

Manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación en el ordenamiento jurídico colombiano

Manifestations of the principle of functional equivalence and non-discrimination in the colombian legal system

*Hugo Armando Polanco López**

* Abogado por la Universidad del Cauca - Popayán, Especialista en Derecho Comercial por la Universidad Pontificia Bolivariana - Medellín, Especialista en Derecho Empresarial por la Universidad del Cauca, Magíster en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia, Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca. Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación “Derecho uniforme del comercio electrónico: la eficacia de las leyes modelo como elemento armonizador en la Comunidad Andina”, propuesto como tesis doctoral por el autor en la Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador. / Artículo de reflexión. Universidad del Cauca (Popayán, Colombia). Correo electrónico: hpolanco@unicauca.edu.co / polanco87@hotmail.com.

Resumen

En el presente artículo se analiza cómo el uso de comunicaciones electrónicas ha transformado el Derecho contractual privado, haciendo énfasis en el principio de equivalencia funcional y no discriminación. Inicia con el concepto de comercio electrónico, las clases de comercio electrónico, continúa con los principios del Derecho del comercio electrónico, se plantea el Derecho uniforme del comercio electrónico, para luego estudiar las principales manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación, tales como: documento escrito, documento original, documento firmado, la admisibilidad de los mensajes de datos como medios de prueba y el empleo de comunicaciones electrónicas en la formación de los contratos.

Palabras clave: Comercio electrónico, equivalencia funcional, no discriminación, mensajes de datos, derecho contractual privado.

Abstract

On this article we analyze how the use of electronic communications has transformed the private contract law, with emphasis on the principle of functional equivalence and non-discrimination. Begins with the concept of e-commerce, classes of e-commerce, continues with the principles of the law of e-commerce, continues the uniform law of electronic commerce, and then study the main manifestations of the principle of functional equivalence and non-discrimination, such as: written document, original document, signed document, the admissibility of data messages as evidence and the use of electronic communications in the formation of contracts.

Key Words: E-commerce, functional equivalence, non-discrimination, data messages, private contract law.

1. Comercio electrónico

El concepto de comercio electrónico se puede construir a partir de tres aspectos: la forma como se llevan a cabo las comunicaciones, el objeto de las transacciones y las partes contratantes. Rowland y Macdonald (2005), sostienen que el comercio electrónico podría abarcar el comercio llevado a cabo por cualquier medio de comunicación que pueda ser etiquetado como electrónico; no se limita a ofrecer un nuevo medio de hacer contratos, en algunas situaciones, también proporciona un nuevo método de ejecución; adicionalmente, destacan la participación creciente, no solo de empresas entre sí, sino también de consumidores¹.

Los diferentes medios de comunicación que posiblemente se utilicen en el comercio electrónico, se agrupan en la noción de mensaje de datos, definida en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (artículo 2, literal a), como: “[...] la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Esta acepción de mensaje de datos es lo suficientemente amplia para incluir las tecnologías de la información y comunicación existentes o que en un futuro lleguen a existir.

En el comercio electrónico, como resalta Flores (2002), se sustituye “[...] el ‘lenguaje oral y escrito’, que preside la contratación privada tradicional, por el ‘lenguaje electrónico’². Además, es posible que ciertos actos de ejecución de los contratos se realicen por esta vía, convirtiéndose no sólo en una forma de comunicación adicional,

¹ Rowland Diane y Macdonald Elizabeth, *Information Technology Law* (Londres: Cavendish Publishing, 2005), p.241-242.

² Flores, María de la Sierra, *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002), p.19

sino también en un nuevo espacio para cumplir con las prestaciones originadas en los contratos.

Previo al surgimiento de internet, al comercio realizado por medios electrónicos se lo identifica como comercio electrónico tradicional. Esta forma de comercio se caracteriza por ser entre empresas, en círculos cerrados de un sector, con un número de participantes empresariales limitado, con redes cerradas propias, con participantes conocidos y dignos de confianza; la seguridad hace parte del diseño de la red, siendo el mercado un círculo. El comercio electrónico en internet³ involucra a otros sujetos (empresas-consumidores, empresas-empresas, empresas-administraciones públicas, usuarios-usuarios), el mercado es abierto con un alcance mundial, hay un número ilimitado de participantes, se trata de redes abiertas no protegidas, con participantes conocidos y desconocidos, necesita de seguridad y autenticación, la red es el mercado⁴.

Al comercio estructurado a través de internet se lo considera como el comercio electrónico moderno, cuya diferencia y novedad con el comercio electrónico tradicional es la existencia de una infraestructura global de tecnologías de la telecomunicación y redes en las que se lleva a cabo un proceso de digitalización y transmisión de la información⁵.

³ “Desde la década de los 60, y en principio con fines militares, Estados Unidos de Norteamérica (Departamento de Defensa) empezó a desarrollar técnicas de comunicación en paquetes, originándose así la primera red de comunicaciones denominada ARPANET (*Advanced Research Project Agency Net*). En busca de su desarrollo, ARPANET extendió su espectro a otros organismos gubernamentales, a las universidades y a los demás servicios de investigación. Con este panorama, el Departamento de Estado inició el establecimiento de una red de redes, que viene a constituirse en lo que hoy se denomina genéricamente la INTERNET. [...] Los protocolos que permiten que las redes se puedan comunicar entre sí se denominan Protocolos de Internet (IP).” Wilson Rafael Ríos Ruiz, “Los nombres de dominios y su conflicto con los derechos de propiedad intelectual”, en *Comercio electrónico* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2005), p.365

⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Iniciativa europea de comercio electrónico”, 16 de abril de 1997, COM (97) 157 final.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0157:FIN:ES:PDF>>. Consulta: 20 de octubre, 2016.

⁵ Gómez, José. “El comercio electrónico en la sociedad de la información”, en José Gomez, Dir., *Comercio electrónico en internet* (Madrid: Marcial Pons, 2001), p.27.

