

T.D. 0121

**NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES, PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO
ELECTRÓNICO EN COLOMBIA**

**CARLOS ARTURO ORTIZ RAMIREZ
JOSE LEONARDO GALINDEZ ROJAS
JIMMY ANDRES MENDEZ QUINTERO**

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA

UNICOC

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

BOGOTÁ, D.C.

2017

COD BARRAS: 2017/10/0121

FICHA: 8378

**NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES, PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO
ELECTRÓNICO EN COLOMBIA**

**CARLOS ARTURO ORTIZ RAMIREZ
JOSE LEONARDO GALINDEZ ROJAS
JIMMY ANDRES MENDEZ QUINTERO**

Monografía como requisito de grado para optar el título de ABOGADO

ASESOR TEMÁTICO:

Dr. Guillermo Pinzón Roa

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTÁ, D.C.**

Nota de aceptación

APROBADO



Firma del jurado



Firma del jurado

Bogotá, D.C. 18 abril de 2017

DEDICATORIA

Agradecemos en primer lugar a Dios, quien guió nuestro camino para lograr nuestras metas. A nuestras familias, quienes nos apoyaron hasta el final con su comprensión, sacrificio y tiempo. A la Institución Universitaria Colegios de Colombia Unicoc, quien a través del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales, promovió la creación de un espacio académico para aquellos colombianos (como nosotros), quienes por compromisos laborales y familiares no permiten profesionalizarse en un horario diferente al brindado por otras universidades, dándonos la oportunidad de realizar nuestros sueños de ser Abogados. Al Doctor Guillermo Pinzón Roa, por su gran apoyo y orientación, y a todas las personas, compañeros y amigos que de una u otra forma siempre estuvieron junto a nosotros alentándonos para que siguiéramos adelante.

CAPÍTULO II.....	58
PRINCIPIOS PROCESALES Y MERCANTILES.....	58
TABLA DE CONTENIDO	
DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA.....	58
INTRODUCCIÓN	7
1. Comercio Electrónico En Colombia.....	58
JUSTIFICACIÓN.....	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.3 Contrato Electrónico.....	58
OBJETIVOS	16
Objetivo general.....	16
Objetivos específicos.....	16
1.4.3. Objeto.....	79
MARCOS REFERENCIALES.....	17
CONCLUSIONES.....	81
Marco teórico.....	17
Marco Jurídico.....	18
METODOLOGIA.....	21
CAPÍTULO I.....	23
REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES	23
1. Fundamento Constitucional y Generalidades de los Contratos Mercantiles.....	23
1.1 Comerciante.....	25
1.2 Actos Mercantiles	27
1.3 Los Bienes Mercantiles.....	28
1.3.1. Establecimiento De Comercio	28
1.3.2 Establecimiento De Comercio Electrónico	37
2. Marco Normativo Comercio Electrónico	39
2.1 Marco Internacional	39
2.2 Marco Nacional	41
2.2.1 Ley 527 de 1999	41
2.3. Otras Normas Relevantes	56

CAPÍTULO II.....	58
PRINCIPIOS PROCESALES Y MERCANTILES.....	58
DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA	58
1. Comercio Electrónico En Colombia	58
1.1 Antecedentes	58
1.2 Concepto	63
1.3 Contrato Electrónico.....	68
1.3.1. Etapas Contractuales	68
1.4 Contrato Electrónico.....	74
1.4.1. Capacidad.....	75
1.4.2. Consentimiento	77
1.4.3. Objeto.....	79
CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFIA	84

INTRODUCCIÓN

El siglo pasado fue reconocido por algunos autores y escritores como el “Siglo de Las Guerras”; Siglo, que a la vez fue protagonista de importantes cambios en el comercio internacional y en las transacciones de tipo mercantil, gracias al creciente avance de la informática y las tecnologías de la información inventadas por los ingenieros de sistemas de los años ochenta y desarrollados de manera eficiente en la década de los años noventa. La tecnología ha intervenido en todos los aspectos cotidianos de la vida de las personas: como son los viajes, los pasatiempos, la distracción, la cultura o el esparcimiento. A la luz de este nuevo movimiento, el comercio y el flujo de mercancías no fue ajeno al cambio y presentó un giro invariable de 180 grados, hasta el punto de poder adquirir y ofrecer bienes, servicios y hasta realizar complicadísimas transacciones y negociaciones de carácter mercantil por medio de internet¹. En ese orden de ideas, el ciudadano del común comenzó a utilizar una extensa red de comunicaciones con la cual es posible manejar todo un universo de información, en todas las áreas de la vida; red, que en sus comienzos estuvo reservada para algunos pocos, hoy en día está al alcance de todas las personas que cuenten con los dispositivos necesarios para su utilización.

Las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, se han ido desarrollando de manera constante, pero a la vez vertiginosa, presentado un importante desarrollo sobre las nuevas formas de comercialización de productos, bienes y servicios en nuestro país. Debido a esa necesidad, el legislador colombiano y en general los juristas, no pueden estar ajenos a dicha realidad, toda vez que el internet (como herramienta de intercambio mercantil), se ha convertido en un instrumento básico e importante en las relaciones comerciales, que permite a una persona del común o a una empresa bien organizada realizar transacciones comerciales, financieras o bursátiles, y a su vez les permitan ofertar o adquirir bienes y servicios de cualquier tipo; generando con ello un mundo mercantil donde los límites no existen, pero que traen consigo consecuencias jurídicas, como lo es la exclusión de los formalismos que comúnmente suelen acompañar la celebración de contratos civiles o mercantiles, dando paso

¹ Según la Real Academia de Española, es una Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación. <http://dle.rae.es/?id=LvskgUG>, última visita 20 de octubre de 2016 hora 9:25 p.m.

a transacciones comerciales más céleres, precisas y eficaces; toda vez que en pocos minutos (prácticamente desde cualquier parte del mundo), una persona puede celebrar cualquier tipo de contratación o negocio por medio de transacciones electrónicas multimillonarias con solo dar un click, en tiempo real y sin la necesidad que las partes estén de cuerpo presente, reemplazando y dejando al olvido de manera tajante los viejos rituales efectuados en la antigua Roma (cuna del derecho y de los negocios jurídicos); convirtiendo al internet y al desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones como el eje fundamental o principal del comercio internacional electrónico, con plenas consecuencias jurídicas, toda vez que dichas transacciones genera de manera recíproca para las partes intervinientes obligaciones y derechos.

Por su parte el aumento masivo del comercio electrónico, ha generado en la comunidad mercantil (ahora virtual), nuevos conceptos propios; en este sentido y con el fin de facilitar la discusión sobre los aspectos para tener en cuenta en la definición de la tributación de la economía digital, es muy importante observar la clasificación realizada por La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)²; así: *“el Comercio Electrónico: como la compra o venta de bienes o servicios a través de medios electrónicos diseñados para poner y tomar órdenes de compra; Tiendas virtuales de aplicaciones (app stores): plataforma virtual para la compra y subsiguiente descarga de aplicaciones o programas para distintos dispositivos electrónicos; Publicidad en línea: publicidad que utiliza el internet como medio para transmitir un mensaje publicitario; y Computación en la nube: prestación de servicios en línea, de los cuales los más comunes son los siguientes: (i)*

² Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 42 países (34 miembros plenos) y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabajan para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Miden la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizan y comparan datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijan estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.

Su principal finalidad consiste en aumentar la visibilidad de la OCDE en la región y, durante casi dos décadas, se ha dedicado a promover el trabajo y las actividades de la OCDE al establecer contacto con creadores de políticas, expertos, líderes empresariales, universidades y representantes de la sociedad civil.

América Latina y la OCDE:

Países miembros: Chile y México

Adhesión: Colombia y Costa Rica

Socio Clave: Brasil

Programa País: Perú

Miembros del Centro de Desarrollo de la OCDE: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay

<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>, última visita 20 de octubre de 2016 hora 11:54 p.m.

infraestructura como servicio: A través de este servicio, el proveedor suministra al consumidor recursos informáticos de manera virtual; y (ii) software como servicio: el prestador del servicio le permite al usuario acceder de manera virtual a una aplicación”.

Las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, se han convertido desde su implementación, en un mecanismo que establece un eje importante en el desarrollo del Comercio Electrónico³; por su parte el servicio telemático desarrollado por el Gobierno Nacional a finales de los años ochenta estableció los servicios de valor agregado, por medio del artículo 31 de la Ley 1900 de 1990⁴. Por otro lado la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia proferida en el año 2006, enfatizó:“(…) *las facultades otorgadas al Presidente fueron precisamente dadas para poder modificar las normas que regulan las actividades y servicios señalados en el artículo 1° de la Ley 72 de 1989, entre ellos los servicios de telecomunicaciones, incluidos los de valor agregado y de telemática. Los de valor agregado son servicios de comunicaciones que envuelve, en sí mismo, el concepto de telecomunicaciones. Los servicios telemáticos son aquellos que, utilizando como soporte servicios básicos, permiten el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos, como telefax, videofax y datafax (artículo 30 del Decreto Ley 1900 de 1990). Así las cosas, existe correspondencia entre la Ley de delegación y el Decreto acusado, ya que el ejecutivo, como legislador extraordinario, estaba autorizado para reformar las normas y estatutos que regulan las actividades y*

³ En este sentido recordamos que LEY 72 DE 1989 (Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.) establece:

Artículo 1.- El Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Comunicaciones, adoptará la política general del sector de comunicaciones y ejercerá las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector, que comprende, entre otros:

- los servicios de telecomunicaciones.
- los servicios informáticos y de telemática.
- los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado.
- los servicios postales.

Artículo 8.- El establecimiento, explotación y uso en el país, de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación, requieren la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, y atenderán las normas y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y sus organismos normalizadores CCIR y CCITT

⁴ ARTICULO 31. Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico.

Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.

servicios de telecomunicaciones, y precisamente en el artículo 27 parcialmente acusado, fijó una clasificación, sujetándose a las pautas materiales establecidas por el legislador ordinario. Cambiar la clasificación de los servicios a telecomunicaciones, cuando estos estaban catalogados como servicios de comunicaciones, obedece a una relación de género y especie, que para la Corte no constituye, como aduce el demandante, un exceso en las facultades extraordinarias, que contraría la Constitución, debido a que se contaba con la habilitación necesaria para modificar las normas que regulaban los servicios de comunicaciones, señalar su alcance y la aplicación de los mismos.”⁵

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-926 de 2006, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, por medio de la cual se Declara exequibles las expresiones “telemáticos y de valor agregado” contenidas en el artículo 27 del Decreto Ley 1900 de 1990 “por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”, en cuanto no hubo exceso en el ejercicio de facultades extraordinarias.

JUSTIFICACIÓN

*“Cuando se innova, se corre el riesgo de cometer errores.
Es mejor admitirlo rápidamente y continuar con otra innovación.”*

Steve Jobs

En Colombia la conectividad y el acceso a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, han crecido precipitadamente en la última década, y aunque falta mucho camino por recorrer para estar a la altura de países europeos, líderes mundiales en el avance de las tecnologías y las comunicaciones, sin duda vamos por el camino correcto. Dicho crecimiento ha generado seguridad, tranquilidad y certidumbre en el uso de los medios tecnológicos de información que se ve ampliamente reflejado en factores tales como el uso masivo de correo electrónico, redes sociales y transacciones electrónicas de tipo comercial o la implementación de herramientas tecnológicas para la elaboración y celebración de diversos contratos y negocios jurídicos.

Las cifras de evolución del comercio electrónico en nuestro Colombia, indican que para el año 2014 el desarrollo del comercio electrónico en Colombia aumento más de lo alcanzando números extraordinarios en el campo de las actividades comerciales. Conforme lo demuestra el informe de la firma PayU Latam⁶, determinó que para el año inmediatamente anterior el comercio electrónico en Colombia alcanzó un registro de 41,3%. A la luz de las referidas cifras, durante el año inmediatamente anterior las transacciones virtuales habrían alcanzado cerca de 3.500 millones de dólares, 900 millones de dólares más que en el año 2013.

Por su parte los productos que más consiguieron los compradores colombianos para el periodo del año 2014 fueron: tiquetes y reservas de hoteles, boletas, artículos electrónicos, entre otros. De la misma manera se logró determinar que el medio de pago preferido fue la tarjeta de crédito con un índice del 55% frente al 34 % de pago en efectivo.

⁶ <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/crecimiento-del-comercio-electronico-en-colombia/15119458>; último ingreso 18 de octubre de 2016, hora: 3:58 pm

Ahora bien, la cifra de conexiones a medios de pago por Internet (Banda Ancha)⁷ en el país, tiene una fuerte tendencia al alza. En este sentido, se logró establecer que durante el primer trimestre del año 2015 el total de conexiones (Banda Ancha)⁸ obtuvo los 10.112.622 accesos en Colombia, mientras que las demás conexiones a Internet (conexiones con velocidad efectiva de bajada – Downstream <1.024 Kbps + Móvil 2G) suman menos de un millón de accesos, con 611.750 conexiones a Internet. La suma total de enlaces a Internet en nuestro país (para el primer trimestre de 2015) llegó a 10.724.372 conexiones.⁹

Al cierre del primer trimestre del año 2015, el número total de conexiones y suscripciones a Internet Fijo Dedicado y Móvil en el país alcanzó una cifra de 10.724.372 suscriptores¹⁰, cifra compuesta por accesos a Internet fijos y móviles, lo que representa un incremento absoluto de 107.144 suscriptores con relación a la cifra alcanzada en el trimestre inmediatamente anterior.

En lo referente con la telefonía móvil, es necesario precisar que al término del primer trimestre de 2015¹¹, el número absoluto de abonados en servicio de telefonía móvil en Colombia alcanzó un total de 56.139.892, presentando un aumento de 8,2 puntos porcentuales con relación al índice de penetración del mismo trimestre del año anterior, el cual se ubicó en el 108,3%

Como se evidencia en las cifras anteriormente señaladas, en nuestro país, el número de usuarios de internet y de telefonía móvil se ha multiplicado de manera vertiginosa; de ésta forma Colombia se convierte como uno de los países con mayor crecimiento en la utilización de recursos informáticos y servicios tecnológicos en Latinoamérica, hecho que redundará en beneficio de los ciudadanos, toda vez que éstos pueden utilizar dichos recursos para competir de manera ágil, eficaz y efectiva en las transacciones electrónicas de comercio internacional, con diferentes personas, incluso, a nivel global.

⁷ Para efectos de la medición del indicador Vive Digital se considera Banda Ancha las conexiones a internet fijo con velocidad efectiva de bajada (Downstream) mayores o iguales a 1.024 Kbps + internet Móvil 3G y 4G. http://colombiatic.mintic.gov.co/602/articles-11128_archivo_pdf.pdf; último ingreso 18 de octubre de 2016, hora: 4:35 pm

⁸ *Ibidem*.

⁹ Boletín Trimestral de las TIC > Primer trimestre de 2015 | Publicado en julio de 2015; http://colombiatic.mintic.gov.co/602/articles-11128_archivo_pdf.pdf; último ingreso 18 de octubre de 2016, hora: 4:37 pm

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*

Dichas evoluciones informáticas e innovaciones de tecnología de la información, plantean a los legisladores y juristas colombianos nuevos retos de actualización en los regímenes jurídicos nacionales y genera la implementación de medidas eficaces, como convenios internacionales, para que éstos respondan eficazmente a las exigencias trazadas por la creciente globalización de los mercados. Allí indudablemente los estudiantes de universidades y los que trabajan en la academia, tendrán un papel preponderante, pues los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico y comercio digital, propician el desarrollo de nuevas tendencias en todos los órdenes de mercado, lo cual, por supuesto, implica realizar ajustes en la normatividad que estén acordes con la transformación mercantil, social, económica y a la vez empresarial, pues las mismas trascienden la esfera mundial, regional, local, social, y por supuesto la personal.

Frente a las transformaciones y avances que han sufrido las tecnologías de la información y las comunicaciones en relación con las nuevas exigencias del comercio, el legislador colombiano expidió la Ley 527 de 1999, que en principio, identifica las demandas que el cambio tecnológico de orden global proyectaba en términos de actualización normativa y contractual nacional, para ajustarla a las nuevas realidades de comerciales y de comunicación, proporcionando un fundamento jurídico real, a las actividades comerciales o negocios de mercado, efectuadas a través de mecanismos electrónicos, y generando además el impulso probatorio de los mensajes de datos.

Actualmente Internet, no sólo permite recoger información, transportarla, acumularla, rescatarla en cantidades masivas, sino que además, permite adelantar la celebración y realizar la ejecución de diversos actos y negocios con consecuencias totalmente jurídicas. Esta nueva corriente basada en la tecnología de la información, y el desarrollo de las comunicaciones ha creado una nueva modalidad comercial denominada en el mundo como “e-commerce”, herramienta que ha permitido agilizar de las transacciones mercantiles en línea, convirtiéndose en una modalidad comercial muy sorprendente; en ese orden de ideas es menester que el legislador colombiano establezca o determine los lineamientos claros y específicos que abarcan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, para evitar la incertidumbre e inseguridad jurídica frente al desarrollo de las transacciones, que trae consigo, esta nueva forma de realizar negocios y contratos mercantiles, principalmente, en lo que concierne a la validez jurídica de la información presentada en forma diferente a un documento escrito, que en cierta medida, permite generar mayores

garantías al momento de hacer efectivos los derechos y las obligaciones que se derivan de las negociaciones digitales.

