

DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y TÍTULO VALOR
ELECTRÓNICO

HENRY CADENA FRANCO.
FERNANDO ESGUERRA TORRES
TOMAS JOAQUIN REYES MILLAN
CARLOS ALEJANDRO TREJO ALMEIDA

CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD
DEL ROSARIO DE SANTAFE DE BOGOTA Y LA UNIVERSIDAD
DE SAN BUENAVENTURA DE SANTIAGO DE CALI
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO FINANCIERO
SANTIAGO DE CALI
2000

DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y TÍTULO VALOR
ELECTRÓNICO

HENRY CADENA FRANCO.
FERNANDO ESGUERRA TORRES
TOMAS JOAQUIN REYES MILLAN
CARLOS ALEJANDRO TREJO ALMEIDA

CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD
DEL ROSARIO DE SANTAFE DE BOGOTA Y LA UNIVERSIDAD
DE SAN BUENAVENTURA DE SANTIAGO DE CALI
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO FINANCIERO
SANTIAGO DE CALI
2000

MONOGRAFÍA

CONTENIDO

INTRODUCCION

COMERCIO ELECTRONICO

1. NOCIÓN

2. ANTECEDENTES

3. PRINCIPIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

3.1 Principio de la Libre Competencia

3.1.1. Intervencionismo Estatal

3.2 Principio de protección de la Intimidad

3.3 Principio de Protección del Consumidor

3.4 Principio de Protección de los Derechos de Autor

DOCUMENTO

1. EL DOCUMENTO EN EL DERECHO PRIVADO

2. EL DOCUMENTO EN MATERIA PENAL

TITULO VALOR ELECTRÓNICO

1. DEFINICIÓN DE TITULO VALOR

1.1. Principios que gobiernan la formación, existencia, validez, exigibilidad y circulación del titulo valor.

1.1.1.Documento

1.1.2.Literalidad

1.1.3.Autonomía

1.1.4.Necesariedad

1.1.5.Incorporación

2. CONCEPTO DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO O
INFORMATICO COMO TITULO VALOR.

3. TITULO VALOR ELECTRÓNICO COMO DOCUMENTO
NEGOCIABLE.

3.1. Documento

3.2. Literalidad

3.3. Autonomía

3.4. Necesariedad

3.5. Incorporación

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto precisar los conceptos jurídicos doctrinarios sobre documento, documento electrónico y título valor electrónico, fundamentándonos en la ley modelo de comercio electrónico aprobada por la ONU, la legislación de la Unión Económica Europea, la Ley 527 de 1999, el decreto reglamentario No 1.747 del 11 de septiembre de 2000, la legislación complementaria sobre protección de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia.

Para ello, diremos que el comercio electrónico se enmarca dentro de la preceptiva del artículo 2 de la Constitución Política que consagra como principios del Estado social de Derecho la libertad de empresa, la intervención del Estado para regular la economía, y la protección de los derechos fundamentales de la

persona humana y propiciar el bienestar de todos los ciudadanos. Por ello esta actividad puede ser desarrollada libremente por cualquier persona, siempre que respete los derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, la dignidad, la información, la salud pública, el habeas data, el sistema penal, la seguridad nacional y el interés general.

Nos dedicaremos entonces a analizar que se entiende por documento, características, requisitos de validez, prueba y eficacia de los documentos electrónicos y aplicación en las transacciones de bolsa y similares, el documento electrónico, el título valor electrónico y el tratamiento legal que al documento se le da en nuestra legislación.

COMERCIO ELECTRÓNICO

1. NOCIÓN.

El comercio electrónico es un nuevo medio de intercambio de bienes y servicios a nivel global, que permite mediante la transmisión de datos en tiempo real, que millones de personas en todo el mundo, utilizando ordenadores, programas informáticos, redes de comunicación por cable y satélite puedan, sin limitaciones físicas o aduaneras, celebrar negocios sobre productos o servicios, con la confianza de que la negociación va a realizarse una vez se den los presupuestos básicos de la oferta y la aceptación de la misma por parte del consumidor y la verificación de ciertas condiciones de seguridad o reglas de conducta generalmente aceptadas por quienes navegan en el mercado electrónico.

2. ANTECEDENTES.

La primera forma de comercio electrónico surge del denominado intercambio electrónico de informaciones, más conocido por su sigla o acrónimo EDI, que inicialmente y así se ha extendido su uso, se desarrolla para la negociación y comunicación de empresas independientes, pues su uso entre empresas dependientes se ha considerado como organización interna. Su uso inicial tuvo como objeto el de cubrir las necesidades de aceleración y control de los procesos productivos y administrativos, incremento del giro de capital y la reducción de costos administrativos de todo tipo de organizaciones tanto empresariales como gubernamentales.

Ante el incremento de la utilización de la nueva tecnología como el acelerado desarrollo y masificación de la misma, lo que generó con posterioridad una inusitada importancia económica, hasta el punto de considerarse la principal generadora mundial de empresas con crecimientos casi impredecibles que constituyen

fuentes de concentración de riquezas y una novísima forma de comercialización de bienes y servicios, ya no solamente en el campo o mercado de cada región o nación sino en el campo internacional y mundial, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CUDMI), más conocida por su acrónimo en inglés UNCITRAL, (United Nations comisión for the International Trade Law), utilizando un informe realizado en 1985 de su secretario general cuyo título fue "Valor Jurídico de los registros computarizados", en el que se destacó como uno de los más graves problemas jurídicos para la utilización de la informática y de la telemática tanto en el comercio nacional como en el internacional, lo constituía la inseguridad jurídica que se presenta por la exigencia de la mayoría de las legislaciones de que los documentos contuviesen o produjesen efectos con relevancia jurídica estuviesen firmados o consignados sobre papel, culminando, luego de un largo proceso y dispendioso trabajo en la que es conocida como la ley modelo de la CNUDMI o ley modelo de la UNCITRAL, que fue aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 51/162 del 16 de

diciembre de 1996, como uno de los mayores aportes al objeto de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional, la que sin lugar a ninguna duda tenemos que calificar como el antecedente inmediato de la Ley 527 de 1999, conocida como la ley de comercio electrónico, habiéndose acogido por parte de nuestro legislador la casi totalidad del texto del la ya mencionada ley modelo de la UNCITRAL, la cual fue modificada básicamente en su redacción, que en el modelo de ley es bastante pobre, así como en la armonización y adecuación frente a nuestras propias figuras jurídicas.

Por otra parte, en Europa, los principales antecedentes de la regulación del comercio electrónico se encuentran en el Mercado Común Europeo, por la necesidad que tuvieron sus países miembros en establecer reglas de juego claras para ellos y los usuarios de dicho mercado. Para los Europeos el comercio electrónico se enmarca dentro del objetivo común de lograr el progreso económico y social, eliminando las barreras entre los países, buscan fomentar la continua mejora de las condiciones de

vida de sus pueblos, preservar y consolidar la paz y la libertad y promover la democracia, basándose en los derechos fundamentales de la persona humana. En este marco operan los principios de libre competencia y de la libertad de actuación de los operadores. Sin embargo, como cualquier servicio público, con base en el principio de intervención y vigilancia estatal, existen restricciones para velar por los derechos económicos y el interés general de la sociedad, todo lo cual sin lugar a dudas, es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico y que está claramente expuesto en nuestra Constitución Política, y en nuestras leyes reguladoras de la competencia, servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones, así como de la regulación y de la intervención estatal.

