FACTORES DE RIESGO EN LA SEGURIDAD JURIDICA PARA LA CELEBRACION
DE CONTRATOS ELECTRONICOS EN COLOMBIA

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

Realizado por Samuel Martínez y Felipe Espinosa Casas

ASESOR:

ABOGADO DIEGO MARTÍN BUITRAGO BOTERO

UNIVERSIDAD CES
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN, ANTIOQUIA

2019

Resumen

El objetivo del presente trabajo es realizar una revisión bibliográfica sobre algunos de los posibles riesgos y dificultades presentes, en la seguridad jurídica colombiana para llevar a cabo contratos electrónicos de tipos comercial. Si bien es cierto que Colombia, fue uno de los primeros países en la región que desde una perspectiva jurídica se interesó por regular las relaciones mercantiles por medios electrónicos, es posible que existan vacíos legales que no son contemplados al momento de presentarse incumplimiento por parte de uno de los celebrantes de dicho contrato u otras situaciones que representen un riesgo. En ese orden de ideas, se hizo un breve repaso sobre los conceptos principales a tener en cuenta, como la seguridad jurídica, la teoría de riesgos y los contratos generales y electrónicos, y a partir de estos se hizo una búsqueda de literatura jurídica que permitiera abordar algunos factores de riesgo en la seguridad jurídica que ya se han abordado por algunos expertos en la materia.

Palabras claves: Seguridad jurídica, contrato electrónico, riesgos, buenas prácticas jurídica en la contratación, comercio electrónico.

Tabla de contenido

Resumen	2
Introducción.....	5
1. Teoría de la seguridad jurídica en los contratos	6
1.1 Definición de seguridad jurídica.....	6
1.2 Seguridad jurídica y el derecho	7
1.3 Elementos de la seguridad jurídica	8
1.4 El valor de la seguridad jurídica	10
1.5 La seguridad jurídica y la actividad mercantil.....	11
1.6 La seguridad jurídica y el comercio electrónico	13
2. Teoría de riesgos	15
2.1 Código Civil y teoría de riesgos	16
2.2 Código de Comercio y teoría de riesgos.....	16
2.3 Códigos Civil y de Comercio: Comparación de las perspectivas de las regulaciones de los riesgos contractuales.....	18
2.4 La teoría mixta de riesgos y el comercio electrónico	20
3. Contrato electrónico	23
3.1. Concepto de contrato electrónico.....	23
3.2. Principios generales del contrato electrónico	25
3.2.1 Fundamento de la autonomía de voluntad.....	25
3.2.2 Principio de la buena fe.....	27
3.2.3 Principio de la forma de vínculo.	28
3.2.4 Principio de integridad y autenticidad.....	28
3.2.5 Principio de equivalencia funcional.	29
3.3 Formación del contrato	29

3.3.1 La propuesta u oferta.....	30
3.3.2. La aprobación.....	32
3.3.3. Capacidad de negociación.....	33
3.3.4. El contenido del contrato electrónico.....	34
3.3.5 Forma del contrato electrónico.....	35
3.4. Normativa en Colombia – Ley 527 de 1999 -.....	36
3.4.1. Reseña histórica de la Ley 527 de 1999	37
3.4.2. Ley 527 de 1999: Principios y finalidad	37
3.4.3. Mensajería de datos.....	40
3.4.4. Firma digital	42
3.4.5. Certificación	43
4. Factores de riesgo en la seguridad jurídica para la celebración de contratos electrónicos en Colombia.....	44
4.1. Inexistencia-formalidades	44
4.2. Integridad	45
4.3. Autenticidad.....	47
4.4. Suplantación.....	48
4.5. Lavado de activos y financiación del terrorismo	49
5. Dificultades en la seguridad jurídica para la celebración de contratos electrónicos	51
5.1. Confidencialidad	52
5.2. Derechos de autor	54
Conclusiones.....	56
Bibliografía.....	58

Introducción

La celebración de contratos electrónicos debe ser un tema de interés común gracias a las ventajas de la tecnología donde las partes ven en este tipo de alternativa una posibilidad práctica, su regulación debe ser analizada con especial cuidado pues siendo el internet una puerta abierta para el comercio electrónico. La seguridad jurídica es la herramienta legal usada para la celebración de contratos. Con el advenimiento del desarrollo tecnológico e informático, se ha hecho un trabajo de homologación de los principios del derecho aplicados al ámbito electrónico con el objetivo de regular las actividades e intercambios entre los participantes en dicho espacio.

En relación con lo anterior y teniendo en cuenta que el comercio electrónico es uno de los modelos económicos actuales y quienes se benefician de esta son trabajadores, emprendedores, personas naturales, jurídicas o consumidores, acreedores, deudores en los sectores públicos y privados, buscan siempre más beneficios y no la vulnerabilidad o algún tipo de riesgo al momento de celebrar un contrato electrónico y en especial la parte comercial. Se hizo una revisión documental y bibliográfica con el objetivo de rastrear la mayor cantidad de literatura y opiniones expertas sobre la cuestión. El objetivo principal fue analizar las principales áreas del derecho que intervienen en la celebración del contrato electrónico comercial y cómo pueden ser vulneradas por parte de terceros, presentado así una serie de riesgos y dificultades para los implicados contractualmente por esta modalidad.

El trabajo se ha dividido en cinco capítulos, en el primero se hace un breve repaso sobre el concepto de seguridad jurídica y su importancia en el marco normativo social. El segundo capítulo es un breve resumen sobre la teoría de riesgos presente en el código civil y mercantil colombiano y cómo en ciertos casos específicos se encuentra una cierta dicotomía entre ambos al momento de dirimir un incumplimiento por caso fortuito para la entrega de un cuerpo cierto. En el tercer capítulo es un recorrido superficial sobre los aspectos conceptuales del contrato y del contrato electrónico en el marco de la ley 527 de 1999. Los capítulos cuatro y cinco buscan señalar y analizar algunos de los posibles factores de riesgo y dificultades respectivamente, presentes en la seguridad jurídica para la celebración de contratos electrónicos.

1. Teoría de la seguridad jurídica en los contratos

1.1 Definición de seguridad jurídica

Un concepto que reviste de una gran complejidad para abordarlo y definirlo en pocas palabras, es el de seguridad jurídica, pues abarca una basta serie de elementos que están implícitos en su esencia integral. En el presente texto, no se pretende abarcar de forma exhaustiva lo que implica dicho concepto. En definitiva, lo que se intenta es realizar una sencilla y breve revisión bibliográfica sobre el desarrollo conceptual de la misma llevado a cabo por algunos autores que pueden brindar algo de luz sobre lo que la seguridad jurídica implica. En especial, se deja claro que en general, las aproximaciones sobre el tema se hacen desde aquello que (Arrázola, 2014) define como “manifestaciones de sus elementos”. En adición con lo anterior, cabe mencionar que el mismo autor, hace referencia a la “seguridad y certeza de la actuación del Estado y los particulares” (p.6).

Se concibe en principio, que la seguridad jurídica es la manifestación que poseen los ciudadanos de que el Estado va a actuar e intervenir de forma oportuna en ejercicio de unas funciones aceptadas de forma colectiva por la misma sociedad y que actúa bajo el amparo de la ley, entendida esta como el conjunto de normas que constituyen la base del derecho. En tal sentido, (Arrázola, 2014) citando a Rincón, quien asevera que es “la expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible” (p.6). El mismo autor concluye que esto hace posible la existencia misma del Estado.

Lo anterior implica que un fundamento propio de la esencia de la seguridad jurídica que es concebido por el autor, como la previsibilidad con la que debe actuar el Estado. Sin embargo, hay otros autores que sostienen que la seguridad jurídica, no es un concepto meramente implícito en el ámbito legal, sino que está señalado de forma directa en las normativas. En tal sentido, se puede entender que la seguridad jurídica está inmersa dentro de la Constitución colombiana, es decir que, en la misma está expresado de forma clara y directa, aunque aclara que el mismo se deriva del derecho al acceso a la justicia que tiene todo ciudadano (Echeverry, 2006). Esto es, que se conoce (al menos en teoría), que cualquiera puede conocer de forma abierta y anticipada las implicaciones de la normativa en

los posibles escenarios que puedan presentarse en el ejercicio de las actividades cotidianas o no.

Sin embargo, hay una línea de opinión que difiere de forma sutil en relación con la llamada previsibilidad del Estado. Es decir, hace un mayor énfasis en el llamado ordenamiento jurídico, indicando que su existencia es la que brinda la seguridad necesaria a los ciudadanos, en relación con esto, el cuerpo normativo necesita una garantía que implique que todo su contenido es funcional y opera en todos los aspectos de la sociedad (García, 2012). Es decir, que la seguridad jurídica es más elevado valor en el acuerdo social que da vida al Estado y lo perpetua.

La claridad en lo que la normativa expresa, se convierte así en un elemento más importante de la seguridad jurídica es la que confiere al Estado la capacidad de legislar de forma clara y concisa las normas, para que cualquier ciudadano pueda comprender en forma simple lo que se quiere significar, además de sus implicaciones. En definitiva, se puede entender la seguridad jurídica, desde algunas de sus manifestaciones, como la certeza que tienen los ciudadanos de que el Estado garantizará de forma eficiente y presta la aplicación de las leyes y además de estar amparados bajo la misma, pues se tiene una claridad sobre cómo funcionan las normas.

1.2 Seguridad jurídica y el derecho

Los autores y expertos reconocen la importancia de la correspondencia entre derecho y seguridad jurídica, pues ven en esta última una base imprescindible para que funcione de forma correcta cualquier marco jurídico, sin que tenga relevancia alguna, el contenido normativo en particular. Es decir, se considera que la seguridad jurídica tiene una relación con todos y cada uno de los aspectos y principios que el derecho posee; (Palma, 1997) afirma, sin definir claramente lo que es la seguridad jurídica, que su importancia radica en que legitima la aplicación y aceptación de la ley . Tiene un carácter indefinible pero intuitivo lo que la convierte en un axioma de la que sostiene todo el orden jurídico.

De acuerdo con la idea inicial, que busca señalar la relación entre el derecho y la seguridad jurídica, (García, 2012) considera que la seguridad jurídica está a la altura de un

valor moral que legitima por medio de normas el ejercicio del poder político. la seguridad jurídica es un fundamento esencial en la forma en que las instituciones organizan el funcionamiento del aparato jurídico pues le brinda su valor intrínseco legítimo, además permite garantizar que tal aparato tiene forma de materializar la norma.

También se puede afirmar que la seguridad jurídica tiene al menos tres aspectos necesarios que la componen y permiten comprenderla mejor: el primero es que garantiza la actuación del Estado y sus representantes bajo la normativa establecida, el segundo aspectos es la plena confianza y seguridad para los ciudadanos de que el estado de derecho se cumpla a cabalidad para todos, en tercer y último aspecto y como consecuencia de los dos primeros es que la seguridad jurídica, a través de los mecanismo legítimos salvaguarde de manera específica los llamados bienes jurídicos protegidos.

1.3 Elementos de la seguridad jurídica

Hasta este punto, se ha desarrollado de forma breve la concepción de seguridad jurídica, y la revisión de las opiniones emitidas por algunas autoridades en materia de derecho. Sin embargo, pese a que de forma directa e indirecta se han hecho menciones de los componentes necesarios para hablar de la existencia de la seguridad jurídica, es menester, que se haga un pequeño aparte de los elementos de la seguridad jurídica, es decir, de aquellos aspectos comunes e independientes al marco normativo particular que caracterizan la existencia de la seguridad jurídica.

Es importante recalcar que el desarrollo hecho por (Bolas, 1993), y que se ha convertido en referente para algunos autores, menciona que los elementos de la seguridad jurídica se pueden subdividir en dos categorías de presupuestos, una de carácter objetiva y otra de carácter subjetiva. (Bolas, 1993, p.43) nombra de forma concisa al primer presupuesto la “Ley aplicable” la cual se da en su opinión, cuando posee los siguientes requisitos:

El primer requisito implica que exista una ley aplicable, es decir, un conjunto de normativas que sean operativas en todo momento, la sociedad fija como fin mismo el dotar al ciudadano de unos elementos garantizables y perdurables, traducidos en derechos y bienestar: en definitiva, se infiere que debe existir plena certeza, convicción y confianza en

que el conjunto de normas que componen la ley sea aplicado de forma eficaz y certera en cualquier circunstancia (Villegas, 1993).

El segundo requisito es que la ley pueda ser conocida por todos los involucrados en ella de forma directa e indirecta. Es decir, que cada uno de los ciudadanos tenga la posibilidad de conocer sin ningún tipo de restricciones todos los aspectos en la ley opera y la forma en que lo hace. Además, el Estado debe procurar y garantizar la difusión total, continua y clara de todos los aspectos de la normativa y la manera en que pueden los ciudadanos acceder a ella.

El tercer requisito indica que la ley debe ser clara, concisa y precisa, para que la interpretación y aplicación de ésta sea consistente en el tiempo, tal como menciona (Stein, 1997) quien, en relación con lo anterior, afirma que el Estado se convierte en el actor natural y efectivo para legislar: lo que se precisa, es que las normas sean entendibles para el ciudadano, que cualquiera puede hacer valer sus derechos y comprender a plenitud sus deberes en el marco jurídico establecido. Además de lo mencionado, es importante que se creen las condiciones necesarias para mantener las leyes con el paso del tiempo, por medio de un bien pensado sistema normativo que sea previsorio con el advenimiento de las transformaciones sociales en cada una de sus facetas.

El cuarto requisito menciona que la ley sea válida y sin verse alterada por causa de normas de menor alcance y rango. Este aspecto es bastante claro, pues sencillamente trata de brindarle la seguridad a todos los agentes del Estado de que las normativas han sido pensadas y evaluadas con la intención de hacerlas perdurables en el tiempo y que soportaran la interpretación que de estas se desprendan, sin desconocer que ciertos aspectos de las realidades sociales que van cambiando, producto del desarrollo conceptual, científico o tecnológico intrínseco a la naturaleza humana.

El quinto y último aspecto indica que haya una institución fuerte que administre la justicia para que garantice la aplicación de la ley de forma eficaz (citado por Arrázola, p. 10). En referencia los dos puntos anteriores, tenemos que en relación a, la certidumbre del ciudadano (Alterini, 1993) afirma al respecto que no hay duda alguna de los derechos que el ciudadano posee y con base en ello espera les sean respetados bajo cualquier circunstancia.