Por otro lado y en un plano más realista, es necesario precisar, que cuando una persona crea una compañía en un sitio web, no necesariamente es sinónimo de éxito, riqueza o poder, o que la misma puede perdurar por varios años, lo importante es que lo empresarios cuenten con metas reales, presupuestos sencillos y con herramientas jurídicas actuales que permitan desarrollar transacciones comerciales para obtener un verdadero flujo de caja.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El uso de los avances tecnológicos en la celebración de actos o negocios jurídicos de corte mercantil, se convierte en un escenario propicio que es aprovechado de forma directa por comerciantes que poseen grandes cualidades en el conocimiento de la informática y las telecomunicaciones, para ofrecer con facilidad y bajo costo productos y servicios en tiempo real, reduciendo costos en las operaciones de mercadeo, evitando intermediarios (meros contactos) en la venta de productos, y reduciendo además, distancias, generando el fenómeno global del Comercio Electrónico a través del acceso a la internet.

En este sentido, la incursión de las nuevas tecnologías en la generación de nuevos negocios jurídicos, ha generado profundos cambios en los modelos de negocios, contratos, e incluso propició la creación de normas tributarias vigentes en nuestro país. En muchos modelos de negocios virtuales, una entidad no residente puede desarrollar su actividad económica de manera remota a través de medios digitales, sin necesidad de mantener una presencia física, temporal o permanente, en una jurisdicción específica. Esta situación viene generando cuestionamientos a las normas vigentes en la medida en la cual, bajo los criterios actuales, los Estados estarían renunciando a gravar operaciones que de cierta forma suceden en su jurisdicción, aunque por medios digitales¹².

La elaboración del presente estudio busca entre otras cosas, determinar claridad conceptual sobre el comercio mercantil y digital en nuestro país, así mismo, se busca analizar la estructura jurídica actual. Por lo anterior se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son las reglas jurídicas y procedimentales necesarias para el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en el comercio electrónico en Colombia?

¹² Dr. Juan Guillermo Ruiz, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-140806-02-tributacion-de-la-economia-digital>, última visita, 20 de octubre de 2016 hora 10:18 p.m.

OBJETIVOS

Objetivo general

Establecer las reglas jurídicas y procedimentales necesarias para el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en el comercio electrónico en Colombia.

Objetivos específicos

1. Identificar la regulación normativa de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
2. Establecer los principios procesales y mercantiles del comercio electrónico en Colombia.

MARCOS REFERENCIALES

Marco teórico

Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) se asocian al mundo de hoy a un universo sin límites, donde el comercio electrónico y las transacciones de tipo virtual van en ascenso y ocupan un lugar muy importante en la sociedad, a tal punto, que dichas operaciones han modificado comportamientos comerciales, en este sentido, las teorías sobre el comercio electrónico, señalan por ejemplo, en palabras de la doctora María Clara Gutiérrez Gómez, que: *“El comercio electrónico es considerado como un cambio en los hábitos comerciales, en la forma de realizar negocios, constituyéndose como un elemento esencial para el crecimiento económico mundial”*.¹³

El aumento desmedido de esta modalidad comercial en nuestro país, ha alcanzado en los últimos años índices inimaginables, razón por la cual es necesario que el Gobierno Nacional fije lineamientos claros con el fin de evitar incertidumbres legales especialmente en el área contractual, pues ésta nueva modalidad de negocios requiere especial protección respecto a la validez jurídica de los mismos, sobre el particular y en relación con la teoría de los contratos electrónicos, el profesor Carlos Vattier Fuenzalida, señala en su libro: *Instituciones del Derecho Privado, Contratación Contemporánea*, lo siguiente: *“(…) los contratos electrónicos son los que se celebran mediante el llamado dialogo de ordenadores, el cual discurre entre el ordenador del emisor y el ordenador del receptor a través de una red telemática binaria interactiva de operadores intermedios, cuya más lograda expresión actual es la popular red Internet.”*¹⁴

¹³ GUTIÉRRES GÓMEZ, María Clara; *Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*; Universidad de los Andes Facultad de Derecho; Editorial Legis S.A. Primera Edición, 2002, página 177. Abogada de la Universidad de los Andes. Master en Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid, ha elaborado entre otras las siguientes publicaciones: *Publicaciones GECTI: Desarrollo normativo de las telecomunicaciones en la Comunidad Andina* (2008); *Hacia el gobierno electrónico: elementos para el desarrollo de una política estatal*. (2003); y *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico*. (2002).

¹⁴ FUENZALIDA VATTIER, Carlos; *Instituciones del Derecho Privado, Contratación Contemporánea*, Palestra Editores Lima; Editorial Temis S.A. Bogotá, 2001, página 20. El Dr. Carlos Vattier Fuenzalida, es Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos, de cuya Facultad de Derecho ha sido Decano durante casi un decenio. Doctor honoris causa por una Universidad de Perú, ha impartido cursos de doctorado en Poitiers (Francia), Puerto Rico (USA).

Por su parte, las principales teorías comerciales establecen que casi todos los elementos que conforman el establecimiento de comercio, pueden ser enajenados de manera particular y que la ley protege de forma privilegiada su unidad económica y advierte sobre su enajenación en bloque. En este sentido y en relación con las teorías de Derecho Comercial, el profesor José Ignacio Narvárez García, señala en su libro, Introducción al Derecho Mercantil, lo siguiente: *"(...) los bienes del establecimiento unidos ideal y no materialmente por el empresario, conservan su individualidad y pueden ser objeto de derechos diversos. Cada uno de ellos tiene su propia ley de circulación, ya se enajenen en conjunto o ya se transfieran aisladamente. Pero en virtud del dinamismo que les imprime el empresario, con sentido y destino unitarios, constituyen una unidad económica diferente de los elementos que la componen. En verdad el establecimiento existe en la medida en que es explotado y subsiste hasta cuando dicha explotación se realice. Y como bien patrimonial del empresario, puede ser objeto de transacciones en bloque, V.gr., permuta, venta, donación, arrendamiento, prenda, aporte a una sociedad, usufructo, anticresis y su valor comercial excede siempre la simple suma de los distintos elementos que lo integran"*¹⁵.

Marco Jurídico

Conforme lo dispone la Ley 527 de 1999, conocida como "La Ley de Comercio Electrónico", disposición que regula algunos aspectos importantes sobre el comercio electrónico, y además contiene principios fundamentales que proporcionan el sustento legal para la ejecución de transacciones y operaciones por medio de dispositivos electrónicos, bien sea por parte de personas particulares, o por parte del Estado; dicha ley determina el uso de mensajes de datos y firmas digitales para todas actividades judiciales, experiencia que recoge de manera importante el Código General del Proceso.

¹⁵ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil, 10 Edición Actualizada, Legis, 2008, página. 202.

Por su parte es necesario precisar que la reglamentación jurídica del comercio electrónico Colombia fue precursora en los países de América Latina, estableciendo de este modo cierta seguridad jurídica en las transacciones comerciales que realicen los ciudadanos por internet.

No obstante lo anterior es necesario precisar, que respecto del comercio electrónico, existen varios antecedentes en la legislación colombiana, pues, antes de ser expedida la normatividad vigente que rige el comercio electrónico; existen datos que se remontan al año de 1993, cuando el Ministro de Hacienda y Crédito Público doctor Rudolf Hommes Rodríguez, expidió el Decreto 663 de 1993, “por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, precepto, que en el numeral 6 de su artículo 127 sostiene: “(...),sin que se presente la libreta u otra constancia de depósito y se haga en ella el respectivo asiento al tiempo del pago, salvo en aquellos casos en que el pago se produzca mediante la utilización por parte del usuario de un medio electrónico que permita dejar evidencia fidedigna de la transacción realizada.”, configurando con ello la viabilidad del uso de los sistemas electrónicos y del intercambio electrónico.

A continuación, el Congreso de la República promulgó la Ley 222 de 1995 que reformó el Código de Comercio, y "Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, estableciendo la posibilidad de adelantar reuniones de accionistas en diversas sociedades comerciales, sin que fuera necesaria la presencia física y/o presente, siempre que se diera estricto cumplimiento a las directrices establecidas en la Circular Externa 05 de 1996 emitida por la Superintendencia de Sociedades.

Posteriormente el señor Presidente de la República doctor Ernesto Samper Pizano, expidió el Decreto 2150 de 1995 “por medio del cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la Administración Pública”, estableciendo en el artículo 26: “Utilización del sistema electrónicos de archivo y transmisión de datos. Las entidades de la Administración Pública deberán habilitar sistemas

de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.

En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares.”

Es así, como aparecen disposiciones concernientes a la factura electrónica a través de la Ley 223 de 1995, el Decreto 1094 de 1996 y el Concepto de la Dian No. 40333 de 2000 y el Decreto 2242 de 2015.

Del mismo modo es necesario precisar, que La Asamblea General de la ONU, por medio de la Resolución No.2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, aprobó la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recomendando su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos, como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares. La Asamblea General dio a la Comisión el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Desde entonces, la Comisión se ha convertido en el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

METODOLOGIA

El método que aplicaremos es el deductivo-inductivo, y el analítico, bajo el siguiente entendido:

- **Método deductivo**¹⁶: Es el que aspira a demostrar en forma interpretativa, mediante la lógica pura, la conclusión en su totalidad a partir de unas premisas, de manera que se garantiza la veracidad de las conclusiones, si no se invalida la lógica aplicada. Se trata del modelo axiomático como el método científico ideal. El método inductivo necesita una condición adicional, su aplicación se considera válida mientras no se encuentre ningún caso que no cumpla el modelo propuesto.
- **Método inductivo**¹⁷: Es el que crea leyes a partir de la observación de los hechos, mediante la generalización del comportamiento observado; en realidad, lo que realiza es una especie de generalización, sin que por medio de la lógica pueda conseguir una demostración de las citadas leyes o conjunto de conclusiones. Dichas conclusiones podrían ser falsas y, al mismo tiempo, la aplicación parcial efectuada de la lógica podría mantener su validez.
- **Método analítico**¹⁸: El Método analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

¹⁶ Página Web: <http://luisyaringano.blogspot.com.co/2008/04/definicion-de-deductivo-e-inductivo.html>

¹⁷ Íbidem

¹⁸ Página Web: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/7.1.htm>

- **Investigación exploratoria**¹⁹: Son las investigaciones que pretenden darnos una visión general, de tipo aproximativo, respecto a una determinada realidad. Este tipo de investigación se realiza especialmente cuando el tema elegido ha sido poco explorado y reconocido, y cuando más aún, sobre él, es difícil formular hipótesis precisas o de cierta generalidad. Suele surgir también cuando aparece un nuevo fenómeno que por su novedad no admite una descripción sistemática o cuando los recursos del investigador resultan insuficientes para emprender un trabajo más profundo.

Los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular de la vida real, investigar problemas del comportamiento humano que consideren cruciales los profesionales de determinada área, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones posteriores o sugerir afirmaciones (postulados) verificables. Esta clase de estudios son comunes en la investigación del comportamiento, sobre todo en situaciones donde hay poca información.

Las preguntas iniciales en este tipo de investigación son: ¿para qué?, ¿cuál es el problema? Y ¿qué se podría investigar?

Los estudios exploratorios en pocas ocasiones constituyen un fin en sí mismos, "por lo general determinan tendencias, identifican relaciones potenciales entre variables y establecen el 'tono' de investigaciones posteriores más rigurosas". Se caracterizan por ser más flexibles en su metodología en comparación con los estudios descriptivos o explicativos, y son más amplios y dispersos que estos otros dos tipos (v.g., buscan observar tantas manifestaciones del fenómeno estudiado como sea posible). Asimismo, implican un mayor "riesgo" y requieren gran paciencia, serenidad y receptividad por parte del investigador.

¹⁹ Página Web: <http://metodologadelainvestigaciinsiis.blogspot.com.co/2011/10/tipos-de-investigacion-exploratoria.html>

CAPÍTULO I

REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

1. Fundamento Constitucional y Generalidades de los Contratos Mercantiles

La Constitución Política de Colombia, fomenta el uso activo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como una herramienta ágil que reduce grietas económicas, sociales, culturales, comerciales y por supuesto digitales, en materia de solución informática, representada en la declaración de los principios de justicia, equidad, educación, salud, cultura y transparencia. El uso de las tecnologías de la información se encuentra protegido por el artículo 75 de la Constitución Política, que dice: “(...) Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, (...)”²⁰.

Por su parte, el derecho mercantil y/o comercial en Colombia, se construye esencialmente sobre la base del concepto de comerciante, los actos de comercio, los bienes mercantiles, las sociedades y los contratos comerciales. Esta rama del Derecho Privado, se fundamenta primordialmente en la costumbre mercantil²¹, y extiende su ramificación normativa a otro tipo de figuras del derecho sustancial y formal más recientes e innovadoras en el mundo jurídico, como es el comercio electrónico, los tratados de libre comercio internacional y las nuevas formas de contratación como el consorcio y las uniones temporales, las franquicias,

²⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 75 dice: El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

²¹Dentro de esta línea de pensamiento Santo Tomás de Aquino, en el Tratado de La Ley, expone (Suma.I-II, questio 97 artículo 3): “(...) De ahí que, aun cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo todo el pueblo unido, mediante la costumbre, sí tiene tal poder.” La costumbre jurídica es conocida como la fuente más antigua del derecho, sus referentes datan de su utilización en Roma como única forma de creación del derecho hasta antes de las Doce Tablas, elaborada durante la segunda mitad del siglo IV a de C. En Europa fue generalizada su utilización como fuente primordial del derecho durante la Edad Media y el renacimiento, prolongándose hasta finales del siglo XVIII, época en la cual se comenzaron a expedir las grandes codificaciones. En nuestro contexto legal, la costumbre mercantil viene definida y su alcance establecido en el Código de Comercio, en el artículo 3º, dice: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la Ley Comercial, siempre que no le contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constructivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En efecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.” Tomado del texto “La costumbre como fuente del Derecho.” escrito por el Dr. Carlos Arturo Hernández Díaz, Revista Criterio Jurídico Garantista Año2, No.2 Enero –Junio de 2010, Páginas 147, 148, 149 y 150.

las agrupaciones de colaboración, los grupos de interés económico, entre otras, instituciones jurídico procesales mucho más acordes con la realidad económica, financiera y jurídica de nuestra nación, que se encuentran a la par, de las nuevas tecnologías y el avance de las comunicaciones a nivel mundial que se caracteriza por el intercambio expeditivo de bienes, productos y servicios.

En ese orden de ideas, realizaremos un breve estudio sobre las nociones básicas del Derecho Mercantil, que nos permitirá conocer de primera mano, aspectos generales de carácter normativo de los negocios jurídicos basados en principios del derecho material y formal, obviamente, sin perder de vista el concepto legal de Empresa. En este sentido, es necesario precisar, que el significado de costumbre mercantil, se encuentra establecida la noción del Derecho Comercial actual, derecho, que años después se transforma en el Código de Comercio, ordenando y codificando las costumbres mercantiles que permiten el desarrollo de las transacciones comerciales; en ese orden de ideas, vale la pena retrotraernos un poco a las Fuentes del Derecho Comercial²², que se dividen en Fuentes Formales y Fuentes Materiales. Las Fuentes Formales del Derecho Mercantil son de obligatorio cumplimiento, así:

- La Constitución Política de Colombia,

²² En principio el Código de Comercio, no establece de manera expresa o explícita la jerarquización de las fuentes del derecho mercantil, no obstante, el tema de las fuentes del derecho mercantil aparece regulado en varios artículos, así:

ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

ARTÍCULO 2o. <APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL>. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

ARTÍCULO 3o. <AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL – COSTUMBRE LOCAL – COSTUMBRE GENERAL>. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

ARTÍCULO 4o. <PREFERENCIA DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES>. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

ARTÍCULO 5o. <APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE MERCANTIL>. Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles.

ARTÍCULO 7o. <APLICACIÓN DE TRATADOS, CONVENCIONES Y COSTUMBRE INTERNACIONALES>. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

- La Ley Comercial,
- Los Contratos Mercantiles,
- La Costumbre Mercantil, y
- La ley Civil.

Del mismo modo precisamos, que el derecho comercial posee además fuentes materiales, que *no son vinculantes*, pero que se constituyen en herramientas jurídicas auxiliares, como lo son:

- La Jurisprudencia,
- La Doctrina,
- Los Principios Generales del Derecho, y
- Los tratados y Convenios Internacionales no Ratificados por Colombia.