Haciendo un breve paralelo entre la ley modelo de la UNCITRAL y la ley 527 de 1999, podemos destacar como la más llamativa diferencia la relativa a su ámbito de aplicación.

En efecto, La ley modelo tiene un objeto restringido por cuanto su aplicación se realiza a cualquier clase de información en la forma de mensaje de datos cuando es utilizado en el contexto de las actividades comerciales electrónicas del mundo, mientras en la ley 527 de 1999, con mucho mejor criterio estableció que la ley es aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, con dos únicas excepciones a saber: en las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales, y en las advertencias escritas que por disposición legal deben ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos por el riesgo implícito en su comercialización uso o consumo.

De esta importante diferencia debemos extractar una primera conclusión y no es otra que la ley conocida entre nosotros como ley de comercio electrónico, regula no sólo la utilización de mensajes de datos contentiva de información en materia comercial, sino en todo tipo de relaciones con relevancia jurídica, de lo cual se apartó a nuestra manera de ver con total y absoluto

acuerdo de la ley modelo de UNCITRAL, pero incurriendo en error de concordancia al referirse en el texto de la ley sobre los temas regulados en el articulado de la misma a comercio electrónico, cuando siendo consecuente con su artículo primero debió referirse a NEGOCIOS ELECTRÓNICOS, antes que a comercio electrónico. Y por la amplitud de su artículo primero, existe en consecuencia incongruencia en la definición de comercio electrónico, al restringir esta definición a las relaciones de índole comercial.

En el caso nuestro el asunto es mucho más complicado, pues se debe determinar, en primer lugar, si los negocios electrónicos o telemáticos, de acuerdo con el medio utilizado es un negocio entre ausentes o entre presentes, pues si no se ha previsto o regulado en contrario, el contrato se considera perfeccionado en el lugar y el momento en que el mensaje de aceptación de la oferta contractual es recibido por el sistema informático del destinatario, aplicándose de esta manera la regulación de la formación del contrato entre ausentes. Este, que no es

precisamente un problema de derecho internacional privado, es solucionado por las legislaciones internas, y que básicamente se resuelve con cuatro teorías: aceptación, emisión, recepción y conocimiento. Al respecto el Tratado de Montevideo de 1940 en su artículo 42 establece que la ley del lugar de donde parte la oferta aceptada regulará lo que se refiere al perfeccionamiento y dicha ley lo hará aplicando cualquiera de las cuatro teorías a la que hicimos mención. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional aplica en su artículo 23 la teoría de la recepción, que establece que el momento de la formación o del perfeccionamiento del contrato es aquél en que la aceptación llega a destino o en poder del oferente. En Colombia el tema del contrato entre ausentes está regulado principalmente por los artículos 824, 845, 851, 852 y 864 del Código de Comercio, de la cual, en resumen, podemos decir que salvo estipulación en contrario, se acoge el principio del efectivo conocimiento, del cual existe presunción legal. Nuestra ley de comercio electrónico estableció la diferencia entre destinatario con designación de sistema de información y sin ella,

acogiendo el principio de la recepción combinado con la presunción de conocimiento, salvo estipulación en contrario, tal como se dispuso en el artículo 24 de la Ley 527 de 1999, lo que a nuestra manera de ver fue un error, habida cuenta que quedan diferentes tratamientos jurídicos para un mismo fenómeno a saber, el tratamiento del Código de Comercio en los artículos ya citados, y el de la ley 527 de 1999 en el artículo 24.

No obstante, existen opiniones en contrario, en el sentido de justificar el doble tratamiento legal sobre los fenómenos legales a los que nos venimos refiriendo, por considerar que por tratarse la ley 527 de 1999 de una norma especial, esta debe primar entratándose de ofertas comerciales realizadas por medios electrónicos, la cual es una apreciación correcta sobre la aplicación de una ley especial sobre una general; opiniones estas que respetamos, pero obviamente no compartimos, puesto que la oferta comercial, por el hecho de ser realizada por un medio electrónico, no le quita su esencia primera, que es la de ser oferta comercial, y por ello el legislador debió armonizar la nueva forma

de efectuar la oferta, dejando una sola regulación legal, bien acogiéndose o ratificando la ya existente, o derogando la existente para dejar una sola regulación sobre el mismo tema, puesto que la observación que se hace, no es sobre la primacía de una norma legal sobre otra, sino sobre la lógica armonización que debe existir en la legislación vigente sobre temas iguales o parecidos.

3. PRINCIPIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

La legislación busca que las nuevas tecnologías dinamicen el tejido económico y social de los países, y, al mismo tiempo, se proteja suficientemente los derechos de los usuarios, estableciéndose, a tal efecto, las oportunas garantías. Los principales derechos que se protegen por parte de los Estados respecto al comercio, incluido obviamente el comercio electrónico son: el intervencionismo estatal, la libertad de empresa, el derecho a la intimidad, el derecho a la privacidad telefónica, la ley

de protección de los derechos de autor y la protección del consumidor. Veamos algunas características de estos principios:

3.1. PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La actividad de servicios de comercio electrónico, en términos generales se realiza en régimen de libre competencia, conforme al artículo 333 de la Constitución Política, que consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, sin establecer ningún tipo de autorización previa, con algunas excepciones, las cuales están bajo el control o vigilancia del Estado y se otorgan mediante concesiones, delegaciones o autorizaciones.

La libre competencia debe hacerse dentro del marco del respeto al orden público, la seguridad pública y la defensa nacional, la salud pública y los derechos de los consumidores o usuarios, aun cuando actúen en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e

inversión de los recursos de captación de dineros del público.
(artículos 333 inciso 4o, 335, 150 numeral 19 literal d. de la
Constitución Política.)

3.1.1. INTERVENCIONISMO ESTATAL.

De conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política, la
intervención del Estado busca que las entidades de comercio
electrónico suministren información confiable a los usuarios y
manejen códigos de conducta similares, que los negocios
electrónicos se fundamenten en las normas contractuales
vigentes en materia civil y comercial, que los medios electrónicos
faciliten a la población el acceso a los bienes y servicios básicos
que se ofrecen en el país.

3.2. PRINCIPIO DE PROTECCION DE LA INTIMIDAD.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de
24 de octubre de 1995, señala que debe excluirse de las bases de

datos y de su registro y conservación, el tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, como la correspondencia y las agendas de direcciones. La protección va dirigida a evitar que las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, puedan perjudicar o dañar la dignidad humana, la vida y la libertad. Sin embargo, existen excepciones al deber de evitar la intromisión en la transmisión de datos cuando estos estén constituidos por sonido e imagen, como los de la vigilancia por videocámara, los cuales no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la mencionada directiva cuando se aplican con fines de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado o para el ejercicio de las actividades del Estado relacionadas con las investigaciones penales.

Esta Directiva señala que la protección se aplica a cualquier información relativa a una persona identificada o identificable y

por ende la protección no se aplicará a aquellos datos o hechos anónimos que no sea posible identificar al interesado. Otra característica de la protección a la intimidad es la de que para ser lícito el tratamiento de datos personales debe basarse además en el consentimiento del interesado o ser necesario con vistas a la celebración o ejecución de un contrato que obligue al interesado.

