

*“Electronic commerce will be an engine of economic growth in the Twenty-first Century, with the potential to invigorate economies by enhancing productivity, streamlining distribution, facilitating trade and revamping corporate structures”\**

## **Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica\*\***

*Nelson Remolina Angarita\*\*\**

### **RESUMEN**

---

El artículo comprende una presentación de los principales tópicos de la regulación del comercio electrónico, los contratos online, y los click-wrap agreements. Adicionalmente, destaca algunos aspectos sobre otros temas relacionados con la empresa electrónica y el e-business en general.

### **ABSTRACT**

---

The article explains the regulation of ecommerce, online contracts, click-wrap agreements, and some important legal issues to look for in any e-business project.

**KEYWORDS:** Ecommerce, ebusiness, online contracts, shrink-wrap agreements, click-wrap agreements, browse-wrap agreements. Comercio electrónico, empresa electrónica, establecimiento de comercio electrónico, firma electrónica, firma digital, mensajes de datos; evidencia digital, archivos electrónicos, contratación electrónica, ICC e-terms.

---

\* Al Gore y Tony Blair (enero 30 de 1999). <http://www.usembassy.org.uk/it71.html>. Citado en: CHISSICK, MICHAELY KELMANALISTAIR. Electronic Commerce: Law and practice. Sweet & Maxwell. Segunda edición. Londres, UK. 2000. Pág. 1

\*\* Este artículo comprende gran parte de los apuntes y notas del autor que ha utilizado en sus clases como material de lectura así como una versión que redactó para la Cámara de Comercio de Bogotá.

\*\*\* Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Master of Laws del London School of Economics and Political Sciences. Profesor de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en donde se desempeña como Director del Área de

## Introducción

El uso adecuado de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's) contribuye al desarrollo de la gestión empresarial contemporánea. La economía bajo el contexto de la sociedad de la información está “*basada en un potencial de crecimiento de la productividad sin precedentes, como resultado de la extensión de los usos del Internet a toda clase de empresas y en operaciones de toda índole*”<sup>1</sup>. Estudios sobre la materia son consistentes en establecer que el comercio es grande y seguirá creciendo<sup>2</sup> de manera que las empresas que se nieguen al uso de las TIC's en sus estrategias de negocios quizá estén incurriendo en un “suicidio comercial”.

Como ha sucedido con otras instituciones mercantiles, el marco jurídico del comercio electrónico es fruto de usos y prácticas comerciales que progresivamente han alimentado la estructura y el funcionamiento jurídico de los negocios realizados a través de la utilización de mensajes de datos. Algunas de esas prácticas han sido explícitamente incorporadas en el “marco normativo formal”<sup>3</sup>. Otras, por su parte, no forman parte del mismo pero siguen teniendo plena aceptación y uso rutinario en las relaciones comerciales.

El comercio electrónico comprende las “*cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos<sup>4</sup> o de cualquier otro medio similar*”<sup>5</sup>. En la gestión empresarial, el comerciante debe considerar los aspectos jurídicos que involucra su actividad. No hacerlo podría ocasionarle problemas legales que se traducen en sanciones económi-

Derecho Privado (ADP), Director de la Especialización en Derecho Comercial y Director del GECTI [www.gecti.org](http://www.gecti.org). [nremolin@uniandes.edu.co](mailto:nremolin@uniandes.edu.co)

El autor agradece los comentarios y sugerencias del doctor Juan Pablo Esguerra Díaz, Profesor de Derecho Comercial y Sociedades de la Universidad de los Andes y de la doctora Ana María Otero Cleves, profesora e investigadora de la misma universidad.

1 Castells Manuel. *La galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Plaza & Janes Editores, S.A. Primera edición. Madrid, España. 2001. Pág. 19.

2 “A perfect market: A survey of e-commerce”. Estudio publicado el 15 de mayo de 2004 en la revista *The Economist*.

3 En este sentido compartimos la afirmación de la Corte Constitucional según la cual “La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social” (C-486 del 28 de octubre de 1993).

4 “Información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;” (Literal a del artículo 2 de la ley 527 de 1999).

5 Literal b) del artículo 2 de la ley 527 de 1999.

cas, pérdida de oportunidad de negocios, de tiempo y hasta de la libertad si la conducta realizada es considerada como delito.

Goodger afirma que “*tratar de abarcar todo lo que está pasando en el mundo de Internet y el e-commerce es como tratar de beberse un lago*”<sup>6</sup>. Por eso, el objetivo de estas notas es muy sencillo: presentar y comentar los ejes temáticos de la regulación del comercio electrónico y realizar algunas reflexiones sobre la empresa y la contratación electrónica con particular referencia a los clickwrap y los webwrap agreements. En ciertos casos se destacarán los retos que plantea el crecimiento del comercio electrónico en nuestra sociedad y se sugerirán elementos que deberían considerarse a la hora de diseñar e implementar políticas estatales para el desarrollo de la sociedad de la información y la economía digital.

## 1. La actividad comercial y las tecnologías: realidades y retos

Desde hace varias décadas los comerciantes han venido utilizando las TIC<sup>7</sup> para aprovechar las oportunidades comerciales y los métodos de negocios que genera la implementación adecuada de las tecnologías en la actividad mercantil. Particularmente se han utilizado para, entre otras, publicitar productos, contactar clientes, realizar invitaciones a contratar y ofertas, perfeccionar contratos, entregar productos y prestar servicios. El uso de estos medios ha sido una práctica que en las últimas décadas ha sido recogida y respaldada<sup>8</sup> explícitamente por normas nacionales e internacionales. No obstante, éstas no incorporan la totalidad de prácticas que surgieron y existen sobre la materia, ya que las mismas se centraron en regular los aspectos básicos para dar plena validez jurídica al uso de los mensajes de datos como otra forma de manifestación de la voluntad y medio probatorio. Adicionalmente, estas normas institucionalizaron los equivalentes funcionales de escrito, original, firma y archivos.

Se ha señalado que el “*eBusiness*” es una forma de integrar las nuevas tecnologías de la información con estrategias de negocios. Esta combinación puede aumentar

6 Goodger, Ben. E-commerce and its impact in pricing. Computers and Law. Oct/Nov de 1999. Pág. 22-29. Citado por Adriana Arango en su artículo “aproximación a la formación de contratos en Internet” publicado en el libro Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones. Editorial Legis, 2002.

7 Tecnologías de Información y Comunicación

8 Los problemas y dudas jurídicas que surgieron respecto del usos de las TIC’s en la contratación con anterioridad a la expedición de normas como la ley 527 de 1999 pueden ser consultadas en el siguiente libro: “La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos” del Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio de Madrid. 1988.

*significativamente la rentabilidad y el crecimiento de su empresa*<sup>9</sup>. Si bien su desarrollo ofrece importantes oportunidades, su crecimiento y consolidación no sólo depende de la existencia de un marco jurídico pertinente. En medio de una etapa de mutación entre un mundo tradicional a un contexto digital, los factores culturales y tecnológicos cobran muchísima importancia.

La falta de confianza en los mecanismos tecnológicos es uno de los principales obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico. Esto obedece a varios factores: (1) El anonimato de las transacciones electrónicas; (2) La dificultad práctica de garantizar la confidencialidad e integridad de la información; (3) El bajo acceso de las personas a las TIC's así como el desconocimiento de la forma como éstas funcionan, y (4) la barrera cultural. Por eso, se insiste, el problema del desarrollo del comercio electrónico no es sólo tecnológico o legal, porque estamos en una etapa de transición donde aún existe mucho desconocimiento y desconfianza sobre los negocios electrónicos o virtuales. En este sentido, Reichheld y Scheffer estiman que el precio no es el elemento esencial que impulsará los negocios a través de medios electrónicos sino la confianza que se genere en los mismos<sup>10</sup>. Así las cosas, es necesario reflexionar con miras a determinar si: ¿Las actuales prácticas comerciales generan un grado suficiente de confianza en los consumidores que nos permita prever una mayor aceptación y crecimiento del comercio electrónico?

Seguridad y confianza son factores estrechamente ligados. De no contar con medios electrónicos seguros las actividades no crecerán en las escalas deseables. Por eso, el desarrollo del comercio electrónico dependerá, en parte, del nivel de seguridad de las aplicaciones utilizadas en el mismo.

Confianza, en el contexto del comercio electrónico, puede entenderse como el hecho de tener seguridad de que la empresa y el consumidor van a realizar una transacción o cualquier actividad con las mismas o mayores garantías de las que tiene en el negocio tradicional. Ciertos aspectos que involucran el desarrollo de la confianza y la seguridad en el uso de medios electrónicos se destacan en la siguiente gráfica:

9 Cfr. OMONIA: Soluciones de Comercio Exterior. [www.eomonía.com/eBusiness/ebusiness.htm](http://www.eomonía.com/eBusiness/ebusiness.htm)

10 Reichheld Frederick F y Scheffer, Phil. E-Loyalty: Your Secret Weapon on the Web. Harvard Business Review. Julio de 2000.

**Cuadro No. 1.****Algunos factores que inciden en el grado de confianza de los negocios electrónicos.**

<b>IDENTIDAD</b>	Estar seguros que: (1) realizamos negocios con determinada persona y no con otra; (2) dicha persona existe y tiene capacidad jurídica.
<b>CONFIDENCIALIDAD</b>	Impedir que personas no autorizadas accedan a la información que queremos proteger.
<b>INTEGRIDAD</b>	Garantizar que los documentos electrónicos no sean alterados, modificados, falsificados o manipulados.
<b>NO REPUDIO</b>	Tener la certeza jurídica de que los mensajes de datos son una forma válida de manifestar la voluntad y un medio de prueba.

Identidad, confidencialidad e integridad son elementos cuya satisfacción depende del uso de tecnologías apropiadas a la luz del estado de la técnica de cada momento. El no repudio ha sido un frente abordado por las normas con miras a dar plena validez al uso de los mensajes de datos como mecanismo jurídicamente válido de manifestar la voluntad, para el perfeccionamiento de contratos y otras actividades, y como otro medio probatorio. Las leyes también han recurrido a la figura de los equivalentes funcionales para hablar jurídicamente de firma, escrito, original y archivo en el contexto digital. Estos son temas tratados en la ley 527 de 1999 y otras normas a las que nos referiremos mas adelante.

Otro reto para alcanzar una inmersión masiva de las TIC 's en todas las actividades es evitar al máximo que las mismas encarezcan la realización de cualquier gestión. Es importante que los creadores de políticas públicas sobre la materia no generen ni trasladen costos adicionales a los ciudadanos para que puedan beneficiarse del uso las tecnologías. De ser así, el empleo de las TIC 's será un privilegio de pocos y no llegarán a la mayoría de la población ni permitirá que crezca significativamente el volumen de los negocios y actividades con los consumidores y los ciudadanos en general. Piénsese, por ejemplo, en el uso de las firmas digitales avaladas por una entidad de certificación abierta para realizar negocios electrónicos o cualquier gestión ante una entidad estatal<sup>11</sup>. Si su costo es alto pues la gran mayoría de la pobla-

11 Esto último forma parte de una de las actividades que se engloban dentro del concepto de gobierno electrónico.

ción no podría acceder a sus beneficios ni tampoco crecerían significativamente las actividades que requieran de esta clase de firma ni se masificaría el gobierno electrónico. Por lo tanto, el Estado debe diseñar e implementar estrategias para que las mismas lleguen al común de los ciudadanos de manera que puedan hacer uso de dicho instrumento en todas las gestiones frente a los órganos estatales y los particulares.

En este sentido vale la pena que las autoridades competentes estudien la viabilidad y conveniencia de crear cédulas de ciudadanía que no sólo sirvan para identificar al ciudadano en el contexto tradicional sino que también le permita cumplir esa y otras funciones en el contexto digital. Se trataría entonces de incorporar un sistema único de identificación electrónica que sea económico, práctico, confiable y seguro para todos los colombianos. En el caso de España, por ejemplo, el Real Decreto 1553/2005<sup>12</sup>, de 23 de diciembre, estableció las bases jurídicas para que el Documento Nacional de Identidad (DNI) constituya el mecanismo de identificación físico y electrónico de los españoles. Según el artículo 1 de dicho decreto el DNI *“permite a los españoles (...) la identificación electrónica de su titular, así como realizar la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica”*. La firma electrónica realizada a través del DNI *“tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*.

En síntesis, frente al ciudadano los costos cobran mucha relevancia a tal punto que podrían determinar el éxito o fracaso de la puesta en marcha de las políticas y actividades del sector público y privado. No considerar y mitigar los riesgos que generaría este aspecto puede causar efectos contraproducentes en cabeza del Estado y del ciudadano respecto de las “ventajas y bondades” del uso adecuado de las TIC’s. Lo anterior sería aún más grave cuando el uso de las tecnologías para realizar una gestión frente al Estado<sup>13</sup> o los particulares<sup>14</sup> sea de carácter obligatorio.

Finalmente, vale la pena destacar los resultados obtenidos de una encuesta piloto que el autor aplicó a 252 personas durante el período comprendido entre junio de 2005 y febrero de 2006. La misma buscaba lo siguiente: (1) Cuantificar desde la perspectiva del consumidor algunos factores que pueden incidir en el desarrollo del comercio electrónico en Colombia, y (2) Orientar a las autoridades, organizaciones y empresarios sobre aspectos que podrían ser un camino para mejorar e incrementar los negocios a través de medios electrónicos.

12 “por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica”

13 Pago de impuestos, envío de información, entre otros.

14 Por ejemplo, el ejercicio de un derecho fundamental como lo es conocer los datos personales que sobre una persona tiene un tercero en su archivos o bases de datos.

A los encuestados se les entregó un formulario<sup>15</sup> para que calificaran de 0 a 10<sup>16</sup> el nivel de importancia que ellos le otorgan a diversos aspectos cuando realizan compras a través de internet. Todos los factores evaluados son elementos que el empresario debe tener presente en las operaciones a través de dicha red ya que los mismos reflejan el punto de vista de sus clientes. Una respuesta positiva frente a esas expectativas podría mejorar la imagen del empresario frente a los consumidores y la sociedad en general.

