

LEX ELECTRÓNICA: ¿MITO O REALIDAD? PERSPECTIVA DESDE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

DANIEL PEÑA VALENZUELA

INTRODUCCIÓN

Los medios electrónicos afectan la tradicional forma de los contratos. Lo verbal y lo gestual ceden al empleo de un clic en el mouse de un computador para expresar el consentimiento. La navegación en la *World Wide Web* y las formas directas de contacto entre usuarios con programas de ordenador y directorios específicos de contenidos introducen nuevas manera de intercambio de bienes y servicios.

Bienes y servicios son ofrecidos mediante web sites o vitrinas virtuales localizadas con nombres de dominio diversos, alojadas en servidores de jurisdicciones a veces ajenas al prestador de servicios. Con perplejidad el derecho pretende aferrarse a la noción de geografía “nacional” que le ha servido como base para determinar el alcance de la ley, su aplicación por determinadas autoridades y la formalidad a cumplir. Comunidades virtuales reemplazan en muchas actividades a empresas comerciales ocasionándoles perjuicios o compitiendo lealmente o en algunos casos creando nuevos modelos de negocios.

Lo virtual y lo intangible tienden a dominar gustos e intereses de las nuevas generaciones que encuentran natural la adquisición de bienes de cualquier parte

del mundo al instante, casi por el reflejo de un leve movimiento de una mano. Se anuncia a cuatro vientos la integración de lo humano y lo computacional para producir resultados aún más inciertos.

Universalidad, deslocalización, virtualidad y desmaterialización aparecen como las características dominantes de la era digital. La sociedad de la información, a veces percibida como panóptico se prevé también en su perspectiva difusión de conocimiento y cierre de la brecha de uso de tecnología. Las nuevas generaciones disfrutan a sufren con la virtualidad en el tiempo, en la forma de comunicación, en la interacción con los demás e incluso en la perspectiva de su propio ser.

El derecho vive por su parte una revolución silenciosa. Un corte transversal al orden jurídico indica que el comercio electrónico afecta a la propiedad intelectual, el derecho de la competencia, el derecho probatorio y el derecho de las telecomunicaciones, entre otros. La forma del negocio jurídico paulatinamente se refleja menos en soportes tangibles y cede a un flujo de información almacenada en la memoria de un computador o servidor

Este ensayo se limita a describir el impacto que el ciberespacio ocasiona para la contratación, en particular, la que tiene

carácter internacional. Nuevos tipos contractuales, ajustes en el régimen probatorio y proyectos a escala internacional ratifican esa tendencia. Nuestra hipótesis parte de la necesaria construcción de una *lex electronica* como conjunto de normas jurídicas en sentido material y formal que aparecen como la regulación de internet dentro de la cual resaltamos el Proyecto de Convención de Contratación Electrónica, los e-terms de la Cámara de Comercio Internacional y los documentos del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y los Negocios Electrónicos.

PRIMERA PARTE. ELEMENTOS MATERIALES DE LA LEX ELECTRONICA

En esta primera parte describiremos algunas de las características que tiene la contratación internacional por medios electrónicos y que configuran la materialidad de la *lex electronica*. En particular, esas condiciones particulares que sirven de justificación a nuevas reglas jurídicas como consecuencia de la utilización de tecnologías de la información en la forma y estructura de los negocios jurídicos.

A. DESMATERIALIZACIÓN E INTANGIBILIDAD

El documento material con soporte papel ha cedido su lugar prevalente a registros en bases de datos, archivos electrónicos y contenidos digitalizados. La desmaterialización significa el tránsito de la corporeidad tradicional a la intangibilidad de lo electrónico.

La existencia del documento electrónico está definida por la determinada configuración de los programas de ordenador que definen su creación, almacenamiento y transporte. El mensaje de datos se convierte en la categoría general que reúne a la información generada, almacenada y transportada por medios digitales.

La desmaterialización documental tiene expresiones en el manejo que realizan depósitos centrales de valores de algunos títulos valores en formato digital¹. La creación y negociación de ese tipo de títulos permanece siempre como archivos electrónicos. También es conocido el proyecto *Bolero* que avanza en el manejo de documentos de transporte internacional en soporte digital. La factura electrónica gana terreno en el cobro de los servicios públicos y como constancia de la compraventa de bienes en los sitios de Internet.

