratación electrónica, abarcando sitios remotos y mercados globalizados. Andrea Burgos Puyo⁹⁰ define al en proveedor Internet “será proveedor en Internet todo aquel que mediante el uso de la plataforma tecnológica ofrecida por Internet, desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, comercialización de bienes y prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre un precio.”

Tal y como lo expresamos en el punto anterior para ser proveedor de bienes y servicios en Internet no se necesitan inversiones cuantiosas, ni cómodas instalaciones, ni altos costos de operación, y es esta misma situación la que se convierte en un problema en el momento de contratar, porque hace que el usuario acuda a sitios de la red cuyo propietario no brinda aspectos tan importantes como la seriedad y el cumplimiento, lo que desencadena una desconfianza generalizada y justificada entre los usuarios, en nuestro concepto una consecuencia muy grave en el mundo de los negocios.

2.2.4. DEL BIEN O SERVICIO.

⁹⁰ BURGOS PUYO Andrea, Op. Cit., Pág. 266

El factor distancia hace en ocasiones que sea muy difícil identificar plenamente el bien que se pretende adquirir, muchas veces una fotografía o un gráfico impide al consumidor acercarse realmente al producto y apreciar verdaderamente las características que tiene el producto o de las cuales carece. En el consumidor no se genera una certeza plena acerca del producto que va a adquirir o en ocasiones la certeza que se tiene dista mucho de la realidad del producto. En nuestro concepto esta falta de claridad que desemboca en una desilusión, a la larga no hace más que generar desconfianza acerca de la contratación electrónica.

2.2.5. DE LA IDENTIDAD DEL CONSUMIDOR.

Los empresarios de la red identifican a sus consumidores o a sus potenciales consumidores e incluso en ocasiones lo hacen más de la cuenta, cuando exigen registros de acceso a algunos sitios. Se solicitan datos que muchas veces no son relevantes para el negocio, pero que sin duda tienden a ser violatorios de la intimidad del individuo, al pretender conocer sus gustos y otros aspectos no relevantes para el negocio, pero que pueden develar aspectos íntimos del individuo.

2.2.6. DEL DERECHO DE RETRACTO, RESCISIÓN O DESISTIMIENTO.

El sometimiento a la información que proporciona el vendedor como única guía para tener una idea acerca del producto que se desea adquirir, hace que en muchas ocasiones el consumidor se sienta desilusionado y en algunos casos hasta asaltado como comprador. La ausencia de la cercanía del producto que es proporcionada en el comercio tradicional, trae como resultado que la responsabilidad de esta información sobre el producto recaiga exclusivamente sobre oferente quien no en todos los casos obra con la franqueza suficiente a la hora de ofrecer y vender su producto, de igual manera las ventas por Internet generan en el consumidor incertidumbre acerca de la entrega del bien y del cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se negocio el bien.

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido los riesgos de la contratación a distancia y dentro de ellos hay uno que se conoce como “riesgo de incumplimiento” que en palabras del autor Luis Miranda Serrano⁹¹ “el riesgo del incumplimiento se alude al riesgo de que el consumidor reciba un producto defectuoso o no coincidente con el solicitado, dado que por la forma como se celebra este sistema de contratación, el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato.” Para el profesor Carlos Vattier Fuenzalida⁹² esta herramienta se da para “neutralizar y hacer ilusoria la ventaja adquirida por el empresario con el factor distancia.”

El consumidor sólo conoce del producto o del servicio contratado a través de un catalogo presentado en las páginas web, motivo por el cual se presenta un déficit de reflexión, esto produce la celebración de un gran número de negocios carentes de reflexión o sin la meditación suficiente.

Las anteriores consideraciones justifican la existencia de un plazo para el consumidor, en el cual se le otorgue al consumidor un lapso de tiempo de reflexión sobre el bien que ha adquirido, en donde pueda observar el bien y apreciar sus características y la veracidad de lo que contrato frente a la satisfacción efectiva de sus necesidades, cumplido este lapso de reflexión el consumidor tenga la posibilidad de seguir adelante o desistir del contrato sin que por esto se incurra en responsabilidad alguna.