2. Clases de comercio electrónico:

2.1. Según los sujetos que intervienen:

Desde la clasificación propuesta por Peña y por Fernández, según los sujetos que intervienen, el comercio electrónico puede ser: B2B (business to business): comercio electrónico realizado empresa a empresa, es el realizado entre una empresa y sus proveedores, principalmente para ordenar y recibir pedidos y efectuar pagos⁶. El antecedente principal es el intercambio electrónico de datos (EDI), un sistema cerrado y seguro de transferencia de datos entre empresas. B2C (business to consumer): comercio electrónico entre empresa y consumidor, es el realizado por empresas que utilizando sitios web ofrecen bienes y servicios al usuario individual de internet. C2C (consumer to consumer - customer to customer): comercio electrónico entre consumidores, en el que los consumidores directamente participan en la transacción, como ocurre con las subastas en las que se ofrecen bienes y servicios.

2.2. Según la ejecución de los contratos:

Comercio electrónico directo: el comercio electrónico directo está conformado por contratos que permiten su ejecución a través de medios electrónicos sin necesidad de realizar actos complementarios por las partes contratantes. Es posible la contratación directa sobre bienes intangibles, como programas de computador, bases de datos, obras musicales, fotografías, videos, etc., incluso la prestación de servicios: asesoría, consultoría, conceptos⁷. Comercio electrónico indirecto: en el comercio electrónico indirecto, se celebran contratos que no permiten su ejecución a través de medios electrónicos, siendo necesaria la realización de actos complementarios por las partes contratantes, como

⁶ Peña, Valenzuela, Daniel “Compraventa internacional de mercaderías y comercio electrónico”, en *El contrato por medios electrónicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), p. 224-228. Horacio Fernández Delpech, *Internet: su problemática jurídica* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004), p. 274.

⁷ De Miguel Asensio Pedro A., *Derecho Privado de internet* (Madrid: Civitas, 2015), p.321.

la formalización ante ciertas autoridades o la entrega material del bien. Corresponde generalmente a la contratación tradicional, pero las partes se comunican por medios electrónicos⁸.

2.3. Según su acceso:

Comercio electrónico abierto: el comercio electrónico abierto es el que se desarrolla en redes de libre acceso como Internet, con multiplicidad de sujetos, de alcance planetario, y con participantes ilimitados.

Comercio electrónico cerrado: el comercio electrónico cerrado restringe su acceso a ciertos usuarios que de manera anticipada acuerdan la realización de actividades comerciales por medio de una red normalizada al efecto, es lo que sucede con el intercambio electrónico de datos (EDI)⁹.

2.4. Según su radio de acción:

Comercio electrónico interno: el comercio electrónico interno o nacional es el que se desarrolla dentro de las fronteras de un Estado específico.

Comercio electrónico internacional: en el comercio electrónico internacional o trasfronterizo, las operaciones estarán acompañadas de elementos extranjeros, como podría ser que los establecimientos de las partes se encuentren en Estados diferentes¹⁰.

3. Principios del Derecho del comercio electrónico:

La doctrina, a partir de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Guía para su incorporación al derecho interno, ha individualizado y dotado de contenido los denominados principios de la contratación electrónica¹¹. Como principios, tienen vocación universal, siendo aceptables por todo

⁸ María Arias, *Manual práctico de comercio electrónico* (Madrid: La Ley, 2006), p. 46.

⁹ Ídem

¹⁰ Illescas, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica* (Madrid: Civitas, 2009).

¹¹ Ana Yazmín Torres Torres, *Principios fundamentales del comercio electrónico* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012), p. 4.

ordenamiento que pretenda disciplinar el comercio electrónico, para que su práctica sea jurídicamente segura¹².

3.1. La equivalencia funcional y no discriminación:

El principio de equivalencia funcional procura que la información en forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares términos a sus homólogos del comercio tradicional. En esas circunstancias, los efectos jurídicos de los actos realizados por medios electrónicos serán iguales a los realizados por otros cauces. El principio de no discriminación plantea una abstención para quien va a interpretar el alcance jurídico de los mensajes de datos, indicándole que no le dé un tratamiento diferencial a la información contenida en esta clase de formatos respecto de otros. En la Guía de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, se indica que el criterio del equivalente funcional esta “[...] basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico.”¹³

Cuando se plantea que, en virtud del principio de equivalencia funcional y no discriminación, los mensajes de datos tengan reconocimiento jurídico similar a las comunes formas de expresar la voluntad, no significa que tal reconocimiento se haga respecto de cualquier clase de mensaje de datos. Con el principio de equivalencia funcional se trató de identificar la función básica de las formas comunes de expresión de la voluntad (principalmente por escrito), para determinar los criterios que deberían cumplir los mensajes de datos para que pudieran tener similar tratamiento legal.

¹² Rafael Illescas, Op. Cit., p. 36.

¹³ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999), p.21.

3.2. La neutralidad tecnológica:

La neutralidad tecnológica persigue que los avances en las tecnologías de la información y comunicación no conviertan en obsoletas las normas reguladoras del comercio electrónico. En aplicación de este principio, no es dable excluir ninguna técnica de comunicación, por el contrario, en la legislación sobre comercio electrónico se debe dar cabida a cualquier innovación técnica.¹⁴

3.3. No alteración del Derecho de obligaciones y contratos:

El comercio electrónico es un nuevo soporte y medio de expresión de la voluntad para la celebración de negocios jurídicos, no pretende introducir una nueva regulación en materia de obligaciones y contratos. Por el contrario, en lo posible, el Derecho del comercio electrónico procura mantener intactas tales disposiciones, salvo los ajustes necesarios como consecuencia del reconocimiento jurídico dado a los mensajes de datos¹⁵.

3.4. Libertad contractual o negocial (libertad de contratación - libertad de configuración - libertad de forma)

El principio de libertad contractual o negocial, en sus diversas expresiones, libertad de contratación (los sujetos deciden si contratan y con quien lo hacen), libertad de configuración (qué contenido se le da al contrato) y libertad de forma (qué forma le van a dar al contrato), se hace extensivo a las declaraciones de voluntad instrumentadas en soportes electrónicos¹⁶. El principio de libertad contractual en el comercio electrónico, también se puede entender como una manifestación o consecuencia del principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos¹⁷.