Para efectos de establecer posibles responsabilidades se tiene que cuando un mensaje con datos personales sea transmitido a través de un servicio de telecomunicaciones o de correo electrónico cuyo único objetivo sea transmitir mensajes de ese tipo, será considerada normalmente responsable del tratamiento de los datos personales presentes en el mensaje aquella persona de quien proceda el mensaje y no la que ofrezca el servicio de transmisión. Es decir, que en principio, el operador no es el responsable, sino el emisor del mensaje.

Igualmente se prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las

convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

En el caso colombiano, no tenemos una legislación tan específica ni con tanto nivel de detalle como lo que acontece en las legislaciones europeas, pero a partir de la vigencia de nuestra nueva Constitución Política se reforzó el carácter constitucional del derecho a la intimidad, el que, por la utilización de la acción de tutela y con gran aporte de la doctrina, dio origen a la formación de toda una teoría sobre el derecho a la intimidad, su diferencia con el derecho a la privacidad, que por supuesto viene utilizándose en consonancia con el habeas data, que también fue un nuevo aporte de nuestra actual Constitución Política.

Según el artículo 20 de la Constitución Política, el derecho de Habeas Data consiste en la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a los bancos de datos y archivos de las entidades públicas y privadas, entre ellas, los bancos y entidades del

sistema financiero, con el fin de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que en ellas aparezcan y que no sean acordes a la realidad o cuando las circunstancias que dieron origen a la información y su registro, han cambiado. Al respecto, el artículo 110 de la ley 510 de agosto 3 de 1999 “por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias bancaria y de Valores y se conceden unas facultades”, consagra que “ Las entidades financieras velarán porque las personas encargadas de la conservación, el uso y la divulgación informática de la información de los usuarios del sistema financiero, se mantenga permanentemente actualizada, acorde con el reporte histórico de la misma”. Lo anterior permite establecer unas reglas mínimas tanto para el usuario como para la entidad financiera para determinar en que casos procede la conservación en la base de datos la información sobre un usuario. Igualmente el artículo 114 de la misma ley señala que las “entidades o personas naturales que suministren regularmente datos financieros o de solvencia patrimonial y crediticia solo podrán tratar automatizadamente

datos personales obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones recogidas mediante el consentimiento libre, expreso, informado y escrito de su titular”, con lo cual se recoge el principio de que sin la autorización del usuario no es dable registrar información que pueda violar en últimas el derecho a la intimidad.

Actualmente en nuestro país, observamos la falta de mecanismos legales y prácticos por parte de los usuarios, del Estado y de las entidades que manejan informaciones con bases de datos, para evitar que la delincuencia tenga acceso a las informaciones allí contenidas, o para evitar la utilización de medios electrónicos y de telecomunicaciones para el desarrollo, ejecución y negociación de delitos como el secuestro y la extorsión, a las cuales se accede y se utilizan fraudulentamente debido a la vulnerabilidad de los sistemas técnicos de seguridad, siendo la causa más alta de su uso ilegítimo el abuso interno de los empleados de las compañías que manejan la información.

3.3. PROTECCION DEL CONSUMIDOR.

De acuerdo con el Decreto 3.466 de 1982 el consumidor es toda persona natural o jurídica que contrate, por cualquier medio, incluido obviamente el comercio electrónico, la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado con el objeto de satisfacer una o más necesidades, y por ello, la ley 527 de 1999 establece en su artículo 46 la prevalencia de las leyes de protección al consumidor.

La legislación busca proteger a consumidores y usuarios contra los riesgos que puedan afectar su salud o su seguridad, la inclusión de cláusulas abusivas, la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. También se busca que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajusten a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán

exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Se busca igualmente evitar la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, que puedan causar fraude a los consumidores y usuarios. La utilización de concursos, sorteos, regalos, vales, premios o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios, será objeto de regulación específica, fijando los casos, formas, garantías y efectos correspondientes.

Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato; sin querer decir con esto que entratándose de los contratos de adhesión, que son la gran mayoría de los

contratos en el sistema financiero, que para evitar su calidad de cláusula abusiva, esta tenga que ser negociada de manera individual, puesto que en este campo se entiende por cláusula abusiva la que genera, por sí misma, un desequilibrio contractual que afecte a la parte débil del contrato, independientemente de que haya sido negociada o no individualmente. Por ello el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en sus artículos 98 a 100, establece la protección al usuario y al consumidor del sistema financiero de las cláusulas abusivas, estableciendo funciones de policía administrativa a la Superintendencia Bancaria, con el fin de evitar los desequilibrios contractuales, el abuso de la posición dominante y las cláusulas abusivas, dotando a la entidad administrativa de facultades coercitivas con el fin de hacer cesar estas prácticas y restablecer el equilibrio contractual.

También hacen parte del comercio electrónico el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza,

características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento.

Otro aspecto importante es el derecho a la información según el cual los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales del producto como calidad, cantidad, precio y los costos adicionales.

3.4. PRINCIPIO DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Como el comercio electrónico está en constante evolución, y los productos y servicios que se ofrecen, gran parte de ellos, son de

carácter intelectual, como la elaboración de programas, sitios Web, la ley protege a los autores de tales creaciones de obras artísticas, técnicas, o culturales, sea que se difundan por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen, la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono, la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones, el acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, la comunicación al público vía satélite, entre otros.

En cuanto a la utilización de bases de datos se tiene que en la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar dicha base de dato total o parcialmente, esto no viola el derecho de

autor. Tampoco viola el derecho de autor la utilización de bases de datos que se requieran para la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.

Tampoco se viola este derecho cuando la obra sea susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa.

Otro aspecto importante de esta protección es la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones corresponderá, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.

Se considera infracción de los derechos de autor a quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los que pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima, igualmente violan los derechos de autor quienes tengan con fines comerciales una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.

Para evitar la infracción las obras virtuales pueden acogerse a normas legales sobre derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones.

EL DOCUMENTO

Antes de analizar el concepto de documento electrónico, debemos empezar por determinar que se ha entendido doctrinaria y legalmente por documento.

Existen tres grandes teorías sobre el punto, a saber: la de la expresión escrita, que se considera muy tradicional y bastante limitativa, la de la representación, cuyo más alto exponente es Francisco Carnelutti, y la que tiene en cuenta la naturaleza mueble del objeto como característica como documento.

1. EL DOCUMENTO EN EL DERECHO PRIVADO.

Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 251, antes que definir el concepto de documento, nos hace una relación o

listado de objetos que se consideran legalmente como documentos y destaca su característica de bien carácter mueble, siendo en consecuencia una combinación de las dos últimas teorías enunciadas en el párrafo anterior, es decir, la teoría de la representación y el carácter mueble del documento.

Se observa, en consecuencia, que a pesar de que de manera clara el legislador de 1970 no previó, ni tenía cómo preverlo, el avance tecnológico que tendría la informática en los años siguientes, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia, con el fin de salvar el problema generado por las nuevas tecnologías, han aplicado la teoría de los equivalentes funcionales, al considerar como documentos las informaciones y representaciones contenidas en medios electrónicos, tal como se reconoció legalmente mediante la ley 527 de 1999, y como lo aplicó y explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-662 del 08 de junio de 2000 con la ponencia de Dr. Fabio Morón Díaz, mediante la cual se definió una demanda sobre la constitucionalidad de la ley de comercio electrónico.