En el derecho romano esta situación era conocida como *pactum displicentiae* (pacto de desagrado) o compra sujeta a la aprobación del adquirente. El derecho de desistimiento se configura legalmente como un derecho de ejercicio discrecional, el consumidor no sólo está liberado de dar motivos que justifiquen la decisión de poner fin a la relación jurídica, sino que adicionalmente queda protegido de cualquier estimación posterior por parte del proveedor. En esta línea de pensamiento se manifiesta la Directiva Comunitaria 97/7CE en

⁹¹ MIRANDA SERRANO Luis, Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica, Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores, Editorial La Ley, 2001, Pág. 596

⁹² VATTIER FUENZALIDA Carlos, En torno a los contratos electrónicos, Instituciones del derecho privado contratación contemporánea, Op. cit., Pág. 90

su artículo 6.1. al plasmar “el consumidor podrá rescindir el contrato sin indicación de motivos”, según lo expresa esta misma Directiva en el Art. citado el plazo para el ejercicio de este derecho es de 7 días hábiles que se computan desde la recepción de la cosa.

De igual manera es bueno dejar en claro que la declaración de desistimiento no está sujeta a forma (principio de libertad de forma)⁹³, con lo cual se deja claro que se puede desistir de cualquier modo: carta, telegrama, fax, correo electrónico, etc., para esto basta con estampar la firma y enviar el documento dentro del plazo contemplado en la ley, si el documento es electrónico la firma lógicamente deberá ser electrónica.

Algunas legislaciones contemplan este plazo y varía entre tres y cinco días para que el consumidor haga efectivo su derecho, este plazo se contará a partir de la celebración del contrato se desprende de él las siguientes características:

- No acarrea responsabilidad alguna el desistimiento del por parte del consumidor.
- Derecho de carácter irrenunciable.
- Obliga al vendedor a devolver las sumas abonadas.
- Las costas que ocasiona la devolución del bien serán cubiertas por el consumidor.
- El proveedor debe anunciar la existencia de este derecho.

Por su parte en el derecho colombiano este derecho de retracto al cual estamos haciendo mención se aplica exclusivamente para contrato de venta de bienes y de prestación de servicios mediante la financiación.⁹⁴ No obstante, a los contratos celebrados en Internet también se le podría llegar a aplicar este derecho se realiza un contrato con sistema de financiación sería perfectamente aplicable en nuestro concepto esta disposición que contiene la legislación colombiana.

⁹³ Directiva Comunitaria 97/7 CE ART. 44.2

⁹⁴ Resolución 1800/1993 Art. 8 “En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación,... se entenderá pactada la facultad de retractación de cualquiera de las partes, dentro de los dos días hábiles siguientes a su celebración. En el evento en que cualquiera de las partes haga uso de la facultad de retractación se resolverá el contrato...”

2.3. CONSIDERACIONES PERSONALES.

El consumidor es un engranaje vital de las estructuras empresariales, debido a su importancia obtuvo un lugar de privilegio en el desarrollo de políticas económicas y jurídicas. Hoy goza de protección en todo el mundo a través de instituciones y organizaciones públicas y privadas que trabajan por la protección efectiva de los derechos del consumidor que por tantos años estuvieron olvidados y sin el debido reconocimiento. Su papel dentro de la estructura económica es innegable ya que los mercados se mueven gracias a su existencia.

El consumidor de la red es una especie nueva de consumidores que ha tomado más y más fuerza con la popularización del Internet y con el abaratamiento de las tecnologías informáticas, esta fuerza es apreciable especialmente en los países industrializados en donde el ingreso per capita permite un acceso relativamente fácil al consumidor en red. El caso colombiano es diferente, las tecnologías pese a su baja en precios aún se encuentran fuera del alcance del grueso de la población, no obstante el consumidor virtual es una tendencia al alza en nuestra sociedad, obviamente guardadas proporciones, frente a mercados como el norteamericano.

Frente al nuevo panorama que da al consumidor el acceso a mercados globalizados y a una gran cantidad de ofertas a nivel mundial, la legislación debe velar porque el crecimiento de esta tendencia se haga en forma segura. Con el uso del Internet como canal de compras el consumidor se encuentra en una desventaja mucho mayor que el consumidor tradicional que realiza sus compras a través del comercio real. La razón es la dificultad que tiene el consumidor virtual a la hora de decidirse por un producto, debido a la lejanía que tiene con respecto a este, la falta de reflexión sobre el bien que generalmente provoca que su decisión se encuentre muchas veces atada a lo que el proveedor pretende mostrar.