En relación con lo anterior, y siguiendo la idea inicial de (Bolas, 1993), señalada al principio de este apartado, se reconoce el segundo presupuesto, que el autor llama de carácter subjetivo. Este aspecto, tiene como fundamento la convicción de la aplicación normativa y la conciencia de los ciudadanos del predominio de ésta, además de que existe un respeto por la función de los tribunales que ejercen la función de legislar y aplicar en los casos donde sea pertinente la ley, (Hernandez, 2004) afirma que para que exista el pleno cumplimiento de las normas es necesario que opere la seguridad jurídica, señala también específicamente que la seguridad jurídica depende tanto del cumplimiento de la ley y de su coherencia entre el espíritu y principios que la inspiran.

1.4 El valor de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un aspecto importante en cuanto al correcto funcionamiento de cualquier Estado que se digne de garantizar a sus ciudadanos la aplicación de las normas y que se salvaguarden todos los aspectos relacionados con la ley. Existen académicos dentro del campo que han elevado a la seguridad jurídica como piedra angular para que exista el respeto a la ley y a solidez que valida al mismo Estado (Arrázola, 2014). Lo que se desprende de semejante aseveración, es que la seguridad jurídica posee en sí misma un incalculable valor, y que es pertinente reconocer el alcance de tal concepto en el desarrollo de todas las actividades del diario vivir.

Es decir, si es aplicable y cómo opera en todas aquellas relaciones y actividades en donde puedan ser objetivos vulnerables los ciudadanos, en especial, aquellas en las que quede clara la forma en que se respeten mutuamente bajo un marco jurídico sus aspiraciones e intereses individuales y colectivos en la misma medida. En relación con lo expuesto, (Kemelmaier, 1998) asevera que en el momento en que se ejercen las consecuencias jurídicas de las leyes, entonces es plausible que haya una forma de organizar el conjunto de individualidades y de la sociedad en general sin estar a la deriva o bajo los efectos de cambios aleatorios en las normas, en especial, aquellos que provengan de la arbitrariedad.

1.5 La seguridad jurídica y la actividad mercantil

La seguridad jurídica es un concepto fundamental en el desarrollo de toda actividad de tipo contractual. No obstante, es importante señalar que en general, muchas personas no tienen un conocimiento concreto o correcto sobre tal concepto y por ende todas las implicaciones de éste. En el caso particular, relacionado con las actividades de tipo mercantil en donde la toma de decisiones puede encontrar serias dificultades en relación con obstáculos de tipos jurídico que conlleven al fracaso de un negocio y todas las consecuencias que para los implicados puede tener. En consecuencia, se hace patente la necesidad de conocer al menos de una forma básica lo que es la seguridad jurídica (Arrazola,2014).

Dentro del marco de la jurisprudencia, la seguridad jurídica ha tenido una importancia menos relevante en la práctica. Lo cual implica una exigencia en que las normativas que se encuentran vigentes se mantengan firmes en el tiempo y que los agentes económicos tengan la capacidad de hacer proyecciones sobre la forma en que se resolverán ciertas disputas legales que puedan presentarse como consecuencia de una actividad mercantil. Lo anteriormente expuesto, en principio no tiene la intención de propiciar una maximización de las ganancias e ingresos de quienes ejerzan una actividad comercial de cualquier índole. En conclusión, se entiende que el concepto de seguridad jurídica desde el derecho no tiene en cuenta el modelo económico que la sociedad o el Estado desee implementar (Pizarro, 2018).

En general se asume que cualquier forma de producción tiene un componente cooperativo y por ende con frecuencia se obliga a llevar a cabo redistribuciones de las ganancias producidas por la actividad comercial hacia terceros, los cuales la ley tiende a proteger. por ejemplo, los empleados de una empresa, los consumidores, personas que están fuera de nómina por medio de las tributaciones, o los que, por alguna razón, se vean perjudicados de forma directa por la actividad, entre otros. Se puede inferir que el derecho en este caso puede lograr un alto grado de claridad sobre las formas, vías y destinatarios de dichas distribuciones de las ganancias y más aún de cómo van a evolucionar tales leyes.

Se entiende que, desde la perspectiva normativa, y como valor jurídico, la seguridad jurídica es un aspecto que poseen todos los actores económicos a tener un cierto grado de estabilidad en el marco jurídico que regula su actividad comercial. Lo anterior cobra

relevancia en la medida en que se quiera comprender la seguridad social como una especie de “bien social”. Sin embargo, en la práctica se evidencia que hay una elevada necesidad de tener seguridad jurídica entendida como la estabilización del marco jurídico que garantice la invarianza de este en el tiempo, empero, mientras se aumenta la seguridad jurídica para un grupo o minoría en general se tiende a disminuir la de otros. Es este aspecto paradójico relacionado a la seguridad jurídica el que brinda un escenario distinto sobre la interpretación de lo que debería definirse como seguridad jurídica.

Desde hace tres décadas aproximadamente, la teoría económica ha puesto sobre la mesa el concepto de seguridad jurídica debido a la importancia que adquiere el marco jurídico existente en el entorno donde se lleve a cabo un emprendimiento comercial de cualquier tipo. Es decir, toda persona natural o jurídica que desee llevar una actividad de tipo mercantil, de forma natural desea lucrar en la medida de lo posible sobre el total de las ganancias que la actividad comercial a la que se dedica le permita obtener. Se puede inferir con base en la evidencia empírica e histórica que un marco jurídico favorable es uno de los factores más importantes para que una actividad comercial de cualquier tipo pueda alcanzar el éxito esperado por sus gestores.

Por ejemplo; un inversionista como persona natural o jurídica busca tener condiciones que le generen la suficiente confianza para poder llevar a cabo las inversiones para realizar la actividad comercial deseada. es claro notar que en la medida en que una actividad de negocios pueda aspirar a que la ley no imponga una carga impositiva elevada para la operación que permita abaratar los costos y que reduzca a la mínima expresión posible la distribución de las ganancias a terceros que sean distintos a los inversionistas iniciales. La consecuencia de esto es la maximización de los ingresos y ganancias generadas por la actividad.

Se sobreentiende que desde la óptica de la teoría económica el concepto de seguridad jurídica tiene una relación directa con lo que se denomina la maximización de las libertades económicas. Es decir, que la seguridad jurídica se puede definir como la confianza que tiene un inversionista en la realización de una actividad económica. Según las doctrinas de corte liberal clásica, se expone a partir de un criterio institucional la manera más idónea para lograr un acercamiento al ideal de un crecimiento económico sólido y por ende tener un desarrollo

social elevado se encuentra en la capacidad de un Estado de garantizar el cumplimiento del sistema jurídico de forma estable, continuo y eficiente.

Actualmente se maneja un modelo de negocio que podríamos llamar tradicional, en el que las empresas se sirven del internet como mecanismo de comunicación y distribución de sus productos y servicios. Es decir que este es un canal de mercadeo que permite llegar a un individuo que en cualquier lugar del globo tenga conexión a la red. El resultado ha sido el utilizar internet como una herramienta de trabajo que permite una interacción directa entre el vendedor y el cliente de una forma eficiente pero impersonal que posee una serie de ventajas estratégicas para ambas partes.

1.6 La seguridad jurídica y el comercio electrónico

El internet por otro lado permite que a través de cualquier dispositivo electrónico de recepción y transferencia de datos que esté conectado a la red se pueda acceder a cualquier tipo de contenido disponible en la red. Los sitios web permiten alojar la información y cualquier usuario a través de su dispositivo puede acceder a él sin necesidad de un protocolo especial. Internet permite que el flujo de información sea continuo, fácil y rápido entre sus diversos usuarios. La actividad electrónica y en especial el comercio electrónico con el desarrollo del internet pudieron penetrar en todos los niveles de la sociedad, pues dinamizó el intercambio de datos e información en forma instantánea y permitió que aparecieran nuevas formas de creación de riqueza y que sirviera como punto de inflexión en las actividades económicas.

A medida que internet se masificó y su aplicación para fines comerciales fue desarrollándose entonces surgieron en el mundo corrientes académicas que se avocaban a seguir la evolución de las relaciones de tipo mercantil que surgieran a la par. En este contexto se inició el camino necesario para discutir ampliamente y de forma interdisciplinaria un marco legal que regulara por medio de la concepción de los derechos, obligaciones y normas como todo un andamiaje jurídico que fuera homologado en la forma clásica de ejercer el derecho. A partir de aquí se hizo patente que el comercio electrónico era una realidad como actividad mercantil y que su funcionamiento era acelerado al tiempo que estaba en un vacío

jurídico que requería resolver una gran serie de planteamientos sin resolver y que carecían de normativas que validaran la transferencia de información.

Todo lo anterior eran algunos aspectos de los muchos que generaban dudas entre los actores del mercado electrónico abierto. Era evidente reconocer que sin un marco jurídico claro había también un sentido de inseguridad y falta de garantías para reclamar derechos que, aunque podían parecer obvios no estaban definidos. No había quien arbitrara o mediara en caso de surgir inconvenientes al momento de realizar un intercambio comercial de cualquier índole. por lo que, se cernía sobre este potencial mercado una barrera que hacía peligrar su potencial como generador de riqueza.

En consecuencia, a lo anterior, se inició una carrera para analizar y plantear soluciones a tales paradigmas por medio de encuentros y foros internacionales. La idea central era minimizar los riesgos para los usuarios de la informática con un fin comercial. Entre este y muchas situaciones relacionadas con la actividad mercantil internacional aparece en escena la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2013) la que expidió la regulación en materia de comercio electrónico, por petición de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Contendida en la Resolución 51/162 de 1996 la cual sirvió a los estados para la aprobación de las Leyes Modelo o marcos legales de Comercio Electrónico para los países miembros.

2. Teoría de riesgos

En Colombia, actualmente se tiene dos estatutos que rigen el derecho privado: estos son tanto el Código Civil y el Código de Comercio. Al hacer un análisis detallado sobre las disposiciones de carácter normativo que se plantean en ambos encontramos que hay diferencias en la forma en que abordan aquellos casos en donde se manifiesta el riesgo de tipo contractual. Aunque lo anterior, es evidente y sobre lo cual se ha escrito bastante por reconocidos académicos del medio, no implica que se deba pasar por alto llevar a cabo una mirada, aunque sea puntual sobre la teoría de riesgos y en general qué alternativas se están planteando, para dirimir las diferencias señaladas al principio. Lo anterior, cobra aún mayor relevancia, cuando se intenta reconocer los elementos que la teoría de riesgos plantea en la celebración de contratos electrónicos.

Por otro lado, la coexistencia de dos regímenes del derecho privado conlleva de forma natural al planteamiento de dudas que resultan bastante interesantes y en algunos casos nada fáciles de responder, pues abarcan un amplio espectro de posibilidades en las que la dicotomía tiende a ser totalmente contradictoria en lo que refiere a la interpretación y posteriores aplicaciones penales pertinentes que dieren lugar al caso particular que esté en discusión. El análisis contrastado de ambos códigos en relación al riesgo contractual, permite establecer que se impone el principio de “res perit debitori”, es decir, se anula por completo la obligación “ipso iure”. No obstante, y de forma excepcional, si el acuerdo contractual está en el contexto del Código Civil, entonces el acreedor debe dar cumplimiento a su obligación tal como se expresa en los artículos 1607 y 1876. De igual manera, hay situaciones en que la ley brinda soluciones puntuales (Gomez C. , 2007).

Se evidencia por parte del autor que las bases conceptuales bajo los dos códigos basan sus ideas, son de manera clara distintas y esto naturalmente conlleva a que existan divergencias a la hora de abordar circunstancias particulares. Este asunto, que como se ha mencionado ha sido y es objeto de discusión, pues robustece de forma poco práctica las distintas formas de relación en las actividades contractuales. Es tal sentido, y tomando como base la hipótesis de que tanto el Código Civil como el Código Comercial son contrarios a la hora de analizar y regular la teoría de riesgos en la compraventa mercantil: se intenta abordar en este capítulo las formas en que ambos estatutos abordan dicha cuestión. Se deja patente, que no se intenta ser exhaustivo en tal análisis.

2.1 Código Civil y teoría de riesgos

El Código Civil posee en su régimen general del contrato en esencia un único mandato con relación al riesgo asociado a la contratación, el art. 1607¹. No obstante, existen otras normas² asociadas a la teoría de riesgos y tal como (Gomez C. , 2007) analiza que permiten el cese de las obligaciones centradas al momento de presentarse impedimento fortuito para cumplir el acuerdo. El Código Civil de forma manifiesta indica que se rige sujeto al principio de “*res perit creditori*”, en relación con la teoría del riesgo y que hace una distinción específica entre la noción y la consecuencia del rótulo que sustenta una prerrogativa y la imposición que le corresponde y la manera en que son llevados a la realidad desde la óptica jurídica.

Respecto a esto, Duarte (1967) menciona que, si el cuerpo cierto sufre un daño sin haberse consumado el término del contrato, entonces este se invalida dejando al deudor libre de obligación alguna y el costo debe ser asumido por el acreedor. En términos generales, se pueden entonces hacer unas ciertas valoraciones en referencia a la teoría de riesgos desde el Código Civil: para este régimen sólo opera en la medida en que se consagren las obligaciones de entregar un cuerpo cierto (también llamado especie). También se infiere que se ampara en el principio de “*res perit creditori*”, donde se especifica que, en caso fortuito de pérdida, esta recae sobre el acreedor. El rol de un juez en tal caso, simplemente se cierne a constatar que se ha dado un caso fortuito de pérdida, dando lugar a la terminación del contrato y la posterior inoperancia de este y con efecto retroactivo para las partes involucradas.

2.2 Código de Comercio y teoría de riesgos

El estatuto comercial, no posee en su régimen general del contrato mercantil, alguna normativa que haga alusión directa al riesgo contractual. Al hacer una examinación de los capítulos que traen disposiciones sobre los contratos mercantiles y lo que la doctrina comúnmente utiliza para intentar dilucidar el razonamiento de dicho Código es la aplicación del art. 929³. En él se establece el efecto contractual que ha de

¹ Artículo 1607 Código Civil. Riesgos en la deuda de cuerpo cierto.

² Artículo 1604 Código Civil. Responsabilidad del deudor.

³ Artículo 929 Código de Comercio.

aplicarse para el cese del deber de dar o entregar un cuerpo cierto y que se deriva de la celebración de un contrato de compraventa. Sin embargo, el estatuto amplió un poco más sobre el particular en el art. 930⁴.