Los resultados muestran varias cosas. En primer lugar y contrario a lo que comúnmente se cree, el precio no es la principal razón por la cual las personas acuden a Internet para adquirir bienes y servicios. Desde luego que sigue siendo una variable importante pero las personas demandan mucho más que un buen precio. En segundo lugar, los consumidores confieren inmensa importancia a una serie de factores que les genera mayor tranquilidad y confianza para realizar actividades en la Internet tales como los niveles de seguridad que se implementan para proteger los datos personales y los sistemas de pago. Finalmente y en consonancia con las políticas nacionales e internacionales sobre protección de consumidor, los clientes también reclaman que en los negocios a través de Internet se les proporcione información completa, veraz y suficiente sobre el producto, el servicio y todos los costos que genere la adquisición y recibo de los mismos así como las garantías con que se confieren.

---

<sup>15</sup> La idea de la encuesta fue tomada de “Forrester survey of european online shoppers”. Nelson Remolina Angarita y Erick Rincón Cárdenas redactaron un primer texto de la encuesta el cual fue sometido a consideración de terceros para comentarios. La versión final implementó las sugerencias formuladas por Jeimy Cano, Rafael H. Gamboa B y Wilson Ríos. El autor agradece a Carlos Alberto Alfonso y su equipo de colaboradores de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes por la ayuda recibida en el procesamiento y tabulación de las encuestas.

<sup>16</sup> 0 = Ninguno; 10 = Máximo grado de importancia.

**Cuadro No. 2.****Prioridad de factores que el consumidor tiene en cuenta al momento de comprar en internet.**

1. Nivel de seguridad de la página web sobre la información del cliente	9,5
2. Nivel de seguridad de la página web sobre sistemas de pago	9,4
3. Información clara, precisa, completa y suficiente sobre el producto	9,2
4. Garantías del producto y de la entrega del mismo	9,0
5. Suficiente información sobre la transacción	9,0
6. Grado de confianza que le genera la página web	8,8
7. Procedimiento sencillo para realizar el pedido	8,6
8. Existencia de mecanismos para seguimiento en línea del pedido	8,6
9. Política de privacidad respecto del tratamiento de sus datos personales	8,5
10. Disponibilidad de diversos medios de pago electrónico	8,5
11. Costos de envío y entrega	8,5
12. Precio del producto	8,3
13. Tiempo de entrega	8,2
14. Existencia de mecanismos de acuse de recibo y de confirmación de envío y pago	8,0
15. Funcionamiento y acceso rápido de la página web	8,0
16. Suficiente información sobre la empresa (dirección, teléfono, país, etc)	7,8
17. Alternativas de solución de conflictos	7,8
18. Que el producto se entregue online o por medios tradicionales	7,5
19. Forma fácil de encontrar la página web apropiada	7,5
20. Logística de servicio postventa	7,4
21. El conocer la empresa fuera de la red	6,9
22. Publicidad	6,5
23. Presencia off line del vendedor	6,5
24. Recomendación de un tercero	6,5
25. Diseño de la página web	6,4
26. Que la información de la página web esté en su idioma nativo	6,2



## 2. Generalidades sobre el comercio electrónico

El comercio electrónico<sup>17</sup> (*e-commerce*) se refiere a todas las transacciones comerciales realizadas o basadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información, especialmente EDI<sup>18</sup> (*Electronic Data Interchange*) e Internet<sup>19</sup> (*Interconnected networks*). Nos encontramos frente a un área de gran relevancia jurídica y con un importante crecimiento económico. Las cifras<sup>20</sup> hablan por sí solas sobre este fenómeno: Los negocios a través de internet representaron en el 2004 dos trillones de dólares. Un 10 % corresponde a los negocios B2C<sup>21</sup> y el 90 % restante a las actividades B2B<sup>22</sup>. Para el año 2006 un estudio de Shop.org/Forrester Research Inc calcula que las ventas al por menor superarán los US\$200 billones<sup>23</sup>.

En el caso colombiano es difícil medir con absoluta certeza el impacto real del comercio electrónico en la economía y en la sociedad. No obstante, algunos artículos

17 La noción jurídica de comercio electrónico se encuentra en el literal b) del artículo 2 de la ley 527 de 1999. La sentencia C-1147 de 2001 de la Corte Constitucional hace referencia a dicha definición, así como a los siguientes temas: facultades de la DIAN y las transacciones en internet, internet y protección de derechos constitucionales, página web, mensaje de datos, sitio de Internet y registro mercantil.

18 Existen diversas definiciones de EDI. Así, de conformidad con el literal e) del artículo 2 de la ley 527 de 1999, EDI (intercambio electrónico de datos) se refiere a “la transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto.” La Comisión de las Comunidades Europeas, por su parte, lo concibe como “el intercambio o transferencia de datos preparados o formateados de manera estándar entre las diferentes aplicaciones que funcionan en los ordenadores de asociados comerciales con un mínimo de intervención manual.” (Ver: Aspects de L’E.D.I., Comisión des Communautés Européennes, D.G. Télécommunications industries de l’information et innovation, FR/89/1, EUR 11883 FR p. 12. Citado por Carrasosa López V. y otros en: La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos. Editorial Comenares. Tercera edición. Granada, 2000. Págs. 94-95).

19 Internet puede ser definido como el conjunto de redes que utilizan un mismo protocolo (o lenguaje de comunicación entre terminales) de transferencia (IP). La naturaleza global de Internet fue destacada mediante resolución del 24 de octubre de 1995 de la Federal Networking Council de los Estados Unidos, a saber: “Entendemos por Internet un sistema global de información que: 1) Está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado en el protocolo IP o en sus extensiones; 2) Es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y/o otros protocolos compatibles con IP; 3) Proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas”.

20 [http://www.eomonia.com/Capacitacion/Articulos/eBusiness\\_principios%20basicos.htm](http://www.eomonia.com/Capacitacion/Articulos/eBusiness_principios%20basicos.htm) (Última consulta 02-IV-06)

21 Business to consumers: negocios que se realizan entre empresas y consumidores finales

22 Business to business: negocios entre empresas

23 Cfr. The 2006 State of Retailing Online. <http://www.shop.org/press/06/052306.asp> (Última consulta 04-VI-06)

especializados muestran que éste está cobrando mayor trascendencia<sup>24</sup>, particularmente en lo referente a la banca electrónica. Esta actividad aglutina al 58%\* de los usuarios de Internet en Colombia y registra un número importante de transacciones tal y como se muestra en la siguiente gráfica:

### Cuadro No. 3 Evolución del número de usuarios y de transacciones de banca por internet

Año	Número usuarios banca por Internet	Promedio mensual de número de transacciones por internet
2001	660,562	2 millones
2002	839,413	4,619 millones
2003	1,041,103	11,275 millones
2004	2,041,455	14,910 millones
2005	2,245,601	16,127 millones

Fuente:Asobancaria\*.

Documentos internacionales reconocen el significativo potencial que tiene el comercio electrónico en el desarrollo económico. La Declaración conjunta UE-EEUU sobre comercio electrónico del 5 de diciembre de 1997, por ejemplo, destaca que *“el comercio electrónico global, promovido por el desarrollo del Internet, será un motor importante para el crecimiento de la economía mundial del siglo XXI. El comercio electrónico ofrece nuevas oportunidades para los negocios y los ciudadanos de todas las regiones del mundo.”*<sup>25</sup> La Directiva Europea sobre comercio electrónico coincide con las expectativas de la fusión entre la tecnología y los negocios al destacar que *“El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos.”*<sup>26</sup>

24 “Las 50 exitosas de la red”. Artículo publicado en la revista Business Technology. Mayo/junio de 2005. Págs 19-35.

\* Cfr. “El banco en el computador”. Artículo publicado en la página 2-I del periódico El Tiempo del 9 de julio de 2006.

\* Esta fuente y datos fueron tomados del artículo “El banco en el computador” publicado en la página 2-I del periódico El Tiempo del 9 de julio de 2006.

25 El texto de esta Declaración se puede consultar en <http://www.onnet.es/08001009.htm> (Última consulta: Marzo de 2006)

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

El comercio electrónico no es nuevo. Existe desde hace varios años<sup>27</sup> y ha sido tradicionalmente realizado a través de redes privadas reguladas por códigos o acuerdos de dicha naturaleza en el contexto de EDI. Con anterioridad a la expedición de normas como la ley 527 de 1999, los comerciantes acudían al contrato como la estrategia jurídica para dar validez al uso de la tecnología en los negocios.

La SWIFT<sup>28</sup> (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication), por ejemplo, es una red mundial de instituciones financieras líder en comunicaciones que permite la interoperabilidad entre las instituciones financieras, el mercado y los consumidores. Nació en 1973 cuando los bancos aún se comunicaban vía telex, el cual no era un medio seguro, estándar ni automatizado. En sus inicios se vincularon 293 bancos de 15 países para transmitir aproximadamente 300,000 comunicaciones diarias entre ellos. A enero de 2006 se encuentran vinculadas 7,800 instituciones financieras de 200 países.<sup>29</sup> Se estima que diariamente circulan 9 millones de mensajes<sup>30</sup> para instrumentalizar necesidades de los clientes y operaciones financieras (pagos, negociación de valores, servicios comerciales) que ascienden a trillones de dólares diarios. En promedio, la transmisión de un mensaje de datos dura menos de 20 segundos.<sup>31</sup>

No obstante lo anterior, el advenimiento de Internet alteró la estructura del mercado y expandió el campo de acción del comercio electrónico significativamente.<sup>32</sup> El Profesor Dickie resume este cambio de la siguiente manera:

---

trónico). Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016. Consultar texto y comentarios en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24204.htm>

27 Dickie, John. *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*. Hart Publishing. Oxford - Portland Oregon, 1999.

28 <http://www.swift.com>

29 [http://www.swift.com/index.cfm?item\\_id=43232](http://www.swift.com/index.cfm?item_id=43232) (Consultado el 23-I-06)

30 Durante el 2002 circularon 1.8 billones de mensajes de datos

31 [http://www.swift.com/index.cfm?item\\_id=1243](http://www.swift.com/index.cfm?item_id=1243) (Consultado el 23-I-06)

32 En 1998 la Organización Mundial del Comercio (OMC) señaló en su estudio "Electronic Commerce and the Role of the WTO" los seis principales tipos de instrumentos electrónicos utilizados para el desarrollo del comercio: Teléfono, fax, televisión, sistemas de pago electrónico, EDI e Internet. No obstante, dada la invasión masiva de la internet en todas las actividades comerciales, seguramente el comercio electrónico se irá mudando de sus parámetros clásicos, e incluso de la utilización de líneas especiales EDI, a Internet.

## Cuadro No. 4.

## Comercio electrónico tradicional comparado con el comercio electrónico a través de Internet.

Comercio electrónico a través de red cerrada (EDI)	Comercio electrónico a través de red abierta (Internet)
Carácter centralizado	Carácter descentralizado
Sistema de seguridad es parte del diseño	Seguridad por implementar
Club/socios conocidos	Ilimitación de actores
Sistema cerrado	Sistema abierto
Plataforma técnica-jurídica preestablecida	Plataforma técnica-jurídica por establecer
El mercado es un club	La red es el mercado

La decisión de si las actividades de comercio electrónico se desarrollarán a través de un “*sistema cerrado*” (por ejemplo, EDI<sup>33</sup> o intranet<sup>34</sup>) o un “*sistema abierto*” (por ejemplo, Internet<sup>35</sup>) es un aspecto fundamental que determinará el nivel de riesgos que se desean asumir. La selección de uno u otro implica la evaluación de diversos niveles de riesgo jurídico-tecnológico y el desarrollo de diferentes medidas

33 Tradicionalmente EDI hace alusión a un sistema cerrado. No obstante, EDI puede ser un sistema abierto. EDI cerrado se refiere al intercambio electrónico de datos llevado a cabo entre un grupo de participantes limitado. Este intercambio de datos usualmente se realiza a través de redes privadas —aunque no excluye el uso de interconexión con redes públicas— que funcionan bajo normas técnicas previamente convenidas entre los participantes de la misma y reguladas por códigos o acuerdos de dicha naturaleza. La adopción de este tipo de acuerdos fomenta la seguridad jurídica al pactar el régimen de cuestiones carentes con frecuencia de regulación en los ordenamientos nacionales, al tiempo que recoge el compromiso explícito de las partes de respetar y no desconocer las formas de acceso y seguridad de la red, así como la plena validez de las operaciones que se realicen a través de la misma.

Para el Working Group of the International Standards Organisation ISO IEC JTC 1/WG3, EDI abierto se refiere al intercambio electrónico de datos utilizado entre participantes autónomos, por medio de la utilización de los estándares públicos y con el propósito de obtener la interoperabilidad entre los sectores económicos, los sistemas técnicos de la información y los datos.

34 Intranet es una red privada que se basa en las mismas tecnologías que Internet, pero que está restringida para el uso de un grupo de usuarios determinado. (Amor, Daniel. *The E-business Revolution. Living and Working in an Interconnected World*. Prentice Hall PTR. Pág. 595. Buenos Aires, 2000)

35 Internet posee una arquitectura técnica abierta, descentralizada, distribuida y multidireccional en su interactividad que permite la conexión en red de todas las redes informáticas de cualquier punto del planeta (sistema abierto de comunicación entre ordenadores). Su arquitectura de comunicaciones se basa en los tres siguientes principios: “una estructura reticular, un poder de computación distribuido entre los diversos nodos y una redundancia de funciones en la red, para minimizar el riesgo de desconexión.” (Ver. Castells. *Ob. Cit.* Págs. 31 y 32).

con miras a alcanzar un ambiente adecuado para realizar actividades a través de medios tecnológicos.