Otro aspecto de esta situación es que los establecimientos virtuales se encuentran en algún lugar de la red, panorama que hace muy difícil la reclamación por parte del consumidor,

situación que podemos imaginar muy diferente en el comercio tradicional donde el consumidor se acercaría a la tienda para hacer valer sus derechos. Esta situación provoca que el consumidor se sienta algo inseguro con respecto al comercio electrónico como canal de compras.

Por lo anteriormente expuesto es que el legislador debe regular y proteger precisamente la figura del consumidor para que el comercio electrónico se pueda desarrollar en forma adecuada, el consumidor debe sentirse confiado y tranquilo frente a esta modalidad comercial, esta seguridad sólo puede ser brindada por el legislador.

En referencia a los contratos de adhesión, forma muy usada en el comercio electrónico, donde el comprador acepta unas condiciones prediseñadas por el proveedor. Con mucha frecuencia se ve violentado el equilibrio contractual con la inclusión por parte de éste último de condiciones inequitativas o de abuso que el consumidor acepta, generalmente sin que medie la reflexión suficiente. Bajo este panorama, llama poderosamente la atención el papel que desarrolla la figura del desistimiento a la hora de devolver al contrato el equilibrio. Tomando la facultad que tiene el consumidor de desistir del acuerdo, por la mera insatisfacción, sin cargas adicionales para ejercer su derecho. Esta figura brinda tranquilidad al consumidor virtual quien verá disminuido su temor frente a posibles engaños o prácticas poco éticas por parte de los proveedores.

Decimos que hay un temor disminuido porque en todo caso frente a un engaño el consumidor conserva la carga de pagar gastos de envío, lo que resulta doloroso, teniendo en consideración que ha pagado un dinero a cambio de nada.

El mundo entero esta promoviendo esta modalidad, por citar un ejemplo en el año 2000 se suscribió un acuerdo bilateral entre el entonces Secretario de Comercio de Estados Unidos William M. Daley y la ministra colombiana de Comercio Exterior Marta Lucía Ramírez de Rincón con el fin de trabajar conjuntamente para promover el comercio electrónico mediante el diseño de condiciones favorables para su uso generalizado. "Es una nueva

página en nuestros esfuerzos de cooperación por mejorar las oportunidades para estadounidenses y colombianos", dijo Daley durante la firma del acuerdo.⁹⁵ Esto, es un contundente prueba de la importancia que tiene el comercio electrónico para países como Estados Unidos y de cómo están promoviendo su implementación en el mundo.

Pero de este análisis nos han surgido varias dudas acerca de la cercanía que puede tener la implementación masiva del comercio electrónico en nuestro país, vemos que existen aún una gran cantidad de obstáculos y dificultades de tipo jurídico, social y cultural. En lo que respecta a nuestro panorama legislativo necesitamos darle un timonazo a nuestra política legislativa en lo referente a la protección que se le debe brindar al consumidor, Colombia tiene muy poca regulación y no se ha hecho ningún esfuerzo por ajustar la legislación a las cambiantes situaciones mercado que aquejan al consumidor, a pesar de que estamos legislativamente mejor en lo que respecta a la protección al consumidor y la consagración constitucional lo que resulta ser sin duda ser un gran soporte para el mismo, se deben realizar muchos esfuerzos para que la legislación se desarrolle y el postulado constitucional no termine siendo letra muerta.

Tal y como lo expusimos resulta evidente que pese a la consagración constitucional es muy poco lo que se ha hecho en lo que respecta al control de calidad de bienes y servicios e información que debe ser suministrada al público, de igual manera resulta incipiente el desarrollo legislativo en lo que tiene que ver con la responsabilidad de los productores y los distribuidores cuando atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento. Estos son aspectos sobre los cuales detectamos severas fallas en cuanto a desarrollo normativo se refiere nos hemos conformado con tener postulados generales acerca de la importancia de contemplar esas situaciones, siendo muy poco lo que se ha hecho por regular situaciones concretas al respecto. Los citados descuidos que como demostramos a lo largo del capítulo corresponden a aspectos de gran importancia en la protección efectiva de los derechos del consumidor y el desarrollo del comercio electrónico.

⁹⁵ <http://usembassy.state.gov/bogota/www/main.html>, mayo 17 de 2000.

A pesar de la presencia de las organizaciones y asociaciones de consumidores en el país, y su papel en la comunidad a través de la difusión que realizan en los medios masivos, nos parece que hay que trabajar mucho más en lo que tiene que ver con la representación real de los intereses de los consumidores individualmente considerados, creemos que los consumidores no se sienten realmente representados por estas organizaciones lo cual desemboca en un sentimiento de desprotección que en nada favorece al desarrollo del comercio electrónico.