¹⁴ Camacho, Clavijo Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico* (Madrid: Reus, 2005), p.52.

¹⁵ Illescas, Rafael. Op. Cit., p.46-47.

¹⁶ Arrubla Paucar, Jaime Alberto *Contratos mercantiles: contratos contemporáneos* (Medellín: Dike, 2005), p.303.

¹⁷ Cubillos Ramiro y Rincón Cárdenas, Erick. *Introducción jurídica al comercio electrónico* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2002), p.24.

4. Derecho uniforme del comercio electrónico

La facilidad como fluye la información por los medios electrónicos hace que el comercio electrónico tenga vocación internacional y naturaleza global, lo que propicia una contratación no limitada por las fronteras, poniendo en contacto varios ordenamientos jurídicos sin que se tenga certeza sobre cuál es el llamado a regular la relación mercantil electrónica internacional. A raíz de la incertidumbre sobre las normas a aplicar a un creciente comercio electrónico sin fronteras, se vio la necesidad de armonizar su regulación a nivel internacional, puesto que “[l]a importancia y el volumen de las transacciones en el comercio internacional demandan la existencia de Derecho uniforme”¹⁸. En esa labor se destacan instituciones como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

4.1. Leyes modelo relacionadas con el comercio electrónico

La CNUDMI ha expedido dos leyes modelo relacionadas con el comercio electrónico: La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho interno de 1996, junto con el nuevo artículo 5° bis aprobado en 1998; y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno de 2001. En la ley modelo sobre comercio electrónico se incluye reglas en aspectos como, el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos (artículo 5), escrito, firma y original (artículos 6, 7, y 8), admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos (artículo 9), formación y validez de los contratos (artículo 11), atribución de los mensajes de datos (artículo 13), acuse de recibo (artículo 14), tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos (artículo 15) y actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías (artículo 16).

¹⁸ Madrid, Parra Agustín Madrid Parra, “El negocio jurídico electrónico”, en *Derecho del comercio electrónico*, (Medellín: Dike, 2002), p.34.

La ley modelo sobre firmas electrónicas, está compuesta por 12 artículos, en los que se regulan elementos como: ámbito de aplicación, definiciones, igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma, interpretación, modificación mediante acuerdo, cumplimiento del requisito de firma, cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º, proceder del firmante, proceder del prestador de servicios de certificación, fiabilidad, proceder de la parte que confía en el certificado, y reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras.

Con la contribución de la CNUDMI, las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en el año 2005. En general, la Convención establece reglas sobre la ubicación de las partes (artículo 6), el reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas (artículo 8), tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas (artículo 10), el empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato (artículo 12), y el error en las comunicaciones electrónicas (artículo 14)¹⁹.

4.2. UNIDROIT - tres versiones de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales

Se han publicado tres ediciones sobre la materia: 1994, 2004 y 2010. A partir de la segunda edición, se hicieron algunas adecuaciones en consideración al comercio electrónico;²⁰ se introdujeron nuevos comentarios a sus artículos en alusión a la rapidez de los modernos medios de comunicación, en aspectos como: la libertad de forma en conexión con los medios electrónicos; la notificación por cualquier medio apropiado según las circunstancias, incluidas las comunicaciones electrónicas, y su recepción en direcciones electrónicas; el perfeccionamiento del contrato

¹⁹ Los documentos elaborados por la CNUDMI pueden ser consultados en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html (Consulta: 20 de octubre de 2016).

²⁰ Los documentos elaborados por el UNIDROIT pueden ser consultados en: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> (Consulta: 21 de octubre de 2016).

en la contratación automatizada; plazo para la aceptación de una oferta por medios electrónicos; y la aceptación dentro de un plazo fijo de una oferta por medios electrónicos.²¹

4.3. La Cámara de Comercio Internacional y los E-Terms:

En 2004 publicó los E-tems y ha incluido la utilización de mensajes electrónicos en los INCOTERMS²². El Derecho uniforme del comercio electrónico influencia a los legisladores locales para que actualicen sus normas dándole reconocimiento jurídico al uso de mensajes de datos. Carmen Parra destaca, que se cuenta a nivel internacional con una normativa poco coercitiva, como recomendaciones o leyes modelo que los Estados siguen con una relativa literalidad²³.

Cuando se redactó en Colombia la Ley 527 de 1999, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, se tuvo en cuenta algunos instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico, particularmente las leyes modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y firmas electrónicas. Esta influencia de las leyes modelo de la CNUDMI, fue expresada en la exposición de motivos de la Ley 527 de 1999, de la siguiente manera: “[...] se pudo concluir que las leyes modelos en el ámbito internacional son el instrumento adecuado para su incorporación al derecho interno. Dentro de este grupo ya mencionado se encuentra la ley modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional) sobre

²¹ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2004), p.48-49.

²² Los documentos elaborados por la Cámara de Comercio Internacional pueden <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/> (Consulta: 21 de octubre de 2016).

²³ Parra Rodríguez Carmen, “La regulación jurídica internacional del comercio electrónico”, en *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales* (Lima: Palestra, 2009), p.16.

Comercio Electrónico, la cual sirvió de base para el presente proyecto.”²⁴ Del mismo modo, Cárdenas resalta cómo la Ley 527 de 1999 incorpora diversas disposiciones de las Leyes Modelo de Comercio Electrónico y del proyecto de Firma Electrónica de la CNUDMI, además señala que también tuvo en cuenta la Utah Digital Signature Act, publicada en mayo de 1995 en el Estado de UTAH, en Estados Unidos²⁵.

5. Manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación en el ordenamiento jurídico colombiano

Las principales transformaciones que las comunicaciones electrónicas han introducido al Derecho contractual privado están relacionadas con manifestaciones específicas del principio de equivalencia funcional y no discriminación, tales como: documento escrito, documento original, documento firmado, admisibilidad de los mensajes de datos como medio de prueba, y el empleo de comunicaciones electrónicas en la formación de los contratos.

5.1. Documento escrito

Los ordenamientos jurídicos suelen incluir reglas exigiendo que ciertos documentos o cláusulas contractuales deban consignarse por escrito. En la legislación mercantil colombiana se establece que deberá constar por escrito, por ejemplo, la promesa de contrato de sociedad (Art. 119), la enajenación de establecimientos de comercio (526), el poder para suscribir por otro un título valor (Art. 640), y el consentimiento del asegurado cuando se va a asegurar la vida de un tercero (Art. 1137).

²⁴ Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10595#0> (Consultada el 20 de octubre de 2016).

²⁵ Cárdenas Manuel José, “Informe normativo sobre comercio electrónico Colombia”, *Taller regional sobre ciberlegislación*, (La Paz, Bolivia), UNCTAD, 15 - 18 de febrero, 2011.

El Código Civil señala que el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales (Art. 1500), siendo la más frecuente el documento escrito, ya sea documento privado o escritura pública. Es lo que ocurre, entre otros, con la promesa, la cual debe constar por escrito (Art. 1611), la compraventa de bienes inmuebles y la cesión de derechos herenciales, que debe constar en escritura pública (Art.1857). Esta formalidad, requerida para ciertos actos, tradicionalmente se ha cumplido con documentos escritos en soporte papel, es decir, incorporando la información sobre bienes tangibles o materiales. Tal exigencia podría convertirse en un obstáculo para la expansión del comercio electrónico, razón por la que fue necesario establecer en qué condiciones, en este contexto, los mensajes de datos cumplirían las mismas funciones de los documentos escritos en soporte papel.

En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, se establece el equivalente funcional del escrito (Art. 6), centrado en el concepto básico de la información que se reproduce y se lee. Esta idea se expresa en términos que se consideró fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta²⁶. En otras palabras, se identificó que el propósito del documento escrito es conservar la información para que luego pueda ser consultada, de tal manera que un mensaje de datos podrá ser considerado como escrito siempre y cuando satisfaga tales fines. Existen diversos dispositivos de almacenamiento en la esfera virtual que permiten conservar la información para luego ser consultada, tales como, discos duros internos, externos, memorias USB (Universal Serial Bus), memorias SD (Secure Digital), discos compactos, e incluso en la llamada nube (cloud computing), relativa al servicio de almacenamiento de información estructurado en internet. El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como escritos lo hizo el artículo 6° de la Ley 527 de 1999 (norma inspirada en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI

²⁶ CNUDMI, Op. Cit., p.38.

Sobre comercio electrónico), en el que se determina que al mensaje de datos se lo tendrá como escrito si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

La posibilidad de reemplazar los documentos escritos por mensajes de datos no se restringe solamente al ámbito mercantil, la equivalencia funcional, como se determinó en el artículo 6° de la Ley 527 de 1999, irradia a todo el ordenamiento jurídico colombiano, precisamente, hace alusión a “cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito”. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia C-831 de 2001, expresó: “[...] 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 [...]”²⁷.

De otra parte, la Corte Constitucional interpretó que para la equivalencia funcional entre documentos en papel y los mensajes de datos, éstos deben ser certificados técnicamente (sentencia C-662 de 2000).²⁸ Empero, si se pide que todo mensaje de datos sea certificado para que pueda suplir las funciones del documento en soporte papel, se estaría negando el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, asimismo, se le estaría dando un trato diferencial a la información contenida en esta clase de formatos respecto de otros. Es decir, puede haber mensajes de datos no certificados pero cuya información sea accesible para su posterior consulta, razón por la que se los debe asimilar a los documentos escritos conforme lo establece el artículo 6° de la Ley 527 de 1999. Ahora bien, no es suficiente solamente el uso de un mensaje de datos para que opere la equivalencia funcional del documento escrito, ya que la información en

²⁷ Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm> (Consulta: 20 de octubre de 2016).

²⁸ Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm> (Consulta: 20 de octubre de 2016).

él contenida debe ser accesible para su posterior consulta, e impone a las partes que negocian por medios electrónicos, tal como lo expresa Peña, “[...] el deber de conservar los mensajes de datos, en los términos del artículo 12 de la ley 527 [...]”²⁹.

En torno a esta exigencia, cabe mencionar cómo recientemente se han desarrollado redes sociales y aplicaciones, como Snapchat, Winkmi, Kaboom, Telegram y Wickr, que les permiten a los usuarios el intercambio de mensajes que se borran de forma automática después de ser leídos, circunstancia por la que estos mensajes de datos no podrían cumplir con la equivalencia funcional de los documentos escritos.

5.2. Documento original

La exigencia de que el documento, además de escrito, sea original no es tan común en los ordenamientos jurídicos. En el Código de Comercio, se requiere el original para algunos actos, entre otros, como los siguientes: la incorporación en los títulos valores (Art. 619), en la factura sólo es título valor el original (Art. 772), el asegurador está obligado a entregar al tomador el original del documento contentivo del contrato de seguro (Art. 1046), y tendrá derecho a la entrega de las mercaderías transportadas el tenedor en legal forma del original del conocimiento de embarque (Art. 1642).

El documento escrito original, que representa un grado mayor de formalidad que los documentos simplemente escritos, también podría entorpecer el avance del comercio electrónico, circunstancia que llevó a analizar cómo podría ser adaptado al ámbito electrónico. La equivalencia funcional del documento original está consagrada en el artículo 8° de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, que subraya la importancia de la integridad de la información para su originalidad y fija criterios que deberán tenerse en cuenta al evaluar la integridad:

²⁹ Peña Nossa, Lisandro, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales* (Bogotá: ECOE – Universidad del Sinú, 2014), p.620.

la consignación sistemática de la información, garantías de que la información fue consignada sin lagunas y protección de datos contra toda modificación. El artículo vincula el concepto de originalidad a un método de autenticación y se centra en el método de autenticación que debe utilizarse para cumplir el requisito³⁰. Se determinó que el fin que persigue el documento original es que la información en él contenida no sea modificada, por lo que los mensajes de datos pueden ser considerados como originales en el entendido que se garantice que su contenido no ha sido alterado, para lo cual se podría acudir a diversos procedimientos técnicos para certificar el contenido de un mensaje de datos a fin de confirmar su carácter de original.