El estatuto mercantil asume una posición con un criterio que es opuesto en toda regla al que aplica el Código Civil², en relación con los efectos contractuales que sean conllevados por la inviabilidad de cumplir un acuerdo de entrega de una especie o cuerpo cierto contraída mediante la celebración de un contrato de compraventa. En tal caso, se aplica un cese/disolución *ipso iure* del acuerdo de compraventa. Lo cual resulta, bastante obvio, lógico y pertinente al caso. No obstante, lo anterior tiene una limitante, pues sólo se aplica a la celebración de contratos de compraventa. En consecuencia, con lo anterior, se plantea un escenario en donde el contrato mercantil celebrado sea diferente, aunque conlleve una obligación de dar o entregar.

Sobre este particular, Suescún propone que no existe una forma específica de decidir sobre qué estatuto se ha de usar. En otras palabras, admite que hay incertidumbre sobre los contratos bilaterales. Además, añade en referencia a estos tipos de contratos que el estatuto de Comercio en el artículo 822 hace mención al tema de riesgos y especifica que se debe acudir al régimen general, esto es, al Código Civil (citado por Contreras, p. 13).

En conclusión, el modo en que el Código de Comercio aborda la cuestión de la teoría de riesgos se puede afirmar que el principio que aplica es el *“res perit debitori”*. No expone cuál es la reglamentación que debe aplicarse a los contratos bilaterales cuando por caso fortuito, su cumplimiento se hace inviable para alguna de las partes involucradas, sin que pueda atribuirse la situación a alguna de las partes. Es decir, hay un vacío legal que se dirime por la aplicación del Código Civil y que está dispuesto por el Código de Comercio en la remisión 822, en tal caso, como es de suponer, se aplica el principio de *“res perit creditori”* en aquellos casos particulares de contratos bilaterales que impliquen el deber de entregar un cuerpo cierto.

⁴ Artículo 930, Código de Comercio.

2.3 Códigos Civil y de Comercio: Comparación de las perspectivas de las regulaciones de los riesgos contractuales

Desde hace muchos años, ha ocurrido un fenómeno que se puede considerar apenas natural, esto es, que la diferenciación clara entre lo que atañe al derecho civil y comercial. Algunos puristas consideran que esto es algo negativo y pretenden ver en ello un cierto halo de mercantilismo. En relación con lo mencionado, no hay una clara demarcación entre los códigos civil y mercantil como consecuencia de la comercialización del primero (Gherzi, 1994). Por el contrario, existen autores que se muestran en desacuerdo con esta postura y consideran que dicha distinción brinda la oportunidad de crear una serie de cambios que conlleven a la creación definitiva de un estatuto mixto o unificado en materia de derecho privado. Incluyendo por supuesto a lo referente a la teoría de los riesgos.

Dicho lo anterior, es importante señalar que actualmente en Colombia, se viene trabajando en brindar una serie de mecanismos que permitan unificar criterios respecto a la figura jurídica del llamado “contrato”, pues esta, es regulada bajo dos estatutos que coexisten, pero que abordan desde distintos principios lo que a teoría de los riesgos se refiere. Es decir, que el ordenamiento jurídico y en particular las actividades contractuales, se ven regidos por disposición del Código Civil, así mismo del Código de Comercio, teniendo un conjunto cada vez más grande de leyes especiales que hacen más complejo el andamiaje estatutario.

En referencia con lo anterior, (Mantilla & Ternera, 2007) citan:

[E]n el derecho privado colombiano existen diversos conjuntos de normas que reglamentan la institución contrato, por ejemplo, el Código civil colombiano establece un *régimen general* del contrato (Libro cuarto, Títulos I a XXI, principalmente) y, adicionalmente, unos *regímenes especiales* de contratos, como la compraventa (arts. 1849 a 1954), el arrendamiento de cosas (arts. 1973 a 2027), el mandato (arts. 2142 a 2199), la renta vitalicia (arts. 2287 a 2391), etc. Por su parte, el Código de comercio consagra, de igual manera, un *régimen general* del contrato (Libro cuarto, Título I, Capítulo VI, principalmente) y unos *regímenes especiales*, como la compraventa (arts. 905 a 967), el arrendamiento de

locales comerciales (arts. 518 a 524), el mandato (arts. 1262 a 1369), el seguro (arts. 1036 a 1082), etc. (Gherzi, 1994).

En consecuencia, se presentan una serie de situaciones particulares que plantean preguntas que son de gran relevancia. En primer lugar, se cuestiona cuál es el dominio que regula el Código Civil y el Estatuto de comercial, en especial, frente a las actividades contractuales, desde un punto de vista general y otro especial. El segundo aspecto, se plantea al intentar analizar cómo pueden caracterizarse de forma sistemática, aquellos parámetros que regulan las normativas entre ambos estatutos.

Siguiendo con lo planteado, en general y según se ha establecido de forma teórica y práctica, que la primera instancia al momento definir un potencial riesgo que no pueda ser dirimido desde el estatuto mercantil, entonces se resuelve por medio del Código Civil. En concreto se hace eco de los artículos que vienen a ser señalados es los estatutos y que surten efecto en tales casos. En relación con lo anterior, lo que señala la ley es que el Código Civil es el estatuto general y el Comercial es el que se encarga de hacer las veces de estatuto específico. Sin embargo, es el primero, el que se usa para resolver un caso no caracterizado y especificado en el segundo (Gomez C. , 2007).

Sin embargo, es claro ver que en este punto no hay realmente una solución al problema para caracterizar de forma adecuada, la regulación aplicable. Dicho de otro modo, cada caso es distinto el uno del otro, por tanto, se requiere de un complejo análisis para determinar cuáles son los aspectos que dan la naturaleza mercantil a un contrato en específico, pues hay criterio de orden objetivo y subjetivo para realizar dicha clasificación. Lo anterior implica que, ante un acuerdo de tipo contractual siempre puede existir una confusión sobre el tipo de estatuto que debe ser aplicado.

En segundo lugar, se encuentra el tema sobre el arbitraje sobre los estatutos, el mismo autor señala que al momento de dirimir sobre la cuestión de las relaciones normativas se suelen usar dos herramientas: en primer lugar, la llamada remisión normativa⁵ que hace el estatuto comercial hacia el civil, siempre que no existe alguna forma o precedente que resuelva un litigio en relación a obligaciones contractuales desde el Código de Comercio. La segunda herramienta es la analogía legal⁶, que permite usar

⁵ Ver arts. 1,2, 3, 4 y 822 del Código de Comercio.

⁶ Ver art. 8. Ley 153 de 1887.

conceptos mercantiles y comerciales homologables que sirvan para regular los contratos civiles.

En resumen, se pueden observar que a pesar de que el análisis hecho hasta ahora es bastante superficial, es claro notar que, no siempre es fácil reconocer la naturaleza de un contrato, pues los criterios legales usados desde la normativa no son claros y unificados, dando lugar en muchos casos a distintas interpretaciones. Lo anterior implica que, al momento de aplicar la pertinencia de un régimen u otro para arbitrar sobre alguna cuestión relacionada con el riesgo en la celebración de una actividad contractual, se puede tener situaciones que impliquen un conflicto y que no siempre es fácil de solucionar. Es evidente que se debe realizar un trabajo que permite acercar posturas y unificar criterios en relación al Código Civil y el Código de Comercio.

2.4 La teoría mixta de riesgos y el comercio electrónico

En general y cómo se ha visto reflejado en los apartados desarrollados en este capítulo, es difícil determinar en algunos casos, los parámetros exactos para definir el tipo de contrato que se celebra entre dos o más personas de cualquier naturaleza, en caso de que se requiera dirimir en referencia a una posibilidad de riesgo. Es decir, que a cada juez en particular y según interprete el caso, puede caracterizar como contrato civil o mercantil, según sea el caso. La discusión que se ha dado a nivel doctrinal para intentar dar con una solución concreta a este problema ha sido extensa y aún continua.

En consecuencia, con lo anterior, se ha formulado a partir del nuevo paradigma una teoría mixta que permite solucionar parcialmente esta situación. Dicho planteamiento referido a la celebración de contratos por dos partes, cuya razón de ser implica que existe una obligación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, y que por una circunstancia de caso fortuito que no sea responsabilidad de la parte que adeuda se haga imposible dar cumplimiento a dicho acuerdo, entonces la contraparte sigue teniendo la obligación de cumplir con la parte que acordó. Cabe entonces aclarar que lo anterior, no aplica para otras obligaciones de carácter contractual bilateral.

En relación con lo anterior, la doctrina moderna se inclina por eximir de la obligación a la parte que en principio corresponda, en caso de que por una eventualidad de tipo fortuita comprobable no pueda cumplir a su contraparte en el acuerdo. Lo que es

notable con lo anterior, es la similitud con lo que se halla en el estamento jurídico colombiano (arts. 1990, 2016, 2053 y 2057 del Código Civil). Al respecto (Contreras, 2015) reflexiona que el código jurídico colombiano posee disposiciones similares respecto a un contrato bilateral que no pueda ser cumplido por caso fortuito.

De esta manera, se puede comprender y teniendo en cuenta los artículos relacionados a pie de página, que cuando se presenta la situación descrita anteriormente de incumplimiento por caso fortuito para cumplir una obligación contractual, entonces se puede dar por extinta la validez del contrato para todas las partes implicadas en el mismo. Lo importante de resaltar este aspecto, es que no hay ninguna contradicción legal, por tanto, surge la posibilidad de extender tal formulación para dirimir cualquier tipo de obligación contractual en caso de que haya una imposibilidad de darle cumplimiento por caso fortuito. En este punto vale la pena hacer una reflexión sobre la importancia que tiene la academia en el proceso de innovación en todos los aspectos de la sociedad. Es decir, se debe tener claro que la realidad es siempre cambiante, pues es parte inherente a la historia misma. El derecho es uno de los campos más importantes en los que se puede innovar, sin que ello implique un distanciamiento del espíritu doctrinal que inspiró las leyes. En relación con lo anterior, (Buitrago & Vasquez, 2018) expresan que:

El secreto de la innovación es aprender pero aprender a dar de forma creativa una respuesta a una necesidad, propiciando valor y facilitando la forma de hacer las cosas, en éste punto, en la práctica del derecho aparentemente pudiera no tener aplicabilidad la innovación, pero viéndolo detenidamente, al incorporar tecnología, integrarse con otras ciencias y desarrollar acciones específicas, puede contribuir con la generación de nuevas formas no solo de aplicar la ley u ofrecer servicios jurídicos, sino que se puede facilitar la comprensión y desarrollo de instrumentos, así como estrategias para resolver las dificultades, facilitando la vida de las personas, pero respetando la norma y regulación legal. En nuestra cultura, se tiende a ver la innovación como algo centrado en desarrollar tecnología o elementos muy sofisticados, cuando la teoría nos muestra que las grandes innovaciones son simplemente formas simples, pero diferenciadas, de atender una necesidad propiciando cambios que produce mejoras, y de esta manera llegar a innovar (pp. 164-165).

Es decir, es esencial la búsqueda de nuevas formas de convertir la jurisprudencia en una actividad viva, que esté constantemente buscando las formas de llevar las normativas y sus interpretaciones acordes a las circunstancias que así lo demanden. Todo esto, con el fin de dar facilidad a la homologación de las disposiciones normativas en el ámbito del comercio electrónico, sobre este último particular encontramos que “adicionalmente, en leyes específicas, se han establecido particularidades respecto de los *regímenes generales* (como la L. 527 de 1999, en materia de contratos celebrados por medios electrónicos)” (Mantilla & Ternera, 2007).

3. Contrato electrónico

3.1. Concepto de contrato electrónico

El contrato es la herramienta por medio de la cual la sociedad ha desarrollado una base sólida para la actividad mercantil. Este instrumento permite que dos o más individuos que puedan tener intereses o fines diferentes puedan ayudarse de forma mutua en contrapartida del beneficio del otro. El contrato entonces funge como el testimonio del mutuo acuerdo que existe entre las partes que lo celebran para ofrecer y recibir bienes y/o servicios, brindando garantía a sus participantes de que obtendrán su beneficio y los obliga a aportar su compromiso adquirido al momento de validar las condiciones que el contrato estipula por mutuo acuerdo previo. En este sentido el Código de Comercio en el artículo 864⁷ así lo refiere.

No obstante, de lo anterior, los contratos sirven para regular los comportamientos humanos, es decir, que es un instrumento avalado socialmente que garantiza el comportamiento correcto de las personas en el ámbito de los negocios, por lo que se puede considerar el contrato como actos humanos que conllevan a responsabilidades de carácter legal entre dos o más sujetos que pueden alcanzar ciertos intereses entre sí (Bohorquez, 1998). las relaciones humanas han evolucionado debido a la capacidad de asociarse aun con personas que no pertenecen al círculo más cercano y de esta manera alcanzar fines mayores pues el contrato avala y regula la responsabilidad de los pactantes y sus beneficios. Surge entonces las formas que pueda tomar dicho contrato, si consensual, real o solemne. hablar de un contrato consensual en el caso particular de una promesa de compraventa, Valencia afirma que el contrato consensual que adquiere su carácter específico cuando sus celebrantes expresan su mutuo acuerdo bajo el marco legal que opere (Gomez V. , 2004). La normativa 97/7/CE⁸ del Parlamento Europeo también define sobre los contratos celebrados a distancia.

En relación con la definición anterior, se puede intentar un ejercicio de extrapolación conceptual, por el cual se intente definir lo que es un contrato electrónico. El comercio electrónico como realidad debe tener una serie de elementos que le permitan

⁷ Artículo 864.Código de Comercio.

⁸ Normativa 97/7/CE⁸ del Parlamento Europeo.

operar de forma segura, fácil y con garantías para quienes participen en él. Es aquí donde el contrato electrónico toma un papel preponderante en el desarrollo del e-commerce, es decir, que sea un instrumento capaz de hacer efectivas los acuerdos que se realicen vía electrónica, sin medios físicos o comunicación directa entre el oferente y el demandante. se puede definir el contrato electrónico como el trato voluntario entre sujetos de derecho que se comprometen a cumplir una serie de responsabilidades mutuas y que lo formalizan jurídicamente por medios electrónicos (Perez, 2003). Las propuestas al respecto tienden a ser diversas, por ejemplo, (Vattier & Vega, 2001) menciona que los contratos electrónicos son aquellos que usan la transferencia de códigos binarios entre servidores/computadores, por medio de redes informáticas de datos como el internet.