A esta situación debemos sumarle la falta de presencia estatal en la defensa de los derechos de los consumidores, los controles administrativos, generalmente son ineficientes, lentos y burocráticos. La Superintendencia de Industria y Comercio adolece de cobertura ya que no tiene oficinas en todo el país, por lo que resulta muy difícil que pueda inspeccionar y vigilar adecuadamente. Se nos ocurre que a través de un fortalecimiento en lo que concierne al sistema de autodefensa (en ciudades donde no hay presencia estatal) a cargo de las ligas y asociaciones de consumidores se puede mejorar en algo esta situación.

Hay otro aspecto de gran importancia que nos parece que resulta ser un gran obstáculo en el desarrollo del comercio electrónico, tiene que ver con nuestra cultura del consumo, factor que sin duda impide la difusión del comercio electrónico ampliamente en Colombia y en el resto de Latinoamérica. Más allá de la carencia de infraestructura y del alto costo de esta, es necesario considerar la cultura colombiana.

Si contáramos con acceso masivo al Internet y los usuarios tuvieran el equipo adecuado, cabe preguntarnos si esta situación ¿aumentaría repentinamente el comercio electrónico? Consideramos que la respuesta sería negativa. El consumidor en Colombia no usa la venta por catalogo en gran escala, como en el caso de la sociedad norteamericana, adicionalmente, la población colombiana no está acostumbrada a comprar productos sin antes haber tenido un contacto directo previo con estos. De igual manera En el pasado, la sociedad Colombiana y, en general, la población Latinoamericana no ha hecho uso de las tarjetas de crédito. Situación que se constituye en un gran impedimento para el desarrollo del comercio electrónico, no obstante el incremento en el uso de los medios electrónicos de

pago, aún es un aspecto que se encuentra poco desarrollado y que influye directamente en el avance de las transacciones electrónicas.

CONCLUSIONES

La sorprendente evolución que han tenido las comunicaciones por medios electrónicos, ha provocado un sinnúmero de cambios en diversos aspectos de la vida contemporánea de los cuales no han podido escapar ni las más tradicionales y conservadoras culturas. En la actualidad tanto personas naturales como jurídicas, públicas como privadas, han tenido que actualizar sus esquemas para así seguirle el paso a los cambios tecnológicos que con sus propios procedimientos, términos y estructura se han instalado en forma definitiva en el seno de la comunidad global.

El panorama del comercio electrónico es creciente, cada vez son más las personas que usan la red para adquirir bienes y servicios, las proyecciones de crecimiento son bastante ambiciosas. Los negocios por Internet están creciendo al mismo ritmo de los usuarios, dentro de muy poco tiempo los sitios que prestan servicios gratuitos tendrán una tendencia a la baja ya que lo que se impone son los sitios que cobran pequeñas sumas de dinero por realizar descargas (download) que al final sumaran millones, con esta tendencia de seguro aparecerán las controversias y las inconformidades y será labor de la legislación solucionarlas y evitarlas.

La legislación debe brindarle confianza y certeza al proceso, en nuestro parecer la confianza es pilar fundamental para lograr la prosperidad de esta modalidad, particularmente en un país como el nuestro donde la confianza mercantil se encuentra tan olvidada y se torna en un aspecto sumamente negativo en el momento de intentar una negociación, inclusive a través del uso de canales tradicionales de comercio.

Al respecto, es importante anotar que en estos casos, el desconocimiento de la contraparte negocial, el suministro de datos no solo personales, sino también de carácter financiero con repercusiones económicas, la no presencia física del producto, son factores que por obvias

razones, incrementan la desconfianza que de por sí ya existe en nuestro medio al momento de contratar y que nos parece un rasgo muy característico de nuestro modelo y nuestra idiosincrasia.

Esta situación se hace más evidente cuando se compara con otros Estados, por dar un ejemplo en Canadá la chequera es una opción del cliente sin que se exijan más requisitos, así como sucede también con el pago a través de cheques que en este país se hace sin recurrir a tediosos exámenes, ni verificaciones sobre su validez o capacidad de pago, por lo que consideramos que es positivo el uso, por parte del legislador, de un modelo amplio e internacional como lo es el de la Ley modelo de la *CNUDMI* , para ajustarlo a nuestra realidad.