La naturaleza global, internacional y transfronteriza de muchas de las actividades realizadas en internet, así como el carácter descentralizado e interactivo de sus servicios son elementos determinantes de la perspectiva con que debería abarcarse la implementación de los tópicos tecnológicos y jurídicos necesarios para el funcionamiento de un proyecto de comercio electrónico. No obstante, dado el carácter centralizado de un “sistema cerrado” y los mecanismos de seguridad del mismo, podría ser más conveniente para tal propósito ya que permitiría controlar posibles eventualidades difíciles de prever bajo un “sistema abierto” de acceso ilimitado de actores y sin suficientes medidas de seguridad.

### 3. La regulación del comercio electrónico y la armonización jurídica internacional.

El uso de las tecnologías en las actividades comerciales cuestiona el rol y la eficacia de las barreras físicas o geográficas en el comercio internacional y contribuyen a acelerar el fenómeno de la globalización.<sup>36</sup> Quien coloca su página web en internet está llegando a personas de cualquier parte del mundo e imprime a su actividad connotaciones de alcance internacional. Esta realidad debe ser considerada por quien estructura negocios en internet porque ello implica no sólo respetar las normas locales sino las regulaciones internacionales.

Desde los años 60 la ONU<sup>37</sup> ha afirmado que las disparidades entre legislaciones nacionales que rigen el comercio internacional crean obstáculos para el comercio, lo cual es inconsistente con el proceso de conformación de grandes bloques económicos que requieren una plataforma jurídica integrada. Adicionalmente, la UNIDROIT<sup>38</sup> ha establecido que las innovaciones tecnológicas y comerciales hacen que las transacciones tiendan a ser transnacionales. Por eso, las respuestas normativas al fenómeno del comercio electrónico y cualquier actividad relacionada con el uso de las tecnologías, se caracterizan por tener enfoque internacional y ser armonizadas. En síntesis, el comercio electrónico requiere una aproximación jurídica coherente y coordinada internacionalmente.<sup>39</sup>

En la siguiente gráfica se destacan los principales instrumentos proferidos por diversas entidades con miras a lograr un grado mínimo de armonización jurídica en aspectos centrales del uso de los Tic's en los negocios.

<sup>36</sup> Un análisis de la incidencia de las tecnologías en la globalización puede consultarse en el siguiente libro del Profesor Anthony Guiddens. *Runaway world: How globalisation is reshaping our lives*. Publicado por Routledge. New York, 2003.

<sup>37</sup> Organización de las Naciones Unidas. <http://www.un.org>

<sup>38</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. <http://www.unidroit.org>

<sup>39</sup> En la citada declaración de UE-EEUU sobre comercio electrónico se puntualizó que “el papel de los gobiernos es proporcionar un marco legal claro y consistente, promover

**Cuadro No. 5.****Organismos que promueven la armonización de la regulación de aspectos relacionados con el comercio electrónico.**

ENTIDAD	ALGUNOS PRODUCTOS RELEVANTES
<b>UNCITRAL (ONU)</b> <a href="http://www.uncitral.org">www.uncitral.org</a>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Recomendaciones a los gobiernos y a las organizaciones internacionales sobre el valor jurídico de los registros computarizados (1985)</li> <li>- Resolución 45/96 principios rectores para la reglamentación de ficheros computarizados de datos personales. (1990)</li> <li>- Leyes modelo sobre (1) comercio electrónico (1996) y (2) firmas electrónicas (2001)</li> <li>- Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005)</li> </ul>
<b>PARLAMENTO EUROPEO</b> <a href="http://www.europarl.eu.int/">http://www.europarl.eu.int/</a>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Modelo Europeo de Acuerdo de EDI (94/820/CE)</li> <li>- Directivas:               <ul style="list-style-type: none"> <li>* 95/46/CE del sobre protección de datos personales</li> <li>* 1999/93/CE sobre firma electrónica</li> <li>* 2000/31/CE sobre comercio electrónico</li> <li>* 2001/29/CE “Armonización de derecho de autor y derecho afines en la sociedad de la información (comercio electrónico)</li> <li>* 2002/58/CE Protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas</li> <li>* 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios</li> <li>* 2006/24/CE del 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE</li> </ul> </li> </ul>

un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda florecer y asegurar la protección adecuada de objetivos de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la prevención del fraude, la protección del consumidor y la seguridad nacional”.

<p><b>OECD</b> <a href="http://www.oecd.org">www.oecd.org</a></p>	<p>- “Guía para la protección de la privacidad y transferencia de flujos de información personal (1980). - Recomendaciones relativas a los lineamientos para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico (1999)</p>
<p><b>UNIDROIT</b> <a href="http://www.unidroit.org">www.unidroit.org</a></p>	<p>- Principios sobre los contratos comerciales internacionales (Versiones 1994 y 2004)</p>
<p><b>ICC</b> <a href="http://www.iccwbo.org">www.iccwbo.org</a></p>	<p>- ICC E-terms, 2004</p>
<p><b>ICANN</b> <a href="http://www.icann.org">http://www.icann.org</a></p>	<p>- Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio. 1999 - Reglamento de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (el “Reglamento”). 1999</p>

En el caso colombiano, la ley 527 de 1999 es producto de la labor de armonización que organismos internacionales han liderado para lograr a nivel mundial un consenso sobre fundamentos jurídicos mínimos para el desarrollo del comercio electrónico y el uso de los mensajes de datos como una nueva forma jurídica válida para manifestar la voluntad y como medio de prueba. La ONU a través de la CNUDMI<sup>40</sup> o UNCITRAL publicó en 1996 la ley modelo sobre comercio electrónico cuyos principales propósitos son los siguientes: (1) “*ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan (...) crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico*”<sup>41</sup>, y (2) “*conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel*”<sup>42</sup>

A junio de 2006, la ley modelo ha sido acogida por varios países que la han convertido, con algunos ajustes, en ley interna.<sup>43</sup> Adicionalmente ésta también ha

40 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Su principal función es fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

41 Los problemas básicos detectados en su momento y que se quieren solucionar con la ley modelo fueron los siguientes: (1) No validez jurídica al uso de los mensajes de datos como medio para manifestar la voluntad, (2) No aceptación de los datos almacenados en soportes informáticos como prueba en los litigios; (3) exigencia normativa y práctica de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel.

42 Tanto la ley modelo como la guía explicativa de la misma puede ser consultada en <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

43 Australia (1999), China (2004), Colombia\* (1999), Ecuador\* (2002), Eslovenia (2000), Filipinas (2000), Francia (2000), India\* (2000), Irlanda (2000), Jordania (2001), Mauricio (2000), México (2000),

influido tanto en las normas estatales y federales de los Estados Unidos y de Canadá, como en la regulación Europea sobre el tema.

#### 4. Establecimiento de comercio electrónico, los nombres de dominio y la dirección de correo electrónico como elementos claves del empresario

El grado de aprovechamiento de las TIC's en las actividades comerciales difiere según el proyecto de negocios de cada empresario. Algunos acuden a ellas como un mecanismo auxiliar o parcial, mientras que otros le apuestan a emplear las tecnologías como el único medio para alcanzar los fines de su negocio. Este sería el caso, por ejemplo, del “librero virtual” que utiliza internet no sólo como un sistema para fomentar las ventas, sino también como un medio para distribuir libros digitales. De esta manera, envía directamente productos intangibles a la computadora de sus clientes a través de la red.

El contexto tecnológico nos obliga a adaptar instituciones jurídicas concebidas en el mundo material, físico o tradicional al mundo electrónico o digital. Hoy en día es perfectamente viable la existencia de negocios y operaciones 100% digitales sin necesidad de elementos materiales. Uno de estos ejemplos es la institución del establecimiento de comercio electrónico.

El legislador de 1971 concibió al establecimiento de comercio como “*un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa*”<sup>44</sup>. Dentro del listado enunciativo de los elementos que conforman el establecimiento de comercio<sup>45</sup> no se incluyeron los sitios de internet, ni las páginas web. Desde el punto de vista jurídico<sup>46</sup> la página web y el sitio de Internet hacen alusión a un mismo

---

Nueva Zelandia (2002), Pakistán (2002), Panamá\* (2001), República de Corea (1999), la República Dominicana\* (2002), Singapur (1998), Sri Lanka (2006), Sudáfrica\* (2002), Tailandia (2002) y Venezuela (2001). [\* Salvo en lo que respecta a las disposiciones sobre certificación y firmas electrónicas]

Se ha preparado legislación uniforme influida por la Ley Modelo, y por los principios en que se basa ésta, en: (1) los Estados Unidos de América (Ley uniforme de transacciones electrónicas, adoptada en 1999 por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre la Ley Uniforme Estatal) y (2) Canadá (Ley uniforme de comercio electrónico, adoptada en 1999 por la Conferencia de Derecho Uniforme del Canadá) Cfr. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html) (Última consultada 02-VI-06)

44 Artículo 515 del Código de Comercio

45 Cfr. Artículo 516 del Código de Comercio

46 Desde la perspectiva técnica la doctrina señala algunas diferencias entre la página web y el sitio de Internet. “Una página de Internet o página Web es un documento electrónico que contiene información específica de un tema en particular y que es almacenado en algún sistema de cómputo que se encuentre conectado a la red mundial de información denominada Internet, de tal forma



bien<sup>47</sup>. Se entiende por sitio de Internet el “(...) conjunto de elementos computacionales que permiten el almacenamiento, intercambio y/o distribución de contenidos en formato electrónico a los que se puede acceder a través de Internet o de cualquier otra red de comunicaciones y que se disponen con el objeto de permitir el acceso al público o a un grupo determinado de usuarios. Incluye elementos computacionales que permiten, entre otros servicios, la distribución o intercambio de textos, imágenes, sonidos o video”<sup>48</sup>.

La página web, por su parte, ha sido definida en nuestro ordenamiento jurídico como el “documento situado en una red informática (Web), al que se accede mediante enlaces de hipertexto”<sup>49</sup>. El artículo 91 de la ley 633 de 2000 ordena que “Todas las páginas Web y sitios de Internet de origen colombiano que operan en el Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiero o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro Mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la información de transacciones económicas **en los términos que esta entidad lo requiera**”<sup>50</sup>

---

que este documento pueda ser consultado por cualesquier persona que se conecte a esta red mundial de comunicaciones y que cuente con los permisos apropiados para hacerlo. (...)Una página Web tiene la característica peculiar de que el texto se combina con imágenes para hacer que el documento sea dinámico y permita que se puedan ejecutar diferentes acciones, una tras otra, a través de la selección de texto remarcado o de las imágenes, acción que nos puede conducir a otra sección dentro del documento, abrir otra página Web, iniciar un mensaje de correo electrónico o transportarnos a otro Sitio Web totalmente distinto a través de sus hipervínculos.”

El sitio web, por su parte, se refiere al “conjunto de archivos electrónicos y páginas Web referentes a un tema en particular, que incluye una página inicial de bienvenida, generalmente denominada home page, con un nombre de dominio y dirección en Internet específicos. (...) Los Sitios Web pueden ser de diversos géneros, destacando los sitios de negocios, servicio, comercio electrónico en línea, imagen corporativa, entretenimiento y sitios informativos”. <http://www.informaticamilenium.com.mx/paginas/espanol/sitioweb.htm#dpagina> Consultada el 23-III-06

47 A la luz de algunas normas de nuestro marco jurídico se puede afirmar que página web y sitio de Internet tienen un mismo significado. Ciertas disposiciones se refieren a ambos (Art. 91 de la ley 633 de 2000) o a uno de ellos. La expresión “página web” se utiliza, entre otras, en las siguientes normas: Artículo 3 del decreto 4110 de 2004; artículos 19, 21 y 22 del decreto 760 de 2005, artículo 11 del decreto 2900 de 2005, artículo 8 del decreto 3512 de 2003, artículo 16 del decreto 3626 de 2005, artículos 1, 9, 11, 12, 21 y 26 del decreto 2170 de 2002. El término “sitio”, por su parte, se emplea en el artículo 2 del decreto 1524 de 2002, el artículo 1 de la resolución 1455 de 2003 del Ministerio de Comunicaciones y el artículo 1 del ACUERDO No. PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia.”

48 Cfr. numeral 5 del artículo 2 del decreto 1524 de 2002

49 Cfr. artículo 8 del decreto 3512 de 2003

50 Este artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en sentencia C-1147 del 31 de octubre de 2001, salvo las expresiones señaladas con negrilla, las cuales fueron declaradas inexecutable.

Sobre esta última disposición ha surgido la duda respecto de qué se entiende por página web o sitio de internet de “origen colombiano”. No conocemos disposición que precise el alcance de dicha expresión pero por la finalidad de la norma creemos que busca el registro de todo comerciante que deba pagar impuestos en Colombia por las actividades que realice a través internet. Con el citado registro no sólo se logrará identificarlos sino llevar un control sobre sus operaciones en dicho medio. La Superintendencia de Industria y Comercio precisó que *“si el sujeto obligado tiene su domicilio en Colombia, su página web o sitio de internet será “de origen colombiano”, debiendo, por tanto, cumplir con lo señalado en el artículo 91 de la ley antes mencionada.”*<sup>51</sup> Sobre el mismo punto, la Corte Constitucional manifestó que *“los deberes que consagra el artículo 91 de la Ley 633 de 2000 se predicán de las personas que efectivamente prestan los servicios personales, económicos y financieros que se realizan por medio de páginas web y sitios de Internet –los agentes materiales de la actividad económica.”*<sup>52</sup>

Consideramos que el sitio de internet o la página web puede ser parte del establecimiento de comercio de los empresarios que operan de manera simultánea tanto en la Internet, como en el medio físico a través mecanismos tradicionales. Pero, cuando éstos son los únicos bienes que tiene el empresario para realizar los fines de la empresa, dicho sitio o página web constituyen el establecimiento de comercio del empresario. En este sentido nos apartamos de la opinión de la Superintendencia de Industria y Comercio según la cual un sitio de web no puede ser, per se, un establecimiento de comercio.<sup>53</sup>

El nombre de dominio es utilizado por el empresario como un signo distintivo de empresas, de establecimientos de comercio, de sitios de Internet o de páginas web. El artículo 1 de la resolución 1455 de 2003 del Ministerio de Comunicaciones señala que el nombre de dominio *“representa un identificador común a un grupo de computadoras o equipos conectados a la red y constituyen una forma de dirección de Internet diseñado para permitir a los usuarios localizar de una manera fácil sitios en Internet”*. (subrayamos). La decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre el régimen de propiedad industrial menciona los nombres de dominio en el artículo 233 para indicar que *“Cuando un signo distintivo notoriamente conocido se hubiese inscrito indebidamente en el país miembro como parte de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico por un tercero no autorizado, a pedido del titular o legítimo poseedor de ese signo la autoridad nacional competente ordenará la cancelación o modificación.”*

Puede afirmarse que los nombres de dominio son el “alias” de una dirección IP. Se trata de una identificación electrónica única y alfanumérica que representa una forma fácil de reconocer un sitio web. El nombre de dominio es único, global e internacional y constituye un valioso intangible para su titular. Casos han demostrado lo

51 Concepto 04108712 del 12 de noviembre de 2004

52 Cfr. sentencia C-1147 de 2001

53 Cfr. Concepto 04108711 del 21 de Diciembre de 2004

importante que es en los negocios y las ventajas económicas significativas que acarrea para las empresas que han posicionado en el mercado su nombre de dominio.