La opinión de los autores mencionados parece señalar que el contrato electrónico está estipulado por la mediación de la informática, los ordenadores y la red usada para transmitir la información comercial del contrato. El papel del vendedor y del comprador es sustancialmente la misma, sin embargo, lo único que lo hace distinto a contrato comercial clásico es la forma en que este se celebra, por medio del uso del medio electrónico, los autores señalados lo llaman “diálogo de ordenadores”. En adición a lo anterior hay autores que reconocen la importancia y alcance de este tipo de contratación, pues hace posible la dinámica natural del flujo económico mundial, en donde las distancias se pueden reducir al contacto no directo pero eficiente que brinda Internet. En este orden de ideas surge una opinión que afirma que la globalización conlleva a utilizar los contratos electrónicos como medio para manifestar la voluntad de realizar intercambios comerciales (Cubillos & Rincón, 2002).

No obstante, el proceso de contratación electrónica ya no escapa de la normativa estatal, es decir que los gobiernos son conocedores de que es imperativo crear definiciones que sirvan como marco de referencia para que quienes celebren este tipo de contratos, puedan articular conceptos y actividades comerciales, como por ejemplo la ley imperante en España sobre comercio electrónico a conceptualizado el contrato electrónico como el acuerdo mediado por equipos electrónicos (Medina, 2012, pág. 35).

El contrato electrónico no es ajeno a los requerimientos que comprende un contrato clásico, requiere de una serie de elementos jurídicos claros y consistentes que permitan dar respuesta a las necesidades que las negociaciones comerciales de tipo electrónica poseen. Se puede entonces concluir que el contrato electrónico es una

herramienta que satisface el intercambio comercial que usa las redes informáticas como medio de comunicación en un mercado global que requiere de agilidad y dinamismo.

3.2. Principios generales del contrato electrónico

3.2.1 Fundamento de la autonomía de voluntad.

Es uno de los principios fundamentales sobre el cual se sustentan las legislaciones de tipo civil y comercial que rigen en el mundo. Lo que dicho concepto expresa es que una obligación es válida en la medida en que un sujeto de forma libre y voluntaria decida consentirla. Es sólo cuando una obligación es consentida puede producir algún efecto legal. En referencia a lo anterior, es necesario señalar que existen unas limitaciones que han sido impuestas legalmente, esto implica que no pueden existir acciones contra el orden público, los derechos particulares y en general a la ley. En conclusión, un individuo puede actuar bajo el principio de autonomía de voluntad para la realización de actos de tipo jurídico permitidos en la medida en que estos se sujeten a la normativa que regula tales actos y que sea expresada de una forma válida en conformidad con la ley.

Los acuerdos legales que se ajustan a dicha normativa y que parten del principio de voluntad individual adquieren carácter de ley. No pueden ser invalidados a posteriori de forma arbitraria sino sólo mediante el acuerdo mutuo entre las partes que lo han celebrado o por causas legales que procedan, tal como señala el artículo 1602 del Código Civil Colombiano. Lo anterior es importante de analizar con detenimiento, pues implica que un contrato legalmente constituido es un acto de ley que conlleva una serie de obligaciones y derechos a quienes lo celebran, convirtiéndose así en una especie de extensión de la normativa misma que opera bajo el marco legal, pero como complemento a la misma en una situación específica.

Así mismo en el artículo 824 del estatuto mercantil, da competencia a los comerciantes de llevar a cabo contratos, por medio de acuerdos escritos o verbales que expresen de forma inequívoca y bajo el principio de voluntad propia su consentimiento para la celebración de tales actos. Extendiendo las ideas anteriores cabe mencionar que la Ley Marco de Comercio Electrónico en el artículo 11.1, lo expresa claramente.

Lo anterior implica que existe la posibilidad de solucionar problemas por vía contractual. En adición a lo anterior, se deduce que el axioma jurídico de autonomía de voluntad implica el reconocimiento considerablemente amplio de potestad y eficacia jurídica que se desprenden de celebrar actos que conlleven implícitamente la voluntad de los individuos. En otras palabras, se puede considerar el contrato como aquel acto jurídico que ha sido asignado a personas naturales o jurídicas para que gestione las relaciones de cualquier índole entre miembros de la sociedad mediante elementos jurídicos (Ospina & Ospina, 2002). Sin embargo, dicha libertad de contratación está limitada por el régimen normativo nacional.

No obstante, es necesario revisar la forma en que opera el principio mencionado y su implicación en la ejecución de contratos a nivel internacional. En primer lugar, hay que mencionar que los contratos de carácter internacional no están sujetos a la normativa local, sino que se aplican los principios del orden público internacional. En este punto es importante reconocer que en este apartado se reconocen seis modalidades de la autonomía de voluntad a saber: la autonomía material, la conflictual, la buena fe, la forma de vínculo, integridad y autenticidad y la equivalencia funcional.

En primer lugar y según la convención de la ONU, celebrada en Viena en 1980, el Art. 9 expresa que la autonomía material es la facultad de integrar cláusulas a los contratos que las partes por mutuo acuerdo consideren necesarias para salvaguardar los intereses propios y de la sociedad conformada por el acuerdo. En dichas cláusulas se puede determinar que sean excluidas las normas del derecho privado si diera lugar, en prevalencia del acuerdo de voluntades el cual es la esencia del acto en sí mismo.

El segundo lugar se encuentra la autonomía conflictual la cual implica que las partes están en libertad de tomar decisiones siempre de forma manifiesta explícita o implícita a la ley en que se enmarcará el contrato celebrado. En consecuencia, de lo anterior, se entiende que una vez se haya decidido por mutuo acuerdo el marco legal que ha de regular la naturaleza del acuerdo, entonces ya no operará la ley local o internacional del derecho privado, sino aquella que fue formulada por las partes implicadas previamente. Lo anterior aplica incluso en la aplicación de sentencias en caso de presentar situaciones de conflicto, pues impera la preservación del interés de los participantes por el acuerdo de voluntades.

En adición a lo anterior, el tratado normativo de 1980 que rige los acuerdos de compraventa de mercancías en el ámbito internacional expresa que tales instrumentos se rigen por la norma que los contratantes elijan por mutuo acuerdo. Inclusive, la misma afirma que la elección del marco normativo puede definirse después de llevarse a cabo el contrato. Eso sí, debe expresarse con claridad este punto. Por último, también se establece que en caso de que por cualquier circunstancia los implicados no alcancen acuerdo alguno sobre la normativa elegida para enmarcar el contrato, y se requiriese aplicar un marco legal ante una eventualidad entonces se usará la ley donde se establezca la parte que funja como el vendedor en el momento que el acuerdo fuese celebrado.

3.2.2 Principio de la buena fe

Este fundamento debe estar presente siempre en todo acto de tipo jurídico. Se refiere a que siempre debe existir la lealtad intrínseca entre todas las partes que celebran un acto de tal naturaleza, en la que se busca el bien común de quienes celebran los contratos. El Código de Comercio dice en el artículo 863 sobre la buena fe, que ésta debe ser un prerequisite esencial para celebrar un negocio contractual. Cabe señalar que lo anterior habla de forma concreta sobre la etapa precontractual. También se establece que en la etapa de ejecución contractual la buena fe debe ser inherente a todo acto enmarcado en el mismo, claramente expresado en el artículo 871 del estatuto mercantil.

La buena fe ha sido fundamental para que las sociedades hayan evolucionado satisfactoriamente hasta alcanzar los estadios socioculturales actuales, en donde se puede llegar a establecer acuerdos que involucren individuos que aún sin conocerse personalmente puedan tener relaciones comerciales con la seguridad de que existirá un marco normativo que ambas partes respeten y que permita tener efectos en el grado que las circunstancias lo ameriten. En opinión de (Ospina & Ospina, 2002) todo contrato debe ser ejecutado con buena fe y lealtad entre los celebrantes independientemente de su finalidad. En referencia a este aspecto, la legislación civil en el Art. 1603 también consagra que toda consecuencia derivada de un acto jurídico contractual, deben tener de forma inherente la buena fe.

En conclusión, sobre este axioma, podemos afirmar a la luz de la evidencia teórica y práctica se establece que el postulado sobre la buena fe tiene un efecto y alcance amplio en lo que a legislación se refiere, pues hace presencia en todo tipo de actos jurídicos,

contratos y obligaciones de toda índole. En consecuencia, de lo anterior, se establece que, sin importar la naturaleza del contrato y su medio de aplicación para efectos de un negocio, entonces la buena fe opera también en los contratos electrónicos.

3.2.3 Principio de la forma de vínculo.

El postulado de la forma de vínculo, en la legislación nacional no existen impedimentos para que cualquier individuo celebre un contrato de forma voluntaria y que lo obligue jurídicamente. Las formas de tal vinculación se pueden llevar a cabo por cualquier medio. Sin embargo, lo anterior no exime de satisfacer un conjunto de disposiciones que se enmarcan bajo un criterio de aspectos formales que son necesarios a la hora de hacer cualquier tipo de contratación y que son establecidas por el ente legislador. No obstante, lo anterior, se debe aclarar que no todos los contratos permiten su celebración por la vía electrónica. Lo expuesto obedece a que la ley colombiana establece ciertas formalidades de carácter obligatorio para dar por válido ciertos tipos de contratos. Tal como establece la Ley 527 de 1999 en el Art. 1 la cual hace alusión a enajenación de inmuebles, vehículos o el establecimiento de una sociedad mercantil. Se concluye que en la medida que se necesiten de terceros para dar factibilidad a un contrato tal como un notario, oficinas de registro o tribunales entre otros no pueden utilizar un medio electrónico para su formalización.

3.2.4 Principio de integridad y autenticidad.

El fundamento de integridad y autenticidad que establece la posibilidad de verificación de las identidades de quienes participan en el comercio electrónico. Lo anterior implica que siempre se puede hacer una evaluación de las responsabilidades de cada parte. La finalidad de estos dos aspectos mencionados radica en la capacidad de validar el documento como original y así generar confianza en los participantes. Su importancia está en que en la medida que la contratación electrónica pueda resultar segura y confiable, entonces permite que la modalidad contractual se masifique. El avance tecnológico frente al que se encuentra la humanidad hace posible que tales principios puedan ser garantizados de forma aceptable.

3.2.5 Principio de equivalencia funcional.

Por último, se evoca el fundamento de equivalencia funcional, el cual, en el marco para la contratación electrónica, se reviste como uno de los aspectos fundamentales pues otorga seguridad y fiabilidad a aquellos contratos que se celebran por dicha vía. Este tiene por objeto considerar y evaluar todos los aspectos del contrato tradicional homologables al contrato electrónico (Valenzuela, 2001). Se puede afirmar entonces que el derecho opera un mecanismo jurídico virtual que sustenta y nivela por medio de afinidades conceptuales la operatividad entre el comercio clásico y el e-commerce. En referencia a lo expuesto, se encuentra que en la sentencia 51/162 expedida por la ONU en 1996, expresa que las normativas del comercio electrónico no deben ser más estrictas que las tradicionales (Citado por Gómez, 2004, p.48).

En consecuencia, se deduce como objetivo principal el uso de la tecnología pueda equiparar y satisfacer aquellas funciones operacionales de forma más flexible y ágil, como un valor agregado para el incentivo del uso extendido de la contratación electrónica, pues acorta procesos y reduce tiempos de ejecución. Además, permite la integración orgánica de nuevos avances tecnológicos que hagan más eficiente la misma.

3.3 Formación del contrato

En la actualidad, un contrato puede llevarse por medios electrónicos con suma facilidad y sin mayor inconveniente. En todo caso, esta figura contractual tiene las mismas dos etapas que su equivalente clásico. Es decir, una fase precontractual y otra contractual. La diferencia fundamental radica en la forma y los medios usados para llevar a cabo su celebración en todas las etapas necesarias para que se cumpla a cabalidad con el proceso. En todo caso, es indudable que con el paso del tiempo llegará a ser una de las principales formas de llevar a cabo todo tipo de acuerdos de carácter civil y mercantil, tal como ya ocurre en los países desarrollados.

En cuanto a la forma en que los contratos electrónicos se llevan a cabo, se debe considerar que estos pueden ser caracterizados del tipo consensual y subcategorizados como contrato entre ausentes, pues en términos generales, estos contratos operan entre individuos que se encuentran considerablemente distantes entre sí y que por demás se

hallan considerados en el Código de Comercio colombiano⁹. En adición a esto, tenemos que un acuerdo jurídico consta de dos elementos interrelacionados pero autónomos entre sí al momento de analizarse. El primero es la forma en que se celebra el acuerdo públicamente para tener efecto alguno. El segundo elemento es la formación que indica el proceso de constitución del mismo (Perales, 2001).

En general se hace evidente que los contratos electrónicos tienen sus propias características. De aquí se desprende que siempre se debe consultar el ordenamiento legal que maneja cada nación en estos casos. El principal inconveniente que se asocia para la celebración jurídica de contratos electrónicos va ligada a la ausencia de las partes interesadas, pues, la aceptación de las partes no siempre se hace evidente. Lo anterior, implica de entrada un interrogante sobre el conocimiento y evidencia de que un acuerdo está enmarcado en la figura del acuerdo mutuo de voluntad. El cual es sin lugar a duda, el elemento más importante que se puede hallar en una actividad de tipo contractual. En relación a lo anterior, se considera que el acuerdo de voluntades no está limitado por el tipo de medios que se utilicen para expresarlo y dar validez a un contrato, incluyendo los medios electrónicos (Perales, 2001).

En definitiva, es importante reconocer que los medios electrónicos se convierten en el canal por medio del cual, las partes interesadas en celebrar un acuerdo, tienen la oportunidad de expresar la voluntad de aceptar las condiciones propuestas. Lo importante es poder homologar de forma oportuna, las características que son definidas en el marco jurídico tradicional.

3.3.1 La propuesta u oferta

La propuesta u oferta al ser un intercambio contractual entre dos o más partes, debe tener los mismos componentes fundamentales del negocio, que permiten mantener el fin de la oferta la cual se orienta a obtener la aceptación de la parte receptiva dando lugar al desarrollo del contrato. Se puede inferir que dicha propuesta ha sido expuesta al destinatario si se han utilizado los canales apropiados para hacerla conocer al mismo.

Hay tres momentos diferenciados en la oferta: la elaboración de la misma, la cual consiste en obtener la información necesaria para la formulación y creación de la idea que

⁹ Se hace referencia explícita a los artículos 824, 845, 851, 852 y 864.

se desea expresar: , él envió de la oferta, en donde se transmite la idea o proposición al receptor, y la recepción de la oferta, que es cuando se perfecciona el negocio jurídico que es en donde el receptor, da una respuesta positiva a la propuesta y se realiza el cierre del negocio dando paso a la legalización el contrato.