De igual manera resulta llamativa la extrañeza que nuestra cultura manifiesta respecto al pago a través de medios electrónicos y en general al uso de los avances tecnológicos en lo que concierne al pago de las obligaciones o todo lo que se ha denominado el dinero plástico, que resulta vital para el desarrollo del comercio electrónico.

En este sentido aún estamos lejos del uso masivo de estos sistemas de pago, no obstante se han dado pasos importantes en esta materia, tal vez sin quererlo, como la implementación de incentivos para el pago de obligaciones con tarjetas de crédito y débito, concebida con una finalidad eminentemente tributaria y fiscal, pero con grandes implicaciones para el futuro del comercio electrónico en el país. En esta misma línea del uso de medios electrónicos se encuentran las entidades financieras que promueven con gran tenacidad el sistema de “banca virtual” por medio del cual se pueden realizar todo tipo de transacciones y pagos en el sistema financiero conectado a la red, esto ha representado una gran campaña de educación y concientización por parte de la banca, lo cual sin duda también contribuye a la comprensión del comercio electrónico por parte de los usuarios del sistema.

La Ley 527, a nuestro parecer, es un acierto del legislador, ya que regula los aspectos principales del comercio electrónico, hace claridad sobre muchas definiciones importantes

sobre el tema, dando también seguridad y certeza al manejo de esta modalidad. De igual manera esta ley cumple con la función armonizadora y globalizante con la cual fue concebida la ley modelo en el seno de la *CNUDMI*.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que nuestra legislación está a la altura de los países industrializados y comercialmente activos en lo que respecta al comercio electrónico. Todo es fruto de un estudio serio por parte de nuestro legislador y un acompañamiento directo al proceso surtido en el desarrollo de la ley modelo dada por la *CNUDMI*, convirtiéndonos de esta forma en un estándar para América Latina, con una legislación, dinámica, uniforme, flexible (salvo por alguna excepción a la cual nos referimos en la firma electrónica) y con un marcado matiz internacional, que facilita un comercio electrónico uniforme sin costos adicionales en operación y pago de asesorías jurídicas.

Independientemente del problema que padecemos en cuanto a infraestructura que como expusimos es uno de los obstáculos más fuertes para la proliferación del comercio electrónico, consideramos que es deber del gobierno el brindar confianza a los usuarios del sistema, lo cual ya han empezado a hacer algunas entidades públicas al tecnificar con la informática sus procedimientos e involucrar al usuario dentro de los mismos. Con esto nuestro país está entrando en la tendencia mundial del e-government, tendencia que con atino ha continuado el actual gobierno.

Conforme lo expuesto consideramos que el marco para el desarrollo del comercio electrónico en nuestro país está dado, pero vemos con preocupación, la falta de compromiso con esta modalidad particularmente por parte de las pequeñas y las medianas empresas que no están en línea con los desarrollos tecnológicos y su implementación, José David Plann director de alianzas de la Asociación Colombiana de Pequeñas y medianas empresas (**ACOPI**), expresó al respecto: “Las pequeñas y medianas empresas (pymes) también son propensas a sufrir fallas de seguridad, pero en menor escala, dado que su inversión en Tecnologías de Información (TI) es muy baja, pues aun consideran a las TI un lujo y no una necesidad” comentó en el marco del Foro de Seguridad de Computerworld.

Consideramos que las empresas deben tomar conciencia de la importancia y la fuerza que puede representar el Internet como medio para el desarrollo de su actividad, no sólo con una connotación local, sino también global, por eso se hace inaplazable la inversión en tecnología informática y en seguridad tanto para la empresa como para los potenciales consumidores de la red.

Un aspecto que inquieta en nuestro país es la poca información que tienen los protagonistas de un conflicto jurídico sobre el tema, ¿estarán nuestros funcionarios judiciales en capacidad de impartir y administrar justicia en un conflicto que involucre el uso del comercio electrónico como modalidad contractual?, esta es una pregunta que nos llama a la reflexión, pues vivimos en un país donde la administración de justicia se realiza con muy pocos recursos, donde en muchos casos no se cuenta con elementos mínimos de funcionamiento. El acceso a la tecnología y al conocimiento de ésta debe hacerse prioritariamente con los funcionarios encargados de mediar en este tipo de conflictos ya que son ellos los encargados de desatar las eventuales disputas.

No consideramos que esté muy lejos el momento en el cual en los despachos se comiencen incrementar su acostumbrada congestión con este tipo de procesos, esperando una solución que seguramente no será tan rápida como el click que realizaron para perfeccionar el acuerdo.