1.1 Comerciante

El ejercicio y aplicación del Derecho Comercial en Colombia, comprende un conjunto ordenado y codificado de normas jurídicas, que regula de manera concreta el desarrollo de las actividades mercantiles, las relaciones jurídicas que de ellas se desprenden y las personas (naturales o jurídicas) que protagonizan o realizan dichos actos comerciales, en este sentido, el Código de Comercio, nos señala, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 del referido Código, el concepto de comerciante, en los siguientes términos: *“son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan de algunas de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.”*²³

De acuerdo con lo anterior, cuando se habla de comerciante, se hace referencia no solo de aquellas personas que distribuyen o comercializan cierto tipo de mercancías, sino también de las personas (naturales o jurídicas) que las producen, confeccionan o

²³ Artículo 10 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio

elaboran por medio de procesos mecánicos, industriales o artesanales; dicho principio también hace referencia de aquellas personas que extraen elementos de la naturaleza o al que presta servicios; ejemplo de ello, son las compañías de seguros, las cadenas hoteleras y aquellos profesionales independientes que prestan sus servicios a través de una organización empresarial. Por otra parte, es necesario precisar, que las normas incorporadas en el Código de Comercio, se aplican en principio, a los comerciantes y a las actividades comerciales o negocios; pero también, a todos y cada uno de los actos de comercio realizados por personas no comerciantes, tal como lo dispone el artículo 11 del mencionado Código que dice: *“Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.”*; como ejemplos clásicos de este tipo de actividad, tenemos: las personas que giran un cheque, suscriben un pagaré, o adquieren una tarjeta de crédito; en todos estos casos anteriormente señalados, se aplican de manera preferente las normas de carácter comercial. En ese orden de ideas, no queda duda, que los comerciantes y aquellas personas que, sin ser comerciantes, realizan de manera ocasional negocios o actos de comercio, a los cuales, también se les imputa el uso de las normas comerciales vigentes, única y exclusivamente para esa actividad.

Del mismo modo precisamos, que la actividad mercantil, se puede ejercer también por intermedio de un representante legal o convencional, o a través de un apoderado o mandatario, toda vez que el comercio al ser maleable, permite realizar actos mercantiles o comerciales, por medio de actos jurídicos de representación, que pueden ser llevados a feliz término por un representante; y todo, porque que el ejercicio del comercio, al contrario de otras profesiones en Colombia, es una actividad impersonal, susceptible de total representación, como por ejemplo, las actividades que realizan los corredores de seguros, los comisionistas de bolsa y los factores, entre otros.

Ahora bien, es necesario poner de presente que para poder ser comerciante de manera profesional en nuestro país, solo basta cumplir con un requisito esencial, “ser persona”; y para poder ejercer actividades de tipo comercial, es necesariamente

imprescindible, tener capacidad de ejercicio conforme lo dispone la ley, que no es otra cosa, que contraer derechos y ejercer obligaciones, que le permiten celebrar en nombre propio o en representación de alguien más: actos jurídicos, contraer obligaciones y ejercer acciones legales. En otras palabras, ser una persona mayor de 18 años, no estar incurso en inhabilidades, y realizar los actos de comercio en forma reiterada y de manera habitual.

1.2 Actos Mercantiles

El legislador colombiano, no definió de manera explícita el concepto de lo que es el acto de comercio, sino que optó simplemente, por la vía de la enunciación de los actos que se consideran mercantiles o con sentido comercial, por medio del artículo 20 del Código de Comercio²⁴; igualmente, el legislador estableció en el artículo 23 del mismo Código, aquellos actos que *a contrario sensu* no son considerados como actos mercantiles. En términos más espontáneos, el Código de Comercio no define los actos de comercio de manera taxativa, simplemente los menciona, y por analogía²⁵ de las normas, se puede calificar un acto mercantil como comercial o no. Por su parte el

²⁴ "ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales:

- 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;
- 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;
- 3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;
- 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;
- 5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;
- 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;
- 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;
- 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;
- 9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;
- 10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;
- 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;
- 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;
- 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;
- 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;
- 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;
- 16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;
- 17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;
- 18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y
- 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil."

²⁵ Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella; conforme lo establece la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=2Vt6TRt>

artículo 24 de la misma codificación, establece un alcance declarativo y no limitativo de las enunciaciones contenidas en los artículos 20 y 23 del Código de Comercio²⁶, es decir, que no es una lista taxativa. De la misma manera, tenemos que precisar, que aquellas personas que se dedican a ejercer de forma profesional el comercio, le asisten una serie de obligaciones y deberes, consagrados en el artículo 19 del Código de Comercio²⁷.

1.3 Los Bienes Mercantiles

Un bien mercantil, es todo aquello que conforma un fondo de comercio (establecimiento comercial), que puede ser un bien material o inmaterial. En otras palabras, se conoce como bienes mercantiles, al Conjunto de bienes organizados por una persona que ejerce de manera habitual actos de comercio, que posee o dirige una industria, un negocio o una empresa, con el fin de desarrollar los objetivos comerciales de la sociedad, bajo el entendido, de organización de capital, de trabajo, de tecnología y de comunicaciones, necesarias para desarrollar las actividades económicas de su objeto social.

1.3.1. Establecimiento De Comercio

El establecimiento de comercio, es el conjunto de bienes o elementos materiales o inmateriales de carácter comercial, establecidos por el empresario, a través del cual, él en calidad de comerciante, desarrolla el objeto social de la misma y con ello los

²⁶ ARTÍCULO 23. ACTOS QUE NO SON MERCANTILES. No son mercantiles:

- 1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;
- 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;
- 3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;
- 4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y
- 5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.

²⁷ ARTÍCULO 19. OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. Es obligación de todo comerciante:

- 1) Matricularse en el registro mercantil;
- 2) Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;
- 3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;
- 4) Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;
- 5) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, y
- 6) Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.

finés de la actividad económica, estableciendo además disposiciones que puntualizan sus elementos y lo dotan de una especial protección legal, como es el derecho y las obligaciones que adquiere sobre un local, bodega, oficina o depósito arrendado, sobre el cual funciona la dirección o alguno de sus establecimientos; los derechos inherentes a la propiedad industrial; y los títulos valores.

El fundamento normativo del Establecimiento de Comercio, se encuentra establecido en el artículo 515 del Código de Comercio²⁸. De otro lado, es imperioso aclarar, que los elementos esenciales que integran el medio por el cual, el comerciante desarrolla la organización económica de la sociedad (salvo disposición en contrario), se encuentran plasmados en el artículo 516 de la misma codificación²⁹, de los cuales hacen parte la enseña o nombre comercial, las marcas de productos y de servicios, las mercancías, los créditos, los contratos de arrendamiento y los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento.

Por su parte, y con el ánimo de dejar claro su significado, el artículo 25 del Código de Comercio, establece el concepto de empresa en los siguientes términos: *“Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”*; precisando de toda maneras, que la actividad mercantil o comercial se puede ejercer por medio de uno o más establecimientos de

²⁸ Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

²⁹ Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

- 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;
- 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;
- 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
- 4) El mobiliario y las instalaciones;
- 5) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
- 6) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y
- 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

comercio, los cuales pueden estar conformados por: un depósito, un almacén, una oficina, un taller, una bodega, una fábrica o cualquier otra forma definida por el empresario para la ejecución y desarrollo de su actividad económica; por último y no menos importante, aclaramos que los referidos elementos, son objeto de registro en matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio, del asiento de las actividades comerciales, dentro del mes siguiente a la fecha de apertura al público en general.

1.3.1.1. Elementos Del Establecimiento De Comercio

Conforme lo dispone el artículo 516 del Código de Comercio, los siguientes son algunos de los elementos esenciales que componen el establecimiento de comercio:

A. Propiedad Industrial³⁰: Es una rama de la propiedad intelectual, que se encuentra regulada por la Decisión 486 de 2000 del acuerdo de Cartagena, por medio del cual se estableció el Régimen Común Sobre Propiedad Industrial, y que se define como el derecho que recae sobre las innovaciones tecnológicas que tienen una aplicación industrial. Es un derecho, que tiene por objeto un bien inmaterial que se relaciona con la industria y el comercio, por eso lo que se

³⁰ Para hablar de propiedad industrial, primero debemos entender que La Propiedad Intelectual, se relaciona con las creaciones de la mente: como las invenciones, las obras literarias y las artísticas, así como los símbolos, los nombres e imágenes utilizados en el comercio. En este sentido, la Propiedad Intelectual se divide en dos categorías:

- **La propiedad industrial:** que abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas. Y,
- **El derecho de autor:** que abarca las obras literarias (por ejemplo, las novelas, los poemas y las obras de teatro), las películas, la música, las obras artísticas (por ejemplo, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas) y los diseños arquitectónicos. Los derechos conexos al derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión.

Los derechos de propiedad intelectual: se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad: permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación. Esos derechos están consagrados en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas. La importancia de la propiedad intelectual se reconoció por vez primera en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883), y en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Tomado del texto ¿Qué es la Propiedad Intelectual?, emitido por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

¿Qué es la OMPI?: La OMPI es el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual (P.I.). Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado, que cuenta con 189 Estados miembros.

La misión de la OMPI es llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos. El mandato y los órganos rectores de la OMPI, así como los procedimientos que rigen su funcionamiento, están recogidos en el Convenio de la OMPI, por el que se estableció la Organización en 1967. <http://www.wipo.int/about-wipo/es/> última visita 22 de octubre 2016, hora 3:12 pm

protege no es el producto en sí, sino la fórmula con base en la cual se obtiene. Dichos derechos recaen sobre las siguientes conceptos de propiedad industrial:

- i. **Patente de invención**³¹: Es un privilegio de explotación monopolística que la ley concede a un inventor, en retribución o compensación por su aporte creativo realizado por éste, para lograr una solución técnica que le aporte beneficios a la humanidad. Dicho privilegio consiste en el derecho a explotar exclusivamente el invento por un tiempo determinado de 20 años, dicha explotación consiste en comercializar exclusiva y directamente el producto patentado, o por intermedio de terceros otorgando licencias, o transfiriendo los derechos obtenidos mediante su venta para que un tercero explote la invención³². Existen tres clases de patentes:
 - a. Patente de producto,
 - b. Patente de procedimiento y
 - c. Patente de Perfeccionamiento.

- ii. **Modelo de Utilidad**³³: Se define como una nueva forma que mejora desde el punto de vista funcional, un objeto de uso práctico.

- ii. **Know-How**³⁴: Es un saber especializado, un secreto profesional que se traduce en economía de costos, ahorro de tiempo y dinero, con mayor

³¹ Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, de la Organización Mundial del Comercio y del Convenio de París, Artículo 9.- La primera solicitud de patente de invención o de modelo de utilidad, o de registro de diseño industrial o de marca, válidamente presentada en otro País Miembro o ante una autoridad nacional, regional o internacional con la cual el País Miembro estuviese vinculado por algún tratado que establezca un derecho de prioridad análogo al que establece la presente Decisión, conferirá al solicitante o a su causahabiente un derecho de prioridad para solicitar en el País Miembro una patente o un registro respecto de la misma materia. El alcance y los efectos del derecho de prioridad serán los previstos en el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial

³² <http://www.sic.gov.co/drupal/patentes>, Superintendencia de Industria y Comercio, última visita 23 de octubre 2016 hora 1:59 am

³³ Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, de la Organización Mundial del Comercio y del Convenio de París, Artículo 81.- Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.

³⁴ *Ibidem*, Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

eficiencia, productividad, y calidad, se conoce también como “Arte de Fabricación” o el conjunto de procedimientos empleados en la realización técnica de un producto.

- iii. **Diseños industriales**³⁵: Es una forma externa, estética y estrictamente formal de presentación de un artículo o producto. No envuelve ningún efecto técnico (lo que lo diferencia de patentes y modelos de utilidad).

- iv. **Nombre comercial**³⁶: El nombre comercial es el signo que identifica al empresario como tal en el desarrollo de una actividad mercantil. es diferente de la razón social pues ésta cumple con la función de identificar no al establecimiento sino a la persona jurídica.

- v. **Denominación de origen**³⁷: Se refiere al nombre de una región o país donde se produce un producto, reconocido en el mundo por su calidad y características únicas y que se le marca al producto fabricado para identificarlo, por ejemplo “café de Colombia” es una garantía de máxima calidad para el consumidor y por lo tanto determina su elección.

B. Propiedad Comercial: Es el derecho de arrendamiento que posee el comerciante que ejerce de manera habitual actividades mercantiles sobre las

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

³⁵ *Ibidem*, Artículo 113.- Se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto.

³⁶ *Ibidem*, Artículo 190.- Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil. Una empresa o establecimiento podrá tener más de un nombre comercial. Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles. Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.

³⁷ *Ibidem*, Artículo 201.- Se entenderá por denominación de origen, una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a una zona geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuya calidad, reputación u otras características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos.

oficinas, depósitos, bodegas, o locales comerciales donde funciona el establecimiento de comercio; en este sentido el Código de Comercio regula los derechos del arrendatario de un establecimiento de comercio en los artículos 518 a 523³⁸.

C. Protección De Fama Comercial Y Derecho A Impedir Desviación De Clientela

Los tratadistas definen la Fama Comercial o el Good Will³⁹, como el valor actual o capitalizado de las ganancias futuras estimadas de una empresa establecida, con exceso de los resultados normales que pudieran razonablemente presumirse realizados por una empresa. Así mismo, aseguran que el Good Will, puede estar constituido por uno o varios factores. Dichos factores con referencia a una

³⁸ ARTÍCULO 518. DERECHO DE RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato;

2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y

3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

ARTÍCULO 519. DIFERENCIAS EN LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO. Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos.

ARTÍCULO 520. DESAHUCIO AL ARRENDATARIO. En los casos previstos en los ordinales 2o. y 3o. del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente.

ARTÍCULO 521. PREFERENCIA DE ANTERIOR ARRENDATARIO EN LOCALES RECONSTRUIDOS. El arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera, en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales, distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo.

PARÁGRAFO. Para los efectos de este artículo, el propietario deberá informar al comerciante, por lo menos con sesenta días de anticipación, la fecha en que pueda entregar los locales, y este deberá dar aviso a aquél, con no menos de treinta días de anterioridad a dicha fecha, si ejercita o no el derecho de preferencia para el arrendamiento.

Si los locales reconstruidos o de la nueva edificación son en número menor que los anteriores, los arrendatarios más antiguos que ejerciten el derecho de preferencia excluirán a los demás en orden de antigüedad.

ARTÍCULO 522. CASOS DE INDEMNIZACIÓN DEL ARRENDATARIO. Si el propietario no da a los locales el destino indicado o no da principio a las obras dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega, deberá indemnizar al arrendatario los perjuicios causados, según estimación de peritos. Igual indemnización deberá pagarle si en esos mismos casos arrienda los locales, o los utiliza para establecimientos de comercio en que se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendatario. En la estimación de los perjuicios se incluirán, además del lucro cesante sufrido por el comerciante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho en los locales entregados.

El inmueble respectivo quedará especialmente afecto al pago de la indemnización, y la correspondiente demanda deberá ser inscrita como se previene para las que versan sobre el dominio de inmuebles.

ARTÍCULO 523. SUBARRENDANDO Y CESIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. El arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato.

El arrendatario podría subarrendar hasta la mitad los inmuebles, con la misma limitación.

La cesión del contrato será válida cuando la autorice el arrendador {o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio}.

³⁹ <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-contables/Normatividad%20Conceptos%20Contables/17610.pdf>, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa No. 17610, última visita 23

de octubre de 2016, hora 1:22 am

determinada empresa o negocio, pueden clasificarse en dos grupos: transferibles e intransferibles. Pertenecen al primero de ellos: la ubicación, las marcas o patentes, el nombre comercial, los procesos de fabricación, la organización, las franquicias y concesiones. Son intransferibles los factores que derivan cualidades personales del empresario, de su tacto, habilidad y competencia, de sus relaciones con el personal y sus vinculaciones con terceros.

En términos más sencillos el Good Will, hace referencia a un activo intangible de la empresa, que refleja las conexiones de un negocio, relacionado con la atención al cliente, la reputación y otros factores similares, es decir, que es el valor de la reputación de una empresa, que puede afectar su situación en el mercado de la misma, tanto positiva como negativamente.