Por lo anterior, debemos concluir que las representaciones e informaciones contenidas en medios electrónicos, aplicando la teoría de los equivalentes funcionales son legalmente, desde antes de la vigencia de la ley 527 de 1999 documentos, que en la actualidad tienen como característica el que cumplen aislada o conjuntamente la función de representación cuando se utiliza como medio de almacenamiento de datos, y de comunicación cuando se utiliza como un medio de entendimiento o de medio de comunicación. A partir de la vigencia de la ley 527 de 1999, lo que se hizo fue dar reconocimiento y seguridad jurídica a las negociaciones que se realicen por medios electrónicos. Esta es la esencia de la ley de comercio electrónico.

Consideramos entonces que haciendo una aproximación a la definición de documento electrónico, podemos decir que este es un mensaje de datos o información existente en cualquier medio electrónico. Y para que este documento electrónico tenga fuerza

probatoria debe reunir como requisitos formales la fiabilidad, la inalterabilidad y la rastreabilidad.

Establece el Código de procedimiento Civil en su artículo 187 que el juez apreciará las pruebas en su conjunto, aplicando las reglas de la sana crítica.

Así las cosas, un mensaje de datos o un documento electrónico o una firma digital no tienen, por el sólo hecho de ser electrónico o digital, una mayor o menor fuerza probatoria que la ley en forma general le señala al documento o a la firma con soporte material o de papel, puesto que la ley 527 de 1999 lo que hizo fue darle reconocimiento y seguridad jurídica a las transacciones y relaciones negócias y no negócias que se desarrollen por medios electrónicos, siempre y cuando se cumplan con las formalidades y exigencias de seguridad que se establecen para determinar la fiabilidad o confiabilidad, su inalterabilidad y rastreabilidad.

2. EL DOCUMENTO EN MATERIA PENAL

En materia penal, en nuestra legislación, lamentablemente no existe coordinación o concordancia conceptual sobre el tema, aún entre el mismo Código de Procedimiento Penal y el Código Penal. Así por ejemplo, el artículo 225 del actual y vigente Código de Procedimiento Penal, se dice lo siguiente:

"Art. 225. - Otros documentos. Para efecto de los artículos anteriores se asimilan a documentos, siempre que puedan servir de prueba, las expresiones de persona conocida o conocible recogidas por cualquier medio mecánico, los planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, radiográficas, fonópticas, archivos electromagnéticos y registro técnico impreso."

Obsérvese que en el artículo anteriormente transcrito el legislador acompasó la norma con la actual tecnología al referirse a los archivos electromagnéticos, pero lamentablemente el artículo 294 de la Ley 599 24 de julio de 2000 que es el nuevo Código Penal

que entrará a regir a partir de julio de 2001, no lo hizo, pues estableció lo siguiente:

"Artículo 294. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocida recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria."

Y lo más grave, consiste en que a pesar de su falta de previsión, en inexplicable contradicción, estableció en el mismo Código, lo siguiente en los siguientes artículos: 195, 270 271 y 272, los cuales nos permitimos transcribir, pro considerar que manifiestan claramente las contradicciones e incongruencias de una misma codificación:

"Artículo 195. Acceso abusivo a un sistema informático. El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido

con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en multa."

"Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una

obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

Parágrafo. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad."

"Artículo 271. Defraudación a los derechos patrimoniales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley:

1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene,

conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

3. Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular.

6. Retransmita, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual divulgue, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.

Parágrafo. Si como consecuencia de las conductas contempladas en los numerales 1, 3 y 4 de este artículo resulta un número no mayor de cien (100) unidades, la pena se rebajará hasta en la mitad."

"Artículo 272. Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. Incurrirá en multa quien:

1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.

2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.

3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal, o de cualquier forma de eludir, evadir, inutilizar o suprimir un dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o producciones, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de éstos.

4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos."

Se observa entonces, que para efectos penales se considera documento únicamente el que tiene la característica de bien mueble y como soporte el papel, a pesar de ser una legislación mucho más reciente que la legislación del Código de Procedimiento Civil, y a pesar de que en el Código Penal se

protegen los derechos de autor sobre obras con soporte informático, que como se dijo, constituye una verdadera falta de técnica legislativa. Se le abona al legislador, el hecho de abstenerse en la ley 600 de 1999, que constituye el nuevo Código de Procedimiento Penal que entrará a regir en el año 2001, el no tratar de definir el concepto de documento, como sí lo llegó a hacer en códigos anteriores.

TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO

1.DEFINICION DE TITULO VALOR.

El Artículo 619 del Código de Comercio establece que es, sin definirlo, un título valor. En efecto, la norma citada dice, literalmente, lo siguiente: "Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora."

Por eso, sin desconocer el concepto legal ni las definiciones de tratadistas connotados, el concepto de titulo valor lo definimos así: es una expresión de voluntad no receptiva, de diversa índole, contenida en un documento, que permita la incorporación y el ejercicio literal y autónomo del derecho en el que el se menciona.

1.1. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA FORMACION, EXISTENCIA, VALIDEZ, EXIGIBILIDAD Y CIRCULACION DEL TITULO VALOR.

El título valor a diferencia de otros documentos, esta gobernado por principios que le dan especial categoría en cuanto que no todo documento es probatorio por sí mismo ni es constitutivo ni dispositivo de derechos. Por ello no es gratuita la ubicación del título valor en el libro tercero capítulo tercero del Código de comercio al hablar de los bienes mercantiles, considerando al título valor como un bien mueble susceptible de tenerlo materialmente, reivindicarlo, darlo en prenda, secuestrarlo, exigir el derecho exhibiendo materialmente el titulo y transferirse con la entrega misma del documento que incorpora el derecho literal y autónomo.

La característica del ser bien mueble se evidencia en la lectura, entre otros de los siguientes artículos del código de comercio: el artículo 624 que menciona la necesidad de exhibición del titulo

para poder ejercer el derecho consignado en él. El artículo 625, al estatuir la entrega del título valor como condición esencial para que se derive la obligación cambiaria; el 629, al establecer que la reivindicación, el secuestro, las afectaciones y gravámenes sobre los derechos consignados en el título valor o sobre las mercancías por él representadas sufren efecto si comprenden el título materialmente; el 648, 651 y 668 inciso 2 del Código de comercio. Al hablar de títulos valores nominativos a la orden y al portador para efectos de su transferencia que requiere la entrega material del título.

1.1.1. Documento. El papel, base material, es esencial para la existencia del título valor; papel y derecho incorporado constituyen una unidad, "un matrimonio indisoluble".

Derecho incorporado sin papel no existe; papel sin derecho incorporado no existe; es por ello que la ley comercial se encarga de prever trámites para recuperar la materialidad cuando el documento (título valor) se destruye, se deteriora o se pierde.

El derecho al ser incorporado al papel adquiere corporeidad, se hace tangible y palpable, por ello para exigir el derecho incorporado, para poner a circular el título valor, para darlo en garantía e incluso para embargarlo, se requiere de su corporeidad.

La existencia de un documento, de un papel es condición del nacimiento, conservación y disfrute del derecho allí expresado, incluso, cualquier operación referente al mismo deberá registrarse en el título para que produzca efectos frente a terceros de buena fe.