La decisión 486 de 2000 comprende dentro de los signos distintivos las marcas, los lemas comerciales, los rótulos y enseñas, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia. A la luz del artículo 190 de la citada norma, el nombre comercial es “*cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil.*” Una vez posicionado un nombre de dominio, la gente lo asocia con un empresario o con una empresa. Adicionalmente y con la aclaración que hicimos anteriormente, un sitio en internet puede ser el establecimiento de comercio del empresario en el contexto digital. Todo lo anterior, nos permite afirmar que el nombre de dominio es un signo distintivo que se engloba dentro del concepto “nombre comercial”.

Además del nombre de dominio, la dirección de correo electrónico del empresario y de sus establecimientos ha cobrado importancia jurídica para efectos de envío de comunicaciones y notificaciones. En nuestro marco legal encontramos normas que equiparan la dirección física con la dirección electrónica. Veamos:

El parágrafo del artículo 29 de la ley 794 de 2003 establece que “*para efectos de las notificaciones personales, los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deberán registrar en la Cámara de Comercio (...), la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica si se registran varias direcciones, el trámite de la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas.*” El artículo 32 de la citada ley<sup>54</sup> (modificatorio del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil) señala que para efectos de la notificación por aviso y para el caso de “*las personas jurídicas de derecho privado con domicilio en Colombia, el aviso podrá remitirse a la dirección electrónica registrada según el parágrafo único del artículo 315, siempre que la parte interesada suministre la demanda en medio magnético. En este último evento en el aviso se deberá fijar la firma digital del secretario y se remitirá acompañado de los documentos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, caso en el cual se presumirá que el destinatario ha recibido el aviso y sus anexos cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. El secretario hará constar este hecho en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos. Así mismo, conservará un archivo impreso de los avisos enviados por esta vía, hasta la terminación del proceso.*”

“*Parágrafo primero. El Consejo Superior de la Judicatura implementará la creación de las firmas digitales certificadas, dentro del año siguiente a la promulgación de esta ley.*” (Subrayamos)

Según el artículo 4 del Acuerdo No. PSAA06-3334<sup>55</sup> del 2 de marzo de 2006 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “*La dirección de correo electró-*

<sup>54</sup> Los artículos 29 y 32 de la ley fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-783 del 18 de agosto de 2004.

<sup>55</sup> “Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia.”

*nico y el método de firma electrónica definido por el Consejo Superior de la Judicatura, serán utilizados exclusivamente para realizar actos de comunicación procesal y cumplir con las responsabilidades propias de cada autoridad judicial”.*

## 5. Principales aspectos de la ley 527 de 1999.

La ley 527 de 1999 constituye el marco jurídico integral y general que avala, salvo algunas excepciones, el uso de los mensajes de datos en todas las actividades del sector público y privado. Su importancia es indiscutible sin perjuicio de que con anterioridad a la misma ya existían normas sectoriales que trataban ciertas cuestiones relacionadas con temas como la desmaterialización, la factura electrónica, la administración de justicia y los medios electrónicos entre otros. En las siguientes líneas se hará referencia a varios de los principales aspectos de la citada ley.

### 5.1. Ámbito de aplicación

El campo de acción de la ley va más allá de las operaciones comerciales a través de medios electrónicos (comercio electrónico). Aunque la ley regula aspectos de dicha materia y es conocida como la “*ley de comercio electrónico*”<sup>56</sup> fue redactada de manera que comprenda, salvo las dos únicas excepciones que explícitamente menciona la ley,<sup>57</sup> todas las actividades en que se involucre el uso de mensajes de datos.<sup>58</sup> La ley 527, por ejemplo, tiene aplicación en las actividades del Estado con otras entidades estatales y con los particulares. Lo anterior se deriva del mismo texto de la norma que ha sido avalado y desarrollado en sentencias de la Corte Constitucional así como de algunos conceptos de entidades públicas que hacen referencia a ley aludida.<sup>59</sup> La Corte, concretamente, señaló que: “(...) *la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus*

---

56 Este término no es sólo utilizado por el común de la gente sino que también nuestros jueces lo emplean para referirse (de manera imprecisa o parcial) a la ley 527 de 1999. Así, el Consejo de Estado mediante concepto 1.376 del 11 de diciembre de 2001 da ha entender que la ley 527 rige sólo el “comercio electrónico” y que ésta no contiene los postulados fundamentales para el uso de los mensajes de datos y las firmas digitales en todas las actividades entre particulares entre sí o con el Estado.

57 a) Las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; y b) Las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón del riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

58 Cfr. Artículo 1 de la ley 527 de 1999

59 Por ejemplo, consultar el siguiente concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio: 01007028 del 21-III-2001.

*disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico.*<sup>60</sup>

Con anterioridad a la ley 527 existían disposiciones jurídicas que hacían referencia a algunos aspectos relacionados con el uso de las TIC's. No obstante a partir de la expedición de la misma se ha venido presentado un fenómeno de promulgación de normas que no sólo introducen explícitamente aspectos tratados en la ley 527 de 1999 sino que desarrollan aspectos puntuales para su aplicación en determinados sectores. A título de ejemplo podemos citar las siguientes normas:

- Contratación estatal: artículos 1, 2, 3, 5 y el capítulo IV del decreto 2170 de 2002 y los decretos 2178 y 2434 de 2006.
- Actividad notarial y consular: Artículo 1 de la ley 588 de 2000.
- Procedimiento civil: Artículos 109 (Modificado por el Decreto 2282 de 1989), 315, 320 (Estos dos últimos fueron modificados por la ley 794 de 2003), 432 (Modificado por el decreto 2282 de 1989) del Código de Procedimiento Civil.
- Administración de Justicia: Artículo 95 de la ley 270 de 1996 y Acuerdo No. PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.<sup>61</sup>
- Firmas digitales y entidades de certificación: Decreto 1747 de 2000. Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio: 26930 de 2000<sup>62</sup>, 1007 del 24 de enero de 2002 (Certicámara S.A.), 17257 del 31 de mayo de 2002 (Aeronáutica Civil), 25352 del 31 de agosto de 2002 (Instituto Colombiano de Codificación y Automatización Comercial), 6372 del 28 de febrero de 2003 (Banco de la República); 29844 del 22 de octubre de 2003 (A Toda Hora S.A.) y 36119 del 30 de diciembre de 2005 (DIAN).
- Función administrativa y trámites: Ley 962<sup>63</sup> del 8 de julio de 2005; artículo 4 de la ley 537 de 2000 y artículo 4 del decreto 266 de 2000.<sup>64</sup>

60 Corte Constitucional, sentencia C-831 de 200.

61 "Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia"

62 "Por la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores"

63 "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos"

64 Este artículo fue declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000. No obstante, el decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1316 del 26 de septiembre de 2000, providencia confirmada por las Sentencias C-1317 del 26 de septiembre de 2000 y C-055 del 24 de enero de 2001.

- Impuestos: Artículo 9 del Decreto 1487 de 1999 (declaraciones tributarias); artículos 1-2 del Decreto 1094 de 1996 (Factura electrónica).
- Desmaterialización: Artículo 1 del Decreto 1748 de 1995; Ley 546 de de 1999 y resolución 89 de 2000 de la Superintendencia de Valores (Bonos hipotecarios) y Ley 964 del 8 de julio de 2005.<sup>65</sup>

Los mensajes de datos<sup>66</sup> son el núcleo fundamental de la ley porque ellos se convierten en otro medio jurídicamente válido de manifestar la voluntad y por ende, de realizar cualquier actividad (contratos). El concepto legal<sup>67</sup> de los mismos se redactó de manera que abarque los antiguos, actuales y futuros medios que permitan crear, archivar y comunicar información.

## 5.2. Principios

Existe un grupo de fundamentos que irradian el alcance e interpretación de la ley. Algunos de ellos están explícitamente incorporados en la misma, mientras que otros forman parte de los mencionados en la ley modelo sobre comercio electrónico de la UNCITRAL. Los mismos no son sólo un elemento de interpretación sino un eje orientador en la fijación de algunas políticas públicas y de la reglamentación sobre la materia. Dentro de los principales principios se destacan los siguientes: internacionalidad, primacía de la autonomía de la voluntad, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica. Cada uno de ellos será explicado a continuación.

### 5. 2.1 Internacionalidad

El artículo 3 de la ley 527 envía un mensaje al operador de la ley (jueces, abogados, empresarios y autoridades, entre otros) para que al momento de interpretarla, siempre tenga en cuenta los principios y objetivos que inspiraron dicha regulación, así como la connotación que la misma ha adquirido en el contexto internacional. Con ésto, se pretende que la labor internacional de armonización de normas no se diluya vía interpretación local de cada operador.

En virtud de lo anterior, el citado artículo ordena que a la hora de ser interpretada la ley debe tenerse en cuenta los siguientes factores (1) su origen internacional; (2) la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y (3) la observancia de la buena ley. Para el caso de temas que se rijan por la ley pero que no estén explícitamente

---

65 “Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones”

66 Cfr. Lit. a) del artículo 2 de la ley 527 de 1999.

67 Ídem.

te resueltos por ella se deben observar los objetivos generales en que dicha norma se inspira tales como: “1) *facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales*; 2) *validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información*; 3) *fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información*; 4) *promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia*; y 5) *apoyar las nuevas prácticas comerciales*.”<sup>68</sup>

Según la UNCITRAL el artículo 3 de la ley en comento sigue lo señalado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías.

### 5. 2.2 Primacía de la autonomía de la voluntad.

La ley da prevalencia al acuerdo de voluntad de las partes<sup>69</sup> en aspectos fundamentales en la realización de actividades a través de intercambio de mensajes de datos, como los siguientes: ¿Cuándo se entiende perfeccionado un contrato electrónico?, ¿Cuándo se considera recibido el mensaje de datos?, ¿En dónde fueron enviados o recibidos los mensajes de datos?, ¿Cómo sabrán las partes que el mensaje fue efectivamente enviado o recibido?, ¿Cuándo una parte debe entender que el mensaje de datos recibido proviene de determinada persona y no de otra?, ¿Cómo tener certeza para saber que un mensaje de datos fue enviado o recibido por la persona indicada y no por un tercero?, ¿Si el destinatario recibe varios mensajes de contenido idéntico y provenientes del remitente se debe entender que se trata de copias o que estamos frente a mensajes diferentes?, ¿Cómo establecer que el contenido del texto no fue alterado o modificado?, ¿Cómo determinar que durante la transmisión del mensaje de datos su contenido no fue leído por terceros?

La respuesta a estos interrogantes comprende un aspecto cardinal en el uso y comunicación de los mensajes como lo es la absoluta certeza en cuanto a la transmisión de los mismos y respecto de la integridad y confidencialidad del contenido de los mensajes de datos.

De no pactar nada las partes, en virtud del principio de la autonomía, entonces se dará aplicación supletiva a las respuestas que para cada caso trae la ley en los artículos 16 a 25.

### 5. 2.3 La equivalencia funcional

Los equivalentes funcionales son los pares de instituciones del mundo material en el contexto digital. Se basan en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones

<sup>68</sup> Cfr. Ley modelo sobre comercio electrónico de la UNCITRAL

<sup>69</sup> Cfr. Artículo 4 de la ley 527 de 1999.

en el contexto tecnológico. Así por ejemplo, a partir del conocimiento del rol jurídico que cumple el papel<sup>70</sup> como medio físico, se diseñó una solución técnico-jurídica en un medio electrónico que cumpla los mismos fines y además, le imprima al documento electrónico las bondades propias de la tecnología (ahorro de tiempo, etc.).

La ley 527 de 1999 no buscó establecer un equivalente informático para cada clase de documento, sino que incorporó pautas y condiciones aplicables a cualquier situación. La ley consagra los equivalentes funcionales<sup>71</sup> de escrito, firma, original en el contexto digital. Con éstos se buscan que dichas instituciones cumplan las mismas funciones que tienen en el uso de medios tradicionales. Para la Corte Constitucional, la ley 527 *“adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.”*<sup>72</sup>

Los artículos 6, 7 y 8 de la ley comparten una misma estructura en el sentido que señalan los requisitos o condiciones que debe cumplir un mensaje de datos para que se entienda que es “escrito”, está “firmado” y se trata de un “original”, tal y como sucede con los documentos en medio físico.

## 5. 2.4 Neutralidad tecnológica

Este principio reconoce algo evidente: La tecnología cambia constantemente. Si la ley se “casa” con una tecnología en particular muy seguramente la norma quedará obsoleta rápidamente. Por eso, la ley 527 exige algunos requisitos técnicos fundamentales pero no señala la tecnología específica que se deba utilizar. Así las cosas, si la ley requiere que se utilicen tecnologías confiables para garantizar la integridad de un mensaje de datos, el operador puede escoger la tecnología que desee siempre y cuando sea fiable a la luz del estado de la técnica y del momento histórico que se requiera.