Por otra parte, el numeral 4 del artículo 75 del Código de Comercio, derogado por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996, señala que: *“Los medios o sistemas encauzados <sic> a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles”*, situación que a todas luces genera un hecho de competencia desleal. En este sentido, el Código de Comercio regula en el numeral 6 del artículo 516 del estatuto mercantil estableció: *“El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, (...)”*.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1997⁴⁰, conceptuó: *“La ley pretende garantizar la libre y leal competencia económica y se aplica a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales repercutan en el mercado nacional. En términos generales se considera que constituye competencia desleal “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrentiales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado*

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997, M.P. Dr. Rodrigo Noguera Calderón

a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.”, y sobre el mismo fallo, el máximo Tribunal emitió el siguiente pronunciamiento: *“La estricta observancia de las normas sobre competencia desleal se garantiza judicialmente mediante dos acciones dotadas de particular agilidad: la acción declarativa y de condena, que puede interponer el afectado por actos de competencia desleal con miras a obtener la declaración de la ilegalidad de los actos realizados, la remoción de los efectos producidos y la indemnización de los perjuicios causados; la acción preventiva o de prohibición, que como su nombre lo indica, se instaura con el fin de evitar la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado.”*

D. Operaciones Sobre Establecimientos De Comercio

Como bien de uso comercial o mercantil, el establecimiento de comercio, puede ser objeto de todo tipo de contratos civiles que se encuentren vinculados con su naturaleza; como por ejemplo la prenda, la anticresis, la donación, la venta, el arrendamiento o el usufructo, podrán ser objeto de este medio de explotación de una empresa comercial. En ese orden de ideas, es claro que casi todos los elementos del establecimiento de comercio, pueden ser enajenados de forma individual, pero la ley protege de manera exclusiva su unidad económica y previene sobre su enajenación en bloque. En este sentido, el tratadista y profesor José Ignacio Narváez García, señala: *“(...) los bienes del establecimiento unidos ideal y no materialmente por el empresario, conservan su individualidad y pueden ser objeto de derechos diversos. Cada uno de ellos tiene su propia ley de circulación, ya se enajenen en conjunto o ya se transfieran aisladamente. Pero en virtud del dinamismo que les imprime el empresario, con sentido y destino unitarios, constituyen una unidad económica diferente de los elementos que la componen. En verdad el establecimiento existe en la medida en que es explotado y subsiste hasta cuando dicha explotación se realice. Y como bien patrimonial del empresario, puede ser objeto de transacciones en bloque, V.gr.,*

permuta, venta, donación, arrendamiento, prenda, aporte a una sociedad, usufructo, anticresis y su valor comercial excede siempre la simple suma de los distintos elementos que lo integran"⁴¹ .

Ahora bien, la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales (DIAN), emitió un breve concepto sobre el procedimiento para la enajenación en bloque de un establecimiento de comercio, en los siguientes términos: *"si se vende el establecimiento de comercio como tal, es decir como una unidad económica, basta que manifieste la voluntad de enajenar el establecimiento comercial, identificación, sin necesidad de discriminar los elementos que componen la unidad comercial, pero si enajena separadamente los elementos que componen el citado establecimiento, entonces éste desaparece como tal por la disgregación de los elementos que lo componen"*⁴². Del mismo modo la referida Dirección, puntualizó: *"para efectos de la retención de la fuente en la venta de un establecimiento de comercio, cuando se hace en bloque o como una sola unidad económica, se debe hacer sobre el total del valor del contrato pues se considera, en este caso, el citado establecimiento comercial como un activo fijo en razón de la imposibilidad de separar los diversos elementos que lo componen, así unos figuren como activos fijos y otros como activos movibles. Además de que la actividad ordinaria del vendedor no es la de enajenar esta clase de bienes y por consiguiente no entra en el giro ordinario de sus negocios para ser considerado como activo movable"*⁴³

No obstante y con base en las disposiciones establecidas en los artículos 525 a 533 del Código de Comercio⁴⁴, el legislador estableció normas especiales sobre

⁴¹ Narváez García, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil, 10 Edición Actualizada, Legis, 2008, pág. 202.

⁴² Dirección de Impuestos Nacionales, Concepto 3849 del 15 de febrero de 1991. Cámara de Comercio de Bogotá, oficio N° O 1956 del 10 de febrero de 1992, en Doctrina Mercantil de 1992, págs. 84 y 85.

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ ARTÍCULO 525. PRESUNCIÓN DE ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO UNIDAD ECONÓMICA. La enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran. ARTÍCULO 526. REQUISITOS PARA LA ENAJENACIÓN. La enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca efectos entre las partes.

ARTÍCULO 527. ENTREGA DE BALANCE Y RELACIÓN DE PASIVOS EN LA ENAJENACIÓN. El enajenante deberá entregar al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por un contador público.

la enajenación de los establecimientos de comercio y los diversos contratos que pueden celebrarse por parte del comerciante.

1.3.2 Establecimiento De Comercio Electrónico

El establecimiento comercial, hace parte de los bienes mercantiles de una sociedad o una empresa, en este sentido y en consideración la introducción de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en nuestro país, y en especial con las transacciones mercantiles, ha generado para el comercio mundial, la apertura de nuevos instrumentos electrónicos, constituyendo de esta forma el comercio electrónico, o el desarrollo de la economía digital, razón por la cual, muchos comerciantes desarrollan su actividad mercantil de forma virtual, basándose en una economía digital. En este sentido, es posible jurídicamente en Colombia, la constitución de un establecimiento de comercio virtual, siempre y cuando, dicho establecimiento contenga los elementos esenciales determinados por los artículos 515 y 516 del Código de Comercio.

ARTÍCULO 528. RESPONSABILIDAD DEL ENAJENANTE Y ADQUIRENTE - RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. El enajenante y el adquirente del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad.

La responsabilidad del enajenante cesará trascurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1) Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita;

2) Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores, en un diario de la capital de la República y en uno local, si lo hubiere ambos de amplia circulación, y

3) Que dentro del término indicado en el inciso primero no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor.

PARÁGRAFO. El acreedor del enajenante que no acepte al adquirente como su deudor deberá inscribir la oposición en el registro mercantil dentro del término que se le concede en este artículo.

ARTÍCULO 529. RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES QUE NO CONSTEN EN LOS LIBROS. Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuará a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones.

ARTÍCULO 530. OPOSICIÓN DE ACREEDORES. Los acreedores que se opongan tendrán derecho a exigir las garantías o seguridades del caso para el pago de sus créditos y si éstas no se prestan oportunamente, serán exigibles aún las obligaciones a plazo. Este derecho sólo podrá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del registro de la enajenación del establecimiento.

ARTÍCULO 531. INEXACTITUD DE LIBROS DE CONTABILIDAD EN LA ENAJENACIÓN. Si la enajenación se hiciere con base en los libros de contabilidad y en éstos resultaren inexactitudes que impliquen un menor valor del establecimiento enajenado, el enajenante deberá restituir al adquirente la diferencia del valor proveniente de tales inexactitudes, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar.

La regulación de la diferencia de valor y de los perjuicios se hará por peritos.

Esta acción prescribe en seis meses.

ARTÍCULO 532. PRENDA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. La prenda de un establecimiento de comercio podrá hacerse sin desapoderamiento del deudor.

A falta de estipulación se tendrán como afectos a la prenda todos los elementos determinados en el artículo 516 con excepción de los activos circulantes.

Cuando la prenda se haga extensiva a tales activos, los que se hayan enajenado o consumido se tendrán como subrogados por los que produzcan o adquieran en el curso de las actividades del establecimiento.

ARTÍCULO 533. ARRENDAMIENTO, USUFRUCTO Y ANTICRESIS DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526.

Legalmente en Colombia, se ha ido regulando aspectos fundamentales de los establecimientos de comercio virtuales, por ejemplo el artículo 91 de la ley 663 del 2000, dice: *“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.”* En este sentido y de conformidad con los avances las Tecnologías de la Información y la Comunicación, es posible en Colombia, que los elementos principales que confluyen a la creación de un establecimiento de comercio, se puedan acoger en el internet. Los nuevos bienes mercantiles, que se encuentran presentes en un establecimiento de comercio virtual son:

“El host, es decir el lugar donde reposa la información; servidores que prestan el servicio de almacenamiento de la misma y que se encuentran permanentemente conectados a la red, permitiendo que cualquier navegante de Internet acceda a la información almacenada. En el derecho comercial podemos asimilar el host al local comercial. Con el host se adquiere también el derecho a cuentas de e-mail que permiten al comerciante recibir información de sus clientes, peticiones y condiciones para contratar, entre otras.

En segundo lugar, el diseño y la información publicada en la página para contactar con el cliente; allí el comerciante anuncia sus productos o servicios con fotografías o modelos prediseñados, y a través de sitios especiales puede aceptar condiciones propuestas por el comerciante y perfeccionar un contrato de adhesión.

*En tercer lugar, está el **dominio** que equivale a la página web, es decir un lugar específico en internet, que en el ciberespacio es concretamente el establecimiento virtual.*⁴⁵

Por su parte, la legislación colombiana que regula el Comercio Electrónico, Ley 527 de 1999, puntualiza y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico, firmas digitales y entidades de certificación.⁴⁶

2. Marco Normativo Comercio Electrónico

2.1 Marco Internacional

A comienzos de los años noventa, se observó a nivel mundial un aumento notorio de las transacciones mercantiles y comerciales por medio del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, obteniendo alcances sin precedentes en la historia comercial, generando efectos jurídicos trascendentales, debido al predominio ascendente, de compras, ventas y servicios en red, dando nacimiento al comercio electrónico.

Gracias a esta creciente demanda comercial, con trascendencia para el mundo mercantil, varios países realizaron foros y talleres internacionales con el fin de establecer un procedimiento, un método o un sistema que fuese común; por lo cual, varios Estados y Organizaciones Internacionales facilitaron mecanismos para desarrollar una reglamentación que permitiera disminuir la incertidumbre e inseguridad jurídica causada por los negocios y las transacciones electrónicas, y proveer a los comerciantes dispositivos propios del derecho mercantil que ofrecieran seguridad jurídica a este tipo de operaciones comerciales efectuadas en red.

⁴⁵ Revista Foro del Jurista No.22 de la Cámara de Comercio de Medellín, 2001, páginas 137 a 144, Elsa Victoria Botero Villegas señala que los nuevos bienes que están presentes en el establecimiento de comercio virtual

⁴⁶ Así mismo, la Ley 633 de 2000, en su artículo 91 dispone 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." También encontramos la Ley 588 de 2000 relacionada con Comercio Electrónico, el Decreto Reglamentario 1747 de 2000 y la Circular Externa No. 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la creación de La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁴⁷, organismo que surgió en los años 60, pensando en la búsqueda de un equilibrio y desarrollo de las transacciones comerciales internacionales de los países miembros. Durante el último cuarto de siglo, La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha dado estricto cumplimiento a la misión adoptada por la comisión, eliminando obstáculos innecesarios en el desarrollo de las transacciones comerciales, causados por el Derecho Interno de los países miembros, que afectaba en gran medida el desarrollo de un comercio mercantil sano, aportando al Derecho Internacional de tipo mercantil, figuras jurídicas preponderantes como son los convenios internacionales, las leyes modelo, los reglamentos de arbitraje y conciliación, y las guías de incorporación; regulando de esta forma el comercio electrónico, actividad, que prácticamente se basa en el intercambio de bases de datos y almacenamiento de información, que sustituyen en gran medida, los procesos utilizados en el comercio de corte tradicional. Por otra lado, dicha comisión creó y aprobó la Ley Modelo del Comercio Electrónico, estableciendo de esta forma una guía, con una legislación que regule la tendencia mundial del comercio electrónico, cuyo objetivo principal, fue la elaboración de un marco jurídico que brinde seguridad jurídica para la elaboración de transacciones electrónicas, y que a la vez, dicho marco jurídico pueda ser incorporado a la legislación interna de cada Estado, de acuerdo con su realidad jurídica.

Entre las consideraciones más importantes de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, se encuentra el tema de la firma electrónica, que garantiza un mecanismo de seguridad tecnológica, toda vez que el uso de las firmas electrónicas, en principio ofrece, algunos rasgos de los que se pueden equiparar a la firma manuscrita. En esta misma propuesta se incorporaron aspectos relevantes como los certificados, las firmas digitales y por supuesto las entidades de certificación. Del mismo modo, se estableció la responsabilidad que le asiste a dichas entidades certificadoras, sobre aspectos del firmante, y de los terceros. En relación con la responsabilidad del firmante, la ley modelo desarrolló el tema de la “diligencia razonable” que debía presentar el firmante frente a dicho acto jurídico, del

⁴⁷ El 17 de Diciembre de 1966, mediante Resolución 2205, nace la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional conocida por sus siglas en español (CNUDMI).

mismo modo, se plantea un grado de diligencia en el tercero de buena fe que confía en el grado de confiabilidad de la firma, emanada de la validez, y el respaldo ofrecido por el certificado digital, la suspensión o la revocación entre otros aspectos.

Los países que hacen parte de esta convención, tienen como propósito primordial, acoger una regulación similar, que reglamente los contratos de compraventa internacionales. La aplicación de las metas propuestas por esta convención, ha ido a la par con el aumento del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones electrónicas (herramienta fundamental en el mundo mercantil); lineamientos, dentro de los cuales, se considera al contrato de suministro de mercancías elaboradas por el vendedor, como un contrato de compraventa, a menos que la parte que las entregue asuma la obligación de proporcionar parte de los materiales requeridos para la producción de las mercancías.

2.2 Marco Nacional

2.2.1 Ley 527 de 1999

Conforme lo dispone la Ley 527 de 1999, conocida como “La Ley de Comercio Electrónico”, disposición que regula algunos aspectos importantes sobre el comercio electrónico, y además contiene principios fundamentales que proporcionan el sustento legal para la ejecución de transacciones y operaciones por medio de dispositivos electrónicos, bien sea por parte de personas particulares, o por parte del Estado; dicha ley determina el uso de mensajes de datos y firmas digitales para todas actividades judiciales, experiencia que recoge de manera importante el Código General del Proceso.

Por su parte, es necesario precisar, que la reglamentación jurídica del comercio electrónico Colombia, fue precursora en los países de América Latina, estableciendo de este modo, cierta seguridad jurídica en las transacciones comerciales que realicen los ciudadanos a través de la internet.

No obstante lo anterior, es necesario precisar, que respecto del comercio electrónico, existen varios antecedentes en la legislación colombiana, pues, antes de ser expedida la

normatividad vigente que rige el comercio electrónico; existen datos que se remontan al año de 1993, cuando el Ministro de Hacienda y Crédito Público doctor Rudolf Hommes Rodríguez, expidió el Decreto 663 de 1993, *“por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”*, precepto, que en el numeral 6 de su artículo 127 sostiene: *“(…),sin que se presente la libreta u otra constancia de depósito y se haga en ella el respectivo asiento al tiempo del pago, salvo en aquellos casos en que el pago se produzca mediante la utilización por parte del usuario de un medio electrónico que permita dejar evidencia fidedigna de la transacción realizada.”*, configurando con ello, la viabilidad del uso de los sistemas electrónicos y del intercambio electrónico en nuestro país.

A continuación, el Congreso de la República, promulgó la Ley 222 de 1995 que reformó el Código de Comercio, y *“Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”*, estableciendo de esta manera, la posibilidad de adelantar reuniones de accionistas en diversas sociedades comerciales, sin que sea necesaria la presencia física y/o presente de los miembros que conforman el comité ejecutivo, siempre y cuando, se diera estricto cumplimiento a las directrices establecidas en la Circular Externa 05 de 1996, emitida por la Superintendencia de Sociedades.

Posteriormente, el señor Presidente de la República doctor Ernesto Samper Pizano, expidió el Decreto 2150 de 1995 *“por medio del cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la Administración Pública”*, estableciendo en el artículo 26 la siguiente directriz: *“Utilización del sistema electrónicos de archivo y transmisión de datos. Las entidades de la Administración Pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.*

En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que

las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares.”

Es así, como aparecen disposiciones concernientes a la factura electrónica a través de la Ley 223 de 1995, el Decreto 1094 de 1996 y el Concepto de la Dian No. 40333 de 2000, y actualmente el Decreto 2242 de 2015, *“Por el cual se reglamentan las condiciones de expedición e interoperabilidad de la factura electrónica con fines de masificación y control fiscal.”* Norma que en el numeral primero del artículo segundo, define la factura electrónica en los siguientes términos: *“Factura electrónica: Es el documento que soporta transacciones de venta bienes y/o servicios y que operativamente tiene lugar a través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas que permiten el cumplimiento de las características y condiciones que se establecen en presente Decreto en relación con la expedición, recibo, rechazo y conservación. La expedición de la factura electrónica comprende la generación por obligado a facturar y su entrega al adquirente.”*

Del mismo modo, y como lo hemos señalado con anterioridad, precisamos, que La Asamblea General de la ONU, por medio de la Resolución No.2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, aprobó la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recomendando su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos, como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares.

La Asamblea General dio a la Comisión el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Desde entonces, la Comisión se ha convertido en el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.⁴⁸

⁴⁸ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>, La ley modelo tiene como propósito servir como punto de referencia a cada uno de los países, en la referente con la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación concerniente donde no existiera. último ingreso 25 de octubre de 2016, hora: 11:50 pm

El frecuente uso de las nuevas herramientas de las tecnológicas de la información y las comunicaciones en el ámbito comercial, permitió que el legislador colombiano regulara el tema del comercio electrónico, no solo en forma general, sino de manera particular, por medio de la ley 527 de 1999, sancionada por el señor Presidente de la República, doctor Andrés Pastrana Arango: *“mediante la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación, y se dictan otras disposiciones”*.