El documento -título valor- a diferencia de los demás documentos, es probatorio, constitutivo y dispositivo.

-Probatorio: Constituye plena prueba de la obligación y del derecho en él incorporados.

Debido a su forma y naturaleza, el título valor prueba una obligación, ya que dicho documento escrito está firmado por su creador y demás obligados. Es así como el artículo 251 del Código De Procedimiento Civil al enumerar las distintas clases de documentos, expresa: "Son documentos los escritos (subraya fuera de texto) , impresos , planos dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares."; para llegar a la conclusión que el título valor es un bien mueble representado en documento escrito de carácter declarativo.

Al examinar el tenor literal del título valor, no hay duda que en el se expresa, se documenta y se prueba un derecho y su correspondiente obligación.

-Constitutivo: En el papel se vacía un derecho y su correlativa obligación; por lo tanto, es necesario el documento para el nacimiento del derecho y de la obligación.

Es indispensable mencionar que el título valor es el producto de una relación que se independiza del mismo, puesto que con la corporación nace un derecho y una obligación diferente a la ordinaria; relación fundamental que se puede estar en conexión muy estrecha o no, y dependiendo de dicha conexión, estaríamos frente a los denominados títulos causales o títulos abstractos, respectivamente.

De ahí que en virtud de la circulación, el título valor, es documento constitutivo de un derecho distinto del propio de la relación fundamental, lo que a su vez permite que, en principio, las excepciones derivadas de dicha relación le sean inoponibles a los terceros.

-Dispositivo: El tenedor del título valor, de manera rápida y ágil, puede ejercer el derecho cartular o transferirlo sin tener que agotar el procedimiento para cesión de derechos y obligaciones del derecho común.

El tenedor tiene la facultad y la necesidad de poder disponer del título para ejercer el derecho consignado en él o para transmitirlo de acuerdo con su ley de circulación.

1.1.2. Literalidad. Es requisito para la existencia del título valor que contenga la naturaleza y alcance del derecho y correlativamente de la obligación incorporados en el mismo.

El derecho y la correlativa obligación al ser incorporados al documento, deben cumplir con las formalidades estatuidas en la ley para tipificar cada una de las clases de títulos.

Literalidad que permite que derecho y obligación sean conocidas por cualquier tenedor, facilitando el tráfico jurídico del documento contentivo del derecho y de la obligación.

Es por ello, que los derechos y obligaciones contenidas en el título valor, se miden por la extensión y profundidad en que han sido consignadas, por el tenor en que está redactado; lo que nos lleva a la conclusión que el título valor vale por lo que dice textualmente y en cuanto lo dice conforme a unas normas.

Entre otros artículos del código de comercio, hacen alusión al principio de literalidad, los siguientes: el 623 al establecer que en caso de diferencia de la cantidad de dinero expresada en palabras o en cifras, valdrá la cifra expresada en letras o en palabras; el 624, en cuanto que el pago parcial se debe anotar en el título valor; el 626, "El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia"; el 631, al establecer cómo se

obligan los signatarios anteriores y posteriores a la alteración del tenor literal del título.

1.1.3. Autonomía. Consiste en la independencia del derecho que surge a cada tenedor respecto de lo que hubiere ocurrido en la relación o en el negocio causal subyacente, o en las transferencias anteriores a su adquisición, lo que conlleva a que el último tenedor adquiera un derecho purificado de cualquier vicio que hubiera podido existir en su vida anterior.

Principio que se mira desde dos ópticas, por activa y por pasiva. La pasiva, surge de las obligaciones independientes de quienes firman y cuyos ejemplos más relevantes son los contenidos en los artículos 627, 636, 657, 678, y 689 del Código de Comercio. La activa, emana de la definición estatuida en el artículo 619 del Código de Comercio; se dice que el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido ni destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor.

Por ello, las excepciones personales solo son oponibles en cuanto existan entre actor y demandado, pero nunca serán oponibles las excepciones que el deudor pudo oponer al tradente, a menos que se trate de una exceptio dolí.

El artículo 627 del Código de Comercio expresa con claridad " Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás."

1.1.4 Necesidad. Quien tenga el título valor de acuerdo con su ley de circulación y exhiba el mismo al obligado, está legitimado para reclamar válidamente la prestación.

Por ello, quien pierde el título en principio "pierde el derecho"; valga decir que en situaciones especiales la ley contempla la forma de recuperar la materialidad del título valor, porque no se ha perdido el derecho incorporado sino la materialidad del mismo.

Debe quedar claro que el titular o beneficiario del título valor, debe poseerlo materialmente para hacer exigible el derecho en el incorporado, puesto que el obligado exige que se exhiba y entregue el mismo al momento de cumplir con su obligación. Tenencia, derecho incorporado y exigibilidad del mismo, van ligados a la exhibición y entrega del título valor.

Entre otros artículos de Código de Comercio, el 624 y el 647 exigen al tenedor legítimo la exhibición del título para ejercer el derecho consignado en él.

1.1.5 Incorporación: Vertida en el papel (documento) la declaración de voluntad (derecho) con el lleno de las formalidades propias de cada título valor, derecho y papel se confunden; queda vaciado al papel el derecho, el derecho adquiere corporeidad, tiene vida propia.

El principio de la incorporación, expresa la conexión íntima, indisoluble y permanente, desde su nacimiento hasta su muerte, entre el derecho y el título; derecho sin papel y papel sin derecho no existen.

Aunque ninguna norma del Código de Comercio define expresamente el principio de incorporación, entre otros, los siguientes hacen alusión a él: el 619, que al dar las características del título valor tradicional, exige que el derecho este incorporado; el 628, al estatuir que la transferencia del título implica no solo la del derecho principal incorporado, sino también la de los derechos accesorios; EL 629, al establecer que los derechos consignados en el título valor o las mercancías en el representadas, para ser reivindicados, secuestrados, en general sujeto a gravámenes , sufre efectos comprendiendo el título materialmente; el 654, al establecer que el endoso debe ser completo para el ejercicio del derecho que se incorpora en el título.

3. CONCEPTO DE DOCUMENTO ELECTRONICO O INFORMATICO COMO TÍTULO VALOR.

Partiendo de la base de título valor tradicional soportado en el papel, los rápidos avances tecnológicos a través de la informática y del procesamiento de datos, permiten la creación del título valor electrónico sin soporte en el tradicional papel, sino en el documento revolucionario denominado documento electrónico o informático.

A diferencia del documento base en el papel (tangibile, palpable), el documento electrónico o informático aun cuando es visible y accesible para su posterior consulta, no es tangible, por lo tanto, adolece de la corporeidad propia de los bienes muebles.

El documento electrónico tiene como soporte las bases de los datos, archivos, centros de procesos y mensajes operados electrónicamente a través de claves técnicas, lo que no lo hace

tangible sino accesible a través de medios electrónicos e informáticos.

