



Artículo Original

Recibido para publicación: octubre 7 de 2010

Acceptado para publicación: noviembre 16 de 2010

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL COMERCIO ELECTRONICO¹

Ramón Ernesto Betancourt De Arco²

Correspondencia: Betancourt – De Arco, Ramón en: ramonbetancourt@yahoo.com

RESUMEN

El desarrollo del comercio electrónico es un hecho innegable e irreversible, y no sólo esto, sino que se prevé seguirá en crecimiento en los próximos años generando grandes ingresos a través de la red, el cual permitirá a su vez un impacto sobre las actividades económicas, sociales y jurídicas en donde éstas tienen lugar. El Estado Colombiano al momento de adoptar las disposiciones de la CNUDMI, optó por contar con una reglamentación interna en el tema, que debe gozar de una organización sistémica, de apertura acotada a un sistema de valores mediante articulación flexible, generalidad y abstracción de las normas jurídicas, por lo que en su aplicación a los casos concretos es necesario tener presente las fuentes integradoras del Derecho, las cuales deben estar en el marco de la Ley 527 de 1999.

El estudio de las fuentes del derecho aplicables al tema del comercio electrónico, resulta de gran importancia, y más aún cuando se acogen en el derecho interno los conceptos y recomendaciones que permitirán adaptar los modelos propuestos por la CNUDMI, y dado a que ya estos compilan criterios generalizados y prácticos para todos los Estados que lo han incorporado, lo que ocasiona un mejor funcionamiento a nivel global de los procedimientos propios del comercio electrónico.

¹ Manifestación: El presente artículo es tomado del preparado por el autor denominado LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL COMERCIO ELECTRONICO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO, en atención a la asignación académica formulada dentro del marco del Foro Internacional "Fuentes del Derecho en la Globalización" realizado en la Universidad Sergio Arboleda el pasado 24 de Abril de 2008 en la ciudad de Bogotá, D.C.

² Abogado. Docente Programa de Derecho Cartagena de la Corporación universitaria Rafael Núñez.

Palabras Claves:

Comercio, fuentes, tecnologías, incorporación, voluntad, armonización, contratación, virtual.

ABSTRACT

The development of electronic commerce is an undeniable fact and unreverse, and not only this, but that is expected to continue growth in the coming years generating large income through the network, which will in turn an impact on the economic activities, social and legal where they are taking place. The Colombian State at the time of the combat formation of the UNCITRAL, i choose to count on an internal regulation in the subject, that it must enjoy a systemic organization, of opening limited to a system of values by means of flexible joint, majority and abstraction of the legal norms, reason why in its application to the tactical missions it is necessary to remember the integrating sources of the right, which must be within the framework of Law 527 of 1999.

The study of the sources of the right applicable to the subject of the electronic commerce, it is from great importance, and still more when the concepts and recommendations take refuge in the internal right that will allow to adapt the models proposed by the UNCITRAL, and given to that already these compile criteria generalized and practical for all the States have incorporated that it, what causes a better operation at global level of the own procedures of the electronic commerce.

Keywords

Trade sources, technologies, incorporation will, harmonization, recruitment, virtual.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL COMERCIO ELECTRONICO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO

Los progresos e innovaciones tecnológicas revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de telecomunicaciones informáticas, las cuales

han puesto a disposición de la humanidad novedosos medios de intercambio y de comunicación tales como el correo electrónico y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico. El desarrollo del comercio electrónico es un hecho innegable e irreversible, y no sólo esto, sino que se prevé seguirá en crecimiento en los próximos años generando grandes ingresos a través de la red, lo cual generara impacto sobre las actividades económicas, sociales y jurídicas en donde éstas tienen lugar.

El comercio electrónico está integrado dentro de un sistema de normas encaminadas a regular las relaciones jurídicas cuyo objeto se refiere a la comercialización de bienes y servicios informáticos o no, de ahí que existan los contratos online y los contratos offline³.