El ámbito de aplicación de la referida ley, permite que se aplique a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, definido en el artículo 2 de la ley 527 de 1999, en el literal 9, así: *“Mensaje de datos. La información generadora, 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.”* Con relación a los mensajes de datos, la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, ha reconocido que deben recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel por tener la misma eficacia jurídica, de ahí, la necesidad de preservar su integridad y de contar con entidades de certificación que garanticen técnicamente su equivalencia funcional con los documentos de papel; ahora bien, de acuerdo con una interpretación exegética de la norma, la Honorable Corte Constitucional, estableció que la noción de mensaje de datos no estaba atada a una tecnología en especial, sino que por el contrario dejaba la puerta abierta a la obtención de estos a través de nuevas tecnologías de la información que la ciencia pudiese desarrollar en el futuro.⁴⁹

En otras palabras, el perímetro de aplicación de la ley, se ve complementado con la definición de mensaje de datos, el cual debe ser analizado y estudiado desde dos puntos de vista respecto de la información digital; uno, respecto a la condición en que se encuentra la información, esto es, que sea generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada y; de otra parte, el medio utilizado para su comunicación, es decir, por medios electrónicos, ópticos o similares como los enunciados en la norma.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000. MP. Dr. Fabio Morón Díaz

Las disposiciones contenidas en la ley 527 de 1999, a toda luces sobrepasan las expectativas de la propuesta de La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), toda vez que la parte primigenia de la legislación interna contienen la totalidad de las disposiciones establecidas en la Ley Modelo, que en pocas palabras, generan un entorno jurídico totalmente adecuado para el uso de las nuevas tecnológicas de la información y las comunicaciones; en estas primeras partes, se incluyen los cinco principios que regulan dicha materia, así: la Internacionalidad de la ley, la autonomía de la voluntad, los equivalentes funcionales, la neutralidad tecnológica y la flexibilidad. No obstante, a continuación enunciaremos los aspectos más importantes, relacionados con el comercio electrónico y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así:

2.2.1.1. Documento Electrónico y Los Mensajes de Datos

Tradicionalmente se cree que los documentos escritos, constituyen un soporte permanente en las transacciones comerciales, toda vez que los mismos producen ciertos efectos jurídicos por la duración del documento a través del tiempo. La noción de documento, generalmente se asocia a un soporte material que sustenta, representa o incorpora una expresión, un derecho o una obligación, en una transacción de tipo mercantil; considerándose por muchos tratadistas como el fundamento primordial en los negocios jurídicos. Sobre el particular, el profesor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en su Diccionario Jurídico, define al documento como instrumento, escritura, escrito con que se aprueba, confirma o justifica alguna cosa o al menos que se aduce con tal propósito.⁵⁰

En este sentido, el Código General del Proceso, contempla el documento como un medio de prueba tal como lo establece en su artículo artículo 165, que dice: *“Son medios de prueba (...), los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”*

⁵⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario de Derecho. Editorial Heliasta, Año 2010

Por otra parte, el artículo 243 de la Ley 1564 de 2012, establece con precisión el concepto de documento en los siguientes términos: “*Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. (...)*”

En ese orden de ideas, el comercio mercantil a través de los años, ha dado gran importancia al documento como fuente que genera obligaciones y crea derechos para las partes que intervienen en la realización de un negocio jurídico o un contrato comercial. En este sentido, es necesario recordar que de conformidad con el carácter representativo⁵¹ que tienen los documentos, hace que el documento, no sea necesariamente un escrito, sino que puede ser cualquiera de las situaciones señaladas en el artículo 243 del Código General del Proceso, otorgándoles entre otros aspectos, la presunción de autenticidad de los documentos y el valor probatorio de original que le asiste a la copias.⁵²

⁵¹ <http://dle.rae.es/?id=W4ddtIK>, Real Academia Española, Representativo: Que sirve para representar algo. Última visita 30 octubre de 2016 hora 8:05 am

⁵² Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

En este sentido, precisamos, que los mensajes electrónicos de datos⁵³, son la esencia de los documentos electrónicos, conforme lo establece el literal b) del artículo 32 de la ley 527 de 1999, señala: “(...). b) *Implementar los sistemas de seguridad para garantizar la emisión y creación de firmas digitales, la conservación y archivo de certificados y documentos en soporte de mensaje de datos; (...)*”; imponiéndole a las entidades que emiten la certificación, el deber de implementar sistemas de seguridad que permitan garantizar la conservación y el archivo de ellos.

Vale la pena precisar, que son documentos electrónicos, aquellos documentos, cuyo soporte se haya registrado o asentado en medios electrónicos, bien sea mensaje de datos, registro contable, correo electrónico, o el texto electrónico de un contrato, o como lo establece el Honorable Consejo de Estado mediante sentencia del diez (10) de febrero de dos mil once (2011): “(...) *cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptibles de ser asimilados en forma humanamente comprensible (...)*”⁵⁴

Por otra parte, observamos que la ley va más allá de su aplicación en materia comercial. En este sentido, se debe considerar, que la interpretación legal sobre la eficacia de los mensajes de datos, debe observarse de una manera sistemática, de conformidad con los diferentes ámbitos, en los cuales esta materia puede ser aplicada. Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-831 puntualizó: “(...) *ha de entenderse 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 disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de administración de Justicia se han ocupado de esta materia. Dicha disposición señaló en efecto que los juzgados,*

⁵³ Ley 527 de 1999, artículo 2, literal a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011), Radicación Número: 25000-23-27-000-2004-01271-01(17155), Actor: GOMEZ CAJIAO Y ASOCIADOS U.A.E. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Es decir que bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos un mensaje de datos goza de validez y eficacia.”⁵⁵

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia del 4 de septiembre de 2007, ha mencionado sobre los documentos electrónicos, como medios de prueba que: “(...), en el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales, como se previó en los ya mencionados artículos 10° de la Ley 527 de 1999 y 4° del Decreto 266 de 2000, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajador fuera exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial (...)”⁵⁶

2.2.1.2. Firma Digital

En principio, es necesario aclarar que la firma, es el mecanismo habitual a través del cual una persona exterioriza su voluntad y aprueba el contenido de un documento de manera física. La legislación comercial establece el concepto de firma, el cual se encuentra contenido en el artículo 826 del Código de Comercio, en los siguientes términos: “(...). Por firma se entiende 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. Si alguno de ellos no pudiere o no supiere firmar, lo hará otra persona a su ruego, dando fe de ello dos testigos, y se imprimirán en el documento las huellas digitales o plantares del otorgante. (...)”, en este sentido, es importante señalar, que la ley establece varios tipos

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4 de septiembre de 2007. M P. Arturo Solarte Rodríguez.

de firmas, como son la firma a ruego o la firma mecánica, la cual procederá (refiriéndonos a esta última) únicamente en los negocios en que la ley o la costumbre así lo admitan.⁵⁷

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 1564 de 2012, determina que se podrán conferir poderes especiales por mensajes de datos con firma digital; y el Parágrafo Segundo del Artículo 82 del mencionado Código General del Proceso, señala que: *“Las demandas que se presenten en mensaje de datos no requerirán de la firma digital definida por la Ley 527 de 1999. En estos casos, bastará que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos.”*; pero entonces, ¿Que se entiende por firma digital? Sobre el particular la Ley 527 de 1999 establece en el literal c) del artículo segundo un concepto interesante, en los siguientes términos: *“(…) c) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación; (...)”*

Ahora bien, por otro lado, algunos doctrinantes han criticado la aplicabilidad de la firma digital, señalando que la firma digital resulta muy costosa y vulnera la neutralidad tecnológica e informática; y que por otra parte, restringe la libertad de elección de los mecanismos de autenticación desarrollados por el legislador colombiano. Dichas críticas, resultan en gran manera en la desinformación de algunos abogados, que tienen sobre el desconocimiento de las normas que han regulado el interesante tema de la firma digital, como son el Decreto 333 de 2014 (Por el cual se reglamenta el artículo 160 del Decretoley 19 de 2012), y la Circular Única, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁵⁷ Ley 1564 de 2012, Artículo. 827.- La firma que procede de algún medio mecánico no se considerará suficiente sino en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan.

Artículo. 828.- La firma de los ciegos no les obligará sino cuando haya sido debidamente autenticada ante juez o ante notario, previa lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario.

En ese orden de ideas y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 podemos afirmar que en Colombia existen dos tipos de firma: una denominada la “firma digital” (anteriormente estudiada), y otra, conocida como la “firma electrónica”, sobre la cual, el artículo 7 del Decreto 2364 de 2012, hace referencia en los siguientes términos: *“Firma electrónica pactada mediante acuerdo. Salvo prueba en contrario, se presume que los mecanismos o técnicas de identificación personal o autenticación electrónica según el caso, que acuerden utilizar las partes mediante acuerdo, cumplen los requisitos de firma electrónica. Parágrafo. La parte que mediante acuerdo provee los métodos de firma electrónica deberá asegurarse de que sus mecanismos son técnicamente seguros y confiables para el propósito de los mismos. A dicha parte le corresponderá probar estos requisitos en caso de que sea necesario.”* En virtud de lo establecido en el Decreto 2364 de 2012⁵⁸, el mecanismo que garantiza autenticidad e integridad; se encuentra contenido en su artículo 3, así: *“Cuando se exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.”*

Por lo anterior deducimos, que la diferencia fundamental entre una firma digital y una firma electrónica, es meramente “probatoria”, toda vez que la “firma digital” de manera automática incorpora la autenticidad, la integridad (que se surten automáticamente) y el no repudio (ver literal c, artículo 2 Ley 527 de 1999). Mientras que la “firma electrónica”, es necesario “probarla”, y luego establecer que se trata de un mecanismo confiable y apropiado (ver artículo 7 Decreto 2364 de 2012). No obstante, para que sea válida una firma digital en nuestro país, se requiere la intervención (de un tercero de confianza)

⁵⁸ Decreto por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones. Dicho artículo señala: ARTÍCULO 7º. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

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

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

denominado “entidad de certificación”⁵⁹, que garantiza, la identidad de quien aparece como el titular de la firma digital. Dicho tercero, verifica de manera profunda y absoluta la identidad de las personas que intervienen en el negocio comercial o la transacción jurídica, por medio de mecanismos idóneos.

El artículo 29 de la Ley 527 de 1999, establece quienes poder fungir como entidades de certificación; en este sentido, pueden ser entidades de carácter Público o entidades Privadas; Nacionales o Extranjeras; las Cámaras de Comercio (en virtud de lo establecido

⁵⁹ Ley 527 de 1999, ARTÍCULO 29. Características y requerimientos de las entidades de certificación. Modificado por el art. 160, Decreto Nacional 019 de 2012. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y que cumplan con los requerimientos establecidos por el Gobierno Nacional, con base en las siguientes condiciones:

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

ARTÍCULO 30. Actividades de las entidades de certificación. Modificado por el art. 161, Decreto Nacional 019 de 2012. Las entidades de certificación autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades:

1. Emitir certificados en relación con las firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
2. Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos.
3. Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la presente ley.
4. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas digitales certificadas.
5. Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
6. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos.

ARTÍCULO 31. Remuneración por la prestación de servicios. La remuneración por los servicios de las entidades de certificación serán establecidos libremente por éstas.

ARTÍCULO 32. Deberes de las entidades de certificación. Las entidades de certificación tendrán, entre otros, los siguientes deberes:

- a) Emitir certificados conforme a lo solicitado o acordado con el suscriptor;
- b) Implementar los sistemas de seguridad para garantizar la emisión y creación de firmas digitales, la conservación y archivo de certificados y documentos en soporte de mensaje de datos;
- c) Garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el suscriptor;
- d) Garantizar la prestación permanente del servicio de entidad de certificación;
- e) Atender oportunamente las solicitudes y reclamaciones hechas por los suscriptores;
- f) Efectuar los avisos y publicaciones conforme a lo dispuesto en la ley;
- g) Suministrar la información que le requieran las entidades administrativas competentes o judiciales en relación con las firmas digitales y certificados emitidos y en general sobre cualquier mensaje de datos que se encuentre bajo su custodia y administración;
- h) Modificado por el art. 162, Decreto Nacional 019 de 2012. Permitir y facilitar la realización de las auditorías por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio;
- i) Elaborar los reglamentos que definen las relaciones con el suscriptor y la forma de prestación del servicio;
- j) Llevar un registro de los certificados.

ARTÍCULO 33. Terminación unilateral. Salvo acuerdo entre las partes, la entidad de certificación podrá dar por terminado el acuerdo de vinculación con el suscriptor dando un preaviso no menor de noventa (90) días. Vencido este término, la entidad de certificación revocará los certificados que se encuentren pendientes de expiración.

Igualmente, el suscriptor podrá dar por terminado el acuerdo de vinculación con la entidad de certificación dando un preaviso no inferior a treinta (30) días.

ARTÍCULO 34. Cesación de actividades por parte de las entidades de certificación. Modificado por el art. 163, Decreto Nacional 019 de 2012. Las entidades de certificación autorizadas pueden cesar en el ejercicio de actividades, siempre y cuando hayan recibido autorización por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

en el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio); los Notarios y los Cónsules⁶⁰; Abiertas y Cerradas (Decreto 333 de 2014)

Por otra parte, la ley ha establecido tres atributos fundamentales para el aseguramiento jurídico de la información electrónica, así:

- **La autenticidad**, Toda vez que permite comprobar e identificar quién es el autor de un determinado mensaje de datos, firmado digitalmente, es decir, la persona que se compromete jurídicamente;
- **La integridad**⁶¹, mecanismo mediante el cual el destinatario de ese mensaje de datos, podrá confirmar si la información ha sido o no adulterada, durante el proceso de comunicación electrónica, hecho que resulta útil para establecer la originalidad electrónica del mensaje de datos, a la luz de los artículos 8 y 9 de la Ley 527 de 1999⁶²; Por su parte, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia de 16 de diciembre de 2010, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, *“La integralidad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el*

⁶⁰ Ley 588 de 2000, ARTICULO 1o. NOTARIADO Y COMPETENCIAS ADICIONALES. El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial.

PARÁGRAFO 1o. Las notarías y consulados podrán ser autorizados por la Superintendencia de Industria y Comercio como entidades de certificación, de conformidad con la Ley 527 de 1999.

PARÁGRAFO 2o. Las notarías y consulados podrán transmitir como mensajes de datos, por los medios electrónicos, ópticos y similares a los que se refiere el literal a) del artículo 2o. de la Ley 527 de 1999, a otros notarios o cónsules, copias, certificados, constancias de los documentos que tengan en sus archivos, así como de los documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas. Dichos documentos serán auténticos cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad que para transmisión de mensajes de datos que establece la Ley 527 de 1999.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia de 16 de diciembre de 2010, con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena,

⁶² ARTÍCULO 8º. Original. Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

ARTÍCULO 9º. Integridad de un mensaje de datos. Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido, será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo. Incluso, la tecnología actual permite al emisor establecer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje.”⁶³

- **El no repudio**, pues quien firma digitalmente se compromete con la suscripción respectiva y posteriormente no le es dado retractarse o refutar dicho acto.

De conformidad con lo anterior, podemos concluir que en Colombia, se encuentran reconocidas tanto la firma electrónica como la firma digital y que si bien las dos pueden producir los mismos efectos jurídicos como mecanismos de autenticación, también es cierto que existen profundas diferencias en la carga probatoria de los atributos de seguridad jurídica, en particular por la intervención del tercero denominado entidad de certificación.

Sin embargo, los dos mecanismos coexisten en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo entonces una utilidad distinta, pues la firma electrónica será apropiable cuando estemos en presencia de un acuerdo previo entre las partes, relaciones de permanencia o de confianza; mientras que la firma digital, tiene especiales características probatorias, toda vez que se constituye en un mecanismo que elimina la discusión sobre la presencia de atributos de seguridad jurídica y no requiere de acuerdo para su utilización.

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley 527 de 1999, equipara abiertamente, la firma escrita a la firma digital⁶⁴; sobre el particular dicho artículo determina:

⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL, MP. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Ref.: Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01

⁶⁴ A la firma Digital le asisten dos elementos importantes como son el Mensaje de Datos y la Clave Privada, conforme lo establece los numerales 5 y 6 del Artículo 3° del Decreto 333 de 2014, que señala:

“Definiciones. Para efectos del presente decreto se entenderá por: (...)

“Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

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

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

2.2.1.3 Notificación Electrónica

Aunque no hace parte del presente estudio, sin duda alguna, la notificación electrónica es otro de tema que ha generado controversias entre los ciudadanos de a pie, como entre los operadores judiciales. Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional efectuó una recopilación mediante la Sentencia C-012 de 2013. MP Dr. Mauricio González Cuervo, mediante la cual ratifica de manera tajante la posibilidad de notificar actos administrativos y sentencias judiciales a través de medios electrónicos, en los siguientes términos: *“la jurisprudencia reconoce que, en principio, en las diferentes etapas procesales la notificación pueda surtirse de diversas maneras, de modo que una vez agotadas las posibilidades de notificar personalmente a los sujetos interesados, se opte por comunicarles las decisiones o actuaciones judiciales o administrativas, a través de mecanismos subsidiarios, que no remplazan a los principales, pero que logran garantizar el principio de publicidad y el debido proceso.”* En este sentido, es necesario aclarar que la Ley 527 de 1999, a pesar de no tratar de manera directa el tema de las notificaciones

5. Clave privada: valor o valores numéricos que utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos.

6. Clave pública: valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador. (...)

electrónicas, establece las bases sobre las cuales es posible realizar este tipo de procedimientos a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Lo anterior e armonía con lo dispuesto en el estatuto procesal, que también dispone que tanto las partes: demandante y demandado, deberán registrar un correo electrónico para recibir sus respectivas notificaciones (Artículos 82 y 96 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.). Del mismo modo, cuando una de las partes envíe un memorial desde las referidas cuentas de correo electrónico, éste se presumirá auténtico (Artículo 103, parágrafo Segundo de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.