Ese procesamiento de datos contiene derechos y obligaciones correlativas, con o sin soporte en el papel. Es decir, a través de entidades como el DECEVAL S.A. Y D. C. V. (Depósitos Centralizados de Valores), que son instituciones que tiene por función recibir en depósito documentos o valores para su custodia, administración y transferencia mediante sistema de registros automatizados o electrónicos, evitando así el desplazamiento físico de los mismos. Es bueno aclarar que la primera de las mencionadas es de carácter privado, y la segunda, de carácter público. (Ley 27 de 1990, Decreto 436 DE 1990 y Decreto. 437 DE 1992), un título valor tradicional (con soporte en el papel), puede ser entregado en administración por medio de un contrato de depósito de valores a dichas entidades, para que estas reciban, custodien, administren y transfieran dicho título valor. Las entidades para facilitar el manejo y dar seguridad a las transacciones que recaigan sobre ellos, los reproducen

electrónicamente y proceden a guardarlo en lugares especiales el documento soporte papel; lo que permite la negociación y el ejercicio de las acciones cambiarias, tales como exigir los derechos patrimoniales incorporados en el título, sin necesidad de exhibir y desplazar físicamente el título valor (soporte papel) sino a través de medios electrónicos. Pero nuestra propuesta va más allá de guardar, custodiar y conservar el soporte material (papel) que permita la creación del documento electrónico, para que sin necesidad de soporte papel y directamente no por medio de entidades especializadas y autorizadas por la ley, cualquier persona que tenga los soportes técnicos (software y hardware) pueda manifestar su voluntad y obligarse creando un título valor electrónico con vocación de circulación, sin desconocer los parámetros de seguridad jurídica que se implementaran por la ley en concordancia con los sistemas de seguridad informática.

Es importante resaltar que a través del DECEVAL se ha encargado en la práctica de custodiar títulos valores electrónicos sin que sea necesaria la reproducción de un título valor con

soporte en el papel ni su posterior materialización de conformidad con las condiciones de la oferta (artículo 11 del decreto 437 de 1992).

Es así como el concepto tradicional de documento y en concreto el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil en principio se queda corto frente a los adelantos tecnológicos e informáticos, puesto que en su texto y en la época en la cual se remonta no se percataron de la posibilidad del surgimiento del documento electrónico o informático; sin embargo, dicha norma establece que las grabaciones magnetofónicas son documentos probatorios "bienes muebles" y en la actualidad un disco flexible, un disco duro o un CD (Compact Disc o disco compacto) puede guardar información electrónica semejantes a las grabaciones magnetofónicas; lo que nos permite abrir el camino para que nuestra legislación, como ya se hizo con la factura electrónica de que trata el artículo 1 del decreto 1.094 de 1996 y en la emisión de títulos valores electrónicos que se depositan y se negocian electrónicamente, a través del DECEVAL y del D.C.V. , se pueda

admitir que el documento electrónico o informático contenido de un título valor electrónico tenga plena validez.

En este orden de ideas, el artículo 6 de la Ley 527 del 18 de agosto de 1.999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y el uso de los mensajes de datos, de comercio electrónico, de las firmas digitales y se establecen las entidades de certificación, prescribe que "cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedara satisfecho con un mensaje de datos, si la información de este contiene es accesible para su posterior consulta".

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

Así mismo, el artículo 10 de la mencionada ley, estatuye que "los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su

fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original."

3. EL TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO COMO DOCUMENTO NEGOCIABLE.

Cuando hablamos del documento electrónico como documento negociable, no tratamos de alejarnos del concepto ni los principios que rigen el tradicional de título valor sino, por el contrario, se pretende conformar una nueva visión, del título valor como un documento negociable. Que con el cambiante flujo de actividades mercantiles, fáctica y jurídicamente se permita a las personas intervinientes, crear, transferir y, en general, negociar títulos valores con o sin el soporte papel.

Por eso se hace necesario hacer un análisis, de los principios que gobiernan a los títulos valores tradicionales, desde el punto de vista del título valor (tradicional) como un documento electrónico negociable (título valor electrónico).

3.1. DOCUMENTO.

Las bases de datos, archivos, centros de procesos, registros autorizados, registros electrónicos y mensajes operados electrónicamente a través de claves técnicas, son el soporte esencial para la existencia de documento electrónico (título valor electrónico); sistemas electrónicos que permiten incorporar el derecho, constituyendo una unidad, al igual que papel y derecho incorporado constituyen un título valor (tradicional).

Derecho incorporado sin mensajes de datos no existe (documento electrónico o informático); mensaje de datos sin derecho incorporado no existe; es por ello que la ley comercial, de

conformidad con programas electrónicos especializados, se encargará de regular el trámite para recuperar el mensaje de datos constitutivo del documento electrónico cuando este se destruya, se deteriore o se pierda, tal y como se estatuye para la materialidad del título valor. En lo que respecta al depósito centralizado de valores se parte de la base que son entidades que cumplen con los mas estrictos requerimientos de seguridad física, electrónica y operacional, lo que haría casi imposible la perdida electrónica del título valor; sin embargo, para dar cumplimiento a esos estrictos requerimientos y en el evento de la pérdida, destrucción, extravío o hurto de alguno de los títulos en custodia (depósito), se ha establecido que DECEVAL O D.C.V. puedan solicitar a la entidad emisora la reproducción del mismo, otorgando caución para estos propósitos (artículo 29 de la ley 27 de 1990); además, DECEVAL Y D.V.C como entidades responsables de la conservación de los títulos, asumen el riesgo por las eventualidades citadas, celebrando contratos de seguros que amparan dichas contingencias. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con el título valor tradicional girado al portador, como

el titular conforme a su ley de circulación en el depósito se encuentra identificado en sus registros; en caso de pérdida, extravío, hurto o destrucción del título, se puede solicitar la reposición al emisor; circunstancia que no es permitida en la normatividad que regula al título valor tradicional girado al portador.

El documento electrónico (título valor electrónico) a diferencia de los demás documentos e igual que el tradicional título valor, es probatorio, constitutivo y dispositivo.

-Probatorio: El documento electrónico o informático reconocido igualmente como tal, constituye plena prueba de la obligación y del derecho en el incorporados, siempre y cuando la información que contenga sea accesible para su posterior consulta.

Para dar una idea clara de lo expuesto, la Ley 527 de 1999, en su artículo 12 expresa: " Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean confirmados, ese

requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta;
2. 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
3. Que se conserve, de alguna, toda información que permita determinar el origen, destino del mensaje, la fecha y la hora que fue enviado 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 la recepción de los mensajes de datos. Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta."

Tradicionalmente y como característica especial del título valor con soporte de papel, de acuerdo con su tenor literal, es la prueba

de la existencia de la declaración de voluntad incorporada en el título valor, generando la obligación y su correlativo derecho. Este elemento probatorio que ha estado ligado al soporte material - papel, soporte que conlleva a que el título valor, en sí mismo es la prueba del derecho incorporado sin necesidad de un documento diferente anexo sustitutivo del mismo, con el surgimiento de los Depósitos Centralizados de Valores, existen documentos que legitiman al titular del mismo para ejercer los derechos políticos y los derechos patrimoniales (conjuntamente o en forma separada), como lo es la certificación expedida por el DECEVAL a solicitud del depositante directo de conformidad con el registro de cuenta; documento este cuyo carácter es meramente sin vocación circulatoria; así mismo, el depositante puede disponer, fraccionar, sin tener material o físicamente el título valor, y controlar su propia cuenta de depósito de títulos, por medio de constancia que expide la institución de Depósito Centralizado de Valores; constancia que es un documento no negociable ni legitima para el ejercicio de los derechos patrimoniales o políticos incorporados al título valor.