En relación a la propuesta y teniendo en cuenta el ámbito legal colombiano, hallamos que tal concepto ha sido debidamente definido, lo cual es importante pues define los parámetros por medio de los cuáles los interesados tienen un marco jurídico que les brinda seguridad al respecto. Además de lo anterior, ayuda a evitar los extensos procesos interpretativos, dando celeridad a la actividad. En consecuencia, (Gomez V. , 2004) citando a Lafont sobre la sentencia 029/95, emanada por la Corte Suprema de Justicia donde señala que cualquier oferta debe implicar la voluntad de formalizar un contrato. En consecuencia, se debe tener el pleno conocimiento y ausencia de duda sobre lo que implica darle efecto y validez al momento de cumplir con las disposiciones legales.

En referencia al tiempo de recepción y aceptación de la propuesta cabe anotar que el artículo 851, se generó en contemplación de la distancia y la demora en el tiempo que tardaría en llegar de la misma al destino anteriormente, debido que aun dentro de la misma nación podría tardar semanas o incluso meses. Sin embargo, hoy en día gracias a los beneficios dados por los medios electrónicos, podemos hacer llegar información de forma más rápida y segura, por lo que es importante hacer una revisión sigilosa al artículo anteriormente mencionado.

En consecuencia, la propuesta u oferta no es una actividad que tenga un término de duración indefinido, ya que, por medidas de seguridad mercantil, la ley antes mencionada exige que ésta tenga un tiempo de termino establecido o próximo a establecer. La ley admite que este término sea definido libremente por las partes involucradas, sin embargo, en caso de que no esté definido, la ley entra a ocuparse.

Llegados a este punto, surgen varias preguntas relacionadas a la formulación de una propuesta u oferta, en particular las realizadas por el medio electrónico, según lo establecido en el Art.845 de la legislación comercial se puede inferir que la propuesta ha sido comunicada cuando se haya utilizado un medio idóneo para darla a conocer al receptor, adicional a esto, en el artículo 14 de la ley 527 de 1999, se dictamina que la oferta y la aprobación pueden emitirse por medio de mensajes de datos.

3.3.2. La aprobación

La respuesta dada para una propuesta se entiende como la contestación hecha por la parte receptora, y que permite darle continuidad a la misma. de acuerdo con la norma, la respuesta debe ser inmediata y para considerarse realizada, debe generar que el aceptante se sienta comprometido y forzado a cumplir con el contrato, debe ser positiva, incontrovertible, e íntegra. la aprobación puede darse de dos formas, directa o implícita, y de acuerdo con la doctrina, puede ser expresada incluso por la vía del silencio, sin embargo, esta última no es aceptada aun por la doctrina moderna y en Colombia no se permite el ejercicio de la misma.

De acuerdo con lo anterior, y en lo referente a la contratación hecha por el medio electrónico , la aprobación debe ser manifestada oralmente, es decir con ayuda de una videoconferencia, o ya sea escrita por medio de un correo electrónico, adicional a esto la aprobación de tener tiempo de término, es decir, debe ser hecha de acuerdo a los términos de prolongación de la propuesta, y en consecuencia se crea el mutuo consentimiento, lo que da validez y posterior desarrollo al contrato, la aprobación debe ser natural, sencilla y sin ninguna cláusula, en caso de no cumplirse lo anterior, debe considerarse como una nueva propuesta u oferta.

En relación al lugar donde se realiza el acuerdo, la legislación del derecho privado comercial colombiano en el artículo 864, establece referente a las personas ausentes, que, la convención o acuerdo se infiere ya celebrado para todo efecto legal y las consecuencias derivadas en el territorio donde resida el oferente. Para conveniencia de la modalidad de contratos electrónicos, la ley 527 de 1999 en el artículo 24 alude al tiempo para recibir los mensajes de datos, y en el artículo 25 hace la anotación de los fundamentos de recepción, lo que causa mayor seguridad y coherencia al momento de hacer uso de la esta modalidad.

La contratación electrónica se puede equiparar con una conversación informática, en donde el acuerdo realizado entre las partes de manera voluntaria no se ejecuta de forma directa presencialmente, sino entre las partes ausentes. puede asemejarse también con el correo tradicional, en donde se hace entrega de una oferta que ha sido emitida, por medio del buzón, y posteriormente se recibe la respuesta que no es necesariamente de manera inmediata, sin embargo, los medios electrónicos permiten el ejercicio de una modalidad

de contrato electrónico en cierta medida presencial, que puede ser por una videoconferencia o servicio de chat, es decir, en estos casos no hallaríamos con una alternativa de comunicación que permite la ejecución de un contrato de forma instantánea.

Como se ha hecho mención anteriormente, el momento en que el contrato tiene validez es en el momento donde se hace verídica la teoría de la recepción, específicamente en el momento en que el oferente recibe la respuesta por medio de un sistema de información, que puede ser el servidor. seguidamente se puede inferir que el contrato tiene vida jurídica, ya que ha sido concretado y adquiere por sí mismo certificación legal.

3.3.3. Capacidad de negociación

La capacidad de negociación es un elemento primordial de todo contrato, pues le da a las partes o sujetos que intervienen en la celebración del mismo, el poder de tomar la decisión de forma autónoma e independiente al momento de concretar un acuerdo. Es decir, que el contrato mismo celebrado es un testimonio de que hay una forma de vinculación de dos o más personas, bien sean naturales o jurídicas quienes fijan en forma recíproca y por mutuo acuerdo las condiciones del mismo. Todo lo anterior, debe ser entendido, bajo el marco legal existente.

En relación con lo anterior, vale la pena traer a consideración la reflexión de (Gomez V. , 2004) al respecto, mencionando que cuando el contrato ya esté formalizado se convierte en un ente jurídico autónomo en relación a las personas que lo pactan y firman. Esto es importante, pues con ello se estipula que el acuerdo mientras no tenga una fecha de caducidad explícita, el acuerdo puede continuar existiendo y generando los derechos y deberes adquiridos en el momento de su formación. Es decir, que no porque los sujetos negociales que lo pactaron dejen de existir, indica que el contrato como tal deje de tener sentido u operar.

3.3.4. El contenido del contrato electrónico

A continuación, se presenta de forma general y sencilla el contenido de un contrato electrónico, según lo estipulado en el Código de Comercio¹⁰.

3.3.4.1 Capacidad

Según se establece en el estatuto mercantil¹¹, en donde se hace mención explícita a la capacidad que posee una persona natural o jurídica con que establecer en su libre derecho de que realizar a cabo negociaciones cuando así lo viere conveniente. Sin embargo, hace unas excepciones en referencia las personas naturales que puedan tener una serie de limitaciones para ejercer tal derecho¹². Además, se puede encontrar en el mismo estatuto que también existen una serie de limitaciones de tipo jurídico, para celebrar contratos.

3.3.4.2. Consentimiento.

Según se establece de forma explícita en el estatuto civil¹³, que todo contrato crea las obligaciones pertinentes en la medida en que este sea celebrado de conformidad al marco jurídico entre quienes de forma voluntaria deseen ser partícipes del mismo. De lo anterior, se desprende que en general existe una propuesta y una aceptación de esta. Se considera que la voluntad expresa de los celebrantes de un contrato es el fundamento necesario que da vida jurídica a cualquier acto jurídico y en especial al que tiene que ver con la actividad mercantil.

Al momento de darse por cerrado el negocio, es decir, que la propuesta definitiva hecha por el oferente es aceptada por la contraparte, entonces es cuando la seguridad jurídica toma un papel relevante, pues a todas luces indica que existe la necesidad de establecer las garantías legales para no distorsionar el intercambio comercial que se intenta concretar. Lo anterior, aunque parezca obvio, es necesario aclarar que se enmarca en el contexto del comercio electrónico, pues es allí donde se pueden encontrar serias dudas por los participantes. En concreto, se hace necesario que existan herramientas o dispositivos electrónicos, que, amparados por un base legal, permitan dar por cerrado la

¹⁰ **Art. 1502 del Código de Comercio.**

¹¹ **Art. 1503 del Código de Comercio.**

¹² **Art. 1504 Código de Comercio.**

¹³ **Art. 1494 del Código Civil.**

fase de negociación y que den paso a la fase de cumplimiento con las obligaciones adquiridas contractualmente.

3.3.4.3. Objeto

Dentro de las exigencias que son indispensables en el contrato está el llamado objeto lícito, el contrato electrónico en orden de ideas debe contener este elemento esencial para que tenga valor alguno, es decir efecto. En cuanto a nuestra legislación, podemos encontrar que hay cinco requisitos para el objeto constituido por agentes privados y que regulan la actividad contractual: que sea posible, que sea determinado o determinable, que sea útil, que posea un valor pecuniario y exista o pueda existir.¹⁴

El primer requisito implica que, desde un punto de vista legal, moral y la naturaleza lo que se acuerda pueda ser plausible de llevarse a cabo. El segundo requisito implica que se debe tener claridad sobre lo que se contrata. El tercero indica que debe existir un fin que sea previamente establecido por las partes y sea parte intrínseca de la naturaleza de este. El cuarto requisito reconoce que la actividad derivada del contrato de alguna otra manera genere un activo tasado en la forma que se acuerde. El último requisito expresa que es necesario que se garantice la existencia del objeto en el presente o que por medio de la ley se garantice la existencia de este en el futuro.

3.3.5 Forma del contrato electrónico

Lo que sigue en cuenta a la formación del contrato es lo que se denomina el elemento de la forma del contrato electrónico. Es decir, cómo es externamente el negocio y que lo hace reconocible. En cuanto a lo que esto puede significar cuando se hace referencia al comercio electrónico, no cabe la menor duda que puede existir ciertas dudas e interrogantes sobre lo que esto realmente puede significar y cómo puede homologarse.

La legislación nacional garantiza el principio de consensualidad para llevar a cabo actos de tipo jurídico. También permite que exista la libertad del individuo de expresar su voluntad en la forma y los medios que considere necesarios, siempre y cuando estén bajo el imperio de la ley. Sin embargo, el uso de protocolos y rituales que hacen en muchas ocasiones lento el proceso de formalización de una actividad contractual, pues se

¹⁴ Art. 1502, 1517, 1518, 1524 y 1870 del Código Civil y Art. 864 del Código de Comercio.

exigen para brindar la seguridad jurídica necesaria a las partes y que en teoría ayudan a mantener un cierto orden legal y en especial, cuando de forma directa o indirecta pueden verse involucrados terceros. Todo lo anterior, incluye una serie de formalidades sin las cuáles el contrato no surte ningún efecto.

En relación con lo anterior (Gomez V. , 2004), expresa que el código binario o lenguaje de máquina crea el puente necesario por medio del cual la voluntad de los individuos para negociar se transmite y decodifica para ser comprendido en un lenguaje común. En Colombia el Código de Comercio¹⁵ permite que existan libertades para llevar a cabo contratos de cierta índole, sin embargo, no implica que elimine por completo las llamadas formalidades en ciertos tipos de actividades contractuales, según las cuáles parece ser necesarias para darle validez o brindar la seguridad jurídica que las partes requieren para dar por hecha la contratación.

3.4. Normativa en Colombia – Ley 527 de 1999 -

En Colombia se han dado desde hace unas tres décadas el debate sobre el menester de crear un conjunto de regulaciones y leyes que puedan dar la seguridad jurídica necesaria para desarrollar actividades mercantiles en el marco del comercio electrónico. El alcance las tecnologías en la actualidad es indiscutible y ya se prevén los posibles escenarios futuros en las que los avances tecnológicos posean un papel relevante en el desarrollo de todas las actividades humanas. En particular, diversos actores se han planteado la necesidad de pensar en el conjunto de implicaciones legales que subyacen a la práctica de actividades económicas que tengan como principal canal de intermediación a los medios electrónicos.

En tal sentido, se puede hacer un reconocimiento en materia de regulación legal a Colombia, pues ha sido uno de los primeros países en Latinoamérica que intentó de forma seria y organizada proponer una Ley que estableciera el marco jurídico necesario sobre estas cuestiones. Es así, como se erige la Ley 527/1999, la cual está basada en la Ley Modelo establecida en 1996 por la CNUDMI, que tenía como fin, el dar una base legal con que los países miembros de la ONU, pudieran crear en concordancia con sus respectivas legislaciones y necesidades particulares leyes que dieran la respectiva

¹⁵ **Art. 824 Código de Comercio.**

seguridad jurídica en el ámbito mencionado. Lo interesante de la Ley 527/99 es que no hace diferenciación entre los contratos civiles y mercantiles al momento de usar los medios electrónicos como herramientas para el intercambio de información entre las partes.

3.4.1. Reseña histórica de la Ley 527 de 1999

En el transcurso de los noventa se había planteado la necesidad de crear una regulación legal que amparara a los usuarios naturales y jurídicos de los medios electrónicos en lo que ha materia de actividades contractuales se refería, entre otros. El uso cada vez más extendido de las tecnologías era evidente y la penetración que iban teniendo en muchos campos y sectores hacía necesario que se pensara en esta cuestión de manera prioritaria y pertinente. En este contexto, el gobierno nacional envía una comisión de observación en la CNUDMI entre 1996 y 1998 con el fin de que pudiera existir una interacción directa con la propuesta hecha por dicha comisión sobre la Ley Marco.

Es así que producto de este esfuerzo por el gobierno colombiano y de la retroalimentación hecha por la comisión de observadores en la CNUDMI, entonces se lleva a cabo un esfuerzo mancomunado entre los diferentes sectores sociales, tanto públicos como privados, se dio la oportunidad de analizar todo el cuerpo de normativas que había propuesto la Comisión de la ONU y el conjunto de implicaciones que éstas podrían tener en el contexto nacional. Finalmente, el proceso rindió frutos al cabo de un año de trabajo, dando lugar al proyecto de ley 227. De esta manera, se aprueba el 18 de agosto de 1999 la Ley 527/99 sobre comercio electrónico y que reglamentó los aspectos relacionados a esta práctica en el país. En definitiva, se dio el paso fundamental para incentivar el desarrollo y uso de las nuevas tecnologías y las condiciones legales necesarias para llevarlas.

3.4.2. Ley 527 de 1999: Principios y finalidad

El objetivo primordial de la Ley 527/99 es fijar el marco legal para que los ciudadanos nacionales y extranjeros puedan llevar a cabo actividades de tipo contractual por medios electrónicos en Colombia y que se sientan amparados jurídicamente, es decir, que exista la seguridad jurídica necesaria para que toda actividad que implique un contrato pueda llevarse a cabo en el contexto de la legalidad. Es importante resaltar que siempre

fue un objetivo del gobierno nacional, que esta normativa fuera acorde a los lineamientos internacionales para que existiera una unificación de criterios. Lo anterior, busca que se de en lo que respecta a la mensajería de datos, la firma digital y sobre las entidades encargadas de hacer la verificación y certificación, entre otros.