70 Un documento de papel cumple, entre otras, las siguientes funciones: (i) Proporcionar un documento legible para todos; (ii) Asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; (iii) Permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; (iv) Permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y (v) Proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.

71 Un desarrollo completo y crítico de este tema se puede encontrar en el siguiente artículo: Umaña Chau, Andrés Felipe. Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999. Artículo publicado en la “Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías” del GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. No. 1. Abril de 2005.

72 Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000. En igual sentido consultar los siguientes conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio: 01007028 del 21 de marzo de 2001 y 03046333 del 25 de junio de 2003.



### 5.3. Firma, firma electrónica, firma digital y entidades de certificación.

La legislación comercial define la firma como “*la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal.*”<sup>73</sup> La firma digital y la firma electrónica son formas de identificación personal en el contexto digital. No obstante, éstas pueden cumplir funciones adicionales. Por una parte, permiten saber si el texto se ha alterado o modificado (integridad) y de otra, “presumen” que quien firme con este tipo de mecanismos se obliga o, por lo menos, no desconoce el contenido del documento.

Tradicionalmente, la noción de firma está íntimamente vinculada con el empleo del papel. El artículo 7 de la ley 527 de 1999 se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en los documentos físicos, las cuales deben ser cumplidas en los documentos electrónicos, enfocándose en los siguientes roles de la firma: a) identificar a una persona; b) dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar; y c) asociar a esa persona con el contenido de un documento (confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento). La norma citada se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que él aprueba el contenido del documento.

Lo importante sobre este tema es que se utilice un mecanismo de identificación fiable y apropiado. Para la UNCITRAL la firma electrónica es fiable si: “*a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.*”

Para determinar si el método utilizado es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales que destaca la UNCITRAL: 1) la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; 2) la naturaleza de su actividad comercial; 3) la frecuencia de sus relaciones comerciales; 4) el tipo y la magnitud de la operación; 5) la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; 6) la capacidad de los sistemas de comunicación; 7) la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; 8) la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; 9) la observancia de los usos y prácticas comerciales; 10) la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados;

73 Cfr. Artículo 826 del Código de Comercio

11) la importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos; 12) la disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación; 13) el grado de aceptación o no aceptación del método de identificación en la industria o esfera pertinente, tanto en el momento cuando se acordó el método como cuando se comunicó el mensaje de datos; y 14) cualquier otro factor pertinente.

Junto al concepto de firma electrónica<sup>74</sup> se encuentra la firma digital.<sup>75</sup> Una breve distinción entre estas dos clases de firmas se puede sintetizar de la siguiente manera:

### Cuadro No. 6.

#### Resumen de aspectos conceptuales relevantes respecto de la firma electrónica y la firma digital

<b>Firma electrónica</b> (Ley modelo UNCITRAL y ley 527 de 1999)	<b>Firma digital</b> (ley 527 de 1999)
Cualquier método confiable y apropiado que incorpore, adjunte o lógicamente asocie a un texto datos electrónicos que identifican al firmante	No es cualquier método. Se trata de un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos que está estrechamente vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje
Permite: (1) Identificar al firmante y (2) Establecer que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos	Permite establecer que (1) el texto ha sido firmado con la clave privada del iniciador; (2) El texto no ha sido modificado después de firmado (integridad)

<sup>74</sup> Se entiende por firma electrónica los “datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos” (Ley modelo de la UNCITRAL sobre firmas electrónicas (2001). Diario Oficial n° L 013 de 19/01/2000 p. 0012 – 0020. En <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>). La Directiva Europea sobre firmas electrónicas la define como los “los datos en forma electrónica anexos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación.” (Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica. En: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24118.htm>)

<sup>75</sup> Cfr. Literal c) del artículo 2 de la ley 527 de 1999. Adicionalmente consúltese las siguientes normas: Artículo 32 de la ley 794 de 2003; No. 1 del artículo 1 del decreto 1747 de 2000; artículos 826-828 y 621 del Código de Comercio. Artículos 7, 28, 39, 40 de la ley 527 de 1999.

El artículo 7 de la ley 527 establece que el método de identificación utilizado indica que el contenido del texto cuenta con la aprobación del firmante.

Cuando es fijada en un mensaje de datos el artículo 28 presume que el suscriptor tenía la intención de acreditar el mensaje y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Detrás de los conceptos de firma digital y firma electrónica encontramos una telaraña tecnológica que apunta a cumplir los fines señalados en el cuadro anterior. La tecnología de la firma digital supone que el texto se suscribe con una clave privada y es verificado con una clave pública que permite establecer si, de una parte, el mismo fue creado con la clave privada del firmante y, de otra parte, si el contenido no fue alterado o modificado después de haber sido firmado. La clave privada y la clave pública reciben el nombre de “datos de creación de firma” y “datos de verificación de firma” en la Directiva Europea<sup>76</sup> sobre firmas electrónicas.<sup>77</sup>

La regulación de la firma digital plantea una serie de atributos jurídicos para que sea válida y surta los mismos efectos de una firma manuscrita. Pero ésto no basta. También es necesario que el usuario de este tipo de firmas sea diligente en el uso y cuidado de la misma. De no hacerlo, será responsable por su negligencia.<sup>78</sup> Los atributos de la firma digital<sup>79</sup> y los deberes del suscriptor<sup>80</sup> se pueden resumir así:

<sup>76</sup> Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica

<sup>77</sup> “datos de creación de firma”: Datos únicos, (códigos o claves criptográficas privadas) que el firmante utiliza para crear la firma electrónica; “datos de verificación de firma”: Datos (códigos o claves criptográficas públicas), que se utilizan para verificar la firma electrónica;

<sup>78</sup> Según el artículo 40 de la ley 527, el suscriptor no sólo es responsable por el incumplimiento de sus deberes sino por la falsedad, error u omisión de la información que suministre a la entidad de certificación.

<sup>79</sup> Cfr. Artículo 28 de la ley 527 de 1999, declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 de la Corte Constitucional. Consúltese los artículos 1, 15, 16, 23 del decreto 1747 de 2000.

<sup>80</sup> Cfr. Artículo 39 de la ley 527 de 1999.

## Cuadro No. 7.

## Atributos de la firma digital y deberes del suscriptor.

Atributos de la firma digital	Deberes del suscriptor
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ser única a la persona que la usa</li> <li>• Ser susceptible de ser verificada</li> <li>• Estar bajo control exclusivo de la persona que la usa</li> <li>• Estar ligada a la información de manera que si es modificada la firma se considera inválida</li> <li>• Estar conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Recibir la firma digital de la entidad de certificación o generarla utilizando el método autorizado por ésta.</li> <li>• Suministrar la información que requiera la entidad de certificación</li> <li>• Mantener el control de la firma digital</li> <li>• Solicitar oportunamente la revocación de los certificados.</li> </ul>

La seguridad de las firmas no sólo depende de la tecnología sino del correcto uso y diligencia del usuario de las mismas. El titular será responsable de su conducta negligente respecto del uso de la firma tal y como sucede, por ejemplo, con el usuario de una tarjeta débito o crédito.

La ley modelo sobre firmas electrónicas de la UNCITRAL preceptúa una serie de comportamientos que debe seguir el firmante, a saber: “1. *Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá: a) actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma; b) sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación conforme al artículo 9 de la presente Ley, o en cualquier caso esforzarse razonablemente, para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si: i) el firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o ii) las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho; c) cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales*”.

Si bien la ley 527 de 1999 y otras normas como el decreto 1747 de 2000 y la ley 794 de 2003, propenden por el uso de la firma digital, la utilización de la firma electrónica también tiene validez jurídica tal y como se desprende del artículo 7 de la ley 527 de 1999. Como sucede con los temas conexos con la tecnología, un punto crítico es la seguridad. Así como existen unas firmas “tradicionales” más seguras que otras,<sup>81</sup> lo propio sucede con las firmas en el contexto digital. Tenemos, entre otras,

<sup>81</sup> No tiene el mismo nivel de seguridad firmar con el nombre que con un signo, un símbolo, una rúbrica o nuestra huella dactilar

la firma electrónica, la firma digital (o “firma electrónica avanzada”<sup>82</sup> como se denomina en la Directiva Europea aludida) y la firma digital avalada por una entidad de certificación (o “firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma” como se le conoce en Europa). Todas son jurídicamente válidas pero unas son más seguras que otras.

Las entidades de certificación,<sup>83</sup> por su parte, son un tercero imparcial que imprime mayor confianza respecto del uso de las firmas en el contexto digital. Recurrir a ellas no es obligatorio pero sí recomendable si se quiere tener más certeza sobre el originador de un mensaje de datos o el creador de un documento electrónico. Se denominan en la Directiva Europea sobre comercio electrónico como “prestadores de servicios de certificación” (PSC) y en la Directiva Europea sobre firmas electrónicas, por su parte, como “proveedores de servicios de certificación”. En todo caso, su función principal consiste en expedir certificados, sin perjuicio que pueda prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas.

Conceptualmente se deriva de la ley 527 que para efectos de la verificación de una firma digital, el receptor de un mensaje de datos tiene dos opciones<sup>84</sup>:

La primera consiste en que él recibe la clave pública del iniciador<sup>85</sup> del mensaje de datos. Con ésta, establecerá si el mensaje de datos fue creado con determinada clave privada y si el texto ha sido alterado o modificado después de haber sido firmado. No obstante, surgen algunas dudas: ¿Cómo sabe el destinatario que el iniciador del mensaje es quien dice ser y no otra persona?, ¿Cómo tener certeza que el iniciador realmente existe?

Los anteriores riesgos son mitigados con la segunda opción mediante la cual el destinatario de un mensaje de datos solicita a una entidad de certificación<sup>86</sup> un

---

82 Según la Directiva, la “firma electrónica avanzada” se define como una firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable

83 Cfr. Literal d) de la ley 527 de 1999. Adicionalmente, consúltese las siguientes normas: Artículos 30 y ss de la ley 527; Artículo 11 del decreto 1747 de 2000; Numerales 6, 7, 8 y 9 del artículo 1 del decreto 1747 de 2000 (Conceptos de certificado, estampado cronológico, entidad de certificación cerrada y entidad de certificación abierta)

84 Es importante precisar que las dos opciones citadas se derivan del texto de la ley 527 de 1999. No obstante, en el mercado se ofrecen firmas digitales para cuya verificación se sigan procedimientos diferentes a los citados en éste escrito.

85 Se trata de la persona que actuando por su cuenta, o en cuyo nombre se haya actuado, envía o genera un mensaje de datos. (Artículo 1 del decreto 1747 de 2000)

86 Uno de los principales deberes de las entidades de certificación consiste en emitir certificados digitales. Los otros deberes son señalados en el artículo 32 de la ley 527 de 1999.

certificado digital<sup>87</sup> para corroborar la firma digital. Dicho certificado, consiste en un mensaje de datos firmado por la entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide, como al suscriptor de la firma y contiene la clave pública de éste para que el destinatario realice el procedimiento de verificación.<sup>88</sup> Particularmente, el mismo contiene la siguiente información: 1. Nombre, dirección y domicilio del suscriptor; 2. Identificación del suscriptor nombrado en el certificado; 3. El nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la entidad de certificación; 4. La clave pública del usuario; 5. La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos; 6. El número de serie del certificado, y 7. Fecha de emisión y expiración del certificado.

El destinatario recibe el certificado de un tercero imparcial al que ha acudido el iniciador del mensaje para obtener su firma digital. De esta manera, el receptor sabe que la persona a quien corresponde la firma realmente existe y que la clave pública es remitida por una entidad profesional y seria. Por eso es válido afirmar que es más seguro utilizar firmas digitales avaladas por entidades de certificación que firmas digitales que no cuentan con dicho respaldo.

Todos los planteamientos anteriores reflejan el marco legal general sobre la materia pero deben tenerse en cuenta situaciones excepcionales como, por ejemplo, la firma de los ciegos: ¿Es válida la firma electrónica o digital de los ciegos?. Si bien la ley 527 no excluye el uso de dichas firmas para los ciegos, no debe perderse de vista que el artículo 828 del Código de Comercio establece lo siguiente “*la firma de los ciegos no les obligará sino cuando haya sido debidamente autenticada ante un juez o notario, previa lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario*”. El artículo 70 del decreto 960 de 1970 precisa como debe adelantarse esta diligencia ante el Notario. Estas disposiciones exigen solemnidades o requisitos adicionales para proteger a los ciegos. Sin el cumplimiento de las mismas su firma no los vinculará jurídicamente.

#### 5.4. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.

Si existió duda sobre la validez jurídica de los mensajes de datos, el artículo 5 de la ley la elimina. Para la Corte Constitucional, “*el mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, que debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.*”<sup>89</sup> Ahora bien, si se da validez jurídica al medio que se utiliza para generar, enviar o archivar

87 Cfr. Art. 35 de la ley 527 de 1999 y numeral 6 del artículo I del decreto 1747 de 2000.

88 Téngase presente que la firma digital se estructura a partir de la clave privada y la clave pública. Con la primera se genera la firma digital de un mensaje de datos, mientras que con la segunda se verifica que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador.

89 Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de junio de 2000. En este mismo sentido consultar el concepto No. 03046333 del 25 de junio de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

información, no quiere ello decir que automáticamente se de plena aceptación al contenido incorporado en dicho medio<sup>90</sup> porque éste pudo ser objeto de manipulaciones, fraudes, etc. Lo cual también sucede con el contenido de documentos tradicionales.