Así mismo, la Sentencia C-980 de 2010 proferida por la Honorable Corte Constitucional, enfatizó que: *“Dentro de las diversas formas de notificación que han sido reguladas y desarrolladas por el legislador, este Tribunal ha reconocido en la notificación por correo, un mecanismo idóneo y eficaz para poner en conocimiento de las partes y terceros interesados algunas de las decisiones adoptadas por las autoridades -administrativas y judiciales- en una determinada actuación. En el caso concreto de las actuaciones de la administración pública, la Corte ha sido clara en reconocer que la notificación por correo es un medio de comunicación adecuado para que los destinatarios de los actos administrativos puedan no solo conocerlos oportunamente, sino también utilizar en su contra los medios o instrumentos jurídicos necesarios para la defensa y protección de sus derechos e intereses. (...).Tratándose del trámite de la acción de tutela, la Corte ha considerado que la forma de notificación por correo es un medio adecuado para dar a conocer las decisiones judiciales que allí se adopten. Así lo ha manifestado, entre otras, en las Sentencias T-082 de 1994, T-182 de 1994, T-548 de 1995 y SU-195 de 1999, en la última de las cuales hizo la siguiente precisión: “5. La disposición normativa contenida en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, manifiesta que las providencias que se dicten dentro del trámite de la acción de tutela, se notificarán a las partes o intervinientes por el medio que el juez considere más expedito y eficaz. (...), la incorporación de los medios tecnológicos en el funcionamiento institucional del Estado Colombiano, en el entendido que los mismos contribuyen no solo a la modernización y sistematización de sus trámites*

*y funciones, sino también a mejorar la calidad de vida de la comunidad, ofreciendo un acceso efectivo y más equitativo a los servicios que le corresponde prestar a las autoridades públicas en los distintos escenarios de acción”.*⁶⁵

2.3. Otras Normas Relevantes

- Ley 1221 de 2008. Ley Teletrabajo.
- Ley 1273 de 2009. Delitos informáticos
- Ley 1341 de 2009. Ley de TIC y Sociedad de la Información
- Ley 1266 de 2008. Habeas Data
- Artículo 91. Ley 633 de 2000. Inscripción páginas web en el registro mercantil
- ley 679 de 2001. Pornografía infantil
- Ley 23 de 1982. Derechos de autor

CLASE DE NORMA	ARTÍCULO	TEMA
Ley 1221 de 2008	Completa	La presente ley tiene por objeto promover y regular el Teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC).
Ley 1273 de 2009	Completa	Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos"- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones.
Ley 1341 de 2009	Completa	Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones
Ley 1266 de 2008	Completa	Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.
Ley 633 de 2000	Artículo 91	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

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

CLASE DE NORMA	ARTÍCULO	TEMA
		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.
Ley 679 de 2001	Completa	Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.
Ley 23 de 1982	Completa	Sobre derechos de autor
Decreto 3466 de 2008	Completo	Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones

Respecto del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el funcionamiento institucional del Estado, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-980 de 2010, puntualizó: *“La Jurisprudencia Constitucional ha avalado la incorporación de los medios tecnológicos en el funcionamiento institucional del Estado Colombiano, en el entendido que los mismos contribuyen no solo a la modernización y sistematización de sus trámites y funciones, sino también a mejorar la calidad de vida de la comunidad, ofreciendo un acceso efectivo y más equitativo a los servicios que le corresponde prestar a las autoridades públicas en los distintos escenarios de acción. En relación con el tema, dijo la Corte en la Sentencia C- 662 de 2000: “Es bien sabido que los progresos e innovaciones tecnológicas logrados principalmente durante las dos últimas décadas del siglo XX, en el campo de la tecnología de los ordenadores, telecomunicaciones y de los programas informáticos, revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación de información como el correo electrónico, y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico”.*⁶⁶

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS PROCESALES Y MERCANTILES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

1. Comercio Electrónico En Colombia

“El comercio electrónico es el acto transaccional donde se intercambian bienes o servicios a cambio de valores monetarios, pero todo esto, a través de la web”

Janice Reynolds

1.1 Antecedentes

Para estudiar los comienzos del comercio electrónico en Colombia, es preciso retrotraernos en el tiempo para recordar un poco, las primeras tecnologías, así: *“La primera computadora fue diseñada con fines militares para calcular la trayectoria de los misiles obús. El ENIAC, podía sumar 500 mil números en un segundo, medía 30 metros de largo, 2,5 metros de alto, pesaba 30 toneladas y consumía 25.000 mil vatios de energía. Posteriormente, en 1952 J PRESPEER ECKER y JOHN MUCHLY, sacaron al mercado el UNIVERSAL AUTOMATIC UNIVAC 1, utilizado para fines científicos y militares. En 1960 salieron al mercado computadoras cuyo precio oscilaba entre US\$20.000 y US\$100.000. Fue solo hasta 1975 cuando ED ROBERTS, diseñó el denominado ALTAIR 8800, cuyo costo era US\$400, por primera vez en la historia era posible que una persona del común accediera a una computadora.”*⁶⁷.

A lo largo y ancho de la historia de la humanidad, el avance de la tecnología, la información y las comunicaciones, han sufrido importantes cambios, gracias a la aparición manifiesta de los procesadores de palabras, las hojas de cálculo y el

⁶⁷ DÍAZ GARCÍA, Alexander. Derecho Informático. Bogotá: Editorial Leyer. 2002 Pág. 18 a 23

desarrollo revolucionario de sistemas operativos como DOS y Windows, que introdujeron al mercado un nuevo software con ventanas e íconos controlados por un ratón, con ordenadores más prácticos, ágiles, veloces y con nuevas funciones y programas; por otra parte y de manera concomitante, el desarrollo tecnológico de la humanidad observa el surgimiento de navegadores como Netscape Navigator en 1994 y el revolucionario Internet Explorer en 1995, que permitieron el desarrollo del internet, facilitando el desarrollo de la tecnología, las comunicaciones, el envío de información y el desarrollo de las transacciones incluyendo las mercantiles.

En ese orden de ideas, precisamos que las actividades u operaciones de tipo mercantil, a través de la historia, han estado siempre determinadas, en principio, en una interacción personal de las partes que intervienen en la elaboración del contrato o el negocio jurídico, quienes manifiestan su voluntad libre y espontánea por medio de un documento físico, tal como lo establece el Código de Comercio en su Art. 864, que dice: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”*. Actualmente dicha noción contractual, está siendo reemplazada, poco a poco, por las diversas opciones brindadas por el extenso mundo mercantil, establecido por la visión de una globalización comercial, creando un nuevo orden de contratación y negociación de la economía digital, basada en el uso de prácticas comerciales a través del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Si echamos un vistazo a nivel general, el ordenamiento jurídico comercial surge en principio, como una respuesta a las prácticas mercantiles tejido por las costumbres de mercaderes y comerciantes, llenando el vacío que propiciaba el derecho civil común, concediéndole al comerciante la condición de “profesional”, toda vez que realiza actos de comercio en forma habitual y porque desarrolla una serie de actividades especializadas con regulación propia.

El origen del comercio electrónico a nivel global, como modalidad contractual, no se encuentra ligado al “Internet”⁶⁸, toda vez que existen otros canales como es el “Electronic Data Interchange” (EDI)⁶⁹; en este sentido, el Internet, lo que hace es difundir esta modalidad, como quiera que el uso del canal es masivo y de carácter abierto. Una característica especial del EDI como canal de comunicación, es que los mensajes de datos que forman su estructura, son anticipadamente acordados y estandarizados por las partes que participan, para hablar un mismo idioma, una garantía de continuidad, un uso generalizado, una mayor accesibilidad y una minimización de la posibilidad de error.⁷⁰ Esto hace que el desarrollo del EDI sea lento, ya que las empresas adaptan cambios organizacionales tanto a nivel externo como interno. Con el fin de bajar costos y de facilitar el uso del EDI. En 1995 se llevó a cabo la conversión de un mensaje EDI dentro de un mensaje de Internet.⁷¹

En este sentido, los sistemas operativos, han sido desarrollados para ofrecer sistemas más íntegros y ágiles, tecnológicamente hablando, facilitando la labor del usuario.⁷² No obstante, las ventajas que ofrecen las redes informáticas, las tecnologías de la información y las comunicaciones, han forjado en los usuarios cierto grado de desconfianza en la utilización de los sistemas operativos en red, generando un sinnúmero de obstáculos en el desarrollo del comercio digital.

Por su parte, y avanzando las manecillas de reloj del tiempo, encontramos que las empresas de telecomunicaciones en Colombia, han actualizado las redes y equipos

⁶⁸ Un conjunto de computadores unidos entre sí que cumplen tres funciones principales:

- Permitir que se puedan enviar mensajes desde un computador hacia otro ubicado en cualquier lugar del mundo.
- Almacenar archivos para que puedan ser leídos por una persona en otro lugar del mundo.
- Permitir que los usuarios se puedan conectar con computadores ubicados en sitios remotos tal como si estuviesen en el mismo lugar.

DÍAZ GARCÍA, Alexander, Derecho Informático, Bogotá, Editorial Leyer 2002, Pág. 63 y 64

⁶⁹ EDI (Electronic Data Interchange) hace alusión a un sistema cerrado, sin embargo podría hablarse también de un sistema abierto, el cerrado hace referencia al intercambio de datos electrónicos llevado a cabo entre un grupo de participantes limitado este intercambio se realiza preponderantemente a través de redes privadas. Fue muy popular en la comunicación entre empresas o comercio electrónico B2B.

⁷⁰ IAC, es una asociación empresarial colombiana de carácter privado que establece y promueve el uso y la implementación de estándares globales y abiertos de identificación y comunicación. Véase EDI en Internet en www.iacolombia.org última visita 23 de octubre 2016 hora 2:30 am

⁷¹ ARBELAEZ HERRERA Norma Constanza, Comercio Electrónico y mensaje de datos, Criterio Jurídico, Pontificia Javeriana de Cali, Vol. 1 num. 1, Artes gráficas del Valle Ltda., Pág. 68, 2001, Cali.

⁷² DÍAZ GARCÍA, Alexander. Derecho Informático, Bogotá Editorial Leyer. 2002. Págs. 17 a 23

para ofrecer un mejor servicio de acceso mediante un canal exclusivo, hecho que redundó, en una reducción notoria de tarifas y un avance en comunicaciones e informática, introduciendo al país innovaciones tecnológicas como la fibra óptica y la ampliación de ancho de banda, que se traduce en la capacidad de transmitir información por medio de un canal determinado que aumenta la velocidad de transmisión de datos y mayor efectividad en la conexión con la implementación de redes inalámbricas y redes privadas de transmisión de datos, de voz e imágenes.

Por otra lado, encontramos que el desarrollo de la telefonía fija y la telefonía celular presentan un aumento considerable, toda vez que al cierre del primer trimestre del año 2015, el número total de conexiones y suscripciones a Internet Fijo Dedicado y Móvil en el país alcanzó una cifra de 10.724.372 suscriptores, cifra compuesta por accesos a Internet fijos y móviles, lo que representa un incremento absoluto de 107.144 suscriptores con relación a la cifra alcanzada en el trimestre inmediatamente anterior.⁷³

En lo referente con la telefonía móvil, es necesario precisar que al término del primer trimestre de 2015, el número absoluto de abonados en servicio de telefonía móvil en Colombia alcanzó un total de 56.139.892, presentando un aumento de 8,2 puntos porcentuales con relación al índice de penetración del mismo trimestre del año anterior, el cual se ubicó en el 108,3%⁷⁴

En un intento de expandir el uso de las tecnologías de la información el Gobierno Nacional ha facilitado la adquisición de computadores, para lo cual ha implementado medidas interesantes como la exención del impuesto del IVA para la compra de computadores personales y portátiles, conforme lo dispone el artículo 424 del Estatuto Tributario por el modificado por el artículo 38 de Ley 1607 de 2012; ahora bien, se entiende por computador personal portátil, aquel que tiene integrado la Unidad Central

⁷³ Boletín Trimestral de las TIC > Primer trimestre de 2015 | Publicado en julio de 2015; http://colombiatic.mintic.gov.co/602/articles-11128_archivo_pdf.pdf; último ingreso 18 de octubre de 2016, hora: 4:37 pm

⁷⁴ *Ibíd*em

de Proceso (CPU), el monitor o pantalla y todos los demás componentes para que funcione de manera autónoma e independiente y se encuentre habilitado para acceso a Internet, con la característica adicional de que su peso permite llevarlo de manera práctica de un lugar a otro en equipaje de mano.⁷⁵

Del mismo modo, es necesario precisar que no se encuentran excluidos del referido impuesto del IVA, elementos tales como la impresora, las unidades de almacenamiento externo, los escáner, los módem externos, las cámaras de video y, en general, todos aquellos accesorios o periféricos, como las partes y las piezas individuales que conforman los computadores.

De otro lado, la Honorable Corte Constitucional, al referirse sobre los principios orientadores de la Ley 1341 de 2009, que trata temas sobre el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, señaló: *“La Ley tiene como principios orientadores los siguientes: prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; libre competencia; uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos; protección de los derechos de los usuarios; promoción de la inversión; neutralidad tecnológica; derecho a la comunicación, a la información, a la educación y a los servicios básicos de las TIC; y masificación del Gobierno en Línea. El legislador excluyó de manera expresa los servicios de televisión, radiodifusión sonora y postal de la nueva reglamentación debido a su especificidad, y precisó que la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones, TIC, quedaba excluida del régimen previsto para los servicios públicos domiciliarios en la Ley 142 de 1994.”*⁷⁶

⁷⁵ Artículo 5°. Exclusión de IVA para computadores personales. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 424 del Estatuto Tributario, tal como fue adicionado por el artículo 31 de la Ley 1111 de 2006, se entiende por computador personal de escritorio, la unidad compuesta por la Unidad Central de Proceso (CPU), monitor, teclado y/o mouse, manuales, cables, sistema operacional preinstalado y habilitado para acceso a Internet.

Para los mismos efectos se entiende como computador personal portátil, aquel que tiene integrado en el mismo continente la Unidad Central de Proceso (CPU), el monitor o pantalla y todos los demás componentes para que funcione de manera autónoma e independiente y se encuentre habilitado para acceso a Internet, con la característica adicional de que su peso permite llevarlo de manera práctica de un lugar a otro en equipaje de mano.

No se encuentran excluidos del impuesto elementos tales como: Impresora, unidades de almacenamiento externo, escáner, módem externo, cámara de video y, en general, otros accesorios o periféricos, así como partes y piezas de los computadores.

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-403 de 2010, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa

1.2 Concepto

Como hemos visto, el comercio electrónico es una aplicación de tipo digital en la Internet; y la noción de comercio electrónico en Colombia, aparece con el desarrollo jurídico del artículo 2 de la Ley 527 de 1999⁷⁷, el cual estableció el concepto de “comercio electrónico” en los siguientes términos: *“las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar (...)”*.

Por otra parte, el legislador colombiano determinó en el mismo artículo y la misma ley el significado de “mensaje de datos” así: *“La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”*⁷⁸

De otra parte y de acuerdo con el concepto emitido por la Organización Mundial del Comercio (OMC), señala, que el comercio electrónico es *“la distribución, mercadeo,*

⁷⁷ ARTÍCULO 2º. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;

c) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación;

d) Entidad de Certificación. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales;

e) Intercambio Electrónico de Datos (EDI). La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto;

f) Sistema de Información. Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

⁷⁸ *Ibidem*

*venta o entrega de bienes y/o servicios hecha con medios electrónicos*⁷⁹; como se observa es una definición, muy similar a la otorgada por la Ley 527 de 1999; en este sentido, podemos inferir, que el comercio electrónico en Colombia, se circunscribe únicamente a las transacciones realizadas por un medio electrónico, para el perfeccionamiento de la compraventa de un bien o servicio, sin que el carácter electrónico de dicho medio, haga referencia única y exclusivamente a internet. No obstante lo anterior, es necesario diferenciar el comercio electrónico, del comercio en la web, en los siguientes términos:

Comercio Electrónico⁸⁰: Es una herramienta que sirve para llevar a cabo transacciones comerciales, y que además incluye la *“prestación de servicios como asesoramiento legal on line, servicio postventa, o soporte electrónico para colaboración entre empresas. Por tanto, se pone de manifiesto que el comercio electrónico no significa necesariamente venta”*. El comercio electrónico se conoce a nivel mundial como “e-commerce” (electronic commerce, en inglés), toda vez que hace referencia al desarrollo de actividades económicas de diversa índole a través de las redes de telecomunicaciones y que se basa en la transmisión electrónica de datos, incluyendo textos, sonidos e imágenes.