A continuación, se darán una breve exposición sobre los principios sobre los que se sustenta la Ley 527/99, el objetivo, no es hacer un análisis exhaustivo sobre estos:

3.4.2.1. Alcance internacional

Según reza el artículo 3 de la Ley 527/99 se evidencia que esta sea, armónica en relación con su interpretación en el contexto internacional, pues se reconoce que es fundamental trabajar de la mano de otras naciones para poder hacer efectiva la aplicación de tal normatividad como parte del avance de una sociedad cada vez más global.

3.4.2.2. La autonomía de voluntad

Según el artículo 4 de la Ley 527/99 se da reconocimiento a la libertad que tiene toda persona natural o jurídica de celebrar contratos que les permitan tener un espacio de regulación a sus actividades comerciales en el ámbito del comercio electrónico. Es decir, cuando dos personas deseen celebrar un contrato, entonces podrán llevar a cabo una serie de pasos y formalidades que estas consideren necesarias para dar forma y vida a su relación contractual de forma autónoma y voluntaria.

3.4.2.3. La autenticidad

Este principio señala que las partes que formalizan el acuerdo tengan la posibilidad de establecer cuál es el origen de un mensaje electrónico. De esta forma, es posible establecer el papel que ha desempeñado cada parte dentro de un negocio de índole electrónica, dando base a la seguridad jurídica que es necesaria para que las partes deseen concretar la negociación, así se establece la autenticidad de la operación contractual.

3.4.2.4. La equivalencia funcional

Lo que esto implica es el reconocimiento por parte de la Ley 527/99 de que se pueda hacer una homologación entre las operaciones contractuales tradicionales en donde una serie de formalidades daban la validez necesaria y que el papel físico daba testimonio

de su estatus. Así, se busca la forma de que por medio de herramientas digitales y electrónicas pueda existir la validez requerida y que de la seguridad jurídica a las partes celebrantes. Lo importante, es que esto da paso a una serie de acciones que buscan eliminar obstáculos contractuales.

3.4.2.5. La flexibilidad de la ley

Lo que indica este principio no es más que la necesidad de establecer un conjunto de medidas y disposiciones que busquen reconocer las leyes que ya existen en materia de regulación, pero que existan de forma continua la necesidad de ir interpretando los planteamientos expuestos para que no haya contradicción entre estos.

3.4.2.6. La imparcialidad frente cualquier tecnología

Lo que se exprese en este principio es la necesidad de que la ley sea totalmente neutra sobre la preferencia o aplicación sobre el uso de una u otra herramienta tecnológica, pues el cambio es inherente a la naturaleza de los avances tecnológicos que son la base de la plataforma electrónica.

3.4.2.7. La integridad

Lo que este principio quiere resaltar, es sobre el contenido exacto y claro del mensaje de datos que se envía por medios electrónicos¹⁶. Lo que se pretende, es que al momento de hacer una evaluación de las consecuencias e implicaciones que tiene un contrato, entonces, estos mensajes sirvan como puntos de referencia que brinden la información necesaria para lograr tal fin. El aspecto más importante tiene que ver con la serie de obligaciones suscitadas para las partes al momento de llevarse el acuerdo de partes.

3.4.2.8. De la evaluación de las pruebas

Este es uno de los principios que presentan un verdadero reto, en lo que respecta al carácter conceptual y práctico, al aplicarlo a la contratación por medios electrónicos, pues no es fácil de determinar en el momento en que se requiera. Además, presenta una serie de retos para aquellos que tienen la labor de hacer la verificación pertinente que

¹⁶ **Artículo 9 Ley 527/99**

diera lugar. Lo primero que se debe establecer es lo que se desea o necesita ser probado en un caso expedito (Parra, 2000). En referencia a este t3pico, el art3culo 11 de la Ley 527/99 regula al respecto, evidenciando que existe una serie de pasos que deben seguirse para evaluar de forma correcta las pruebas que sean recopiladas para dictar un veredicto respecto a un proceso que las requiera.

3.4.2.9. De la escritura y la firma

En lo que respecta a este principio, el art3culo 7 de la Ley 527/99 deja claro que los mensajes de datos y la firma digital son medios v3lidos para el cumplimiento de requisitos derivados de obligaciones rec3procas entre los celebrantes de una actividad contractual. Adem3s, estos se constituyen en herramientas de validaci3n legales, pues tiene la misma validez que el papel.

3.4.2.10. La consensualidad

Las personas que celebran contratos pueden hacerlo por v3a oral, escrita o de la forma en que consideren m3s pertinente entre s3, siempre y cuando se pueda considerar de forma inequ3voca la forma. No obstante, pueden existir casos en lo que la ley exige de forma directa la necesidad de realizar una serie de formalidades que den la solemnidad necesaria para dar por hecho tal acuerdo. Sin embargo, es importante se3alar que en materia de contrataci3n electr3nica hay libertad de formalizaci3n¹⁷.

3.4.3. Mensajer3a de datos

La mensajer3a de datos se puede definir como toda la informaci3n que se crea, transmite, recibe y guarda por medios electr3nicos o digitales. Lo que intenta aqu3 la Ley 527/99 es que este tipo de informaci3n puede ser homologada en relaci3n a la forma cl3sica de transmisi3n de informaci3n que usa el papel como medio v3lido de informaci3n, por ejemplo. La ley tiene en cuenta que a lo largo del tiempo se pueden ir presentando avances en las herramientas electr3nicas ya existentes y otras nuevas que pueden ir apareciendo de forma aleatoria, en tal caso, la normativa las contempla como v3lidas tambi3n.

¹⁷ **Art3culo 14 Ley 527/99.**

Lo que puede implicar una dificultad técnica es el papel que juegan las notarías¹⁸ como entidades de carácter probatorio, pues, es a través de estas que se pueden cumplir ciertas formalidades de carácter jurídico para dar testimonio de que se está dando un acuerdo de voluntades de conformidad a la ley. Sin embargo, no se puede obviar que, en relación con lo anterior, tenemos el parágrafo 2 de la Ley 588/2000 se puede encontrar una articulación concreta con la Ley 527/99 y que da el mismo valor legal que cualquier otro tipo de documento en papel que sea usado para validar los requisitos que sean necesarios para dar vida jurídica a un acuerdo contractual.

En consecuencia, se tiene que el mensaje de datos debe cumplir una serie de requisitos que son necesarios para ser considerado como homólogo válido para dar legalidad a un acto jurídico lo requiera por ley. En primer lugar, se debe tener constancia escrita digital del mensaje, porque puede ser requerido posteriormente para verificación¹⁹. En segundo lugar, está lo relacionado con la firma de quien se considera el iniciador del mensaje y sobre todo, que exista una forma de firma calificada e idónea para corroborar la veracidad de la misma sin importar el medio electrónico que se ha usado para tal fin²⁰. En tercer lugar, se tiene que conservar el original²¹. En cuarto lugar, se debe tener la certeza de que el mensaje siempre conserva la integridad de este en cualquier momento²². En quinto lugar, está la certeza sobre la preservación de los mensajes de datos y documentos en el formato original en el cual fue creado y la información relacionada con

¹⁸ **Artículo 1 Ley 588 del 2000. 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.”

¹⁹ **Artículo 6 Ley 527/99. Escrito.** “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste 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.”

Nota jurisprudencial. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en [sentencia C 831 de 2001](#).

²⁰ **Artículo 7 Ley 527/99. Firma.** “Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

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

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

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

²¹ **Artículo 8 Ley 527/99. Original.**

²² **Artículo 9 Ley 527/99. Integridad de un mensaje de datos.**

su origen²³. En sexto lugar está la permanencia de mensaje de datos y archivo de documentos por intermediarios, es decir se permite que la conservación de la información sea a través de personas ajenas a las celebrantes de un contrato²⁴.

3.4.4. Firma digital

La firma en el ámbito de un contrato constituye el punto culmen por medio del cual las partes que lo ejecuten dejan certificación de su voluntad expresa de contraer las obligaciones que se hayan fijado previamente en la fase de negociación, tal como se ha dejado claro a lo largo de este capítulo. En efecto, cuando se habla del comercio electrónico y en especial a la figura jurídica del contrato como testimonio de un acuerdo recíproco, entonces es necesaria comprender cuál es la homologación de tal aspecto importante en ese contexto. Es decir, cómo la legislación colombiana aborda esta cuestión es un tema en sí bastante complejo, pues se requiere de unas medidas de seguridad que permitan el uso de una firma digital o electrónica que sea lo suficientemente segura para las partes involucradas y los terceros que por alguna u otra razón deban intervenir en caso de así requerirlo.

En el desarrollo de las leyes que permitan homologar la firma digital se hace necesario que cumpla una serie de requisitos, cuya finalidad no es otra, que brindar la confiabilidad necesaria para todos los involucrados de forma directa e indirecta, es decir también terceros que puedan verse afectados por las actividades que se desprendan de la celebración de un contrato electrónico. Dicho de otro modo, la firma digital debe ser inalterables, legible en todo caso, debe identificar de forma clara a los celebrantes del contrato, es decir, debe brindar de forma específica la identificación de estos. Además, debe contener las fechas en que se lleva a cabo el contrato, entre otras. De esta forma, se brinda la base necesaria para que exista la seguridad jurídica necesaria que surtan algún efecto en relación lo que reza en el contrato.

En conclusión, podemos encontrar, que el artículo 28 de la ley 527/99 lo que hace es homologar de forma directa a la firma manuscrita con la firma digital, pues expresa su carácter y estatus legal bajo el mismo peso jurídico. Es decir, la dota de la misma validez

²³ Artículo 12 Ley 527/99. Conservación de los mensajes de datos y documentos.

²⁴ Artículo 13 Ley 527/99. Conservación de los mensajes de datos y archivos a través de terceros.

para ejercer la misma función en un acto jurídico de carácter contractual. Su función se basa en la aplicación de una serie de protocolos informáticos en donde la firma posee dos claves, una privada que sirve para generarla, es decir sólo el emisor tiene acceso a esta, y otra pública que sirve para verificarla por cualquiera que lo requiera.

3.4.5. Certificación

Las entidades de certificación son aquellas que tiene como objetivo brindar a los usuarios que lo requieran, las herramientas necesarias para realizar las respectivas verificaciones de las firmas digitales. Aparece la certificación de la información brindada y los elementos del contrato electrónico que sirvan como documento digital legal que formaliza un intercambio. La ley define lo que constituye una entidad o persona que pueda certificar²⁵. La entidad que se encargue de llevar a cabo la certificación, debe cumplir con una serie de requisitos para que pueda ejercer como tal, las funciones que son contempladas por en la ley el artículo 29 de la ley 527/99.

En adición con lo anterior, el artículo 30²⁶ de la misma ley define claramente cuáles son las funciones que pueden ejercer estas entidades. También la ley acota cuáles son los deberes que las entidades autorizadas para llevar a cabo la certificación. Lo anterior queda recopilado en el artículo 32²⁷ de la ley 527/99. Sin embargo, cabe aclarar que estas entidades, tienen todo el derecho de cobrar por sus servicios, las cantidades que consideren necesarias o justas de acuerdo a sus costos operativos.

²⁵ **Literal d) Artículo 2. Ley 527 de 1999.**

²⁶ **Artículo 30. Ley 527 de 1999. Actividades de las entidades de certificación.**

²⁷ **Artículo 32. Ley 527 de 1999. Deberes de las entidades de certificación.**

4. Factores de riesgo en la seguridad jurídica para la celebración de contratos electrónicos en Colombia.

4.1. Inexistencia-formalidades

La inexistencia de formalidades es uno de los principales factores de riesgo que podemos hallar en la seguridad jurídica. El sistema jurídico colombiano, aunque ha desarrollado desde hace más de veinte años una normativa que regule las relaciones contractuales a través de medios electrónicos, es innegable que posee muchas lagunas legales que hacen complejo y en ocasiones poco fiable para los usuarios del comercio electrónico. En general, existe un desconocimiento relacionado a la reglamentación que impera en el país para celebración de contratos electrónicos.

En primer lugar, habría que definir el concepto de mismo de inexistencia de un contrato desde el derecho. En este punto, es útil recurrir de forma intuitiva a la contraparte, es decir la existencia jurídica de un acuerdo contractual (Uribe, 2010). Se desprende, a partir de aquí, que la inexistencia es la ausencia de todos u algunos elementos esenciales en la formación y consolidación de un contrato electrónico, los cuáles se definieron en el capítulo anterior. Toda vez que alguna de estas formalidades no esté presente, o por falta de pruebas no pueda demostrarse que existió la formalidad, entonces se puede hablar de inexistencia en relación al contrato electrónico.

Dentro de la inexistencia de formalidades, se encuentra que la reglamentación no cobija a la celebración de contratos entre actores nacionales y los que están en el extranjero, es decir, que la normativa²⁸ sólo tiene un alcance nacional (Gomez C. , 2017). Teniendo en cuenta que la importancia del comercio electrónico radica en la capacidad de tener acceso a un mercado global a través de plataformas digitales para la transmisión de la información, es necesario que existan las herramientas legales que permitan arbitrar casos en los que uno de los litigantes tenga su domicilio por fuera de las fronteras colombianas.

La importancia de lo anterior, se extiende a asuntos específicos de las etapas ya estudiadas para la formación de una actividad contractual, en especial de aquellas que

²⁸ Ley 1480 de 2011. Congreso de Colombia

pueden ser caracterizadas en el contexto mercantil. En relación, con lo anterior, una de las dificultades radica en la palpable incapacidad que posee una persona para conocer si su contraparte tiene o no la capacidad de cumplir con las obligaciones bilaterales derivadas de un acuerdo jurídico de voluntades, dentro del comercio electrónico. Es decir, si no existe un mecanismo legal que ayude a los celebrantes, entonces la seguridad jurídica deja de tener validez y por tanto se han de perder grandes oportunidades en el comercio electrónico como motor de impulso en la economía. Según un artículo de El Espectador, Colombia ocupaba el tercer lugar a nivel latinoamericano en eCommerce según reportó el Commerce Index 2017, y que para el 2018 el crecimiento de la compraventa de bienes y servicios se estimaba crecería en un 20% según las proyecciones de la Cámara de Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE) (Líder, 2018).