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como originales, lo hizo el artículo 8° de la Ley 527 de 1999 (norma inspirada en el artículo 8° de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, cuyos criterios para evaluar la integridad y fiabilidad de la información fueron llevados al artículo 9 de la Ley 527 de 1999), en el que se determina que al mensaje de datos se lo tendrá como original si se garantiza la integridad de la información y si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Es importante tener en cuenta que la tradicional idea de “original” como el soporte en el que por primera vez se consigna la información, no es aplicable para los mensajes de datos, puesto que sus destinatarios siempre recibirían copias, de ahí la utilidad de adaptar la noción de documento original para que no fuera obstáculo al desarrollo del comercio electrónico. Cuando en el comercio electrónico se haga alusión a un documento original, como lo sostiene Illescas, “[...] no se trata, por tanto, de establecer la singularidad o ‘unicidad’ del documento cuanto de asegurar que entre el documento calificado como original y los datos que reproduce y recoge éste existe una plena concordancia [...]”³¹.

³⁰ CNUDMI, Op. Cit., p.44.

³¹ Illescas, Rafael. Op. Cit., p.169.

La exigencia de la integridad de la información implica el deber de conservación de la información contenida en el mensaje de datos, como lo regula el artículo 12 de la Ley 527 de 1999. De tal modo, que “[...] debe reflejar de manera exacta la forma en que por primera vez se generó dicha información”³².

Así las cosas, para que un mensaje de datos cumpla el requerimiento de ser original deberá garantizarse de forma fehaciente que la información permanece íntegra desde que se creó el mensaje de datos, lo que conduce a su conservación, en caso de ser necesario. Para lograr estos propósitos, se puede acudir a un tercero especializado, que verifique que el documento no ha sido alterado, como las entidades de certificación. Asimismo, existen programas como Adobe Acrobat Reader, que permiten bloquear los documentos en formato PDF, sin que sea posible modificarlos e incluso imprimirlos por terceros, sólo quien cuente con la contraseña podrá hacerlo. Se resalta, que no es necesario para que al mensaje de datos se le califique como documento original, realizar el procedimiento de certificación. Incluso, se podría aportar a un proceso un peritaje que dé cuenta de la integridad de la información contenida en el mensaje de datos.

5.3. Documento firmado

Los documentos escritos en soporte papel generalmente van acompañados de la firma autógrafa de quienes intervienen en el acto que él contiene, siendo la firma un complemento a la formalidad del documento escrito y la del documento escrito original. En ese sentido, el inciso 1º del artículo 826 del Código de Comercio, indica que: “Cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores.” Igualmente, el legislador mercantil exige para ciertos actos que los documentos que los contiene sean firmados. Esto ocurre, entre otros, con: la firma del creador en los

³² Peña, Nossa Lisandro. Op. Cit., p. 628.

títulos valores (Art. 621), la eficacia de la obligación cambiaria (Art. 625), y para la existencia del endoso (Art. 654).

Respecto a la acepción de firma, el Código de Comercio en el inciso 2º del artículo 826, señala que: “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.” Claramente, esta norma hace alusión a la tradicional firma autógrafa en soporte tangible o material, comúnmente el papel, cuyas funciones son identificar a un sujeto, vincularlo con el contenido del documento, y dotar de seguridad el contenido del documento procurando mantener su integridad. Esta concepción de firma como complemento de los documentos escritos, se interpondría en el avance del comercio electrónico, por lo que se hizo necesario precisar su equivalencia funcional en los mensajes de datos con una noción que lograra los mismos propósitos.

En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, se establece cuál es el equivalente funcional de la firma (Art. 7), requiriendo el uso de un método fiable y apropiado para identificar a una persona y para indicar que aprueba la información que figura en el mensaje. Define las condiciones generales que, de cumplirse, autenticarían un mensaje de datos con suficiente credibilidad para satisfacer los requisitos de firma que actualmente obstaculizan el comercio electrónico. Se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento³³.

La indicación de que el autor aprueba su contenido, no se utiliza en estricto sentido jurídico, no se refiere a la emisión del consentimiento para quedar jurídicamente obligado, “[s]e trata simplemente de establecer un nexo entre la información del mensaje de datos y la persona que lo emite, con independencia de que se produzcan o no concretas consecuencias

³³ CNUDMI, Op. Cit., p.40.

jurídicas.”³⁴ El reconocimiento jurídico de la firma para los mensajes de datos, se consagra en el artículo 7º de la Ley 527 de 1999 (norma inspirada en el artículo 7º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico), en el que se determina que el requisito de la firma de un mensaje de datos se cumplirá con el uso de un método fiable y apropiado para identificar al iniciador y para indicar que aprueba su contenido. Como lo expresa Peña, “[la] firma electrónica es entonces un conjunto de tecnologías, de métodos o mecanismos técnicos que permiten identificar al autor de un mensaje de datos, atribuirle el contenido de dicho mensaje, [y] garantizar la integridad de la información [...]”.³⁵

Asimismo, la Ley 527 de 1999, en el artículo 2º relativo a definiciones, literal c, introdujo otra acepción de firma, más específica, la denominada firma digital, estableciendo que:

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.

La firma digital es también llamada firma numérica basada en la criptografía de clave pública. En la infraestructura de clave pública es fundamental la intervención de un prestador de servicios de certificación, quien verificará, a partir de la clave pública, si un mensaje de datos fue generado con la clave privada del iniciador, y que el mensaje inicial no ha sido modificado³⁶. La firma digital debe tener los siguientes atributos

³⁴ Madrid Parra, Agustín “Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las firmas electrónicas”, en *El contrato por medios electrónicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), p.38.