Comercio en la web o basado en web⁸¹: Hace referencia a *“la utilización de un explorador de comunicaciones a través de Internet para identificar los proveedores, seleccionar productos o servicios realizando un compromiso de compra y una transacción económica completa, para obtener finalmente dicho servicio”*. Conocido también en el mundo mercantil como “e-business” (electronic business), el e-negocio, se refiere al impacto que produce el comercio electrónico en los procesos de desarrollo empresarial. En ese sentido, el e-business, supone una reorganización de la empresa,

⁷⁹ Targeteuro. (2011). Promoción del uso de plataformas electrónicas de comercio como estrategia de Internacionalización de las Pymes Exportadoras Andinas, Pág. 11

⁸⁰ Marín-Moreno, M., & Sáez, F. (2004). *Aplicaciones y abusos de Internet como canal de comunicación del comercio electrónico*. Madrid. Superintendencia de Industria y Comercio, Estudios de Mercadeo, texto: Comercio Electrónico en Colombia, Dra. Diana Marcela Restrepo y Dr. Carlos Felipe Dovale, Págs.1 y 2

⁸¹ *Ibidem*

para que cuente con la capacidad de intercambiar bienes, servicios, dinero y conocimiento, de manera digitalmente, es decir, empleando el uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) basadas en Internet. A continuación efectuamos una breve reseña sobre los aspectos más relevantes del e-negocio, así:

- **“Tecnológico.-** *El aumento de las transacciones a través del e-business, ha sido posible materializarlo, gracias al incesante desarrollo de la Internet, que permite a las empresas el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, agilizando procesos y tiempos de respuesta en los negocios, y las transacciones comerciales.*
- **Márketing y Nuevos Procesos.-** *El e-business, es un nuevo canal de comunicación que optimiza la conexión de una empresa con los clientes, y es un excelente medio de información para la promoción de productos que desarrolle una determinada empresa, extendiendo los límites de las empresas.*
- **Economía.-** *El e-business, es el núcleo de una nueva economía basada en la información, la economía digital, que permite crear nuevos mercados y actividades económicas caracterizadas por flujos de información on line*
- **Enlaces electrónicos.-** *El e-business, provee de enlaces que hacen más eficientes las actividades económicas, tales como el business-to-business o el business-to-consumer en el ámbito interno.*
- **Nivel de experimentación.-** *Muchas empresas usan aplicaciones de Internet de forma aislada, por ejemplo el departamento de márketing usa una página web para gestionar las relaciones públicas o el departamento de compras se conecta con los principales proveedores a través de un sistema de intercambio electrónico de datos (EDI).*
- **Nivel de integración.-** *Se refiere al desarrollo de las aplicaciones que integran las relaciones entre varios departamentos, usando redes “internas” de comunicación, Intranet”⁸²*

⁸² Material suministrado por: www.uclm.es/profesorado/raulmartin/Internet.MetododeNegocios/Tema5.pdf, ultima visita 31 de octubre 2016 hora 10:00am

Queda claro entonces, que el comercio electrónico en Colombia, corresponde a una noción más amplia que el simple comercio basado en la web, no obstante, y debido al frecuente uso del término “comercio electrónico”, que se usa para referirse al comercio basado en la web, queremos precisar, que el presente análisis normativo sobre el impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones, utilizará indistintamente los dos términos, aclarando, que en general, el estudio se encuentra enfocado al comercio basado en el “comercio electrónico”.

De manera general, los doctrinantes han establecido la clasificación del comercio electrónico, de conformidad con los agentes económicos que en él participan, de la siguiente manera:

- **Comercio Electrónico Entre Empresas (B2B)**⁸³

Esta modalidad de negocio, consiste en la relación de intercambio de bienes y servicios, únicamente entre empresas, es decir entre clientes y proveedores. Son negocios de tipo mercantil que tiene como particularidad el volumen de transacciones y sobre los cuales se justifica plenamente la existencia de certificados digitales y otros medios de autenticación. Por ejemplo compras on line entre empresas; Alibabá.

- **Comercio Electrónico Empresa a Consumidor (B2C)**⁸⁴

Su inicio se remonta con la aparición del Internet, los pioneros de este tipo de comercio, concibieron que ésta podía ser una forma rápida, ágil y cómoda de realizar transacciones, sobre bienes de consumo masivo en línea. Dicha modalidad, consiste en el suministro de bienes y servicios a los consumidores por parte de las empresas participantes en el mercado. Es decir, esta modalidad busca la venta de productos finales a un consumidor (Business to Consumer). Es vender a un particular a través de Internet y dar respuesta a todo lo que ello conlleva, como: Medios de pago, formas

⁸³ (B2B = Business to Business) Serrano, C. C. (2011). *El Comercio Electrónico en los departamentos de una empresa*. Scampus.org, Sistemas Informativos Contables. Disponible en: <http://www.5campus.org/leccion/econta>

⁸⁴ (B2C = Business to Consumer) Ibidem

de envío, impuestos, plazos de entrega, garantías, devoluciones, servicios post venta, y protección de datos. Por ejemplo las tiendas on line.

- **Comercio Electrónico de Consumidor a Empresas y Administración Pública (C2B – B2A)**

La primera modalidad consiste, en que el consumidor realiza la transacción de manera directa a una empresa. Por ejemplo, en el área del turismo, particularmente la adquisición de tiquetes aéreos, donde es el consumidor quien elige destino fecha y elige el precio que desea pagar por el mismo. Aquí los usuarios son los que deciden el precio máximo que están dispuestos a pagar por un producto o servicio.

La segunda modalidad, regula las transacciones entre empresas o consumidores y cualquier tipo de administración, hecho que en los últimos años va en aumento debido a su importancia. Por ejemplo, envío de formularios de Seguridad Social.

- **Comercio Electrónico Entre Consumidores (C2C)⁸⁵**

Es muy popular entre los navegantes de internet, quienes se aproximan a ella en busca de ofertas y precios cómodos, no siempre con la intención de adquirir un producto nuevo, pueden buscar algo usado en buen estado. Esto se realiza a través de intermediarios, remates o martillos a través de los cuales los mismos consumidores realizan transacciones. En otras palabras, este tipo de comercio electrónico es el que se da entre “consumidor a consumidor” por medio de una plataforma especializada donde un consumidor pone a la venta un producto a otros consumidores; se refiere al comercio entre particulares. Por ejemplo, la venta de artículos de segunda mano a través de OLX o Mercado Libre.

⁸⁵ (C2C = Consumer to Consumer) Superintendencia de Industria y Comercio, Estudios de Mercadeo, texto: Comercio Electrónico en Colombia, Dra. Diana Marcela Restrepo y Dr. Carlos Felipe Dovale, Pág.18

- **Comercio Electrónico Empresa a Gobierno (B2G)⁸⁶**

Consiste en el comercio que se da entre “empresa a Gobierno”, siendo un derivado del tipo de comercio B2B, el cual radica en la comercialización de productos y/o servicios a diferentes niveles del gobierno.

1.3 Contrato Electrónico

1.3.1. Etapas Contractuales

En Colombia, hoy en día es posible elaborar y perfeccionar un contrato electrónico. En principio y de manera común, un contrato mercantil incluye etapas precontractuales y etapas postcontractuales. Ahora bien, en virtud de uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, dichas etapas quedan supeditadas al uso de los medios electrónicos como canal efectivo en la comunicación, por medio del cual se realiza: La invitación a ofrecer, la oferta, la aceptación, la entrega y el pago.

En relación con la formación de los contratos electrónicos, la profesora María del Pilar Perales afirma: *“Forma y formación de los contratos resultan ser conceptos estrechamente conectados, pero formalmente independientes en cuanto que su estudio puede realizarse separadamente. La forma hace referencia al medio a través del cual la voluntad contractual debe exteriorizarse para alcanzar una validez y eficacia, mientras que la formación del contrato se refiere a su nacimiento mediante el intercambio de las voluntades de las partes en forma de oferta y aceptación.”*⁸⁷ En ese orden de ideas, precisamos que las características de los contratos celebrados en el marco del comercio electrónico, son consensuales (asociados dentro de los llamados “contratos entre ausentes”), es decir, sin que las partes contratantes se encuentren presentes, toda vez que las partes intervinientes prácticamente se encuentran en lugares diferentes y el proceso oferta vs. aceptación

⁸⁶ (C2C = Consumer to Consumer), *Ibidem*

⁸⁷ PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Comercio electrónico y protección a los consumidores, Editorial La Ley, 2001, Pág. 369.

no es simultáneo. Nuestra legislación mercantil regula dicha situación a través de los artículos 824, 845, 851, 852 y 864 del Código de Comercio.

Frente al perfeccionamiento de los contratos celebrados o constituidos por medios electrónicos, la referida profesora María del Pilar Viscasillas, considera: *“El acuerdo de voluntades continua siendo el elemento fundamental para poder perfeccionar un contrato, no siendo obstáculo para su consecución el que se celebre por medios electrónicos al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Los esfuerzos que se están haciendo a nivel comunitario internacional por eliminar las trabas jurídicas al comercio electrónico van en línea de reconocer la validez de los contratos celebrados electrónicamente.”*⁸⁸ Por su parte el artículo 42 del Tratado de Montevideo, establece que la ley del lugar donde parte la oferta aceptada, regulará lo atinente al perfeccionamiento y dicha ley lo hará aceptando cualquiera de las teorías (aceptación, emisión, recepción y conocimiento). Se debe entender, que la tecnología como medio de comunicación, se convierte en un mero medio de expresión de la voluntad, al igual que ocurre con el correo electrónico o el teléfono; en este sentido, la verdadera función del jurista, es llevar el contrato electrónico a la teoría general del negocio jurídico, en lo que respecta a la oferta y la aceptación como factores netamente determinantes en el perfeccionamiento del contrato.

1.3.1.1 La Oferta

El profesor Guillermo Ospina Fernández, indica, que debemos entender a la oferta como: *“la propuesta o invitación que una o más personas formulan a otra u otras personas determinadas a celebrar una convención.”*⁸⁹ Por su parte, para la profesora María del Pilar Viscasillas, la oferta o propuesta de un contrato, puede definirse como *“aquella declaración de la voluntad recepticia, que siendo*

⁸⁸ PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Op. cit. Pág. 413

⁸⁹ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA E., Ibidem, Pág. 147. Coincidimos con los citados autores en que la propuesta hecha a personas indeterminadas no es una oferta en sentido estricto, sino más bien una policitación, que es la que se dirige al público en general.

*suficientemente precisa, se encamina a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta".*⁹⁰

En ese orden de ideas, podemos establecer, que la oferta debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico o la transacción comercial, es decir, aquellos elementos sin los cuales (*sine quanom*), el negocio no puede existir o degenera en otro negocio jurídico distinto, y ser comunicada al destinatario, el fin de la oferta, es la búsqueda de una declaración de voluntad del aceptante de manera positiva, que confluya en el perfeccionamiento del contrato. En este sentido, se entiende que la oferta ha sido presentada al destinatario, cuando se utiliza cualquier medio idóneo para hacerla conocer al destinatario.

La oferta es un acto unilateral, que puede ser formulado por uno o varios individuos, dicho acto, refleja tres momentos diferentes: la elaboración de la oferta, el envío de la oferta y la recepción de la oferta, momento en el cual se perfecciona el negocio jurídico.

Sobre el tema de oferta, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, mediante expediente No. S-029-95 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta, puntualizó: "*(...) Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del*

⁹⁰ PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Op. cit. Pág. 416

contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento.”

Por su parte, los artículos 850 y 851 del Código de Comercio, realizan una breve distinción entre oferta verbal y oferta escrita. En lo referente con la oferta escrita la cual es objeto de nuestro estudio, por la equivalencia funcional que realiza la ley 527 de 1999, en donde se equipara el mensaje de datos al documento escrito, el Art. 851 del Código de Comercio dispone: *“Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho termino se le sumará el de la distancia.”*⁹¹. El conteo de tiempo de la propuesta se entiende desde la fecha que tenga la propuesta.

No menos importante, es el concepto de oferta establecido en el artículo 845 del Código de Comercio, que dice: *“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”* En este sentido, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en Sentencia de 4 de abril de 2001 expediente 5716 Magistrado Ponente Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, se refirió al tema de la siguiente manera: *“No puede confundirse la “oferta”, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (artículo 845 del Código De Comercio) (que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario), con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, esta última que abarca múltiples posibilidades tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 del*

⁹¹ El término de la distancia al que se refiere el Art. 851 debe ser revisado con cautela ya que este se dio en consideración a la distancia y el tiempo de llegada al lugar de destino en el pasado, el cual aun dentro del mismo

mismo código les niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos.”

Entonces la oferta, como su nombre lo indica y como bien lo ha dicho la Corte, es un ofrecimiento serio de celebrar o realizar un negocio jurídico, por lo mismo, dicha figura presenta como característica especial, el de ser irrevocable, es decir, que una vez la oferta haya sido comunicada por el proponente, este no podrá retractarse.

1.3.1.2. La Aceptación

La aceptación, es la respuesta a la oferta, y se conoce como el acto jurídico por medio del cual, se continúa con la propuesta por parte de la persona o personas destinatarias de la oferta. Por regla general, la aceptación de la oferta debe ser inmediata a la misma, para ser efectiva la aceptación debe ser positiva, inequívoca, completa y debe contener la intención por parte del aceptante de Quedar obligado; en ese orden de ideas y en sentido contrario, se considerará una contraoferta o nueva oferta.

Dicha aceptación puede ser realizada de manera expresa o en forma tácita, inclusive algunos doctrinantes han llegado a asegurar, que la aceptación de una oferta puede conformarse por la vía del silencio, en Colombia, la aceptación de este tipo No puede constituirse. Sobre el particular, nuestro Código de Comercio en sus artículos 854 y 855, determinan:

“Artículo 854. ACEPTACIÓN TACITA EN LA PROPUESTA. La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga

conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso.

“Artículo 855. ACEPTACIÓN CONDICIONAL. La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta.”

En ese orden de ideas y refiriéndonos a la contratación electrónica y al comercio electrónico, dicha aceptación, puede ser de forma expresa u oral, o de manera escritural, por ejemplo con el envío de un correo electrónico o un mensaje de datos.

No obstante lo anterior, la aceptación de la oferta debe ser realizada preferiblemente dentro de los términos establecidos por el oferente para la duración o publicación de la oferta, produciendo como efecto jurídico, la formación del consentimiento, que conlleva al perfeccionamiento del contrato y la adquisición de obligaciones y el ejercicio de derechos por parte de las persona intervinientes en la transacción comercial.

En este sentido, es menester recordar que el contrato como fuente de obligaciones es “Ley para las partes”⁹². Por su parte, la aceptación debe ser pura, simple y sin condición alguna o de lo contrario será considerada como una nueva oferta.

Ahora bien, respecto del lugar en el cual se celebra el contrato o negocio jurídico, el Código de Comercio establece en su artículo 864, que la convención se entiende celebrada para todos los efectos legales en el lugar de residencia del oferente. Así mismo, el artículo 24⁹³ de la ley 527 de 1999, hace referencia al tiempo de recepción

⁹² Código Civil, artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales

⁹³ ARTÍCULO 24. Tiempo de la recepción de un mensaje de datos. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de la recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensaje de datos, la recepción tendrá lugar:

1. En el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

2. De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario.

del mensaje de datos, lo anterior, en armonía con lo dispuesto por el artículo 25⁹⁴ de la misma ley, que establece el principio de la recepción de mensajes de datos, en la modalidad de contratos electrónicos. Desde el marco de la contratación electrónica, la aceptación de la oferta se asemeja a un dialogo meramente informático, y el acuerdo de voluntades, no se efectúa de manera automática entre personas presentes, sino entre distanciadas geográficamente.

No obstante lo anterior, en el marco del comercio electrónico, el contrato se perfecciona cuando el mensaje de aceptación llega al sistema de información (servidor) del oferente, es decir, que éste ya es accesible a él, lo que se puede equiparar al depósito de una carta en el buzón del correo tradicional y será el oferente, quien mostrando un mínimo de diligencia debe conectarse al sistema para tener acceso a su correo.

1.4 Contrato Electrónico

En principio y de conformidad con lo establecido en el artículo 1849 del Código Civil, debemos precisar que: *“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”*. Por su parte, la legislación comercial colombiana, al referirse al contrato de compraventa (directriz muy similar al concepto civil), se refiere a la transferencia de la propiedad, el artículo 905 del Código de Comercio, establece: *“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obligan a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero (...)”*.

En ese orden de ideas, el doctor José Alejandro Bonivento Fernández, con relación al contrato de compraventa manifiesta: *“Es, éste, el más frecuente e importante de los*

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje de datos conforme al artículo siguiente.