El objetivo principal, radica en la determinación de responsabilidades en caso de presentarse reclamación en relación a un incumplimiento de un contrato electrónico. En términos generales, se hacen unas consideraciones para determinar la responsabilidad inherente, tales son, la existencia de daño, que haya premeditación o acción que conlleve a riesgo, entre otros. En todo caso, cuando diere lugar una evaluación de daño, quien dirima tal situación deberá operar bajo un criterio de objetividad, pues de otro modo, ciertas cuestiones que atañen a la conducta humana son complejas de evaluar y en todo caso inoperantes.

4.2. Integridad

Uno de los primeros problemas que se encuentran al momento de llevar a cabo una actividad de tipo mercantil, usando medios electrónicos como canal de comunicación es aquel que deriva de la integridad, es decir, que la información relacionada con los celebrantes de un contrato de índole comercial pueda considerarse como veraz o inalterada. Ante esta situación, la ley debe brindar una serie de mecanismos y medidas que garantice la seguridad jurídica del contrato para todos los que participan de la actividad en sí.

Actualmente hay una gran proliferación de los medios electrónicos y tecnológicos que permiten realizar un sin número de transacciones en tiempo real. De esta forma la dinámica mercantil ha alcanzado picos elevados de desarrollo de y de versatilidad. Sin embargo, es importante brindar una serie de medidas que aseguren la integridad de las

transacciones en todas sus etapas. En especial, aquellos que tienen que ver con el aspecto jurídico que es que nos ocupa en este trabajo. No obstante, desde el punto de vista informático y tecnológico, se aplican una serie de protocolos que van en ese sentido. La encriptación de la información que se intercambia y el uso de firmas digitales²⁹ que permiten generar una sensación de seguridad en los participantes en el comercio electrónico.

Se desprende de esta situación la importancia de salvaguardar la integridad de la información que sea necesaria transmitir por los medios electrónicos que haga falta. Lo que se busca, es que en el proceso de transferencia exista la certeza de que no va a existir una alteración de lo que se pretenda comunicar entre el emisor del mensaje de datos y el receptor final. En este sentido, es importante reconocer que en cualquier momento de la transferencia pueda detectarse si hubo una serie de cambios en el mensaje que se intenta transmitir, aun cuando ya se haya producido la firma de este.

La ley 527 de 1999 establece en el artículo 8 cómo debe ser la forma correcta en la que aquel que firma adquiere un conjunto de deberes para garantizar la seguridad de la mensajería de datos entre las partes. Concretamente, se espera que se procure conseguir un proveedor certificado en sistemas de seguridad informática que provee canales de certificación y verificación de la información consignada. En general, se tiende a utilizar un sistema de firmas electrónicas que brinden la certeza de que sólo quien posee dicho elemento sea verdaderamente la persona con quien se quiere hacer el acuerdo.

El problema jurídico que surge en este punto, es que el sistema de seguridad elegido pueda garantizar que la información no sólo sea almacenada y contrastada posteriormente. Es menester que también se garantice, que, en cualquier momento, la información mantenga su contenido original, es decir, que no sufra modificación alguna y que, en caso de darse, puede tenerse certeza de cuándo, dónde, cómo y por quién fue modificada. Esto, implica que haya un sistema de encriptación de la información consignada en un mensaje de datos o en su almacenamiento. Si bien hay una serie de herramientas informáticas que logran dicha encriptación, se ha demostrado que también pueden ser vulnerables.

²⁹ **Artículo 28. Ley 527 de 1999.**

Actualmente se está desarrollando e implementando un sistema de seguridad bastante más complejo de violar. El llamado Blockchain (Cadena de bloques), el cuál consta de una red inmensa de servidores en todo el mundo que están interconectados, pero que tienen autonomía para almacenar la información. Es precisamente esta característica lo que hace al Blockchain seguro, pues si un individuo pretende violar la información, entonces tendría que hacerlo en todos los servidores al mismo tiempo, lo cual es una tarea imposible, al menos hasta ahora.

Al respecto (Ibañez) menciona que:

La llamada “cadena de bloques” (blockchain, en inglés) es un protocolo criptográfico, usado inicialmente para crear la divisa Bitcoin. En síntesis, se basa en integrar ficheros informáticos, relacionados matricialmente por identificadores o códigos (por ejemplo, alfanuméricos), según combinaciones generadas con algoritmos, en múltiples ordenadores y de forma idéntica en todos. Lo cual, cuando un número suficiente de usuarios participa en el sistema, permite la perfecta, irreversible y sincrónica identificación del contenido incorporado a aquellos ficheros (p. 2).

La duda surge si este mecanismo es compatible con lo que expresan los artículos 9 y 10 de la Ley 527/99 en relación a los organismos que tienen la potestad de expedir las certificaciones necesarias para dar por cierta la integridad y autenticidad de una información transmitida por medios electrónicos.

4.3. Autenticidad

Uno de los factores de riesgo que pueden darse, una vez que se haya llevado cabo la fase de negociación de un contrato electrónico, está relacionada con la capacidad de establecer una serie de medidas o protocolos que permitan minimizar las distorsiones, desviaciones, o posibles errores que puedan darse en la comunicación entre la parte y la contraparte, que celebran cualquier acuerdo de tipo comercial, por medios electrónicos. Es decir, que existan una discrepancia entre lo expresado por una parte y lo que recibe el destinatario final.

La situación de error puede presentarse por distintos factores que están relacionados a la forma en que la información es emitida y recibida, pues al no existir una

relación directa entre las partes, entonces cabe la posibilidad de que el contenido del mensaje quede desvirtuado o distorsionado producto de fallas en la vía establecida para tal fin. En caso de darse tal situación, entonces se presenta una situación que anula el contrato siempre y cuando se compruebe que existe un cambio sustancial en lo que se acordó entre los celebrantes del acuerdo. Además, es posible hablar de una responsabilidad de quien emite el mensaje cuando diere lugar la intervención no acordada de un tercero entre el mensaje enviado y el momento de la recepción de mismo, pues se alega de que el primero pudo incurrir en un uso no adecuado del dispositivo fijado para la comunicación (Perez, 2003).

En general se define la voluntad para llevar a cabo un acuerdo electrónico cuando existen dos fases: una fase previa de negociación o concertación entre las partes para establecer las condiciones vinculantes y en qué forma se ha de operar para cumplir con dichos requisitos previamente negociados, es decir hay potencialidad en el acuerdo. La siguiente fase es aquella que da perfección al acuerdo por los medios electrónicos legales establecidos para dicho fin. Sin embargo, cómo garantizar la seguridad jurídica y en especial la autenticidad de un contrato a nivel informático en caso de un error.

Sobre el error y la autenticidad, (Gomez C. , 2017) citando el siguiente caso del año 2008, cuando una empresa distribuidora de computadores ofrecía a los clientes la posibilidad de configurar las características de hardware adicionando un valor al precio inicial que era de \$298.997. Unas siete mil personas agregaron un procesador más potente con un costo adicional de \$221.258, es decir que el costo total ascendía a \$520.255, sin embargo, por una falla en la página, los dos valores se restaron dejando el precio final en \$77.739, esta falla duró cerca de 4 horas, tiempo en el cual se hicieron unos siete mil pedidos de computadores. La empresa en cuestión se negó a hacer entrega de los equipos.

4.4. Suplantación

La suplantación de una identidad es sin duda una de los factores de riesgos más latentes dentro del comercio electrónico. La causa de esto radica precisamente en la existencia del contacto directo entre las partes, pues de lo que se trata es que los medios electrónicos permitan ser el canal de comunicación entre estos. De esta forma, es fácil prever que es posible suplantar una identidad de alguna manera en la que sea fácil tomar el lugar de un tercero para llevar a cabo una actividad comercial que implique una

responsabilidad contractual mutua, sin que la persona cuya identidad está siendo suplantada tenga conocimiento alguno de esto.

El problema que genera la situación descrita anteriormente, implica que haya un ambiente poco propicio en el mercado electrónico para llevar a cabo una dinámica mercantil que realmente genere confianza entre los que desean acceder a este. Entre las situaciones que pueden generarse puede presentarse una suplantación en alguna etapa de la negociación a causa de una situación técnica o no. De cualquier forma, la pregunta que surge naturalmente es ¿qué se puede hacer en esta situación? Y es innegable que son prolijas las posibilidades en este sentido y cómo se puede abordar este asunto.

Desde un punto de vista práctico es plausible transferir la responsabilidad en caso de suplantación a quien permitió que sus datos fueran usados en la forma incorrecta. Esto es, que aquella parte que no cuidó de sus datos personales, firma digital, claves u otro medio de identificación en la red que sea válido para llevar a cabo una contratación que genere responsabilidad. Los elementos de juicio en este caso, deben ser objeto de un minucioso análisis por parte de quienes tienen el papel de certificar la veracidad de la información transmitida por medios electrónicos o de las autoridades legales pertinentes para dirimir tal situación.

En países desarrollados, como el caso de EE.UU, Francia, Canadá, entre otros existen formalismos jurídicos que eventualmente logran dar luces al momento de arbitrar en este tipo de casos, por ejemplo cuando uno de los implicados es un menor de edad, en caso de hacerse pasar por una persona adulta, en tal caso, la persona a cargo termina siendo imputada de los cargos (Kossiur, 1997). En este caso, la firma digital juega un papel importante, pues, al igual que una firma manuscrita en papel, esta se convierte en un rasgo único para cada individuo que la certifique.

4.5. Lavado de activos y financiación del terrorismo

Uno de los grandes interrogantes que surgen, cuando se habla de la seguridad jurídica es la posibilidad de que por medio de actividades mercantil en el eCommerce puedan darse ilícitos que permitan el lavado de activos y la financiación del terrorismo. En estos momentos la evasión de impuestos en Colombia está siendo combatida por

medio de mecanismos que buscan un incentivar el pago de los impuestos derivados de actividades económicas.

Sin embargo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional (DIAN) posee un gran problema técnico que por razones que no se entran a analizar en este documento, está muy atrás en la vanguardia tecnológica, pues no ha hecho un proceso de digitalización total del sistema, que permita hacer un seguimiento más estricto y en tiempo real del flujo económico derivados de las actividades empresariales.

La seguridad jurídica se ve afectada directamente en este caso, pues impide que exista una certificación inmediata de las actividades comerciales de una persona, sea natural o jurídica, que desarrolle su modelo económico a través del comercio electrónico. De esta forma, se abre la puerta al lavado de activos surgidos de actividades ilícitas y que en general, financian al terrorismo. En este caso, las normas deben propender por ser robustecidas por un sistema de verificación de la información que se consigna por las empresas.

5. Dificultades en la seguridad jurídica para la celebración de contratos electrónicos

Son varias las dificultades que se identifican en la seguridad jurídica para la celebración de contratos electrónicos y los factores en dicho proceso. **La ley aplicable** resulta amplia y variable frente a la contratación electrónica en Colombia, desde la ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, la cual surge de la Resolución 51/162³⁰ de 1996 la cual sirvió a los Estados para la aprobación de las Leyes Modelo o marcos legales de Comercio Electrónico para los países miembros de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por petición a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), hasta las modificaciones mediante acuerdos privados que realicen las partes en la formación y validez de los contratos, como la ley expresamente los faculta.

Pasando también por; Tratados Internacionales y Tratados de Libre Comercio sobre la materia, el Código Civil y el comercial, así como las demás disposiciones que en ejercicio de la libertad contractual plasmen las partes siempre y cuando atiendan los imperativos de orden público o normas no modificables por acuerdos privados. Lo anterior, presenta la primera dificultad para los sujetos contractuales, puesto que no pueden atender solo al acuerdo de voluntades o a lo que sus acuerdos privados revistan, sino que existen varios conjuntos de normas que son operativas en todo momento y **aunque puedan ser conocidas por todos los involucrados**, su operación y la forma en que lo hacen restringen la amplitud y el avance de la contratación comercial electrónica, ya que en muchos casos puede incluso llegar a predicarse la inexistencia o la nulidad de los mismos por el desconociendo de la ley aplicable y su operación.

Por otro lado, cobra importancia la dificultad de **que la ley sea vigente**, pues no se puede garantizar que las normativas han sido pensadas para hacerlas perdurables en el tiempo. Dado lo vertiginoso de la red, lo rápido que puede irse dando la evolución electrónica y al ser el derecho un producto cultural que debe adaptarse conforme van

³⁰ Resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

cambiando las realidades sociales, es a través del acceso a la justicia que tiene todo ciudadano donde se hace necesario **una institución fuerte que administre justicia** para la aplicación eficaz de la ley, pues no la ley sino los jueces serían los llamados a interpretar las aceleradas realidades y situaciones que se presenten en la contratación electrónica, actuando con celeridad, conocimiento y especialidad, lo que no se les puede garantizar totalmente a los sujetos contractuales al momento de aplicar la justicia.

5.1. Confidencialidad

La dificultad jurídica presente en la celebración de un contrato electrónico, viene de la mano de la inexistencia de una norma que regule la confidencialidad de la información suministrada por medio electrónicos. Es decir, no existe un marco jurídico claro, bajo el cual, se pueda dar amparada los datos que personas naturales o jurídicas. Sin embargo, lo anterior no implica la carencia de algunas disposiciones institucionales como la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) que intenten dar solución a este particular. En concreto los relacionados con la decisión 486 en el artículo 260 de la Comunidad Andina (Bonnet, 2018).

Respecto a los pronunciamientos hechos por la SIC, estos han ido encaminados a la llamada confidencialidad del secreto empresarial y comercial, el objetivo, ha sido atacar la competencia desleal en los sectores económicos del país. Es decir, que aquella información o conocimientos que son exclusivos de las empresas que los desarrollan o poseen por medio de una adquisición legal puedan salvaguardar la confidencialidad de esta, bajo cualquier circunstancia. Incluyendo el contexto del eCommerce y por ende de los contratos electrónicos.

Respecto a la disposición hecha por la Comunidad Andina, se encuentra con un intento de definir de manera clara, lo que implica el secreto empresarial y su caracterización. Sin embargo, al hacer un análisis de lo que allí está consignado, se deriva que se contempla dentro del secreto empresarial la existencia de información confidencial, pero esto no implica que todo lo que sea considerado como información confidencial sea implícitamente un secreto empresarial o comercial. Luego, dentro del ámbito de la información suministrada por medios electrónicos para la celebración de contratos electrónicos qué implicaciones tiene.