El proyecto *Bolero* agrupa actualmente varios bancos internacionales, transportadores internacionales e intermediarios comerciales en logística y comercio exterior. Con el estándar *Bolero XML* se pretende que eliminar la necesidad de contratos o acuerdos bilaterales entre las empresas en las que se determinaba la estructura y contenidos de la información electrónica. Con este proyecto se establecen estándares generales que son en consecuencia reconocidos de antemano como válidos

Tal desmaterialización de los documentos trae consigo discusiones sobre la responsabilidad de los intermediarios (custodios) así como requisitos procesales de “materialización” en caso de conflictos ulteriores. No obstante, su desarrollo a corto plazo parece evidente, por ende se

1. En Colombia existe el Depósito Centralizado de Valores S. A. (Deceval) autorizado por la resolución n.º 702 de 1993 de la Superintendencia Nacional de Valores.

propugna por la consolidación de los títulos valores electrónicos, en particular los más utilizados como el cheque o la letra de cambio aunque bien podría decirse que los sistemas electrónicos de pago por venir reemplazarían la misma idea y necesidad de los títulos valores.

En el tema de la factura electrónica, por ejemplo, aún subsiste en nuestro medio la discusión sobre los requisitos establecidos en las reglas “tradicionales aplicables a este documento electrónico”² frente a la posterior regulación de la Ley 527 de 1999 para documentos en entornos electrónicos abiertos. La reflexión sobre el documento en la sociedad de la información rebasa el campo jurídico y debe revisarse en relación con la estructura de los sistemas de información. Las tecnologías de la información por ejemplo son la base y estructura de los ERP (*Enterprise Resource Planning*) y CRM (*Customer Relationship Management*), estándares de la informática empresarial y del servicio al cliente en esta época.

La desmaterialización también se expresa en los contenidos propios del comercio electrónico. Es bien sabido cómo la modalidad directa de este tipo de negocios implica la transacción sobre bienes y servicios en forma digital. Sitios de internet y archivos electrónicos que contienen programas de ordenador, información obras artísticas, literarias o musicales son objeto de intercambio mediante redes electrónicas.

Se cierra con el comercio electrónico el círculo de la mercancía transada y de los documentos que prueban la transacción en forma electrónica. Por otra parte también se avanza en la forma de pago desma-

terializada con la puesta en funcionamiento de mecanismos para tal fin por el sistema financiero. El canje electrónico de cheques, la masificación de cajeros y puntos de pago electrónicos, el pago electrónico de facturas de servicios públicos son algunos de los ejemplos de la banca virtual o electrónica.

Un aspecto esencial de la desmaterialización documental es la seguridad digital. La dependencia de las empresas respecto de bases de datos electrónicas y títulos desmaterializados resalta su vulnerabilidad a fenómenos como los virus y demás atentados a los sistemas de información. La seguridad digital es una combinación de medidas y dispositivos técnicos como firewalls, técnicas de encriptación y firmas digitales, sistemas de detector de intrusión sumados a políticas corporativas estrictas relativas a manejo documental con reglas sobre almacenamiento y archivo de documentos virtuales.

El mejoramiento de los estándares de seguridad depende también de un mayor activismo de las partes afectadas con la vulneración contra los productores de programas de ordenador sin defectos intrínsecos en los programas fueron propicios para la intrusión.

El cuidado que deben tener los representantes legales respecto de su clave privada de la firma digital debe ser supremo. La atribución de plenos efectos de representación a esta clase de firma digital lleva consigo una responsabilidad para el administrador y para la sociedad que este representa en caso de incumplimiento de la obligación cualquiera que sea mediante un mensaje de datos firmado digitalmente.

2. La Ley 223 de 1995, Decreto 1094 de 1996 y Decreto Reglamentario 1165 de 1996.

Por otra parte, la negligencia en el manejo de la clave sería un caso típico de excepción a la responsabilidad de la entidad de certificación en caso de una transacción electrónica.

En nuestro medio ha sido muy útil para el desarrollo del comercio electrónico la diferencia entre la firma electrónica del artículo 7.º de la Ley 527 de 1999 y la firma digital prevista en el artículo 29 de la citada ley. La firma electrónica permite beneficiarse de los supuestos de la equivalencia funcional en ese aspecto sin recurrir a las entidades de certificación. Las firmas digitales, por su parte, con sus atributos de originalidad, autenticidad y no repudiación otorgan mayor garantía a los documentos en formato electrónico pero con los costos correspondientes. La posibilidad de tachar un documento electrónico de falso depende de la prueba técnica en la cual se demuestre el mecanismo que ocasionó la falsedad o que demuestre la alteración en el documento original³.

B. DESLOCALIZACIÓN Y GLOBALIZACIÓN

La digitalización de los contenidos, documentos y medios de pago así como el crecimiento exponencial de los usuarios de la red global han impulsado la cultura de la migración de los negocios de su entorno tradicional a otros ambientes más propicios sea por características tecnológicas, por el costo de la mano de obra calificada incluso para eludir excesivas cargas de responsabilidad legal.