El artículo 44<sup>91</sup> de la ley 527 no sólo otorga validez al contenido del mensaje de datos sino a otros textos a los que en el mismo se hace referencia, pero sin que se transcriba en él. De esta manera, el texto por remisión cuenta con el mismo grado de validez jurídica como si fuese parte del texto del mensaje de datos. En este sentido, afirma la UNCITRAL que *“las comunicaciones electrónicas están estructuradas normalmente de tal forma que se intercambian grandes cantidades de mensajes, cada uno de ellos con un breve contenido de información, y basándose con mucha mayor frecuencia que los documentos escritos en remisiones a información que puede obtenerse en otro lugar. No debe someterse a los usuarios de las comunicaciones electrónicas a la engorrosa obligación de sobrecargar sus mensajes de datos con abundante texto si pueden aprovechar fuentes externas de información, como bases de datos, glosarios o listas de códigos, y utilizar abreviaturas, códigos y otras remisiones a dicha información.”*

## 5.5. Escrito y original.

Dice el artículo 826 del Código de Comercio que *“cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores.”* La exigencia de que los documentos deban ser firmados o consignados sobre papel ha sido considerada como uno de los obstáculos jurídicos para el empleo masivo de la informática. Por lo tanto, desde el punto de vista del equivalente funcional de escrito<sup>92</sup> se examinaron, de una parte, la naturaleza de las exigencias legales para que determinadas operaciones comerciales o documentos consten por escrito y, de otra parte, las razones por las cuales se solicita la presentación de un escrito.<sup>93</sup> Con esa información, se establecieron las pautas tecnológico-jurídicas mínimas que deben cumplir los mensajes de datos electrónicos para que éstos su-

90 Establece la UNCITRAL, “la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información”.

91 Declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 de la Corte Constitucional.

92 Cfr. Artículo 6°, declarado exequible mediante sentencia C-831 del 8 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional. En la sentencia C-356 de 2003 la Corte realiza un estudio sobre el documento electrónico para efectos penales. El artículo 25 del decreto 2170 de 2002 constituye una aplicación explícita de este equivalente en materia de contratación estatal electrónica.

93 Entre las principales razones, los antecedentes de la ley destacan las siguientes: “1) dejar una prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse; 2) alertar a las partes ante la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato; 3) proporcionar un documento que sea legible para todos; 4) proporcionar un documento inalterable que permita dejar constancia permanente de la operación; 5) facilitar la reproducción de

plan el requisito de un “escrito”, centrándose en el concepto básico de que la información se reproduce y lee.

Tratándose de documentos escritos, es usual solicitar los documentos originales para realizar transacciones sobre los mismos o reducir las posibilidades de fraude. El artículo 8 enuncia los requisitos para que un mensaje sea aceptable como el equivalente funcional de un original, vinculando el concepto de originalidad a un método de autenticación que garantice la inalterabilidad del documento desde el momento en que se redactó y envió por primera vez el mensaje de datos.

Según nuestra legislación, un documento original “*es la fuente primaria de información con todos los rasgos y características que permiten garantizar su autenticidad e integridad.*”<sup>94</sup>. El documento será auténtico “*cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.*”<sup>95</sup>. Si un documento o mensaje de datos puede ser enviado y reenviado varias veces, ¿cuál de ellos es el original?. En el contexto digital el concepto de original se relaciona con integridad. Por eso, el artículo 8 considera original al documento electrónico que no ha sido alterado o modificado desde el momento que se redactó por primera vez (“integridad”), pero no exclusivamente al primer documento creado. En el “mundo” digital no se puede entender como documento original únicamente aquel en el que por primera vez se consigna la información, principalmente porque en la práctica el destinatario de un documento, que es enviado vía electrónica, recibe una copia y el remitente se queda con el que, en el contexto tradicional, conocemos como original.

Acá se presenta un problema jurídico para la negociación electrónica directa de títulos valores. Por eso, en esta materia se ha recurrido al uso de las centrales de registro y otros intermediarios para negociar títulos valores a través de medios electrónicos.<sup>96</sup>

---

un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar de un mismo texto; 6) permitir la autenticación mediante la firma del documento de los datos en él consignados; 7) proporcionar un documento presentable ante las autoridades públicas y los tribunales; 8) dar expresión definitiva a la intención del autor del “escrito” y dejar constancia de dicha intención; 9) proporcionar un soporte material que facilite la conservación de los datos en forma visible; 10) facilitar las tareas de control o de verificación ulterior para fines contables, fiscales o reglamentarios; y 11) determinar el nacimiento de todo derecho o de toda obligación jurídica cuya validez dependa de un escrito”

<sup>94</sup> Artículo 3 de la Ley 594 de 2000 por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones.

<sup>95</sup> Artículo 26 de la ley 794 de 2003

<sup>96</sup> Para mayor detalle sobre este tema se sugiere consultar los siguientes libros y artículos: (1) Cortés García, Eduardo. La desmaterialización de los títulos valores. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2002. (2) Carvajal Martínez Ricardo y Giraldo Gómez Martha. Título Valor Electrónico. Señal Editora. Medellín. 1999. (3) Peña Castrillón, Gilberto. Hacia una nueva concepción del Título Valor. Artículo publicado en la Revista de Derecho Privado No. 11 de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Págs. 159-171. Bogotá. 1992., (4) Remolina Angarita, Nelson. Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro. Capítulo de libro



Para el caso de los valores<sup>97</sup>, el artículo 12 la Ley 964 de 2005 incorporó el concepto de las anotaciones en cuenta como el “registro que se efectúe de los derechos o saldos de los titulares en las cuentas de depósito, el cual será llevado por un depósito centralizado de valores”. Este registro electrónico es constitutivo del derecho de naturaleza negociable contenido en el valor y el titular del mismo es quien figure como tal en sus asientos. Mediante las anotaciones en cuenta se perfecciona la creación, emisión o transferencia, los gravámenes y las medidas cautelares a que sean sometidos y cualquiera otra afectación de los valores.

Si el titular del valor desea acreditar su legitimación activa para el ejercicio del derecho, el artículo 13 de la citada ley prevé la opción de que el mismo solicite al depósito centralizado de valores (DCV) un certificado en el cual se constatan los derechos representados mediante anotación en cuenta. Este certificado presta mérito ejecutivo pero no sirve para circular o transferir la propiedad de los valores. El ejercicio de los derechos políticos, por su parte, también se puede realizar con la presentación que para el efecto expida el DCV.

Nótese que el término “endoso” del artículo 9<sup>98</sup> no hace referencia a la forma de negociación de títulos valores a la orden sino, por ejemplo, a eventuales procedimientos o protocolos electrónicos para enviar o reenviar un mensaje de datos. Para la UNCITRAL, “mientras el contenido de un mensaje de datos sea completo y esté inalterado, las adiciones que sea necesario introducir no afectarán a su calidad de “original”. Así, cuando se añada un certificado electrónico al final de un mensaje de datos “original” para certificar que es el “original” o cuando la red informática utilizada inserte automáticamente ciertos datos de transmisión al principio y al final de cada mensaje de datos transmitido, esas adiciones se considerarían escritos complementarios adjuntados a un escrito “original” o serían asimiladas al sobre y los sellos utilizados para enviar ese escrito “original”.

## 5.6. Prueba y archivos electrónicos

El artículo 10<sup>99</sup> de la ley 527 acepta jurídicamente los mensajes de datos como otro medio de prueba que debe ser admitido y considerado por los Jueces y los funcio-

---

de la obra: “Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones” del Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. x Editorial Legis. Págs. 3-47. Bogotá, 2002. (5) De la Calle Lombana, Humberto. Nuevas tendencias en materia de Títulos Valores. Artículo publicado en la revista Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín. Vol. III. No. 9. Págs. 82-91. Medellín. 1990.

97 “todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público” (Artículo 2 de la ley 964 de 2005)

98 Este artículo establece que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada.

99 Declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 de la Corte Constitucional.

narios públicos.<sup>100</sup> Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha señalado que “(...) cuando la ley 527 hace “referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor.”<sup>101</sup>

Los empresarios y organizaciones deben adoptar medidas tecnológico-administrativas con miras a que la información contenida en medios electrónicos no sea cuestionada a la hora de ser presentada como prueba, por la falta de diligencia en la implementación de protocolos de seguridad y de tecnología apropiada para la creación, circulación y archivo de documentos electrónicos. Esto sucedería si, por ejemplo, no se ha utilizado la tecnología adecuada para mantener y garantizar frente a terceros, las autoridades y los jueces, la autenticidad, integridad e inalterabilidad de los documentos que día a día incorpora una organización o un comerciante en sus archivos.<sup>102</sup>

En adición a la sana crítica, el artículo 11<sup>103</sup> establece los criterios que se deben tener en cuenta para *valorar probatoriamente un mensaje de datos*. Nótese que seguridad y confiabilidad son aspectos fundamentales del derecho probatorio en el contexto digital. Si los documentos que pretendemos utilizar como prueba carecen de estos elementos, muy seguramente estarán destinados a no tener ninguna incidencia probatoria en un proceso.<sup>104</sup>

El artículo 12<sup>105</sup> consagra los mínimos que caracterizaran los archivos electrónicos y las reglas para la conservación de la información. En el inciso 1) se reproducen las condiciones enunciadas en el artículo 6 para que un mensaje de datos satisfaga la regla que exige la presentación de un escrito. El inciso 2) ordena adoptar medidas apropiadas para garantizar la integridad de la información y el inciso 3) pretende que

100 Consultar el siguiente concepto 01007028 del 21 de marzo de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

101 Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000.

102 Mayor detalle sobre la importancia de este aspecto en la gestión empresarial puede ser consultado en: Rodríguez Parra, Cesar Felipe. Documentos electrónicos como pruebas claves en litigios empresariales. Artículo publicado en la “Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías” del GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. No. 1. Abril de 2005.

103 Declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 de la Corte Constitucional.

104 Consultar la sentencia C-662 de 2000 de la Corte Constitucional y el concepto 03046333 del 25 de junio de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

105 Declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 de la Corte Constitucional.

se cuente con información adicional al texto del mensaje que permita identificarlo en un momento dado teniendo en cuenta su origen, destino, fecha y hora, tanto de creación, como de envío y de recepción, etc.

El artículo 28 de la ley 962 de 2005 recalca que los *“libros y papeles del comerciante deberán ser conservados por un período de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante, pudiendo utilizar para el efecto, a elección del comerciante, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.*

*“Igual término aplicará en relación con las personas, no comerciantes, que legalmente se encuentren obligadas a conservar esta información.*

*“Lo anterior sin perjuicio de los términos menores consagrados en normas especiales.”*

Esta disposición deja sin efecto el procedimiento de reproducción y destrucción de documentos previsto en el artículo 60 del Código de Comercio y las disposiciones contenidas en los artículos 134 del decreto 2649 de 1993 y en los artículos 2 y 3 del decreto 2620 de 1993.<sup>106</sup>

## 5.7. El rol de los acuse de recibo.

El acuse de recibo<sup>107</sup> es un instrumento práctico para impregnar de certeza el envío y recepción de las comunicaciones electrónicas. Se recomienda el uso de este mecanismo para eliminar la incertidumbre que muchas veces rodea este tipo de comunicaciones. Con éstos, por ejemplo, el oferente sabrá si su oferta fue efectivamente comunicada o un consumidor conocerá si su pedido fue recibido por el destinatario. Según la UNCITRAL, *“la noción de “acuse de recibo” se emplea a menudo para abarcar toda una gama de procedimientos, que van desde el simple acuse de recibo de un mensaje no individualizado a la manifestación de acuerdo con el contenido de un mensaje de datos determinado. En muchos casos, el procedimiento de “acuse de recibo” se utilizaría paralelamente al sistema conocido con el nombre de “petición de acuse de recibo” en las administraciones postales.”*<sup>108</sup>

Los artículos 23 y 24 responden a la pregunta ¿cuándo se entiende enviado y cuándo se considera recibido un mensaje de datos?. Estos aspectos son cardinales si, por ejemplo, en cabeza de una de las partes está la obligación de enviar una comunicación electrónica. Y la omisión de dicha remisión genera consecuencias económicas o jurídicas.

<sup>106</sup> En este sentido ver el concepto 05054043 del 12 de octubre de 2005 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>107</sup> Cfr. Artículo 20 de la ley 527 de 1999.

<sup>108</sup> Cfr. Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico

Según el artículo 846 del Código de Comercio la oferta es irrevocable una vez haya sido comunicada. El artículo 864 del Código citado establece que, salvo pacto en contrario, el contrato se entiende celebrado en el momento en que el proponente reciba la aceptación de la propuesta. De conformidad con el artículo 2.3. de la versión 2004 de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, la oferta surte efectos desde el momento que llega al destinatario. Las comunicaciones, dice el artículo 1.9, también surten efectos a partir de ese mismo instante. Una comunicación “llega” cuando le es comunicada oralmente o entregada en el establecimiento o dirección postal del destinatario.

Así las cosas, ¿cuándo se entiende comunicada una oferta realizada a través de un mensaje de datos?, ¿en qué momento fue recibida la aceptación de una oferta comunicada a través de un mensaje de datos?. La respuesta a las anteriores preguntas pone de presente que a partir de ciertos momentos tecnológicos nacen efectos jurídicos. Por eso, se recomienda establecer las reglas o momentos en que, para todos los efectos jurídicos, se entiende recibida una comunicación electrónica. Adicionalmente es importante establecer mecanismos para probar dicha recepción. Todo lo anterior se puede prever en el texto de los contratos o en los términos y condiciones de uso de las páginas web.

Según la UNICTRAL, “*un mensaje de datos ‘entra’ en un sistema de información desde el momento en que puede ser procesado en ese sistema de información. (...) Un mensaje de datos no habría de considerarse expedido si simplemente ha llegado al sistema de información del destinatario, pero sin conseguir entrar en él.*”<sup>109</sup> ¿Qué sucede cuando el sistema de información del destinatario no funciona o funciona mal? ¿Y cuando el sistema funciona en debida forma pero el mensaje de datos no puede entrar en él porque, por ejemplo, se encuentra congestionado?.

## 5.8. Lugar de envío y de recepción del mensaje de datos.

La estructura tecnológica de las comunicaciones permite remitir y recibir mensajes de datos desde cualquier parte del mundo. No obstante, el saber desde dónde se entiende enviado o en dónde se entiende recibido es un criterio que puede ser utilizado para resolver un conflicto de leyes. En materia de comunicaciones electrónicas pueden presentarse, entre otras, las siguientes situaciones:

1. El lugar de ubicación de los sistemas de información utilizados para la comunicación puede estar físicamente ubicado en una ciudad o país diferente al lugar en donde se encuentra el iniciador o el receptor del mensaje. Es más, la plataforma tecnológica para el envío y recepción de mensajes de datos se puede encontrar distribuida en varias ciudades y países del mundo.