El profesional del siglo XXI no puede desatender esta realidad de cambios, ni ser ajeno a ella y por supuesto el jurista no puede ser la excepción ya que es deber del mismo dar los lineamientos para preservar el orden, evitando el caos y la anarquía. Es deber del abogado romper esquemas y enriquecer su conocimiento con otras ciencias y disciplinas para poder brindar a la sociedad unas normas adecuadas que orienten la conducta humana de cara a los diferentes retos que propone la modernidad. No se puede regular adecuadamente algo que no se conoce, es por eso que insistimos tanto en la importancia de ampliar horizontes e

integrar ciencias y las diferentes disciplinas para así poder entender mejor los cambios y hacer un aporte significativo en la solución de los problemas.

Es deber de nosotros, las nuevas generaciones de profesionales del derecho el analizar con suma profundidad el tema que se vuelve complejo en la medida que incorpora una gran cantidad de conceptos técnicos y avances tecnológicos, los cuales son desconocidos para muchos profesionales en nuestro país. A través de este esfuerzo buscamos sembrar por lo menos inquietud acerca del particular que conlleve a obtener importantes avances y mejoramientos tanto en el comercio electrónico como en otras situaciones que se presentan en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- **AGENDA DE CONECTIVIDAD:** el salto a Internet, Documento del Conpes 3072. Republica de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Ministerio de Comunicaciones. DNP: UINFE: DITEL. Diciembre de 2002.
- **ARANGO RUEDA** Adriana, **GUTIERRES GOMEZ** María Clara Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Editorial Legis S.A., Primera Edición, Bogotá, 2002.
- **ARBELAEZ HERRERA** Norma Constanza, **RIVERA DOMÍNGUEZ** Julián, Comercio Electrónico y mensaje de datos: aspectos legales nacionales e internacionales, criterio jurídico, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Vol. 1#1, Artes graficas del valle Ltda., Santiago de Cali, 2001.
- **BENAVIDES DEL REY, J.L** Celebración de Contratos Internacionales por Medios Electrónicos; en La Validez de los Contratos Internacionales, Madrid, 1998.

- BONIVENTO FERNÁNDEZ José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Décima quinta edición, Editorial ABC, Bogotá, 2002.
- BOHÓRQUEZ Antonio, De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Volumen 1, Segunda Edición, 1998.
- CASTELLS Manuel, La galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad. Plaza & Janes Editores, S.A., Primera edición, Madrid, 2001.
- Código Civil. Ed. Legis, Tercera Edición. Bogotá DC., 2000.
- Código de Procedimiento Civil. Ed. Legis, Bogotá DC., 2003.
- GARCIA REINGIFO Ernesto, Comercio Electrónico: Memorias, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición, 2002.
- Constitución Política de Colombia. Editorial Panamericana, Bogotá DC., 1997.
- CUBIDES CAMACHO Jorge, Obligaciones, Univerisidad Javeriana – Colección profesores #3, Tercera edición, Editorial Javegraf, Bogotá, 1996.

- CUBILLOS VELENDIA Ramiro, RINCÓN Erick, Introducción al comercio electrónico, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Primera Edición, Bogotá, 2002.
- DAVARRA RODRIGUEZ Miguel Ángel, Derecho Informático. Editorial Aranzadi, Primera edición, Pamplona (España), 1993.
- DE ARBELAEZ Zapata Adriana, Colección Memorias, Comercio Electrónico, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá, 2002.
- DE LA SIERRA FLORES María, Impacto del Comercio Electrónico en el derecho de la contratación, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2002.
- DIEZ-PICAZO Luis, Derecho y Masificación Social, Tecnología y Derecho Privado, Editorial Civitas, Madrid, 1979.
- Electronic commerce in Practice. The world Business Agenda: Internacional Chamber of Commerce Publishing, Paris 1997.
- FARINA Juan, Defensa del consumidor y usuario, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