El negocio electrónico sea el que tiene una publicación mediante un sitio de

internet o el que utiliza comunidades virtuales para su desarrollo tiende a ser deslocalizado. Precisamente el mayor atractivo que genera lo electrónico es la posibilidad de alcanzar nuevos mercados, enviar archivos digitales por un determinado precio a cualquier parte del globo.

La deslocalización implica que el propietario del negocio virtual registra nombres de dominio globales, sin relación directa con su origen o el de su negocio; coloca su página de Internet en uno o varios servidores ubicados en distintas jurisdicciones; contrata la elaboración de contenidos a creativos que los producen en un computador que circula en varios países y termina siendo enviado el trabajo final desde el lugar más insospechado; en el caso de las comunidades virtuales formadas por usuarios y participantes de los cinco continentes que interactúan directamente el derecho aplicable a un lugar específico de localización parece a primera vista demasiado intrincado.

La deslocalización borra uno de los supuestos principales de la contratación internacional el de la determinación del régimen jurídico más adecuado para regir el contrato. Es cierto que el derecho internacional privado ha tenido una reacción eficiente, bajo sus reglas tradicionales, y con su dinámica particular, frente a este fenómeno, sin embargo los nuevos criterios resultan rebasados por la realidad de la deslocalización. Por lo menos se vislumbra que puedan originarse foros no adecuados o adjudicación de una ley aplicable no conveniente.

Como respuesta a la deslocalización el proyecto de modificación de la Conven-

3. Una discusión completa sobre este tema en DANIEL PEÑA VALENZUELA. "Medios probatorios y comercio electrónico", en *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ción de Roma sobre obligaciones contractuales y la Directiva de Comercio electrónico siguen la línea ortodoxa de buscar soluciones por analogía de categorías tradicionales. No creemos, sin embargo, que las reglas de conflicto tradicionales sean adecuadas para los nuevos fenómenos del comercio electrónico, como por ejemplo los agentes electrónicos avanzados. Se impone la jurisdicción electrónica, en el sentido de jueces o árbitros internacionales adjudicando y resolviendo conflictos bajo una unificada y específica para los medios electrónicos (*lex electrónica*).

C. CONSUMO DIGITAL E INFORMACIÓN

Internet ha permitido mayor eficiencia en la dinámica del mercado de bienes y servicios. La comparación de precios y calidad de productos a “un clic de distancia” lleva consigo más acceso a la información para el usuario. Los motores de búsqueda y demás agentes electrónicos contribuyen a que los criterios de elección sean más libres y menos susceptibles de error. Sin embargo, la utilización de sistemas automáticos de información tanto en la oferta como la aceptación por medios electrónicos ha originado casuística sobre el error en el precio. Un operador de una tienda virtual puede encontrarse de un momento a otro que una oferta de un electrodoméstico por un peso ha sido aceptada por múltiples usuarios originando la consiguiente obligación de entrega.

En el caso de productos digitales como los programas de ordenador el hecho de que usualmente se conceda licencia respecto de los mismos en lugar de cesión o compraventa ha dificultado la alegación de defectos o vicios ocultos —por ejemplo vacíos de seguridad para prevenir el ataque de virus. Los

consumidores de ese tipo de productos no siempre están correctamente informados —más allá de instrucciones y manuales de uso— de las características técnicas del producto y de la forma de arreglo de posibles problemas en la estructura.

Los martillos electrónicos como eBay y similares así como las plataformas electrónicas de negocios entre empresas —sucesoras de los B2B originales— usualmente funcionan como las comunidades virtuales, es decir con reglamentos internos de autorregulación. La expresión positiva del asentimiento de las partes como requisito esencial para configurar el contrato ha sido reemplazada en el marco de la contratación electrónica, por la eficiencia en el conocimiento de los términos y condiciones a los que se obligan los propietarios de web sites, usuarios y navegantes.

La configuración de las páginas limita el ejercicio del consentimiento en forma tradicional. Sería inimaginable sacrificar la funcionalidad del sitio o la disposición de publicidad en línea por engorrosos avisos legales. Por lo anterior es ya costumbre entre los comerciantes fijar políticas, condiciones y términos de uso en hipervínculos.

Lo anterior ha traído consigo la discusión sobre el consentimiento expresado por el mero hecho de la navegación en el sitio sin necesidad de una expresa aceptación bajo los parámetros contractuales tradicionales. El control a posibles desequilibrios entre las partes estaría dado por el control posterior judicial sobre su validez o eficacia jurídica salvo que las mismas sean abusivas o en detrimento manifiesto de la otra parte.

Especial protección se plantea en el caso de consumidores que tienen ya una protección específica por ejemplo clientes financieros o usuarios de servicios públi-

cos que no podrían ver menguada su protección por el sólo hecho que reciban atención o servicio al cliente por medios digitales.