De conformidad con el Artículo 3.9.2.3 de la Resolución 1.200 de 1995 de la Superintendencia de Valores, "Los certificados cuantifican a quien figura en los mismos como la persona legitimada para el ejercicio de los derechos incorporados en el valor depositado. Dichos certificados constituyen documentos probatorios que acreditan y evidencian el contenido de los registros en cuenta, entendiéndose por este registro en cuenta o también llamado anotación en cuenta el registro electrónico de valores efectuados en las cuentas de depósito por el depositante directo una vez sean recibidos y verificados los títulos por parte del depósito centralizado de valores. Por consiguiente, no podrán ser utilizados para actos diferentes al ejercicio del derecho incorporado en los valores depositados."

Constitutivo: Es el documento electrónico o informático y su correlativa obligación, derecho y documento electrónico que son necesarios para el nacimiento del título valor electrónico. Es decir, la declaración de voluntad más el llenado de los requisitos legales, que da como resultado el título valor tradicional; declaración de

voluntad mas soporte en el papel para crear el registro electrónico con el lleno de los requisitos legales.

El título valor electrónico con o sin soporte en el papel, al igual que el título valor tradicional con soporte en el papel, son el producto de una relación que se independiza de los mismos, puesto que con la incorporación nace un derecho y una obligación diferente a la originaria; relación fundamental que puede estar en conexión muy estrecha o no, y dependiendo de dicha conexión, estaríamos frente a los denominados títulos valores electrónicos causales.

De ahí que en virtud de la circulación electrónica que permita la ley, el título valor electrónico es documento constitutivo de un derecho distinto del propio de la relación fundamental, lo que a su vez permitirá que, en principio, las excepciones derivadas de dicha relación le serían inoponibles a los terceros.

- Dispositivo: El tenedor del Título Valor Electrónico, de manera rápida y ágil, puede ejercer acciones cambiarias, entre otras, exigiendo el cumplimiento del derecho incorporado, siempre y cuando, el documento electrónico (título valor electrónico) se haya conservado y se pueda acceder a él con exactitud de la información generada, enviada o recibida.

Al igual que el título valor tradicional se puede transferir, cuando la ley así lo permita, a través del endoso, que se hará mediante los medios electrónicos o de la manera tradicional dejando constancia en un documento; incluso no es necesario el desplazamiento material del documento título valor tradicional, puesto que el título valor electrónico viaja a través de mensajes electrónicos en el comercio electrónico. Sin embargo, con la creación de los Depósitos Centralizados de Valores, por medio de la constancia que expiden dichas instituciones a los depositantes, estos pueden disponer o fraccionar el Título Valor allí depositado, sin necesidad de tenerlos física o materialmente, pues con la entrega de dicha

constancia, se cumple con la obligación de los emisores de entregar los títulos emitidos a los suscriptores.

El tenedor del título valor electrónico, tiene la facultad y la necesidad de poder disponer del título para ejercer el derecho consignado en el o para transmitirlo de acuerdo con su ley de circulación.

Esta nueva modalidad consiste en el registro por medios propios de la informática (ley de circulación), de la cual surge la legitimación del titular registrado para el ejercicio de los derechos respectivos.

3.2 LITERALIDAD

Es requisito para la existencia del documento electrónico (título valor electrónico), que el registro electrónico contenga la naturaleza y alcance el derecho y correlativamente de la obligación incorporados en el mismo.

El derecho y la correlativa obligación al ser incorporados al documento electrónico o informático (registro electrónico), deben cumplir con las formalidades estatuidas en la ley para tipificar cada una de las clases de títulos.

En los dos párrafos anteriores sobre el de Principio Literalidad, hemos hecho alusión al título valor electrónico sin soporte en el papel; circunstancia que difiere en el título valor electrónico con soporte en el papel que es depositado en el Deposito Centralizado de Valores, puesto que en dicha entidad el título valor con soporte en el papeles reproducido literalmente por medio de los registros electrónicos (exceptuando la firma), permitiendo así que cualquier persona interesada en adquirir el título valor, pueda acceder a su tenor literal sin necesidad de desplazamiento físico del mismo, lo que conlleva a que el tenor literal de este tipo de valores este conformado por el documento soporte en papel y por el registro electrónico es el que se le exhibe al tercero interesado en adquirirlo; teniendo muy presente que en el registro electrónico se

deja constancia de las características especiales de seguridad (como pueden ser sellos de agua u otros) del documento papel - título valor depositado.

Por ende el principio de literalidad permite que derecho y obligación sean conocidas por cualquier tenedor, facilitando el tráfico jurídico del documento electrónico o informático de acuerdo con su ley de circulación; transferencia que hace mas ágil en comparación con el título valor tradicional en el sentido que no se requiere el desplazamiento físico del documento papel sino el envío electrónico del mensaje de datos o de los registros electrónicos.

Es por ello que los derechos, se miden por las obligaciones contenidas en el título valor electrónico o informático se miden por la extensión y profundidad en que han sido consignados a través de mensajes de datos electrónicos (declaración de voluntad) hacia el documento electrónico o informático. Es precisamente el tenor literal del mensaje electrónico y del registro electrónico lo

que nos lleva a la conclusión, que el título valor electrónico vale por lo que dice textualmente el mensaje electrónico y en cuanto lo dice conforme a unas pautas trazadas por la Ley.

Entre otros los artículos 623, 624, 626 y 631 del Código de Comercio, al consagrar y al referirse al principio de literalidad en el título valor, puede ser fácilmente adaptados a las necesidades y avances de la técnica informática, toda vez que dicho principio, en cuanto a su aplicabilidad, no se vislumbra alteraciones radicales en el mismo, el 626 al estatuir que el "Suscriptor de un título quedara obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia", quedaría "El suscriptor (firma digital) de un título valor electrónico quedara obligado conforme al tenor literal del mensaje de datos (manifestación de voluntad), amenos que se firme digital o electrónicamente con salvedades compatibles con su esencia."

3.3 AUTONOMIA

Consiste en la independencia del derecho que surge para cada tenedor respecto de lo que hubiere ocurrido en la relaciono negocio causal subyacente, o en la transferencias electrónicas anteriores a su adquisición, lo que conlleva a que el ultimo tenedor adquiere aun derecho purificado de cualquier vicio que hubiera podido existir en su vida anterior.

Igual que con respecto al titulo valor (tradicional) el principio de autonomía de titulo valor electrónico continua mirándose desde dos ópticas, por activa y por pasiva. La pasiva, surge de las obligaciones independientes, de quienes se obligan a través de los registros digitales o electrónicos y cuyos ejemplos más relevantes continuarían siendo los artículos 627, 636, 657, 678 y 689 del Código de Comercio. La activa, sin desconocer el aporte hecho por Vivante emanaría de la definición estatuida en el artículo 619 del Código de Comercio al manifestar: "Se dice que el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido ni destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el

deudor"; aclarando que el término poseedor en el título valor tradicional y en el título valor electrónico no se pueden asimilar en sentido estricto (posesión material del documento papel), puesto que a través de alguno de los medios técnicos utilizados (disco flexible, disco duro, base de datos, CD), el mensaje electrónico contentivo del título valor electrónico, debe ser conservado de tal manera que permita verificarlo con exactitud.