Si bien, podemos hacer una distinción entre la información caracterizada como privada y reservada, donde la primera hace referencia a la que sólo puede ser accedida por un conjunto de personas específicas, pero no implica que la misma posea naturaleza privilegiada. La segunda, por el contrario, hace referencia al tipo de información que no debe ser revelada bajo ninguna circunstancia, salvo aquellas excepciones que así lo requieran. En relación con esto último, se puede listar los siguientes casos “un listado plus de clientes o de temas comerciales puede ser información confidencial, los salarios y evaluaciones de los empleados de una compañía información privilegiada y la forma de operaciones interna de una compañía información reservada” (Bonnet, 2018).

La situación se complica, pues según los conceptos emitidos por la SIC sobre la confidencialidad de la información, esta, debe puede ser caracterizada como tal, sólo cuando se ha especificado y sentado como tal previamente a la celebración de un contrato. Es decir, que no necesariamente por el hecho de que exista un acuerdo de voluntades, este implique que automáticamente exista el secreto empresarial o comercial de forma inmediata. Luego, aparecen las dudas sobre aquella información derivada de la actividad misma, en la medida en que el contrato entre en vigencia e inicie operaciones.

Por ejemplo, de lo anterior, se encuentra la relación de proveedores o clientes de una compañía, en especial en el eCommerce. Los acuerdos electrónicos que se espera sean la base de dicho modelo comercial, entran a fungir aquí una serie de interrogantes para los interesados en dicha modalidad. Lo que la SIC dictamina al respecto, es que para que la información pueda elevarse a un nivel de confidencialidad, debe entonces contener un conjunto de datos específicos que puedan generar vulnerabilidad por su contenido a los relacionados en dicho listado.

En este caso, es evidente la dificultad que encuentra una persona al momento de celebrar un contrato por medios electrónicos para hallar un mecanismo jurídico concreto y eficaz que le permita amparar la información que está suministrando por medio de un acuerdo electrónico. Se debe tener en cuenta, que en la práctica los acuerdos privados del eCommerce se hacen sólo a través de un click en pantalla, en donde en general el cliente acepta las condiciones que el proveedor le imponga, en este caso, cómo se puede garantizar la confidencialidad del cliente.

5.2. Derechos de autor

Los contratos electrónicos tienen asociadas distintas dificultades jurídicas como ya se ha mencionado en el apartado anterior. Es importante señalar, que los derechos de autor no son ajenos a este fenómeno, pues cualquier autor desea poder conocer cuál es el destino que toma su obra cuando es distribuida por internet. Lo anterior, se dificulta porque el índice de difusión es exponencial, en especial, cuando la obra en su naturaleza misma puede alcanzar índices de popularidad elevados entre los usuarios de este medio. Es importante señalar que toda obra que ha sido debidamente registrada legalmente, esto implica que, toda ganancia derivada del uso comercial de la obra por terceros tendrá ganancias para el autor de acuerdo a los acuerdos pactados en este sentido.

Lo anterior por homologación normativa, se extiende al ámbito digital, incluyendo al eCommerce. Es decir, que toda obra debidamente registrada debe tener autorización expresa del autor de la misma para poder ser usada en un entorno electrónico por un tercero. Aquí es donde la equivalencia en la función legal, permite que el artículo 113 de la ley 23 de 1982 pueda encontrar la equivalencia funcional necesaria (Serna). Lo anterior puede hacerse directamente por medio de la mensajería de datos que cumpla con los requerimientos vistos en capítulos anteriores. Es decir, que por medio de este elemento se puede negociar un acuerdo entre el autor y la persona natural o jurídica que desee obtener la licencia para el uso de una obra de dicha contraparte con un fin comercial o en la red.

Sin embargo, en relación a las formas de contratación que existen hoy día sobre la forma de explotar comercialmente cualquier obra, existen distintos tipos de contratos que han sido homologados cuando de eCommerce se trata. Sin, embargo, el problema surge en relación a la llamada libertad contractual que en este tipo de acuerdos conlleva a una serie de limitaciones sobre la autonomía de voluntad. En relación con lo anterior, se observa que un autor sólo puede autorizar en un acuerdo una única manera de uso de la misma obra a la vez. Lo que implica que, para un mismo cliente, tendría que celebrar distintos contratos en caso de que este desee utilizar una obra del mismo autor en distintas formas³¹.

³¹ Artículo 77. Ley 23 de 1982.

Además de lo señalado arriba, no hay forma de llevar a cabo una interpretación más amplia, por el contrario, es limitada. Es decir que cuando se establece un acuerdo entre el autor y un interesado, este sólo puede ceñirse en forma expedita y concisa a los derechos que el primero le permita en el contrato final firmado³². En adición con lo anterior, es posible que pueda presentarse interpretaciones jurídicas que conlleven a que se pueda interpretar bajo una presunción de onerosidad, una cesión gratuita de derechos de autor por una obra (Serna).

Por otro lado, puede presentarse una serie de disposiciones que derivan del artículo 129 en relación al alcance que posee un acuerdo de derechos de autor, para disponer de futuras obras derivadas de la misma. Es decir, que un acuerdo, no implica que el cliente pueda tener acceso o derecho a utilizar cualquier obra que surja en el futuro, aunque sea del mismo autor o derive de esta. Esto es, que existe una disposición de nulidad. Un aspecto más a resaltar al respecto, tiene que ver con la relación de paternidad que un autor posee con su obra, y que, según normativa³³, impide que esta pueda ser alterada de cualquier forma, pues considera que atenta contra la integridad misma del autor.

Todo lo que se ha mencionado arriba es un conjunto de dificultades para la seguridad jurídica al momento de celebrar contratos electrónicos. Principalmente, se desprende que existe una limitación grande en cuanto a la autonomía de voluntad, pues ciertos elementos presentes en la normativa que regula los derechos de autor, impiden que el autor o terceros puedan tener una relación contractual en plenitud de derechos, tal como las dinámicas del eCommerce demandan actualmente y en un futuro. Es importante que se replanteen nuevas formas de interpretación jurisprudencial que propendan por dar una mayor libertad a los implicados.

³² **Artículo 78 de la Ley 23 de 1982.**

³³ **Decisión Andina 351 de 1993.**

Conclusiones

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la informática ha sido y continúa siendo vertiginoso desde que hicieran su aparición en el siglo pasado. Es innegable su penetración en todos los ámbitos de las actividades humanas, pues han significado un sin número de avances y cambios radicales en las formas de vida de toda la humanidad. Aún, en los lugares más alejados de la civilización humana la presencia de la tecnología es importante. Sin embargo, todo esto plantea una serie de desafíos y nuevos paradigmas asociados a todas estas actividades. Sin embargo, el marco legal como principio cohesivo de las sociedades sobresale en este sentido.

La seguridad jurídica es sin duda alguna, la base principal sobre la que cualquier actividad humana puede tener un verdadero equilibrio y desarrollo, pues brinda la confianza necesaria entre los miembros de esta, para ejercer de forma diáfana y segura el intercambio con sus semejantes en medio de un contexto legal claro y confiable. La importancia de la seguridad jurídica en la celebración de contratos por medios electrónicos y en general en el llamado comercio electrónico, es definitiva necesaria para que exista un desarrollo robusto de este tipo de actividades que tienden a beneficiar a todos los sectores de la humanidad. La economía colombiana requiere dar un paso adelante en este sentido y sólo con un marco legal claro y conocido por todos los ciudadanos, entonces podrá brindar la capacidad de ejercer un verdadero empoderamiento de las capacidades de negociación y alcance que las tecnologías informáticas y electrónicas brindan para generar valor monetario.

Los riesgos son inherentes a cualquier actividad humana, en especial aquellas que requieren de un intercambio contractual que genera obligaciones recíprocas para quienes de forma voluntaria deciden participar de su celebración. Es por esto, que, la teoría de riesgos en la normativa colombiana requiere de una unificación total y clara de los estatutos del derecho privado, para tener una significativa homologación con la ley 527 de 1999 y así permitir una unificación de criterios que permitan agilizar todos los procesos asociados a los procesos de reclamación que dieran lugar a la celebración de contratos electrónicos.

Los factores de riesgo asociados a la celebración de contratos electrónicos son un conjunto de situaciones que derivan de las debilidades de la seguridad de los canales

usados para llevar a cabo estas actividades. Es decir, en la medida en que los sistemas informáticos, electrónicos y digitales posean imperfectos en su configuración del código fuente y la arquitectura de los mismos entonces siempre existirá la posibilidad de que estos sufran alteraciones significativas que puedan conllevar a situaciones de litigio entre los celebrantes de un contrato electrónico o los terceros que puedan ser perjudicados de alguna forma por la actividad misma, directa e indirectamente.

La seguridad jurídica debe tener una clara plataforma legal que permita una flexibilidad en su alcance, pero que deje totalmente claro cuáles son sus protocolos y formalismos que permitan salvaguardar los intereses privados y públicos asociados a las actividades mercantiles de toda índole que sean celebradas por medio de contratos electrónicos. Es menester, que se propenda por homologar totalmente, el conjunto de funciones realizadas en la actualidad por las notarías, esto es, que por medio del uso masivo y bien regulado de nuevas tecnologías como el blockchain se puedan operar en línea aquellas pautas que necesiten de una certificación y autenticación de documentos, pues de esta manera se puede crear el ecosistema jurídico que el eCommerce requiere para impulsar el desarrollo económico colombiano.

En la medida que exista el componente humano, entonces hay que aceptar la existencia de dificultades para el ejercicio de la seguridad jurídica. En consecuencia, con lo anterior, es importante que el marco jurídico siempre esté en búsqueda de dar por medio del desarrollo legal, una serie de medidas eficientes y eficaces para salvaguardar esta serie de situaciones que entorpecen en la actualidad o en un futuro las actividades de tipo contractual entre los ciudadanos y que ayuden a dinamizar la economía por medio de actividades de tipo mercantil.

Bibliografía

- Alterini, A. (1993). *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Arrázola, F. (2014). El concepto de seguridad jurídica, elementos y. *Revista de Derecho Público* N.o 32, 1-27.
- Bohorquez, A. (1998). *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano* (Segunda ed., Vol. I). Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Bolas, J. (1993). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*. Madrid: Civitas.
- Bonnet, M. (13 de Agosto de 2018). *Asuntos Legales*. Obtenido de Asuntos Legales: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/monica-bonnett-529291/regulacion-de-la-informacion-confidencial-en-el-pais-2758941>
- Bravo, J. R. (2005). La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano: ideales, valores y principios. *Revista de la academia colombiana de jurisprudencia*, 11-41.
- Buitrago, D., & Vasquez, J. (Julio-Diciembre de 2018). Innovar en derecho: rompiendo paradigmas. *Revista CES Derecho*, 9(2), 164-166.
- CNUDMI. (2013). *COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL*. Obtenido de <https://uncitral.un.org/es/>: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf>
- Colombia. (s.f.). *Código Civil*. Legis.
- Colombia. (s.f.). *Código de Comercio*.
- Congreso de Colombia. (2011). *Ley 1480*. Bogotá DC.
- Contreras, J. A. (2015). *Teoría de los riesgos, diferencias en materia civil y en materia comercial/ Risk theory , differences in civil matters and commercial*. Medellín.
- Cubillos, R., & Rincón, E. (2002). *Introducción al comercio electrónico*. Bogotá DC: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

- Echeverry, A. (2006). La constitución de 1991 y el principio de seguridad jurídica. *Cuadernillos Avances*, 3-15.
- García, R. (2012). *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Lustel.
- Ghersí, C. A. (1994). *Obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Gomez, C. (Julio-Diciembre de 2007). El riesgo contractual en los Códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente. *Opinión Jurídica*, 6(12), 105-121.
- Gomez, C. (2017). El comercio electrónico. incidencias y desafíos en el derecho del consumidor. *Revista científica Codex*, 3(5), 35-51. Obtenido de revistas.udenar.edu.co/index.php/codex
- Gomez, V. (2004). *Realidad jurídica del contrato electrónico en Colombia*.
- Hernandez, M. (2004). *Seguridad jurídica. Análisis, doctrina y jurisprudencia*. Guayaquil: Edino.
- Ibañez, J. (s.f.). *Universidad Pontificia Comillas*. Obtenido de Repositorio Universidad Pontificia Comillas: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/14564/Blockchain_el_nuevo_notario.pdf?sequence=1
- Kemelmaier. (1998). La seguridad jurídica. *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, 181-184.
- Kossiur, D. (1997). *Understanding Electronic Commerce*. KOSIUR David. Understanding Electronic Commerce, Microsoft press Redmon.
- Líder, R. P. (14 de Octubre de 2018). *El Espectador*. Obtenido de www.elespectador.com: <https://www.elespectador.com/economia/el-comercio-electronico-un-sector-que-no-deja-de-crecer-en-colombia-articulo-817641>
- Mantilla, F., & Ternera, F. (2007). El derecho de los contratos: entre lo general y lo especial. En F. Mantilla, & F. Ternera, *Los Contratos en el Derecho Privado Colombiano*. Bogotá DC: Legis.

- Medina, V. (2012). El documento electrónico, contratación electrónica y firma electrónica en el ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela. *Télématique*, 11(2), 33-49.
- Ospina, G., & Ospina, E. (2002). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá DC: Librería Temis Editorial.
- Palma, J. L. (1997). *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Parra, J. (2000). *Derecho Probatorio*. Bogotá DC: Temis.
- Perales, M. d. (2001). *Comercio electrónico y protección a los consumidores*. La Ley.
- Perez, M. (2003). *El contrato por medios electrónicos*. Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia.
- Pizarro, C. (2018). Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos. *Revista de Derecho Privado*, 351-368.
- Serna, J. C. (s.f.). *Dirección Nacional de Derecho de Autor*. Obtenido de Derecho de Autor:
<http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/288664/la+utilizaci%C3%B3n+de+las+obras+en+el+entorno+digital+--+Juan+Carlos+Serna.pdf/8310e490-e5b4-4d93-b773-a6958584c883>
- Stein, T. (1997). Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal Alemana. *Contribuciones*, 7-31.
- Uribe, H. (Enero-Junio de 2010). La ineficacia del negocio jurídico en el derecho colombiano. *Criterios - Cuaderno de ciencias jurídicas y política internacional*, 3(1), 19-43.
- Valenzuela, D. (2001). *Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico*. Bogotá DC: Duré Editores.
- Vattier, C., & Vega, Y. (2001). *Instituciones del Derecho privado*. Bogotá DC: Editorial Temis S.A.

Villegas, H. (1993). El contenido de la seguridad jurídica. *Impuestos*, 3.