⁹⁴ ARTÍCULO 25. Lugar del envío y recepción del mensaje de datos. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente art) Si el iniciador o destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

contratos. El hombre, en sí, necesita adquirir o disponer de las cosas; para ello requiere un vínculo jurídico, que se obtiene, la mayoría de las veces por medio de la compraventa.”⁹⁵

Del mismo modo, el profesor César Gómez Estrada, dice que: *“La compraventa requiere esencialmente un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, cada una de las cuales puede estar constituida por una o varias personas. Ese acuerdo de voluntades debe versar sobre una o varias prestaciones recíprocas, esenciales a ese contrato, y sin las cuales o no puede subsistir como compraventa, o degenera en otro distinto.”*⁹⁶

Por otro lado, es necesario precisar que el contenido de los contratos celebrados por medios electrónicos, se les aplican las reglas generales de los contratos, de conformidad con lo establecido en artículo 1502 del Código Civil, que dice: *“ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

1.4.1. Capacidad

Es la aptitud que tiene una persona natural o jurídica para ejercer derechos y adquirir obligaciones. Por su parte, la capacidad legal consiste en la posibilidad que tiene una persona para obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. En este sentido el artículo 1503 de Código Civil establece la presunción de capacidad en los siguientes términos: *“Toda persona es legalmente*

⁹⁵ BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales, Editorial: Librería Profesional, 2012, Pág. 1

⁹⁶ GOMEZ ESTRADA Cesar, De los Principales Contratos Civiles, 4ª Edición, Editorial: Temis S.A., 2008, Pág. 3

capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.”, y el artículo 1504 del mismo código determina: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Inciso modificado por el art. 60, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

NOTA Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-983 de 2002.”

No obstante lo anterior, existe otro de incapacidades de tipo legal, que les son impuestas a ciertas personas, en virtud de la ley, pero que son importantes en el desarrollo del comercio electrónico efectuado s través de medios tecnológicos, y que genera como consecuencia, la dificultad de establecer a ciencia cierta la capacidad de las partes que intervienen en la creación del contrato electrónico; generando incertidumbre e inseguridad jurídica, y que desfavorece la actividad Mercantil.

En términos generales, las transacciones comerciales y las negociaciones mercantiles que se realizan por medio del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se identifican por el desconocimiento de las partes que intervienen en la formación del contrato electrónico; en este sentido, es casi imposible establecer, si una persona contratante posee o no capacidad jurídica para

celebrar negocios jurídicos, y por otra parte, el aceptante de dicha oferta desconoce la capacidad del ofertante.

1.4.2. Consentimiento

En lo que respecta a la voluntad y el consentimiento que una persona pueda expresar el artículo 1494 del Código Civil, señala que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”*, dicha norma en principio, presume una propuesta y una aceptación de una oferta entre dos o más personas, teniendo en cuenta que en el mundo jurídico, existen actos con expresiones totalmente unilaterales de la voluntad, como por ejemplo, la constitución de un testamento. Dicha voluntad, se expresa en observancia a los principios de buena fe, la ley y la costumbre.

Por su parte, la voluntad real de las partes es un requisito imprescindible para la existencia de todo acto o negocio jurídico. Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-934 de 2013⁹⁷, señaló: *“La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (...) Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera*

⁹⁷ Corte Constitucional mediante Sentencia C-934 de 2013, MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel." La reciprocidad de las voluntades que individualmente confluyen en la creación de un contrato, se manifiesta por medio del consentimiento.

Como lo hemos manifestado en párrafos anteriores, el contrato de compraventa se perfecciona por la voluntad exteriorizada de las partes intervinientes en la transacción comercial (comprador y vendedor). En relación con el tema, el profesor Guillermo Ospina Fernández, opina, que no basta solo con que el vendedor exponga su voluntad de enajenar una cosa por un precio determinado, sino que también, que además debe existir un comprador que desee adquirir la cosa por el precio establecido.

Por otra parte y en virtud de las transacciones y la elaboración de contratos mercantiles que se perfeccionan por medio del uso de las tecnologías y las comunicaciones, es posible, que en un momento determinado, se llegue a desfigurar el dialogo entre las partes intervinientes, sobre este fenómeno tan particular, la doctora Melba Rocío Pérez⁹⁸, opina, que un evento de esta envergadura, configura una nulidad del contrato, dependiendo si afecta o no el consentimiento expresado por las partes en el contrato.

Del mismo modo, es necesario precisar, que dentro de la contratación electrónica, es posible que se puede configurar dolo⁹⁹, como resultado de la publicidad

⁹⁸ PEREZ Rocío Melba, El contrato por medios electrónicos, Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos, Págs. 163-164, 2003.

⁹⁹ Código Civil, ARTICULO 1515. DOLO. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

engañoso, que un oferente pueda hacer, de un determinado producto; en gran medida a la dificultad misma del control sobre la publicidad que se presenta en la red del comprador.

1.4.3. Objeto

El objeto lícito, es uno de los requisitos fundamentales que todo contrato debe contener, requisito esencial que también le asiste a los contratos digitales o electrónicos. En ese orden de ideas, el artículo 1517 del Código Civil, establece: *“OBJETO DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”*

Por su parte el artículo 1502 del Código Civil, requiere que todo acto jurídico debe fundarse sobre un objeto lícito, que además deba existir. Sobre el particular precisamos, que para el perfeccionamiento de un acto o negocio jurídico, no necesariamente tiene que existir al momento de la celebración del mismo modo, es necesario que sean posibles, es decir que puedan darse en el futuro, sin perjuicio de que la eficacia del acto quede paralizada hasta la existencia real y actual de ellas; si el objeto así entendido llega a existir el acto también existirá y producirá sus efectos, pero si el objeto es o se hace imposible, el acto se reputará como no celebrado y, por tanto, no producirá efecto alguno.¹⁰⁰

Ahora bien, el objeto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1517 y 1518 debe ser:

ARTICULO 1516. PRESUNCION DE DOLO. El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. En los demás debe probarse.

¹⁰⁰ <http://teoriadelnegociojuridico.blogspot.com.co/2013/05/el-objeto-y-la-causa-de-los-actos.html>

- **Posible:** Hace referencia a que el objeto contractual sea física y moralmente viable, es decir, que esté acorde con las leyes de la naturaleza y las leyes del hombre, y que se manifieste sin obstaculizarlas. (Art. 1518 Código Civil)¹⁰¹
- **Determinado o determinable:** El contrato, se debe celebrar sobre un género determinado o sobre un cuerpo cierto; el consentimiento no puede ser expresado sin que se vislumbre tan siquiera el objeto. (1517 y 1518 Código Civil)¹⁰².
- **Útil:** Debe cumplir para el fin previsto por las partes o conforme a la naturaleza que el mismo pueda tener.
- **Tener valor pecuniario:** Este requerimiento no se encuentra inscrito en el ordenamiento civil, pero si se encuentra expresado en el derecho comercial en el Art. 874 de Código de Comercio¹⁰³
- **Debe existir o que se espere su existencia:** se refiere a la materialización del objeto, la ley busca que este exista pero de igual forma deja la puerta abierta a la existencia futura de las cosas, puede ser que a la celebración del contrato el objeto no exista, pero en el transcurso del tiempo llegue a existir. Tal es el caso de la compraventa de cosa futura. (Arts. 1502, 1518, 1524 y 1870 Código Civil).

¹⁰¹ ARTICULO 1517. OBJETO DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

ARTICULO 1518. REQUISITOS DE LOS OBJETOS DE LAS OBLIGACIONES. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

¹⁰² *Ibidem*

¹⁰³ Código de Comercio, artículo 864. Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal Colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando ésta no se halle en circulación al tiempo del pago.

Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago.

CONCLUSIONES

El comercio electrónico a nivel mundial, se encuentra en creciente demanda y exige que las negociaciones electrónicas y los contratos efectuados por medios digitales, cuenten con una regulación mercantil más sólida y más acorde a las necesidades de los comerciantes virtuales, que permitan comercializar productos, bienes y servicios bajo el imperio de normas comerciales de alto impacto global, que permitan zanjar la brecha digital en materia de comercio electrónico, mediante la facilitación de acuerdos de tipo comercial, que permitan agilizar y hacer mucho más efectiva y eficaz, la prestación de servicios y el intercambio de bienes y productos.

Con el avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se hizo necesario, que el legislador colombiano, incorporara dentro de la estructura legal, normas que suministren o proporcionen las condiciones mercantiles y tecnológicas suficientemente seguras, que le permitieran al comerciante y a las personas del común, acceder a las nuevas vertientes del derecho mercantil internacional, mucho más ágil y eficiente. En ese orden de ideas y con fundamento en las nuevas tecnologías de la información y el apoyo de organizaciones de carácter internacional, cuya función primordial es la identificación y eliminación de barreras e impedimentos de los nuevos órdenes del comercio mundial, basados en la tecnología de la información y las comunicaciones, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 527 de 1999, con el fin de poner a Colombia al nivel de las nuevas preferencias mercantiles, generando un profundo impacto en el derecho internacional privado, supliendo los vacíos jurídicos que la revolución digital había dejado. Con todo, nuestro país fue pionero en redactar, desarrollar y establecer una normatividad acorde al Comercio Electrónico internacional, estableciendo entre otras, figuras tan importantes para el desarrollo del comercio electrónico, como son: los mensajes de datos, los documentos electrónicos, la firma digital y la notificación electrónica, cada una con su propio significado y su función. Sobre el particular, precisamos que los mensajes de datos, actualmente cuentan con un excelente marco normativo y jurisprudencial, en lo referente a su efectiva validez legal. Del mismo modo, se logró establecer las particularidades y las diferencias entre la firma electrónica y

la firma digital y en lo que concierne a las notificaciones electrónicas, encontramos que éstas se encuentran totalmente ratificadas por la ley y la jurisprudencia.

Uno de los aspectos más significativos del comercio electrónico, es la capacidad probatoria con que la ley 527 de 1999 dotó a los mensajes de datos, al asimilarlos en todo a un documento escrito, experiencia que recoge el Código General del Proceso, y que se constituye a toda luces, como principal garantía para las personas que realizan transacciones comerciales o mercantiles por medio del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. En este sentido, con todo respeto recordamos que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en Sentencia del 4 de septiembre de 2007, M P. Arturo Solarte Rodríguez, determinó sobre los documentos electrónicos como medios de prueba que: *“(…) en el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales, como se previó en los ya mencionados artículos 10° de la Ley 527 de 1999 y 4° del Decreto 266 de 2000, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajador fuera exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial”*

Por otra parte, se observa que el comercio electrónico, amplió el campo de acción de los comerciantes al proporcionar nuevas herramientas para la compra y/o suministro de productos y mercancías, optimizando la productividad y las ganancias de las empresas, toda vez que se traspasan fronteras antes imposibles y rompen barreras mercantiles al ampliar el mercado de sus productos reduciendo costos en las operaciones. Del mismo modo, es necesario precisar, que el comercio electrónico, se encuentra basado en el principio de la buena fe, eje fundamental de la confianza mercantil, que se adquiere, en la medida que se implementan incentivos para fomentar el uso de las tecnologías y las comunicaciones.

Conforme lo expuesto en el presente trabajo, podemos colegir, que el marco para el desarrollo del comercio electrónico en Colombia, ha sido proporcionado de manera eficaz y eficiente por el Gobierno Nacional, donde solo surge una mínima inquietud, que se traduce, en la falta de compromiso e implementación de dicha modalidad mercantil, por parte de las pequeñas y las medianas empresas, creemos que tal vez se trata de un desconocimiento de los beneficios que

ofrece esta modalidad comercial, que dichas empresas, no están a la par de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. No obstante lo anterior, precisamos que son más las bondades que ofrece la Ley 527 de 2009, en su desarrollo e implementación legal en armonía con las demás normas sobre la materia, y se constituye en un gran acierto del legislador colombiano, toda vez que dicha ley, regula aspectos trascendentales del comercio electrónico a nivel general, como quiera que, ésta cuenta con suficiente claridad conceptual, que permite el progreso de las transacciones mercantiles con seguridad y confianza en la internet.

Respecto de los e-business o e-negocio, en el marco del comercio electrónico, requiere que los negociadores mercantiles estén más dispuestos a facilitar programas destinados a desarrollar el comercio de mercancías de poco valor, con el fin, que las pequeñas sociedades o empresas puedan comercializar sus productos y agilizar las transacciones de estos pequeños comerciantes dignos también de confianza mercantil, con el propósito de brindar un mayor incremento en el comercio electrónico en Colombia, basado en los pilares de la confianza y la seguridad jurídica que debe ofrecer las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La economía digital plantea a los legisladores colombianos nuevos retos encaminados a la protección del consumidor, su privacidad, la neutralidad de la Internet, la libre competencia y el acceso directo a fuentes de datos, por medio de acuerdos comerciales o mercantiles en la nueva esfera del comercio digital que permitan armonizar la reglamentación y proteger con más ahínco la propiedad intelectual, con la elaboración de normas y con la actualización de las ya existentes.

BIBLIOGRAFIA

NORMATIVIDAD:

- Constitución Política
- Código Civil
- Código de Comercio
- Código General del Proceso
- Ley 1221 de 2008. Ley Teletrabajo.
- Ley 1273 de 2009. Delitos informáticos
- Ley 1341 de 2009. Ley de TIC y Sociedad de la Información
- Ley 1266 de 2008.Habeas Data
- Artículo 91. Ley 633 de 2000. Inscripción páginas web en el registro mercantil
- ley 679 de 2001. Pornografía infantil
- Ley 23 de 1982. Derechos de autor
- Ley 792 de 1982
- Ley 663 de 2000
- Decreto 2150 de 1995
- Decreto 2242 de 2015
- Decreto 2364 de 2012
- Decisión 486 de 2000

DOCTRINA:

- AGENDA DE CONECTIVIDAD: el salto a Internet, Documento del Conpes 3072. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Ministerio de Comunicaciones. DNP: UINFE: DITEL. Diciembre de 2002.

- ARANGO RUEDA Adriana, GUTIERRES GOMEZ María Clara Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Editorial Legis S.A., Primera Edición, Bogotá, 2002.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Décima quinta edición, Editorial ABC, Bogotá, 2012.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario de Derecho. Editorial Heliasta, Año 2010
- DÍAZ GARCÍA, Alexander. Derecho Informático. Bogotá: Editorial Leyer. 2002 Pág. 18 a 23
- GARCIA REINGIFO Ernesto, Comercio Electrónico: Memorias, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición, 2002.
- GOMEZ ESTRADA Cesar, De los Principales Contratos Civiles, 4ª Edición, Editorial: Temis S.A., 2008, Pág. 3
- GUTIERRES GOMEZ María Clara, Derecho de Internet y Telecomunicaciones, Universidad de los Andes – Facultad de derecho, Primera Edición, Editorial Legis S.A., Bogotá, 2003.
- MARÍN-MORENO, M., & Sáez, F. (2004). Aplicaciones y abusos de Internet como canal de comunicación del comercio electrónico. Madrid. Superintendencia de Industria y Comercio, Estudios de Mercadeo, texto: Comercio Electrónico en Colombia, Dra. Diana Marcela Restrepo y Dr. Carlos Felipe Dovale, Págs.1 y 2
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil, 10 Edición Actualizada, Legis, 2008, pág. 202.
- Organización de las Naciones Unidas, CISG, Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Viena, Austria, 1980.
- Organización de las Naciones Unidas, convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional y Mercaderías, Viena Austria 1986.
- OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, Eduardo Ospina Acosta, Régimen General de las Obligaciones, Octava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2008.
- PERALES VISCASILLAS María del Pilar, Comercio electrónico y protección a los consumidores, Editorial La Ley, 2001, Pág. 369
- PEREZ Melba Rocío, El contrato por medios Electrónicos, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

- REVISTA FORO DEL JURISTA No.22 de la Cámara de Comercio de Medellín, 2001, páginas 137 a 144, Elsa Victoria Botero Villegas señala que los nuevos bienes que están presentes en el establecimiento de comercio virtual
- TARGETEURO. (2011). Promoción del uso de plataformas electrónicas de comercio como estrategia de Internacionalización de las Pymes Exportadoras Andinas, Pág. 11

JURISPRUDENCIA

- Corte constitucional, Sentencia C-037 de 1996
M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
- Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997
M.P. Dr. Rodrigo Noguera Calderón
- Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000
M.P. Dr. Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional, sentencia C-831 de 2001
M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-926 de 2006,
• M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010
MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional, Sentencia C-012 de 2013
MP Dr. Mauricio González Cuervo

- Corte Constitucional mediante Sentencia C-934 de 2013
MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.
Sentencia 4 de septiembre de 2007.
M P. Arturo Solarte Rodríguez

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil
Sentencia de 16 de diciembre de 2010,
MP Dr. Pedro Octavio Munar Cadena

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil,
Expediente No. S-029-95 de 1995
MP Dr. Pedro Lafont Pianetta

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil
Sentencia de 4 de abril de 2001 Expediente 5716
MP Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles

- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Dr. Hugo Fernando Bastidas Barcenás, Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011), Radicación Número: 25000-23-27-000-2004-01271-01(17155), Actor: Gómez Cajiao Y Asociados U.A.E. Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales

SITIOS DE WEB

- www.uncitral.com
- www.oecd.org
- www.comunidadandina.org
- www.comunidadeuropea.com
- www.ambitojuridico.com
- www.rae.es
- www.mercadoglobal.com
- www.juridica-colombia.com
- www.un.org
- www.wipo.org/eng/iplix/index.ht
- www.eltiempo.com
- www.ottawao-ecdconference.org
- www.colombiatic.mintic.gov.co
- www.wipo.int
- www.supersociedades.gov.co
- www.sic.gov.co
- www.iacolombia.org