Es importante entrar a analizar las fuentes del derecho en la contratación informática y su entorno normativo que se denomina Derecho Informático⁴. Lo anterior es de gran importancia dado lo nuevo de esta rama con relación al Derecho.

El Estado Colombiano al momento de adoptar las disposiciones de la CNUDMI⁵, opto por contar con una reglamentación interna en el tema, que debe gozar de una organización sistémica, de apertura acotada a un sistema de valores mediante articulación flexible, generalidad y abstracción de las normas jurídicas, por lo que en su aplicación a los casos concretos es necesario tener presentes las fuentes integradoras del Derecho, las cuales se deben apreciarse en el marco de la Ley 527 de 1999⁶.

³ Contratos online o electrónico directo, es aquel que se celebra en la red y sus prestaciones se causan a través de la red, por ejemplo la venta de libros, software. Los contratos offline o electrónicos indirectos, son aquellos que se celebran en la red, pero sus prestaciones se causan por fuera de esta, como por ejemplo el contrato de transporte de carga.

⁴ El derecho informático, en términos amplios, hace alusión al conjunto de normas que regulan la incidencia de la informática en la sociedad y los conflictos con los derechos de las personas; ésta modalidad del derecho no solo incluye temas jurídicos sino también aspectos desde una óptica tecnológica, económica, ética y social.

⁵La Asamblea General de la ONU, a través de la resolución No. 51-162 de 1996 aprobó la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por la CNUDMI y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares.

⁶ Ley 527 de 1999, ley de comercio electrónico en el Estado Colombiano.

La Asamblea General de la ONU, a través de la resolución No. 51-162 de 1996 aprobó la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por la CNUDMI y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares. La ley modelo tiene como propósito servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación concerniente donde no existiera.

De las diversas fuentes que mencionaremos en el presente desarrollo, debemos recordar en este aparte, que conocemos tradicionalmente como fuentes del derecho la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y para el asunto en análisis, la autonomía de la voluntad entra a regir en el proceso formativo de los contratos en cuanto a principio general aplicable al derecho comercial cuando se han agotado las fuentes formales⁷. La jerarquía en que se ordenan las fuentes antes descritas, en las diversas legislaciones a nivel internacional es diferente, en el comercio electrónico y las normas que lo reglamentan, se indica que la primera fuente es la ley, lo que se encuentra en discusión en algunos Estados, teniendo en cuenta que en estos presuponen a la autonomía de la voluntad, los usos, prácticas comerciales y costumbres, como generadores de recomendaciones, resoluciones, directivas, leyes modelos, tendientes a orientar las conductas de los sujetos intervinientes en el comercio electrónico, que constituyen igualmente una fuente de inspiración de la normativa interna de los Estados.

Una de las características del comercio electrónico y de su entorno normativo que más incide en el tema de las fuentes es el de la transversalidad, con relación al resto de los campos del Derecho y que aún enfocados en el tema de la

⁷ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo, (2007). Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual Colombiano, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Revista Civilizar, descargada el 28 de octubre de 2010 con enlace <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Incidencia%20de%20los%20medios.pdf>

contratación electrónica, nos lleva a referirnos al Derecho Internacional Privado y al Derecho Internacional Público, por la ocurrencia constante de la contratación comercial internacional por este medio.

Para el tema de la regulación del comercio electrónico en Colombia⁸, al igual que en muchos países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, la fuente concreta de origen internacional y de relevancia respecto al tema objeto del presente ensayo, son las recomendaciones derivadas de la Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico⁹.

Uno de los debates en este tema, a pesar de la reglamentación elaborada por la CNUDMI, se centra en el hecho de resolver cuál es la legislación aplicable y la jurisdicción competente, en la contratación comercial electrónica internacional, a criterio del autor del presente escrito, la incidencia del Derecho Internacional Privado es determinante. Al anterior factor, se le agregan las circunstancias propias que se generan en este tipo de contratación, siendo estas el cambio de soportes de los contratos, de lo material a lo virtual¹⁰, la ausencia física de las partes y las dificultades para identificar las diversas etapas del proceso de formación de los contratos electrónicos¹¹.