La reciente explosión geométrica en el crecimiento de teléfonos celulares—incluso en ventaja en relación con la telefonía fija—ha reabierto el campo para el clickeo en la contratación electrónica. Muchas de las aplicaciones de comunicaciones móviles incluyen el marcado de un número específico o de una instrucción que válida determinado efecto jurídico por ejemplo, la prestación de un servicio con una contraprestación fijada de antemano. La movilidad y el alcance universal de este tipo de comunicaciones hacen pensar en la conveniencia de la rígida localización que tiene el derecho tradicional con un celular y su portabilidad se permite realizar una apuesta o “bajar” un contenido en una jurisdicción y poco tiempo después se puede alcanzar ese mismo resultado en otra totalmente diferente en la cual, por ejemplo, la regulación sea diferente.

D. VIRTUALIDAD E INTERCAMBIO DE CONTENIDOS

La contratación electrónica directa, es decir la que se refiere a mercancías virtuales ha generado problemas específicos relacionados con las consecuencias de la regulación legal de ciertos contenidos. Al igual que otros medios de comunicación, la sociedad y el Estado han considerado apropiada la regulación de contenidos específicos como por ejemplo mensajes de voz, apuestas y juegos de azar y pornografía, entre otros.

La difusión de contenidos contrarios a la ley ha generado discusión jurídica respecto de la responsabilidad extracontractual sea

de los propietarios de los sitios o de los intermediarios que contribuyan a la difusión de la información como por ejemplo los proveedores de servicios de internet.

En relación con el tema de este ensayo, no obstante, la adquisición de contenidos intangibles, se debe analizar desde la perspectiva de la titularidad de los mismos y la posibilidad de ceder esos derechos libres de reclamos de terceros. La negociación de contenidos requiere un régimen legal que garantice la protección exclusiva de la información o las obras protegidas con el fin de evitar la actividad paralela de terceros.

Grockster, Napster, Kazaa y Gnutella, por ejemplo, empresas virtuales de intercambio de archivos musicales coexisten con portales autorizados de las empresas discográficas. Lo anterior por la falta de aplicación adecuada de las reglas del derecho de autor en el ciberespacio. Los intercambios directos entre los usuarios de Internet generan una “informalización” del tráfico de información en Internet. Su carácter privado solamente mediado por sitios de Internet que actúan como catalizadores de una negociación sobre contenidos sugiere acuerdos interpartes regulados en algunos casos por la autorregulación de la comunidad virtual.

También es usual que los martillos virtuales como e-Bay aparezcan como intermediarios de las transacciones compilando la información sobre productos y servicios. La responsabilidad solidaria sobre el resultado final del negocio es establecido en los términos y condiciones.

Lo anterior es un ejemplo de la conexidad de contratos entre proveedores de servicios, usuarios y navegantes que participan de comunidades autorreguladas sin que las normas jurídicas dejen de tener un rol supletivo en caso de conflicto.

Puede resultar exótico referirse a contratos relacionados con bienes existentes en la realidad virtual, sin embargo el ejemplo más evidente de este fenómeno son los juegos electrónicos y los mundos ficticios que estos generan. Los aficionados a este tipo de juegos –muchos de ellos en línea, en tiempo real y con existencia virtual pasan de los cientos de miles.

En estos juegos las reglas son establecidas en la realidad por términos y condiciones de los propietarios de los operadores y las reglas e instrucciones. En los juegos y como consecuencia de los mundos virtuales que estos originan existe la compraventa de bienes intangibles tales como accesorios, herramientas, vestuario, relacionados con personajes o situaciones de los mismos.

En el caso de que algunos de los usuarios pretendan hacer valer sus derechos fuera del mundo virtual es evidente que debería iniciar acciones si se trata de una discusión de derechos de autor en el marco global de la Convención de Berna. Lo anterior sin perjuicio de las reglas de ley y jurisdicción aplicables que establezcan los términos y condiciones del sitio web en el cual se albergue el juego.

En conclusión de esta primera parte, las anteriores características hacen vislumbrar un cambio fundamental, desde la óptica contractual, del núcleo de la teoría tradicional. La incertidumbre sobre el verdadero efecto de la utilización masiva de los medios electrónicos para expresar la voluntad negocial, sin embargo, aún subsiste. De tal consideración se han originado trabajos concretos que pretenden ser instrumentos concretos de regulación de los elementos contractuales en discusión.

SEGUNDA PARTE.