- GALINDO Fernando, Derecho e Informática, Editorial La ley-actualidad S.A., Madrid, 1998.
- GÓMEZ ESTRADA Cesar, De los principales contratos civiles, Tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999.
- GUIBURG Ricardo A., ALLENDE Jorge O., Manual de Informática Jurídica, Editorial Astrea, Buenos aires, 1996.
- GUTIERRES GOMEZ María Clara, Derecho de Internet y Telecomunicaciones, Universidad de los Andes – Facultad de derecho, Primera Edición, Editorial Legis S.A., Bogotá, 2003.
- HERNÁNDEZ Giovanni A., La informática jurídica los derechos de autor y sus derechos conexos, Ediciones doctrina y ley Ltda., Primera edición, Bogotá, 2000.
- KOSIUR David. Understanding Electronic Commerce, Microsoft press, Redmon, 1997.
- MARTÍNEZ NADAL A., Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

- NAVARRETE M. Ángel, Derecho-e derecho del comercio electrónico, editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A., Primera edición, Madrid, 2002.
- NEWELL frederick, Clienteleal.com, Editorial McGraw Hill, México D.F., Pirmera edición, 2000.
- Organización de las Naciones Unidas, CISG, Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Viena, Austria, 1980.
- Organización de las Naciones Unidas, convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional y Mercaderías, Viena Austria 1986.
- OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Quinta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1998.
- PARRA QUIJANO Jairo, Derecho Probatorio, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2000.
- PEÑA VALENZUELA Daniel, Aspectos Legales de Internet y del comercio electrónico, Primera Edición, Dupre editores Ltda., 2001.

- PERALES VIZCASILLAS María del Pilar, MIRANDA SERRANO Luis, Comercio electrónico y protección de los consumidores, Editorial La Ley, Primera Edición, Madrid, 2001.
- PEREZ Melba Rocío, El contrato por medios Electrónicos, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- RENGIFO GARCIA Ernesto, Nuevos Retos del Derecho Comercial, Comercio Electrónico, Documento Electrónico y Seguridad Jurídica, Primera edición, Colegio de abogados de Medellín - Biblioteca Jurídica Dike, 2000.
- REYES VILLAMIZAR Francisco, Comercio electrónico desarrollos jurídicos reciente en Colombia, Revista Universitas #97, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Javegraf, Diciembre de 1999.
- RIVERO SÁNCHEZ Juan Marcos, ¿Quo vadis, Derecho del consumidor?, Primera edición, Biblioteca jurídica Dike, Bogota, 1997.
- SCHAUS M., Formación de Contratos: Comunicación de la Oferta y de la Aceptación al Oferente; en La Validez de los Contratos Internacionales Negociados por Medios Electrónicos, Madrid, CECO, 1998.

- SARRA Andrea Viviana, Comercio electrónico y derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
- STIGLITZ Rubén, STIGLITZ Gabriel, Contratos por adhesión, Cláusulas abusivas y protección al consumidor, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.
- TABARES VARGAS Jorge Aurelio, Informática, Tecnología y Telecomunicaciones, Edición Ltda., 2000.
- TAPSCOTT Don, La Economía digital, Editorial McGraw Hill, Bogotá, 1997.
- TÉLLEZ VALDEZ Julio, Derecho Informático, editorial McGraw Hill, Primera edición, México, 1995.
- VATTIER FUENZALIDA Carlos, VEGA MERE Yuri, Instituciones del Derecho privado, contratación contemporánea, Palestra editores Lima – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001.
- VELÁSQUEZ BAUTISTA Rafael, Derecho de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, Editorial Colex, 2001, Madrid.

- VELILLA Marco, Política y derecho de consumo, El Navegante Editores, Bogotá, julio 1998.
- ZAGARRA Mauricio y CÓRDOBA Juan Fernando, Problemas y soluciones Jurídicas para la crisis informática, Editorial Legis S.A., 1999, Bogotá.

Pronunciamientos jurisprudenciales.

- **COLOMBIA. Corte Constitucional**, Sentencia N°.C-662 de 2000. M.P., Dr. Fabio Moron Diaz. Accion pública de inconstitucionalidad contra la Ley 527 de 1999 y, particularmente sus artículos 10-15,27-30,32-40-45
- **COLOMBIA. Corte Constitucional**, sentencia C-831 del 8 de agosto de 2001. M.P., Alvaro Tafur Galvis. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6° de la Ley 527 de 1999.

Sitios de Internet

- www.estudiojuridico.com
- www.uncitral.com
- www.derecho.org.com

- www.comunidadandina.org
- www.comunidadeuropea.com
- www.iec.csic.es
- www.seguridata.com
- www.mercadoglobal.com
- www.juridica-colombia.com
- www.un.org
- www.wipo.org/eng/ipler/index.ht
- www.acopi.org.co
- www.ottawao-eedconference.org