2. El iniciador del mensaje puede enviar comunicaciones desde cualquier ciudad o país diferente al de su domicilio principal y/o residencia.
3. El destinatario del mensaje puede recibir comunicaciones desde cualquier ciudad o país diferente al de su domicilio principal y/o residencia.

Para la UNCITRAL, “*el empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar. No es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación se comuniquen de un Estado a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Además, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio*”<sup>110</sup>

Dado lo anterior y si las partes no pactan nada sobre el particular ¿desde dónde se entiende enviado y en dónde se tiene por recibido un mensaje de datos? El artículo 25 de la ley 527 responde este interrogante señalando que el mensaje de datos es expedido y recibido en el lugar que el iniciador y el destinatario tenga su establecimiento.

## 6. Fundamentos de la contratación electrónica

Las TIC’s son utilizadas como un mecanismo de comunicación que junto con las tradicionales formas de expresión (escrita o verbal) forman parte del conjunto de alternativas con que cuentan las personas para manifestar su voluntad. Es usual que se realicen contratos desde una página web o que se celebren a través de subastas electrónicas. Lo propio sucede con el perfeccionamiento de contratos mediante correo electrónico y la conclusión de negocios por medio de chats, videoconferencias<sup>111</sup>, etc.

El uso de las tecnologías no significa que los fundamentos tradicionales de la contratación hayan desaparecido. Al contrario, los principios jurídicos que rigen la formación de los actos y contratos continúan teniendo aplicación en el contexto de la contratación a través de las TIC’s. En este sentido, resulta acertada la aclaración que la Profesora Mariliana Rico Carrillo realiza en su obra al referirse al principio de la “*inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos*”. Según éste, explica Rico Carrillo, “*los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que se trata sólo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial*”<sup>112</sup>.

110 Cfr. Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico

111 Cfr. MENÉNDEZ MATO, JUAN CARLOS. El contrato vía Internet. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España. 2005. Págs. 249-254

112 Cfr. RICO CARRILLO, MARILIANA. Comercio electrónico, Internet y derecho. Caracas, Venezuela. Legis editores, C.A. Segunda edición. 2005. Pág. 71.

Dentro de los citados preceptos resulta necesario tener presente algunos incorporados en los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales,<sup>113</sup> el Código de Comercio y el Código Civil que tienen aplicación en la contratación electrónica: (1) **Principio de libertad de contratación** según el cual las partes “*son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido*” (artículo 1.1.); (2) **Principio de libertad de forma** que por regla general y salvo norma en contrario establece que el contrato se puede probar por cualquier medio y para la realización de un acto, declaración o acuerdo no es necesario recurrir a una solemnidad particular (artículo 1.2.); (3) **Principio de la buena fe y la lealtad negocial** que obliga a las partes a actuar de dicha manera (artículos 1.7.); (4) **Principio de comportamiento incoherente** según el cual “*Una parte no puede actuar en incoherencia con una creencia que ella ha causado a la otra y según la cual esa otra parte ha actuado en su detrimento, fiándose razonablemente y en su desventaja*” (artículo 1.8.); (5) **Principio de los usos y prácticas** que obliga a las partes a respetar cualquier uso en que hayan convenido o cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (artículo 1.9).

Adicionalmente es necesario recordar que a la luz de los citados principios el contrato se perfecciona no sólo mediante la aceptación de una oferta sino por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo (artículo 2.1.1.). El Código de Comercio, por su parte, establece que, salvo estipulación en contrario, el contrato se entiende celebrado en el momento en que el oferente reciba la aceptación de la propuesta (artículo 864). Dicha aceptación puede ser explícita o tácita. La segunda tiene lugar cuando es “*manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto*” (artículo 854). Téngase presente que la voluntad de contratar u obligarse puede expresarse verbalmente, por escrito o por cualquier medio inequívoco y que los contratos se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades de las partes salvo cuando la ley requiera el cumplimiento de determinada solemnidad “*como requisito esencial del negocio jurídico*” (artículo 824).

El contrato puede formarse y perfeccionarse por medios electrónicos. El artículo 14<sup>114</sup> de la ley 527 de 1999 establece que los mensajes de datos son otro medio jurídicamente válido para manifestar la voluntad de las partes e impregna de certeza jurídica la celebración de contratos a través de las TIC's. Para que la persona se obligue mediante la manifestación de su voluntad, el artículo 1502 del Código Civil demanda el cumplimiento de los siguientes requisitos: (1) La persona debe ser legalmente capaz; (2) El consentimiento tiene que estar libre de vicios; (3) El negocio o actividad debe recaer sobre un objeto lícito y tener causa lícita.

<sup>113</sup> Versión 2004

<sup>114</sup> Declarado exequible mediante sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 de la Corte Constitucional.

Doctrinariamente<sup>115</sup> se han planteado algunos inconvenientes que el uso de los medios tecnológicos puede generar durante la etapa precontractual y el perfeccionamiento del contrato así como ciertas situaciones propias de la contratación en un entorno tecnológico, global e internacional. Las dificultades y retos guardan relación con los siguientes aspectos: (1) ¿Son válidos contratos celebrados entre máquinas que operan automáticamente?; (2) ¿En qué momento se perfecciona el contrato realizado a través de mensajes de datos?; (3) ¿En ausencia de advertencia sobre el particular debe entenderse que un sitio de Internet o un página web constituye una oferta comercial, una invitación a contratar o es simplemente publicidad?; (4) ¿En ausencia de estipulación contractual cuál es el lugar de celebración del contrato?; (5) ¿Cómo establecer que las partes gozan de plena capacidad jurídica para obligarse jurídicamente?; (6) ¿Cómo identificar y vincular jurídicamente a las partes?; (7) ¿A falta de estipulación contractual, cuál es la ley y jurisdicción aplicable?; (8) ¿El uso de los mensajes de datos es suficiente para perfeccionar cualquier tipo de contrato?; (9) ¿Son todas las formas tecnológicas de aceptación un medio inequívoco de manifestar la voluntad en el contexto digital?; (10) ¿Cómo evitar que los términos precontractuales o contractuales sean alterados o modificados?; (11) ¿Cómo probar la existencia y contenido del contrato?; (12) ¿Cuándo se entiende electrónicamente comunicada una oferta comercial?; (13) ¿Cuándo se entiende electrónicamente recibida la aceptación de la oferta?

## 6.1. Los ICC e-terms.

En el 2004 la Cámara de Comercio Internacional dejó a disposición de los comerciantes las cláusulas contractuales para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004). Se trata de dos modelos de estipulaciones que se espera sean incorporadas en los textos de los contratos electrónicos. Su contenido no es novedoso pues prácticamente recogen los postulados de la ley modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico y lo dispuesto en los siguientes artículos de la ley 527: 14, 15, 5 y 10 (*Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico*) y 23, 24, y 25 (*Cláusula 2: expedición y recepción*). No obstante, su uso masivo contribuirá a estandarizar algunos aspectos de los contratos perfeccionados por medios electrónicos y a dotar de mayor certeza o seguridad jurídica a todo contrato que se vaya a concertar por vía electrónica. Las cláusulas aludidas son las siguientes:

<sup>115</sup> Sobre el particular se pueden destacar, entre otras, las siguientes fuentes bibliográficas: (1) Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y otros. Derecho de Internet. Editorial Heliasta. Primera edición. Buenos Aires, Argentina, 2004. Págs. 26-30; (2) Rincón Cárdenas, Erick. Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Borradores de investigación No. 38. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2005. Págs. 52-53; (3) Delpiazzo; Carlos E y Viega, María José. Lecciones de derecho telemático. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 2004. Págs. 121-22, 126; (4) Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos. Madrid, 1988. Págs. 21, 39; (5) Llana González, Paloma. E-contratos: modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales

## Cuadro No. 8. ICC e-terms.

Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico.	Cláusula 2: expedición y recepción
<p>“Las partes están de acuerdo en que:</p> <p>“1.1 la utilización de mensajes electrónicos dará lugar al nacimiento de derechos y obligaciones que sean mutuamente válidos y ejecutables; y en que,</p> <p>1.2 en la medida de lo que sea permisible con arreglo a la ley por lo demás aplicable, todo mensaje electrónico será admisible a título de prueba, con tal de que dicho mensaje haya sido enviado a alguna dirección explícita o implícitamente indicada por el destinatario y en el formato previsto, de haberse designado alguno; y en que</p> <p>1.3 no se impugnará la validez de una comunicación intercambiada o de un acuerdo concertado entre ellas por el solo hecho de que se haya utilizado la vía electrónica, con independencia de si dicho empleo se hizo bajo la supervisión de alguna persona natural.</p>	<p>2.1 Se tendrá todo mensaje electrónico por:</p> <p>“a) expedido o enviado al entrar dicho mensaje en un sistema de información que esté fuera del control del expedidor; y por</p> <p>“b) recibido en el momento en el que el mensaje ingrese en un sistema de información designado por el destinatario.</p> <p>“2.2 De haberse enviado un mensaje electrónico a un sistema de información que no sea el designado por el destinatario, se tendrá dicho mensaje por recibido en el momento en el que llegue al conocimiento de su destinatario.</p> <p>“2.3 Para los fines del presente contrato, todo mensaje electrónico se tendrá por expedido o enviado desde el lugar donde el expedidor tenga su establecimiento y se tendrá por recibido en el lugar donde el destinatario tenga su establecimiento.”</p>

## 6.2. La convención de la ONU sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

La convención<sup>116</sup> representa otro mecanismo de armonización jurídica en el uso de las comunicaciones electrónicas y los mensajes de datos para la formación o el

comentadas. Editorial Bosch. Barcelona, España, 2004. Pág 221; (6) Grossman, Mark. *Technology law: what every business (and business-minded person) needs to know*. Lanham, Maryland, and Oxford. The Scarecrow Press, Inc. 2004. Pág. 32; (7) Powers, Dennis M. *The Internet legal guide: everything you need to know when doing business online*. John Wiley & Sons, Inc. New York, 2002. Pág. 88; (8) Ferrera, Gerald, Lichtenstein, Stephen y otros. *Cyberlaw: text and cases*. Segunda edición. Thomson South-Western West. USA, 2004. Págs. 176-181, y (9) Darden Laura y Thorpe Charles. *Forming contracts over the Internet: click-wrap and browse-wrap agreements*. Georgia State University, College of Law. Law and the internet. Summer 2003.

<sup>116</sup> El texto de esta convención fue adoptado en noviembre de 2005.



cumplimiento de los contratos<sup>117</sup> entre personas cuyos establecimientos estén en distintos Estados. La misma reitera los postulados contenidos en la ley 527 sobre el uso y validez de los mensajes de datos en materia de contratación, la manera de determinar el lugar de ubicación de las partes para fines contractuales, los equivalentes funcionales de escrito, firmado y original; el tiempo y lugar de envío y recepción de mensajes de datos. No obstante, puntualiza ciertos aspectos que en su momento dieron lugar a algunos interrogantes.

En primer lugar, señala que la propuesta para celebrar un contrato que no se dirijan a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que recurra a aplicaciones interactivas para hacer pedidos, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

En segundo lugar, establece que un lugar no constituye un establecimiento<sup>118</sup> por el mero hecho de que sea el sitio donde: (a) estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o (b) las partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información. También se precisa que el hecho de que uno de los contratantes haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculado a cierto país (ccTLD), no crea la presunción de que su establecimiento se encuentre en el mismo.

En tercer lugar, precisa que el concepto de los “sistema automatizado de mensajes”<sup>119</sup> y convalida jurídicamente el empleo de éstos para celebrar contratos entre personas y máquinas y entre máquinas: “*No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un*

117 El artículo 2 de la Convención señala que no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con: a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; b) i) Operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.. La Convención tampoco es aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

118 “todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar” (Literal h del artículo 3).

119 Programas o medios electrónicos o cualquier medio automático utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta.

*contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos.”*

Finalmente, excluye, bajo ciertas condiciones, la obligatoriedad de una comunicación electrónica que se ha generado por error<sup>120</sup>.

### 6.3. Los clickwrap y los browsewrap

El uso de las TIC's en la contratación electrónica ha dado nacimiento al fenómeno de los “*clickwrap*” y los “*browsewrap*” como mecanismos de perfeccionar contratos con los visitantes de una página web. La doctrina<sup>121</sup> ha estudiado el alcance y legalidad de estas figuras en otros países. Se trata de determinar constituyen un “*modo inequívoco*”<sup>122</sup> para expresar la voluntad de obligarse o si estamos frente a una forma de “*aceptación tácita manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto*.”<sup>123</sup>

Grossman<sup>124</sup> y Darden<sup>125</sup> señalan que los “Clickwrap” y los “browsewrap” son dos maneras de formar contratos con los visitantes de una página web. Con los primeros, el visitante debe aceptar mediante un click los términos y condiciones del website antes de continuar con la transacción. Usualmente el usuario pincha el botón “*acepto*” (“*I accept*”/“*I agree*”). Este mecanismo también se usa frecuentemente cuando, por ejemplo, el usuario instala un software o descarga un juego de internet. Al inicio de dicho proceso es común que salga un mensaje para que a través de un click el usuario acepte los términos y condiciones de la licencia antes de continuar con el proceso de instalación.