INTENTOS DE POSITIVIZAR LA LEX ELECTRONICA EN MATERIA CONTRACTUAL

La necesidad de certeza en la contratación por medios electrónicos ha llevado consigo los primeros intentos de crear instrumentos internacionales concretos –legislativos– así como cláusulas contractuales modelo que resuelvan de antemano los principales obstáculos y perplejidades que lo electrónico genera para la teoría general del negocio jurídico. En ese contexto vamos a describir los trabajos de la CNUDMI y de la Cámara de Comercio Internacional sobre con contratación por medios electrónicos.

A. EL PROYECTO DE CONVENCIÓN DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE CNUDMI

La formación del contrato vista desde la perspectiva tradicional de oferta y demanda puede realizarse por medios electrónicos. Entre las posibilidades está la presentación de una oferta mercantil a personas indeterminadas mediante la publicación de un establecimiento de comercio virtual o mediante la oferta específica, contenida en un mensaje de correo electrónico.

1. Razón de ser y objetivos

La CNUDMI ha sido protagonista de primer orden en la reglamentación uniforme del derecho de contratación internacional. Esta comisión con larga experiencia en procesos de unificación de normas ha sido artífice de la ley modelo de comercio electrónico así como de la ley modelo de fir-

mas digitales: Actualmente los trabajos se encaminan hacia una Convención de Contratación Electrónica.

La Convención sobre Contratación Electrónica que se pretende adoptar no se ocupa del derecho sustantivo de los contratos sino simplemente de la supresión de los obstáculos jurídicos de la utilización de los medios electrónicos en los negocios jurídicos. En particular, los aspectos de la formación de los contratos usando mensajes de datos y no de los elementos materiales de la oferta y la aceptación⁴.

La Convención sobre Contratación Electrónica planeada sería autónoma frente a los otros instrumentos relacionados con el comercio electrónico y respetaría la autonomía de las partes, por lo tanto, sea cual fuere la forma que finalmente se adopte, los sujetos seguirán gozando de entera libertad para convenir sus propias prácticas contractuales si lo desean, o adoptar los parámetros de la convención, que soportará la contratación con la existencia de un régimen supletorio.

2. Relación del proyecto de convención con la Convención de Compraventa de Mercancías de Viena

Teniendo en cuenta que el contrato de compraventa de bienes es el más utilizado en internet. La discusión inicial de la Convención de Contratación Electrónica pretende llenar vacíos y dificultades en la aplicación de la Convención de las Nacio-

nes Unidas de Compraventa de Mercancías de Viena de 1980 (CICM) a los medios electrónicos.

El anteproyecto de Convención de contratación electrónica no tiene como objeto ocuparse de todos aquellos elementos regulados por la CICM, pues no se refiere de manera exclusiva al contrato de compraventa, ni busca duplicar y reiterar los aspectos ya tratados por la CICM, regulará exclusivamente los elementos necesarios para poder lograr una mayor certeza jurídica en la contratación electrónica.

La nueva regulación parte de recurrir a los lineamientos de CICM y a partir de allí se discuten algunos aspectos, tales como:

3. *Ámbito de aplicación*

a. Los contratos con consumidores

Como la CICM se excluye a los consumidores de la aplicación de la Convención o, aún cuando se deja abierta la posibilidad que el Estado que adhiera tenga la opción de excluir las transacciones con consumidores⁵. Además, se está discutiendo la posibilidad de aplicar la Convención cuando "...el vendedor [...] no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercancías se compraban para ese uso". Lo anterior es usual en entornos abiertos de contratación electrónica. De mantenerse tal texto y siendo el modelo B2C (negocio de empresa y consumidor) predominante se limitaría su ámbito de aplicación.

4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Informe del grupo de trabajo sobre comercio electrónico acerca de 39.º periodo de sesiones*; 35.º periodo de sesiones, Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002.

5. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*; 38.º periodo de sesiones, Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001.

b. Contratos relacionados con la concesión del uso limitado de derechos de propiedad intelectual

Las operaciones sobre mercancías virtuales se efectúan generalmente como licencia o autorización de uso, limitada en tiempo y espacio y no de compraventa. Por lo anterior, el proyecto de convención introduce elementos que tienden a diferenciar los contratos de licencia de otras transacciones comerciales; se estudia la exclusión de los “*contratos por los que se conceda el uso limitado de derechos de propiedad intelectual*”. Esta exclusión tiene que ver con la índole del contrato y no con el propósito de la transacción, ni con la clase de bienes objeto de comercio, por lo cual, podría aplicarse a los contratos en los que se negocian “bienes virtuales”, invenciones patentadas, know how y obras protegidas por el derecho de autor.

c. Contratos internacionales y la ubicación de las partes

La CIM es aplicable únicamente a los contratos que se celebren entre partes que tengan sus establecimientos en países diferentes. Lo anterior genera dificultades cuando el contrato es realizado por medios electrónicos, pues en este caso las fronteras no son claramente diferenciables y los elementos que permiten fijar el establecimiento de los sujetos en los medios tradicionales encuentran vacíos difíciles de solucionar.