Se parte del hecho, que el comercio electrónico consiste tan solo en una modalidad mercantil que agiliza las relaciones existentes entre comerciantes y personas distantes, es indispensable disminuir en ese ámbito la incertidumbre jurídica derivada de la forma como se desarrolla dicha modalidad. Es así como se inicia el estudio de los avances y logros que sobre la materia adelantaban organismos internacionales y otros estados, con el objetivo de reducir la notoria

⁸ Ley 527 de 1999.

⁹ Naciones Unidas, Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para incorporación al derecho interno 1996, Nueva York 1998. Descargada del enlace http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf el 28 de octubre de 2010.

¹⁰ La Desmaterialización es el proceso por medio del cual un documento de papel es transformado en un documento electrónico, su principal ventaja es la reducción de los típicos riesgos asociados con el envío de documentos de papel y el ahorro de tiempo y dinero

¹¹ Cámara de Comercio, Industria y navegación de Barcelona, Guía sobre el Comercio Electrónico, 2003

incertidumbre causada por la innovación de herramientas tecnológicas en los ámbitos comerciales.

De acuerdo con el Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar (2005). La labor del Estado para adecuar las normas sugeridas, contó además con el reconocimiento de principios que permitirían un comercio electrónico ajustado al ordenamiento interno, y es por esto que la Ley de comercio electrónico acoge el principio de Internacionalidad de la ley, autonomía de la voluntad, equivalentes funcionales, neutralidad tecnológica y flexibilidad.

El legislador nacional observo e incorporo dentro de la Ley 527 de 1999, en lo pertinente al tema de las fuentes del derecho, la validez de los Tratados como fuente, entiendo a este último como una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que está regida directamente por este ordenamiento. En la contratación electrónica internacional, salvo las previsiones expresas en la materia específica, y respecto a los Estados firmantes y aquellos que las incorporen a la legislación interna de cada país posteriormente, resultan Fuentes de Derecho subsidiarias, los Tratados y Convenciones Internacionales referidas a los contratos.

Otra fuente del Derecho Internacional de gran importancia es la costumbre, y se constituye en un tema relevante en cuanto a la contratación electrónica y a los formatos o modelos de contratos de este tipo, debido a que el derecho interno de muchos países no contemplan regulación específica, por lo que en la práctica se recurre a modelos de CNUDMI o de la Comunidad Europea por ejemplo, que son en ultima igualmente, el parámetro que se sigue en las legislaciones que están adoptando los diferentes países en torno al tema. La costumbre se caracteriza por ser el compendio de una o más practicas generalizadas que sirven para la interpretación de las normas, ejemplo de mostrar es el señalado en la legislación

española, más exactamente el artículo 2º de la Ley 3 de 1993¹², que ordena a las Cámaras de Comercio, la recopilación de las costumbres. La anterior situación, igualmente lo detalla Código de Comercio Colombiano en las funciones establecidas para las Cámaras de Comercio.

De especial interés al autor, resulta lo pertinente a las reglas técnicas o reglas de arte, las cuales como fuentes de Derecho Internacional, debemos de entenderla como un método o procedimiento determinado que se utiliza para obtener un resultado específico, no son obligatorias si no facultativas y su incumplimiento no acarrea sanción, si no la no obtención del fin buscado. Estas son de gran relevancia en el Derecho Informático, ya que las mismas se derivan de las recomendaciones que hacen las organizaciones internacionales relacionadas con el comercio electrónico y que finalmente serán acogidas o no por los estados. Generalmente estas reglas aluden aspectos relacionados con un tema en concreto, como por ejemplo los mecanismos certificadores de la firma digital. En el derecho colombiano y regulador de este campo de la contratación, no se presentan estas como reglas de arte, si no como mecanismos de certificación o controles a los procedimientos aplicables a la contratación electrónica.