³⁵ Peña, Nossa Lisandro, Op. Cit., p.622.

³⁶ Peñaranda Quintero, Héctor R. “La firma electrónica digital en Venezuela”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 29 (2011.1), (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011), p.3.

para que supla la firma manuscrita (Art. 28 de la Ley 527 de 1999):

- 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.

El contraste existente en el derecho colombiano entre estas dos formas de concebir la firma en el ámbito electrónico podría llevar a pensar, de manera equivocada, que la única que puede tener equivalencia funcional con la firma autógrafa sea la firma digital. Sin embargo, hay que aclarar que la relación existente entre firmas electrónicas (artículo 7, ley 527 de 1999) y firmas digitales (literal c, artículo 2, ley 527 de 1999), es de género a especie³⁷.

Es decir, toda firma digital es una firma electrónica, pero no toda firma electrónica es una firma digital, toda vez que pueden existir otras clases de firmas electrónicas que no sean firmas digitales. La firma electrónica equivale funcionalmente a la firma autógrafa en el entendido en que se utilice un método confiable, como apropiado, que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos, e indicar que el contenido cuenta con su aprobación. Justamente, en el Decreto 2364 de 2012, “por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones”³⁸, se define firma electrónica como:

Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el

³⁷ Quijano Zapata, Milena, “Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital” en Peña Valenzuela, Daniel, *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), p.27.

³⁸ Disponible en: <http://www.mincit.gov.co/descargar.php?idFile=4314>. (Consulta: 20 de octubre de 2016).

mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.

Así las cosas, el decreto 2364 de 2012 retomó dentro del Derecho colombiano los equivalentes funcionales de la firma electrónica regulada en el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, la que a su vez corresponde a la contenida en el artículo 7° de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

5.4. Admisibilidad de los mensajes de datos como medios de prueba.

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como documentos escritos, documentos originales, y documentos firmados, no sería suficiente si al ser presentados dentro de un proceso no se los aceptara como prueba. Para superar este obstáculo al crecimiento del comercio electrónico, el artículo 9° de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, en primer lugar, recuerda el principio de no discriminación de la información en forma de mensajes de datos, prohibiendo la aplicación de cualquier regla en materia probatoria que entorpezca la admisión de los mensajes de datos. En segundo lugar, establece la equivalencia funcional de los mensajes de datos como prueba, indicando que la información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Adicionalmente, el artículo 9° de la Ley Modelo sobre comercio electrónico, enunció algunos criterios para la valoración probatoria de los mensajes de datos, tales como, la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, y la forma en la que se identifique a su iniciador.

El legislador colombiano, consagró la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos en el artículo 10° de la Ley 527 de 1999. Inicia con el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como medio de

prueba, atribuyéndoles el mismo valor probatorio que a los documentos, y finaliza rememorando el principio de no discriminación de los mensajes de datos como medio de prueba. La segunda parte de esta norma quedó redactada de manera imprecisa, puesto que se utilizó la expresión “[...] de no haber sido presentado en su forma original.”, dando a entender que cualquier mensaje de datos podría suplir la exigencia legal de documento original, incluso contrariando lo dispuesto por el artículo 8 de la misma ley 527 de 1999.

La razón de esta imprecisión, es que el legislador no tuvo en cuenta que tal hipótesis estaba prevista en la ley modelo sobre comercio electrónico para ciertos países de tradición anglosajona afines al concepto de “la mejor prueba”, pues en el artículo 9° se incluyó como posible circunstancia de discriminación de los mensajes de datos el hecho de no haber sido presentado en su forma original “[...] de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.” Motivo por el que se sugirió a los países ajenos al concepto de “mejor prueba” que no hicieran alusión a ella³⁹. Como lo resalta Quijano, “[e]sta recomendación no fue seguida en la Ley 527 de 1999 y quedó a medias, lo que da lugar a pensar erróneamente que, aunque la ley exija que ciertos documentos sean presentados en original, el juez no podría rechazar una prueba por no cumplir este requisito”.⁴⁰ Así las cosas, el hecho de dársele reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como prueba, no elimina la eventual exigencia legal del documento original cuyo equivalente funcional está consagrado en el artículo 8° de la Ley 527 de 1999. En complemento, el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, delimitó algunas reglas para la valoración probatoria de los mensajes de datos, hace alusión a las reglas de la sana crítica, e incluye los criterios ya reseñados del artículo 9° de la Ley Modelo sobre comercio electrónico.

³⁹ CNUDMI, Op. Cit., p.46.

⁴⁰ Quijano Zapata Milena, “Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital” en Peña Valenzuela, Daniel, *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), p.32.

Los dos artículos citados, corresponden a una adaptación al Derecho colombiano del artículo 9º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. En aplicación del principio de equivalencia funcional, se da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como medios de prueba; de igual forma, en alusión al principio de no discriminación, se prohíbe negar eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a los mensajes de datos. Para la Corte Suprema de Justicia, la eficacia probatoria de los mensajes de datos, al tener el mismo valor probatorio que los documentos, depende de su autenticidad, la cual se presume cuando estén firmados digitalmente. En el caso de los documentos electrónicos sin firma, la citada corporación plantea que se puede determinar la autoría mediante su reconocimiento por la persona a quien se le atribuye, de conformidad con el artículo 269 del C.P.C⁴¹.

El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como medio de prueba, al incluirlos en las distintas clases de documentos (Art. 243). Asimismo, determinó que los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos, valga aclarar que tal autenticidad no deviene exclusivamente de la firma, también se presenta cuando haya certeza de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, o a quien se atribuya el documento (Art. 244)⁴².