Existe la posibilidad de que las partes indiquen su establecimiento, en cuyo caso este será el acogido con fines contractuales.

De lo contrario se tendrán en cuenta criterios específicos que tienen como finalidad el determinar el establecimiento de las partes, entre los que se encuentran: el nombre de dominio que identifica una empresa y la vincula con un país determinado. Sin embargo, los nombres de dominio genéricos como los “.com”, podrían interpretarse como un indicio de que la parte no ha querido localizarse en ningún lugar en concreto, o que desee ser universalmente accesible, caso en el cual el contrato debería siempre suponerse internacional debido a que con este tipo de dirección la parte que contrata no puede dejar de darse cuenta que contrataba internacionalmente (art. 1.º parág. 2). Podría sin embargo optarse por aplicar conforme a la Convención de contratación electrónica el criterio del establecimiento para los casos en el que el contrato se celebrará electrónicamente, sin importar el carácter internacional de los establecimientos⁶. Se cuestiona al respecto la dificultad de lograr un consenso respecto a este elemento, pues probablemente muchos estados podrían no estar dispuestos a aceptar y ratificar una convención que interfiera con la legislación que rige sus transacciones internas.

Otro criterio de localización posible es el del lugar en el que se encuentra el equipo y la tecnología que apoya el sistema de información o los lugares desde los que se puede conseguir acceso al sistema, sin embargo estos tampoco aportan indicación suficiente sobre el lugar de localización de la parte del contrato. Esta opción sería sobretodo válida para las “empresas virtuales”, es decir aquellas sin ninguna referencia a una ubicación física.

6. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercaderías*, cit., p. 12.

4. La formación del contrato

Las normas sobre formación de los contratos establecidas en la CICM, han demostrado en el tiempo que tienen de vigencia su carácter práctico en el entorno internacional, debido al trabajo de consenso que redundó en la CICM en particular en relación con las diferencias tradicionales en los derechos de tradición romanista y de tradición anglosajona. Estas normas se redactaron con miras a resolver los casos en que un contrato se forma mediante la oferta y la aceptación, de manera que aquellos acuerdos fuera de este ámbito no serían regidos por la Convención⁷.

a. Invitación a hacer ofertas

El artículo 14 de la CICM enuncia los criterios sustantivos que una declaración requiere para que sea considerada una oferta, la que se distingue de una invitación a ofrecer en la medida en la que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación y se encuentre dirigida a una o varias personas determinadas, aplicable tanto en los casos de correo electrónico o intercambio electrónico de datos. Pero qué sucede, y este ha sido uno de los principales cuestionamientos en materia de negocios en Internet, cuando las partes ofrecen bienes o servicios en un sitio de la red, pues por la naturaleza misma de internet, es posible dirigir información a un número ilimitado de personas independiente de su ubicación

y cuyos contratos pueden llegar a ser concluidos casi instantáneamente gracias a la tecnología existente⁸.

El primer criterio evaluado para distinguir entre una “oferta” o una “invitación a negociar”, distingue entre la naturaleza de las aplicaciones que utilicen las partes. De esta manera quien se limite a ofrecer información sobre una empresa en un entorno electrónico, no se diferencia de quien lo hace mediante anuncios en periódicos, radio o televisión. En consecuencia las aplicaciones no interactivas demuestran la falta de intención de quedar obligado. Al contrario las aplicaciones interactivas permiten la negociación y la conclusión inmediata del contrato.

Conforme a lo anterior el proyecto de convención de contratación electrónica expresa: “[...] 2. *Para determinar la intención de una parte de quedar obligada en caso de aceptación, deberá tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso. Salvo que el oferente indique otra cosa, se presumirá que la oferta de bienes y servicios por medio de sistemas informáticos automatizados que permitan que el contrato se celebre automáticamente y sin intervención humana indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación [...]*”⁹.

5. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

Conforme al artículo 24 de la CICM, la oferta y la aceptación surte sus efectos al momento de la “recepción”, es decir, cuando

7. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico...*, cit., p. 20.

8. *Ibíd.*, p. 14.

9. Numeral 2 del artículo 9.º. Proyecto de Convención en Contratación Electrónica, CNUDMI. Informe del grupo de trabajo sobre comercio electrónico acerca de 39.º periodo de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002).

“llega” al destinatario, se le comunica verbalmente o se le entrega por cualquier otro medio, personalmente o en su establecimiento o dirección postal. En los medios electrónicos, con el propósito de fijar límites ciertos de interpretación, es necesario definir la “recepción” del mensaje electrónico, labor asumida previamente por la ley modelo de comercio electrónico y que complementa los parámetros de la CICM con el fin de incluir herramientas propias del comercio electrónico como son el mensaje instantáneo o medios similares al correo tradicional¹⁰.