Al igual que para el título valor tradicional, el artículo 627 del C. de Co. que expresa "Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los asignatarios, no afectarán las obligaciones de los demás", continuaría aplicándose al documento electrónico (título valor electrónico).

3.4. NECESARIEDAD.

En lo que respecta al título valor electrónico sin soporte en el papel y de acuerdo con su ley de circulación electrónica o

informática, previa verificación del mensaje de datos y de la firma electrónica - digital -clave - código de barras -lectura dactilar - lectura del ojo - lectura de la palma de la mano - u otro sistema que ofrezca seguridad electrónica, se está legitimado para exigir válidamente al obligado la prestación incorporada.

Debe quedar claro que el titular o beneficiario del título valor electrónico, debe tener la posibilidad de acceder a la información y verificar el sistema de seguridad electrónica a que se hizo alusión en el párrafo anterior, para hacer exigible el derecho en él incorporado, puesto que el obligado exige que se le exhiba el documento electrónico al momento de cumplir su obligación. Tenencia, derecho incorporado y exigibilidad del mismo, van ligados a la exhibición.

Entre otros, los artículos 624 y 647 del Código de Comercio son aplicables al título valor electrónico, puesto que es necesario exigir al tenedor legítimo la exhibición (acceso a información y

verificación del mensaje y del sistema de seguridad electrónico) del título para ejercer el derecho consignado en él.

La legitimación para el ejercicio de los derechos incorporados en los títulos valores con soporte en el papel depositados y administrados por DECEVAL, previo registro electrónico de los mismos, se cumple a través de la exhibición del certificado que dicha entidad expide de conformidad con sus propios asientos electrónicos. Es así como el inciso 4º del artículo 3.9.2.2. de la Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores establece que "Como documento de legitimación, el certificado sólo acreditará la situación del tenedor legitimado para exigir el cumplimiento de la obligación y lo exonera de prestar otra prueba de la titularidad del derecho que pretende ejercitar."

3.5. INCORPORACIÓN.

Vertida en el documento electrónico la declaración de voluntad (derecho) con el lleno de las formalidades propias de cada título

valor electrónico, derecho y documento electrónico se confunden; queda vaciado al documento electrónico el derecho, derecho y documento electrónico adquieren vida propia.

Se rompe con el concepto tradicional de la incorporación del derecho para convertir el documento título valor en un bien mueble aprehensible.

El rompimiento con el concepto tradicional del principio de incorporación radica básicamente en que ese documento electrónico o informático a través del cual se vacía la declaración de voluntad no es una cosa mueble como tradicionalmente la conocemos en su corporeidad sino que se limita a un mensaje de datos, a una base de datos.

El principio de la incorporación, expresa la conexión íntima, indisoluble y permanente, desde su nacimiento hasta su muerte, entre el derecho y el título; derecho sin documento electrónico o

informático y documento electrónico o informático sin derecho no existen.

Semejante que para el título valor tradicional, entre otros, los artículos 619, 628, 629, y 654 del Código de Comercio alusión al principio de incorporación son aplicables al documento electrónico (título valor electrónico), con las salvedades propias de cada uno de los títulos valores y teniendo muy presentes los elementos técnicos necesarios para crear, transmitir y verificar el título valor electrónico.

CONCLUSIONES

La ley de comercio electrónico desarrolla los principios de libertad de empresa con intervencionismo estatal moderado para evitar las practicas inseguras que afecten la seguridad nacional, la salud pública, el derecho penal, y los derechos fundamentales de las personas como el derecho a la intimidad, la protección al consumidor y el derecho de autor, entro otros, principios que se enmarcan dentro del Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 2 de la Constitución Política, en concordancia con el título II sobre Derechos, garantías y deberes fundamentales, artículos 11 y siguientes y 56 sobre libertad de empresa, y el título XII sobre el Régimen de Hacienda Pública que consagra el principio de intervencionismo de Estado para regular la economía, propiciar el bienestar general y defender el interés general contemplado en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

Como nuevo sistema de intercambio de bienes y servicios a través de la red informática y con el apoyo de las telecomunicaciones, su desarrollo inusitado presenta complejos problemas de seguridad y certeza jurídica necesarias para darle estabilidad al sistema económico y proteger a los usuarios de dicho mercado electrónico.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que la ley 527 de 1999 es un marco legal que pretende dar seguridad jurídica a la utilización de los medios informáticos como medio de desarrollos negóciales, pues básicamente esa es su esencia. No obstante, se le critica a la ley antes citada, el hecho de que estructurará los marcos de seguridad del comercio electrónico en una sola tecnología que utiliza dos claves, una pública y privada, habida cuenta de que si bien es cierto en la actualidad, para sólo poner un ejemplo, para descifrar una clave privada de manera ilícita se requiere utilizar casi 292 computadores trabajando durante cinco meses, también es cierto que con el avance de la tecnología y los programas de computación, no sería extraño que en menos de un lustro

descifrar una clave de las mencionadas podría ser para aquella época un juego de niños.

El legislador entonces lo que hizo a través de la ley objeto del estudio, fue dar el reconocimiento legal a la utilización de la nueva tecnología para el desarrollo de los negocios, pero debió dejar abierta la puerta para la utilización de las nuevas tecnologías de seguridad que sean generalmente aceptadas en el comercio internacional.

La ley 527 de 1999 realmente no crea ni varía el concepto jurídico de documento, y no lo hizo ni podría hacerlo, puesto que el documento electrónico no es en sí un nuevo documento. Diferente es que los medios informáticos constituyan una nueva forma de realizar documentos, conservarlos o archivarlos, con la connotación nueva de ser estos medios una forma de realizar negocios, por constituir una manera diferente de comunicación y de expresión del consentimiento. Pero por tratarse de un medio fácilmente alterable y de difícil manera de determinar su autoría,

la ley estableció los requisitos de seguridad mínimos para poder determinar con certeza las características que debe reunir el documento electrónico como son su inalterabilidad, confiabilidad y rastreabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial – Los Documentos. Bogota: Ediciones Librería del Profesional, 1.987

SÁNCHEZ PINZON, Jorge. Nuevos Retos del Derecho Comercial. Bogotá: Editorial DIKE, 2000.

CUESTA, Rafael. Título Valor Electrónico. Bogotá: Editorial Norma, 1999.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE Colombia, Bogotá: Legis editores S.A., 1999.

NUEVO CODIGO DE COMERCIO, Bogotá: Legis editores S.A., 2000.

REGIMEN PENAL COLOMBIANO, Bogotá: Legis editores S.A., 2000.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, Colombia. Ley 527 de agosto 18 de 1999, "Por medio de la cual se define y reglamenta el Acceso y Uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de Certificación y se dictan otras disposiciones". En: Diario oficial número 43673. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL, Colombia. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-662 de Junio 08 del 2000. Bogotá. Decisión: Exequibilidad de algunas normas de la ley 527 de 1999.

Páginas de Internet:

www.usia.gov/journal/ijgs/ijgs/1097.htm (comercio electrónico-temas mundiales, octubre de 1997-USIS)

www.whitehouse.gov/WHNew/commerce (The for global electronic commerce)

www.ibm.com/security (IBM Security Home Page : Secure Way offerings...cryptography, Antivirus, firewall and more)

www.un.or.at/uncitral/index.html (United nations-Unicitral)