Por su parte, el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil regulaba los documentos sin firma, señalando que sólo tendrían valor si fueren aceptados expresamente por la parte a quien se oponen, sin embargo, como lo advierte Nisimblat, “El CGP no introdujo un artículo análogo que regule el caso del documento sin firma”.⁴³ A pesar de ello, los

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Posición reiterada en sentencia del 27 de agosto de 2015, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

⁴² En la sentencia T-268 de 2010, la Corte Constitucional precisó, en referencia al art. 252 del C.P.C., que los documentos no son auténticos únicamente cuando han sido firmados, que también lo son cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o manuscrito.

⁴³ Nattan Nisimblat, *Derecho probatorio: introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso* (Bogotá: Doctrina y ley, 2013), p.333.

documentos sin firma pueden tener valor probatorio, como se indicó, si hay certeza de la persona a quien se atribuya el documento, o que lo ha elaborado, o manuscrito.

Debe anotarse, que en el Código General del Proceso se estableció la valoración probatoria de los mensajes de datos (Art. 247), determinando dos posibles situaciones: por una parte, que el mensaje de datos conserve su formato inicial o que haya sido reproducido con exactitud en otro formato. Por otra parte, que el mensaje de datos se haya reproducido de manera impresa. En el primer caso, se determina que serán valorados como mensaje de datos; en el segundo caso, como documentos. Para la valoración como mensaje de datos será necesaria la remisión al artículo 11 de la Ley 527 de 1999, en el que se menciona las reglas de la sana crítica. Además, la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado, integridad de la información, y la forma en la que se identifique a su iniciador⁴⁴. Asimismo, si el ordenamiento jurídico exige que la información conste por escrito, que sea presentada y conservada en su forma original, o la presencia de una firma, el mensaje de datos deberá cumplir las exigencias para su equivalencia funcional previstas en los artículos 6, 8, y 7, respectivamente.

Para la valoración como documentos, ya no son aplicables los criterios de apreciación propios de los mensajes de datos, en este evento se tendrá que acudir a las reglas generales de los documentos (artículos 243-274 C.G.P.), en el que se regulan aspectos como: documento auténtico, original, copia, público, privado, exhibición, tacha de falsedad y desconocimiento⁴⁵.

⁴⁴ Rincón Cárdenas, Erick. *Derecho del comercio electrónico y de internet* (Bogotá: Legis, 2015), p.77-79.

⁴⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-604 de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 247 del C.G.P., al considerar que: “[...] es ostensible que los demandantes atacan un contenido normativo no susceptible de ser inferido del inciso acusado. Esto no prevé el supuesto que ellos asumen. El apartado atacado fija una regla de

5.5. Empleo de comunicaciones electrónicas en la formación de los contratos.

La forma como las partes tradicionalmente exteriorizan su voluntad es, entre presentes, de manera verbal, siendo la comunicación instantánea; entre ausentes, por escrito, presentándose diferencia temporal en las comunicaciones. Esta concepción de las comunicaciones entre las partes contratantes es la que aparece en los artículos 850 y 851 del Código de Comercio, al regular el término para aceptar la propuesta. El primero, señala que cuando la propuesta es verbal deberá aceptarse inmediatamente (incluida la telefónica), mientras que el segundo, en alusión a la oferta por escrito, fija un término de seis días desde la fecha de la propuesta para que sea aceptada. Los avances en las tecnologías de la información y comunicación brindaron a las partes contratantes una plataforma alterna para hacer declaraciones de voluntad, no obstante, no se tenía certeza si produciría similares efectos jurídicos a los cauces existentes.

La Ley Modelo de comercio electrónico, en virtud del principio de equivalencia funcional, da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos en la formación de los contratos, concretamente en la oferta y su aceptación, además, insiste con el principio de no discriminación de los mensajes de datos, en este caso, en la formación de los contratos (artículo 11). Disposición necesaria, pues el hecho de que los mensajes electrónicos puedan tener valor probatorio y surtir algún efecto, no significa necesariamente que puedan ser utilizados para celebrar contratos válidos⁴⁶.

Con notable influencia del artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, el artículo 14 de la ley 527 de 1999 establece

apreciación general de las impresiones en papel, esto es, de las copias de los mensajes de datos, con arreglo a los criterios generales sobre los documentos, pero no de los mensajes de datos mismos.⁷⁷

⁴⁶ CNUDMI, Op. Cit., p.49.

el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos en la formación de los contratos. Cuando el artículo 14 de la Ley 527 de 1999 plantea la equivalencia funcional de los mensajes de datos en la formación de los contratos, permitiendo que la oferta y su aceptación puedan ser expresadas por medio de ellos, no realiza de esta forma ningún tipo de transformación al derecho aplicable. Simplemente, se reconoce efectos jurídicos a la utilización de mensajes de datos en esta etapa contractual. De contera, se hace la advertencia que no se discrimine a este tipo de soportes en la formación de los contratos; cosa distinta es la validez que pueda tener el negocio jurídico realizado por medio del soporte electrónico, que deberá evaluarse según el derecho aplicable, quedando fuera de tal discusión el empleo de mensajes de datos.

Dentro de la legislación colombiana, la posibilidad de comunicar la oferta al destinatario por medio de un mensaje de datos ya se encontraba contemplada con anterioridad a la expedición de la Ley 527 de 1999, ya que el Código de Comercio, al regular la oferta en el artículo 845, respecto a cuándo se considera comunicada la oferta, determinó que: “Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”, no existiendo ningún tipo de restricción, solamente la idoneidad del medio empleado, en los que estarían incluidos los mensajes de datos, pues como lo destaca Isaza (2009), “[l]a noción de ‘medio adecuado’ no está definida en la ley, pero debe entenderse por tal cualquiera de los medios de comunicación que utilizan las personas [...]”⁴⁷.

6. Conclusiones

El reconocimiento jurídico que se le da a los mensajes de datos, en virtud del principio de equivalencia funcional y no discriminación, no significa que todo mensaje de datos pueda reemplazar la documentación escrita,

⁴⁷ Isaza Dávila José Alfonso, *Introducción a la responsabilidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, plan de formación de la rama judicial 2009* (Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2009), p.74.

original o firmada. Con el principio de equivalencia funcional se trató de identificar la función básica de las formas comunes de expresión de la voluntad (principalmente por escrito), para determinar los criterios que deberían cumplir los mensajes de datos para que pudieran tener similar tratamiento legal.