6. *Requisitos de forma*

El anteproyecto de Convención sobre contratación electrónica se ajusta al principio de libertad de forma de la CICM, pero pueden existir requisitos de forma conforme al derecho aplicable al contrato, cuando por ejemplo uno de los estados ha formulado una reserva. En estos casos la convención deberá establecer las condiciones en las que se pueden cumplir los requisitos de forma por métodos electrónicos equivalentes.

El anteproyecto al acoger dichos planteamientos incorpora y confunde elementos de la CICM con principios establecidos por la ley modelo de comercio electrónico, los cuales no fueron aceptados por el grupo de trabajo y se ordenó una nueva revisión.

7. *Disponibilidad de las condiciones contractuales*

La CNUDMI plantea en principio la posibilidad de incorporar un texto en la Convención de Comercio Electrónico en el que se obligaría a la parte que ofrezca bienes y

servicios por medio de sistemas de información, a poner en disposición de la otra parte durante un tiempo razonable el mensaje de datos que contiene las condiciones generales de manera que permitiere su almacenaje y reproducción. Esta opción podría que crear una dualidad de regímenes, para documento papel y electrónico, lo que sería contrario a la finalidad del proyecto de convención.

B. E-TERMS DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

La Cámara de Comercio Internacional, específicamente un grupo de trabajo en contratación electrónica ha venido trabajando paralelamente a los trabajos de la CNUDMI en unos estándares para los negocios electrónicos. Este trabajo tiene como origen el escepticismo sobre el futuro de la Convención en cuanto a su resultado final, el tiempo de espera de la negociación y la necesidad de una adopción por los países que pretendan ser miembros de la misma.

Los *e-terms* pretenden resolver principalmente los siguientes problemas: formación del contrato, autorización, contratación automática, firmas digitales, contratación por error, requisitos de información al consumidor, seguridad documental, confidencialidad, valor probatorio de los archivos electrónicos.

Es evidente que para los países que han adoptado el modelo de firmas digitales o la ley modelo de comercio electrónico de CNUDMI la mayor parte de problemas aparecen como resueltos, sin embargo, no debe olvidarse que los estándares legales y técnicos en el comercio electrónico deben

10. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Informe del grupo de trabajo sobre comercio electrónico acerca de 39.º periodo de sesiones*, cit., p. 21.

ser lo más universales y neutrales para ser útiles.

En consecuencia lo e-terms tienen la virtud de ser cláusulas contractuales tipo que se incorporan en el contrato electrónico –en el proyecto se han diseñado por el momento dos– que cumplen la función de ser obligatorios entre las partes y resolver los problemas atrás planteados entre las partes. Sin embargo, vale la pena aclarar que aún la Cámara de Comercio Internacional no ha divulgado el resultado final de sus trabajos en este sentido y probablemente hasta finales del 2004 no conoceremos el texto definitivo.

C. LOS TRABAJOS DEL CENTRO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO Y LOS NEGOCIOS ELECTRÓNICOS¹¹

Este Centro de Estudios y trabajos especiales creado por las Naciones Unidas en 1996 ha contribuido al estudio de formas y técnicas específicas de mejoramiento del comercio internacional, con énfasis en el negocio electrónico. El grupo legal ha tenido cinco sesiones dedicadas al estudio y unificación de documentos contractuales en formato electrónico.

De particular interés es el trabajo actual del grupo legal de diseño de los términos y condiciones legales que correspondan a los aspectos técnicos del ebXML y otros estándares del comercio electrónico creados por los expertos del grupo técnico. El grupo legal también diseñó el *Model Trading Agreement* como formato de contrato comercial electrónico.

El estudio del estándar ebXML y su aplicación tiene estrecha relación con los trabajos de unificación de la CNUDMI pues la aplicación del estándar técnico depende de su adecuación jurídica como vehículo idóneo para realizar oferta mercantil para aceptar la celebración de un contrato y para que sus dispositivos técnicos sean aceptados como firma digital o electrónica.

3. ¿LEX ELECTRÓNICA EN MATERIA CONTRACTUAL?

Todo lo anterior sugiere que la necesidad de crear una estructura jurídica unificada como existe por ejemplo una infraestructura técnica es un imperativo para los negocios virtuales y para el pleno desarrollo de los negocios jurídicos respecto de propiedad inmaterial.