120 Cfr. Artículo 14

121 (1) Llaneza González, Paloma. E-contratos: modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales comentadas. Editorial Bosch. Barcelona, España, 2004. Pág 221; (2) Grossman, Mark. Technology law: what every business (and business-minded person) needs to know). Lanham, Maryland, and Oxford. The Scarecrow Press, Inc. 2004. Pág. 32; (3) Powers, Dennis M. The Internet legal guide: everything you need to know when doing business online. John Wiley & Sons, Inc. New York, 2002. Pág. 88; (4) Ferrera, Gerald, Lichtenstein, Stephen y otros. Cyberlaw: text and cases. Segunda edición. Thomson South-Western West. USA, 2004. Págs. 176-181, (5) Darden Laura y Thorpe Charles. Forming contracts over the Internet: click-wrap and browse-wrap agreements. Georgia State University, College of Law. Law and the internet. Summer 2003 y (6) -Isenberg, Doug. The GigaLaw guide to Internet law. Random House Trade Paperbacks. New York. 2002. Págs. 287-296.

122 Artículo 824 del Código de Comercio

123 Artículo 854 del Código de Comercio

124 Grossman. Ob cit, pág. 32

125 Darden. Ob cit, pág.

Por su parte, mediante el sistema de “browsewrap” se entiende que el usuario se obliga por el solo hecho de visitar la página web o por existir un aviso o botón que invita al usuario a leer los términos y condiciones de la página web sin que sea necesario que la persona acepte explícitamente dichas reglas pinchando el botón de “acepto”.

Nos parece que dar click o pinchar un ícono de aceptación (click wrap) es una forma expresa<sup>126</sup> de manifestar la voluntad en la formación de un contrato en el contexto electrónico que tiene aval normativo en los artículos 5, 14 y 15 de la ley 527 de 1999. Nótese que como consecuencia de pinchar o dar un click se genera un mensaje de datos de aceptación de esos términos y condiciones.

La figura del “browsewrap” podría considerarse una forma inequívoca de manifestación de voluntad en determinadas situaciones pero no en todos los casos. Creemos que el hecho de visitar una página web obliga al usuario a respetar, entre otras, los términos y condiciones de ella en lo concerniente a la las políticas de uso de la plataforma tecnológica, la propiedad intelectual y sus contenidos. No obstante, consideramos que no lo vincula automáticamente a lo referido a la política de contratación. Cosa distinta es que el visitante de la página efectivamente celebre un contrato. En este caso, asumimos que tácita o expresamente, según el caso, aceptó los términos de contratación.

El “click-wrap” es una forma de aceptación electrónica de los contratos que se realizan a través de la página web. El visitante de la misma se limita a aceptar mediante un click las cláusulas que previamente ha establecido el titular de la página web. Existen casos que convalidan jurídicamente el uso de este mecanismo. Veamos algunos:

\* *Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc*<sup>127</sup>, et al. (1998)

Hotmail ofreció en los años 90 un servicio gratuito de correo electrónico. Quienes querían adquirirlo debían estar de acuerdo con los términos de uso, los cuales el cliente puede ver o consultar en pantalla y luego debe aceptarlos dando un clic en un ícono de la página web. En dichos términos se prohíbe el uso del correo de Hotmail para facilitar la transmisión de correos comerciales no solicitados (Spam). Van Money Pie aceptó el servicio de Hotmail pero procedió a enviar spam con materiales pornográficos.

La Corte encontró que el click-wrap agreement celebrado entre el demandado y demandante, obliga a Van Money Pie a cumplir los términos del servicio de Hotmail, desde el momento en que hizo click en el ícono “I agree”, por lo que concluyó que la

<sup>126</sup> En este sentido ver Llaneza González. Ob cit, pág. 221.

<sup>127</sup> C98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Ca., April 20, 1998)

conducta del demandado infringió el contrato celebrado con Hotmail, ya que los términos de servicio prohíben el uso del correo electrónico de Hotmail para facilitar la transmisión de Spam.

\* *Groff v. America Online, Inc*<sup>128</sup>. (1998)

America Online ofrece a través de su página web acceso a Internet ilimitado a cambio del pago de un cargo fijo mensual. En los términos y condiciones que los clientes aceptan mediante un click se prevé en la “*forum selection clause*” que cualquier conflicto será solucionada ante una Corte de Virginia.

Groff y otros, demandaron a America Online ante una Corte de Rhode Island porque según ellos la oferta viola la “*Unfair Trade Practice*” y “*Consumer Act*” de Rhode Island. La Corte se declaró incompetente para conocer el caso porque se debía respetar lo estipulado en la “*forum selection clause*”. Para la Corte es claro que existe un contrato entre las partes que fue aceptado por Groff dando click en el botón “I agree”.

\* *Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc. and Verizon Internet Services, Inc*<sup>129</sup> (2002).

Bruce G. Forrest contrató con Verizon Internet Services (VIS) la prestación de servicios que no fueron cumplidos por el último. Por lo anterior, Bruce G. Forrest demandó a VIS ante la Corte de Apelación del Distrito de Columbia. La Corte encontró que el demandante realizó un contrato vía Internet con VIS al haber dado click en el ícono de “Accept” de la página Web del demandado. Dentro del texto del contrato existe la “*forum selection clause*” según la cual los conflictos que nazcan con ocasión del contrato deben ser resueltos ante una Corte de Virginia. Por ésta razón, la Corte de Columbia se declaró incompetente.

Los “*click-wrap*” son el equivalente electrónico o una forma de “*shrink-wrap agreement*”. De hecho se ha señalado que los *click-wrap* son una variación online de éstos últimos.<sup>130</sup> Los *shrink-wrap agreement* se emplean para, entre otras, el caso de las licencias de software. Usualmente se trata de la versión en papel de los términos y condiciones que se incorporan en las cajas que contienen el software que adquirimos en las tiendas<sup>131</sup> y que se entienden aceptados por el consumidor cuando adquiriere dicho producto, abre la caja que contiene el software o cuando hace uso de éste.

128 File No. C.A. No. PC 97-0331, 1998 W L 307001 (R.I. Superior Ct., May 27, 1998)

129 805 A.2d 1007 (Dist. of Columbia Court of Appeals, August 29, 2002)

130 Cfr. Isenberg, Doug. Ob. Cit. Pág. 290

131 Cfr. (1) Benesh, Stephen, Bracewell & Patterson. Shrinkwrap and clickwrap agreements: are they binding and enforceable?. Publicado en [http://www.bracewellgiuliani.com/files/tbl\\_sl6Publications%5CFileUpload77%5C365%5Cbeneshart.pdf](http://www.bracewellgiuliani.com/files/tbl_sl6Publications%5CFileUpload77%5C365%5Cbeneshart.pdf). (2) Ramos, Fernando y Puente Natalia. El comercio electrónico empresa a consumidor. Capítulo de libro “Internet: claves legales para la empresa”. Editorial Civitas. España, 2002. Pág. 601

En las cortes norteamericanas se ha analizado la validez y obligatoriedad de los *shrink-wrap agreement*. En *ProCD v. Zeidenberg*, por ejemplo, el último adquirió en una tienda software del primero. Los términos de la licencia de uso del software estaban contenidos dentro de la caja junto con el software. Adicionalmente, cada vez que el usuario instala el programa el texto de la licencia aparecía. Zeidenberg incumplió los términos de la licencia. En primera instancia el Juez decidió que la licencia no vinculaba al usuario porque los términos de la misma se encontraban dentro de la caja lo cual impedía al consumidor conocer los términos de la licencia antes de adquirir el software. Esta decisión fue apelada y en segunda instancia se revocó señalando que las licencias *shrink-wrap* son contratos válidos y vinculantes como cualquier otro contrato. La Corte destacó que pagar antes de conocer los términos del contrato es un mecanismo de uso frecuente en otros tipos de negocios como los tiquetes aéreos, la compraventa de electrodomésticos particularmente aquellos que se adquieren mediante televentas. Adicionalmente, la Corte resaltó que Zeidenberg recibió varias notificaciones sobre las condiciones de la licencia cada vez que él hacía uso del software.

Con posterioridad a este caso varias decisiones judiciales han avalado la obligatoriedad de los *shrink-wrap*. En abril 5 de 2006, una Corte de California decidió en el caso *Meridian Project Systems, Inc. v. Hardin Construction Co., L.L.C., Civ.04-2728* que las licencias que se incorporan dentro de las cajas en que se empaca el software<sup>132</sup> son jurídicamente vinculantes. *Meridian* acostumbra a remitir en una caja un CD, un manual del usuario y copia de la licencia (*End User License Agreement* “EULA”). El texto de la licencia prevé que el comprador (*Hardin*) puede rechazar el negocio devolviendo a *Meridian* el software dentro de determinado tiempo. *Hardin* nunca devolvió el software ni tampoco objetó los términos de la EULA pero se le comprobó que incumplió lo dispuesto en la misma al haber copiado y enviado el “*Prolog help file text*” a otra compañía de software. *Hardin* cuestionó la validez del *shrinkwrap licence*. Sobre este punto la Corte concluyó que la EULA fue aceptada fácilmente por *Hardin* al no haber regresado el software y que, en consecuencia, existe un contrato entre las partes.

## 7. Conclusiones

La inmersión masiva de la tecnología en nuestra sociedad es una realidad que no podemos ignorar y que no tiene marcha atrás. Esto ha constituido un escenario frente al cual debemos revisar los conceptos y visiones tradicionales del mundo físico para adaptarlos al actual contexto del mundo digital.

El desarrollo del comercio electrónico ha comenzado a surtir mundialmente hace décadas. No obstante, su masificación es un fenómeno de relativa reciente data en nuestra sociedad. Por eso, el obstáculo cultural puede ser el más grave para el

<sup>132</sup> End User License Agreement (“EULA”)

desarrollo de las actividades a partir del uso masivo de la tecnología, pues muchas de nuestras costumbres, creencias, opiniones y leyes se engendraron durante una época en que la tecnología no formaba parte cotidiana de nuestra vida, ni de las actividades comerciales, como lo es hoy.

El marco jurídico básico del uso de los mensajes de datos y del comercio electrónico está dado. El eje fundamental del mismo gira en torno a la utilización de tecnologías y procedimientos seguros. Corresponde al gobierno y los empresarios fortalecer estrategias con miras a generar confianza en el uso masivo de las TICs en todas las actividades.

## 8. Bibliografía

- BELLIA, PATRICIA L Y OTROS. *Cyberlaw: problems of policy and jurisprudence in the information age*. St. Paul, MN: Thomson: West, c2004.
- BRINSON, J. DIANNE. *Analyzing e-commerce & Internet law*. Capítulo 19 (web site terms and click wraps). Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, c 2001.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO Y OTROS. *Derecho de Internet*. Editorial Heliasta. Primera edición. Buenos Aires, Argentina, 2004.
- CASTELLS MANUEL. *La galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Plaza & Janes Editores, S.A. Primera edición. Madrid, España. 2001
- CENTRO DE ESTUDIOS COMERCIALES DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID. *La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos*. Madrid, 1988.
- CHEESEMAN, HENRY R. *Essentials of business and online commerce law: legal, e-commerce, ethical and global environments*. Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005.
- CHISSICK, MICHAEL Y KELMAN ALISTAIR. *Electronic Commerce: Law and practice*. Sweet & Maxwell. Segunda edición. Londres, UK. 2000
- DARDEN LAURA Y THORPE CHARLES. *Forming contracts over the Internet: click-wrap and browse-wrap agreements*. Georgia State University, College of Law. Law and the internet. Summer, 2003.
- DELPIAZZO; CARLOS E Y VIEGA, MARÍA JOSÉ. *Lecciones de derecho telemático*. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 2004.
- FERRERA, GERALD, LICHTENSTEIN, STEPHEN Y OTROS. *CYBERLAW: TEXT AND CASES*. Segunda edición. Thomson South-Western West. USA, 2004.
- GONZÁLES AGUILAR, AUDILIO. *Los contratos en la sociedad de la información: formularios de contratos informáticos e Internet*. Granada, España. Editorial Comares. 2004.

- GROSSMAN, MARK. *Technology law: what every business (and business-minded person) needs to know*. Lanham, Maryland, and Oxford. The Scarecrow Press, Inc. 2004.
- GROSSMAN MARK, HIFT ALLISON AND ROTHMAN RAQUEL. *Click-wrap agreements: enforceable contracts or wasted words?*. Febrero de 2001. En: [http://www.beckerpoliakoff.com/publications/article\\_archive/click\\_wrap.htm](http://www.beckerpoliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm) (Última consulta: junio de 2006)
- GRUPO GECTI DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES:
  - o *Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones*. Editorial Legis, 2002
  - o *Derecho de Internet & Telecomunicaciones*. Editorial Legis, 2003.
  - o *Comercio electrónico*. Editorial Legis, 2005.
- GUIDDENS, ANTHONY. *Runaway world: How globalisation is reshaping our lives*. Publicado por Routledge. New York, 2003.
- ISENBERG, DOUG. *The GigaLaw guide to Internet law*. Random House Trade Paperbacks. New York. 2002.
- LIM, YEE FEN. *Cyberspace law: commentaries and materials*. South Melbourne, Vic. Oxford University Press, 2002.
- LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA. *E-contratos: modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales comentadas*. Editorial Bosch. Barcelona, España, 2004.
- MENÉNDEZ MATO, JUAN CARLOS. *El contrato vía Internet*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España. 2005
- POWERS, DENNIS M. *The Internet legal guide: everything you need to know when doing business online*. John Wiley & Sons, Inc. New York, 2002.
- REED, CHRIS. *Internet law: text and materials*. Cambridge, UK, New York. Cambridge University Press. 2004.
- REICHHELD FREDERICK F Y SCHEFTER, PHIL. *E-Loyalty: Your Secret Weapon on the Web*. Harvard Business Review. Julio de 2000
- RICO CARRILLO, MARILIANA. *Comercio electrónico, Internet y derecho*. Caracas, Venezuela. Legis editores, C.A. Segunda edición. 2005.
- RINCÓN CÁRDENAS, ERICK.
  - o *Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Borradores de investigación No. 38. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2005.
  - o (Editor y coautor). *Contratación electrónica*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Colección lecciones de jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2006.

- SKIP SIGEL, THEO LING AND JOSHUA IZENBERG. *The validity of webwrap contracts*. Documento preparado para la Uniform Law Conference of Canada. 1999
- THE ECONOMIST. *A perfect market: A survey of e-commerce*". New York, USA. Mayo 15 de 2004.