El propósito del documento escrito es conservar la información para luego poder ser consultada, de tal manera que un mensaje de datos podrá ser considerado como escrito siempre y cuando satisfaga tales fines. No es suficiente el uso de un mensaje de datos para que opere la equivalencia funcional del documento escrito, ya que la información en él contenida debe ser accesible para su posterior consulta, lo cual impone a las partes que negocian por medios electrónicos el deber de conservar los mensajes de datos. El fin que persigue el documento original es que la información en él contenida no sea modificada, por lo que los mensajes de datos pueden ser considerados como originales en el entendido que se garantice que su contenido no ha sido alterado, para lo cual se podría acudir a diversos procedimientos técnicos para certificar el contenido de un mensaje de datos a fin de confirmar su carácter de original.

El contraste existente en el derecho colombiano entre las dos formas de concebir la firma en el ámbito electrónico podría llevar a pensar, de manera equivocada, que la única que puede tener equivalencia funcional con la firma autógrafa sea la firma digital. Sin embargo, hay que aclarar que la relación existente entre firmas electrónicas (artículo 7° de la Ley 527 de 1999) y firmas digitales (literal c, artículo 2, de la Ley 527 de 1999), es de género a especie. El legislador colombiano, consagró la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos en el artículo 10° de la Ley 527 de 1999, norma que inicia con el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como medio de prueba, atribuyéndoles el mismo valor probatorio que a los documentos, y finaliza rememorando el principio de no discriminación de los mensajes de datos como medio de prueba.

El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como medio de prueba, al incluirlos en las distintas clases de documentos (art. 243), y estableció su valoración probatoria (art. 247), determinando que, si el mensaje de datos conserva su formato inicial o es reproducido con exactitud en otro formato, serán valorados como mensaje de datos; pero si es reproducido de manera impresa, deberá ser estimado como documento.

Para la valoración de los mensajes de datos conservados en su formato inicial o reproducidos con exactitud en otro formato, será necesaria la remisión al artículo 11 de la Ley 527 de 1999, en el que se menciona las reglas de la sana crítica, además, la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, y la forma en la que se identifique a su iniciador. Para la valoración de los mensajes de datos que se hayan reproducido de forma impresa, son aplicables los criterios de apreciación de los documentos (artículos 243-274 C.G.P.).

Cuando el artículo 14 de la ley 527 de 1999 plantea la equivalencia funcional de los mensajes de datos en la formación de los contratos, permitiendo que la oferta y su aceptación puedan ser expresadas por medio de ellos, no realiza de esta forma ningún tipo de transformación al derecho aplicable, simplemente se le está reconociendo efectos jurídicos a la utilización de mensajes de datos en esta etapa contractual.

7. Bibliografía

- Arias, María, Manual práctico de comercio electrónico, Madrid, La Ley, 2006.
- Arrubla, Jaime Alberto, Contratos mercantiles: contratos contemporáneos, Medellín, Dike, 2005.
- Camacho Clavijo, Sandra, Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico, Madrid, Reus, 2005.

- Cárdenas, Manuel José, “Informe normativo sobre comercio electrónico Colombia”, Taller regional sobre ciberlegislación, La Paz (Bolivia), UNCTAD, 15 - 18 de Febrero, 2011.
- CNUDMI, Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, Nueva York, Naciones Unidas, 1999.
- Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Iniciativa europea de comercio electrónico”, 16 de abril de 1997, COM (97) 157 final.
- Cubillos, Ramiro y Erick Rincón Cárdenas, Introducción jurídica al comercio electrónico, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002.
- De Miguel Asensio, Pedro A., Derecho Privado de internet, Madrid, Civitas, 2015. Fernández Delpech, Horacio, Internet: su problemática jurídica, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- Flores, María de la Sierra, Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.
- Gómez, José, “El comercio electrónico en la sociedad de la información”, en José Gomez, Dir., Comercio electrónico en internet, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- Illescas, Rafael, Derecho de la contratación electrónica, Madrid, Civitas, 2009.
- Isaza Dávila, José Alfonso, Introducción a la responsabilidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, plan de formación de la rama judicial 2009, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2009.
- Madrid Parra, Agustín, “El negocio jurídico electrónico”, en Derecho del comercio electrónico, Medellín, Dike, 2002.
- Madrid Parra, Agustín, “Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las firmas electrónicas”, en El contrato por medios electrónicos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Nisimblat, Nattan, Derecho probatorio: introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso, Bogotá, Doctrina y ley, 2013.
- Parra Rodríguez, Carmen, “La regulación jurídica internacional del comercio electrónico”, en Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales, Lima, Palestra, 2009.
- Peña Nossa, Lisandro, De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales, Bogotá: Ecoe - Universidad del Sinú, 2014.

- Peñaranda Quintero, Héctor R. “La firma electrónica digital en Venezuela”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 29 (2011.1), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2011.
- Peña Valenzuela, Daniel, “Compraventa internacional de mercaderías y comercio electrónico”, en *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Quijano Zapata, Milena, “Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital” en Peña Valenzuela, Daniel, *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Rincón Cárdenas, Erick, *Derecho del comercio electrónico y de internet*, Bogotá: Legis, 2015.
- Rowland, Diane y Elizabeth Macdonald, *Information Technology Law*, Londres, Cavendish Publishing, 2005.
- Torres Torres, Ana Yasmín, *Principios fundamentales del comercio electrónico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.
- UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Roma, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2004.

Sentencias:

- Corte Constitucional, sentencia C-831 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
Corte Constitucional, sentencia C-604 de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de agosto de 2015, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

Páginas web consultadas:

- www.alcaldiabogota.gov.co
www.corteconstitucional.gov.co
www.cortesuprema.gov.co

www.eur-lex.europa.eu

www.iccwbo.org

www.mincit.gov.co

www.uncitral.org

www.unidroit.org