El reconocimiento del valor probatorio de los mensajes de datos y el principio de equivalencia funcional, ejes de la ley modelo de comercio electrónico son la base de una *lex* electrónica, siempre y cuando sean adoptados por la mayoría de países. Sin embargo el desarrollo del comercio electrónico trasciende el ámbito contractual y se extiende a otros aspectos que exceden el marco de este trabajo pero que son necesarios para remover los obstáculos al pleno desarrollo del comercio electrónico como la ley y jurisdicción aplicable a los conflictos contractuales y a los delitos, la protección al consumidor, la protección y garantía de los derechos de propiedad intelectual.

En nuestra opinión, los trabajos de contratación electrónica deberán converger en

11. [[Http://www.unecce.org/cefact/index.htm](http://www.unecce.org/cefact/index.htm)].

una combinación técnico-jurídica que refleje la necesidad del comercio electrónico. Las agencias de las Naciones Unidas y la Cámara de Comercio internacional hasta ahora han trabajado en una misma dirección y deberá seguirse este proceso que deberá redundar en una Convención internacional o en estándares contractuales uniformes que permitan mayor certeza en los negocios electrónicos.

CONCLUSIONES

La contratación electrónica es una materia en constante evolución, a la par de avances tecnológicos relacionados con la presentación de productos y servicios en línea.

La construcción de una infraestructura global única PKI convierte al comercio electrónico en un tema global y exige una regulación común y uniforme como puede ser la Convención sobre Contratación Electrónica auspiciada por la CNUDMI.

La desmaterialización de documentos permite mayor agilidad en las transacciones internacionales y anticipa el crecimiento de los negocios jurídicos respecto de bienes intangibles que van a aumentar en la medida de que la sociedad de la información alcance su madurez.

La contratación internacional por medios electrónicos requiere por la deslocalización que origina y de la cual también es consecuencia unas reglas de conflicto, de ley y jurisdicción aplicable nuevas que otorguen seguridad a los agentes económicos en la era digital.

La comunidad internacional paulatinamente ha reaccionado a la incertidumbre propia del fenómeno nuevo del comercio electrónico a través de estudios de diversa índole. En el caso de la contratación elec-

trónica hemos traído a colación tres ejemplos de intentos de “positivizar” una ley electrónica en materia de contratación: la CNUDMI con el proyecto de Convención de Contratación electrónica, la Cámara de comercio internacional con cláusulas contractuales tipo que se denominan e-terms y los trabajos de estandarización técnica del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y los Negocios Electrónicos en particular con la adecuación legal del estándar ebXML.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCOSA, VALENTIN. “La contratación informática: el nuevo horizonte contractual”, en *Los Contratos electrónicos e informáticos*, Granada, Edit. Colmenares, 2000.
- CARVAJAL, RICARDO y MARTHA GIRALDO. *Título Valor Electrónico*, Medellín, Señal Editora, 1999.
- EDWARD, LILIAN. “Law and the Internet - Regulating Cyberspace”, Hart Publishing, Londres 1997.
- GOLDSMITH, JACK. “What Internet Gambling Regulation Teaches About Internet Legislation”, *The International Lawyer*, vol. 32, n.º 4, 1998.
- GOMELKIEWICZ, ROBERT. “The license is the product: Comments on the promise of Article 2B for software and Information licensing”, *13 Berkeley Technology Law Journal*, 89, 1998.
- KUNTS, CHRISTINA. “Click through Agreements: Strategies for avoiding Disputes on Validity of Assent on the Business Lawyer”, vol. 57, n.º 1, Maryland, ABA, 2001.
- LASTONKA, GREGORY. “The laws of the Virtual Worlds”, Institute for Law and Economics, Universidad de Pennsylvania, mayo de 2003.
- NINMER, DAVID. “The Metamorphosis of

- Contract into expand” en *87 California Law Review*, enero de 1999.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL. *Aspectos legales de Internet y del Comercio Electrónico*, Bogotá, Edit. Dupre, 2001.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL. “Compraventa internacional de mercancías y comercio electrónico”, en *Contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL; ANDREA BURGOS PUYO y ADRIANA CASTRO. “Contratación electrónica, el proyecto de convención internacional de la CNUDMI”, en *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL; ANDREA BURGOS PUYO y ADRIANA CASTRO. “Contratación electrónica: ¿es necesaria una convención internacional”, en *Revista virtual e-Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 1 n.º 2, 2002.
- RENGIFO, ERNESTO. “Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica”, en *Comercio electrónico. Memorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- SHORT and VENKATRAMAN, N. “Beyond Business Process Redesign: Redefining Baxter’s Business Network”, *Sloan Management Review*, Fall 1992.
- VENKATRAMAN, N. “IT-Enabled Business Transformation”, *Sloan Management Review*, Winter 1994, pp. 73-87.
- YU, PETER. “The Escalating Copyright Wars”, *Public Law & Legal theory Working Paper Series*, Michigan State University, 2003.