De acuerdo con el Dr. Jorge Pallares Bossa (2003), La manifestación de voluntad de uno o varios sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente y tendiente a establecer una regla de derecho, es considerada una fuente de derecho. Las resoluciones y recomendaciones de organizaciones tales como la ONU revisten rasgos de falta de obligatoriedad, pero que representan un valor importante en la formación de compilaciones y practicas mercantiles reconocidas y con la opción de ser incorporadas en los derechos internos, Colombia adopto las disposiciones de la CNUDMI en materia de contratación electrónica en virtud a la Ley modelo.

¹² Ley 3 de 1993, norma básica de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación de España. Descargada del enlace http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l3-1993.html el 28 de octubre de 2010.

Los pronunciamientos de las organizaciones Internacionales, para generar Derecho, deben provenir de una organización internacional con capacidad de crear una regla de Derecho en el escenario jurídico Internacional, conservando los límites de las constituciones políticas de los estados¹³.

Como mecanismo de cohesión entre el derecho y sus fuentes, encontramos la jurisprudencia, que va a tener como misión aclarar y ampliar el modelo jurídico propuesto en el evento que el estado receptor no contenga los parámetros para recibir la recomendación aplicable al comercio electrónico, dentro los límites que fija el ordenamiento positivo interno. En nuestro Derecho interno, a diferencia de la legislación norteamericana donde la Jurisprudencia se erige como fuente de disposiciones de Derecho positivo, se emite por los jueces y tribunales para referirse a casos prácticos que se plantean en la realidad. La jurisprudencia entonces es una herramienta de gran importancia para la resolución de situaciones o conflictos, ante lo novedoso del tema y del marco regulatorio informático.

La doctrina entra a detallar y organizar desde su órbita el derecho vigente y por otro lado, realizar un análisis crítico de las normas y al tiempo que propone la implementación de nuevas disposiciones. La Legislación Colombiana, no la contempla como fuente de derecho obligatoria más si como un marco referencial para accionantes y jueces en determinados asuntos.

CONCLUSIONES

Según el Dr. Leonardo Espinosa Quintero (2007), Los principios generales del derecho son normas del orden jurídico internacional en cuanto se aplican de

¹³ TAYLOR, Peter, COLINT, Flint, Geografía Política, Economía-Mundo, Estado Nación y Localidad.
Ramón Ernesto Betancourt De Arco

manera supletoria, cuando no resulta aplicable ninguna otra norma¹⁴, son reconocidos por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional. En su incidencia al comercio electrónico y su entorno regulador, los principios generales de derecho resultan de gran utilidad práctica, por la escasez normativa específica en algunas situaciones fácticas, como es el caso del principio de la buena fe, a que se refiere la Ley Modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico y la referida a la firma digital, y todo aquello a lo que concierne a las normas sobre seguridad en el uso de los nuevos medios tecnológicos.

Las fuentes del derecho aplicables al tema del comercio electrónico, resultan de gran importancia, y más aún cuando se acogen en el derecho interno los conceptos y recomendaciones que permitirán el encuadre de modelos como los de la CNUDMI, dado que ya este compila criterios generalizados y prácticos para todos los Estados que lo han acogido, lo que ocasiona un mejor funcionamiento a nivel global de los procedimientos propios del comercio electrónico.

Según lo planteado por el Dr. Lucas Pachon (2007), Colombia contempla lo relativo al Derecho Informático como norma especial, pero no se ubica en un área del derecho específicamente, de ahí es como el derecho administrativo por ejemplo, resalta la figura de la contratación pública electrónica como medio que aplica el estado para adquirir bienes y servicios contratando con particulares, en el campo del derecho comercial, donde quizás haya más sustento normativo y en virtud del principio de los equivalentes funcionales, se aprecia mayor rastro en cuanto a la compraventa electrónica de mercaderías, contratos de transportes, contratos de la red y en la red, que desarrollan sus prestaciones por fuera o en la Web. Las fuentes que hemos aludido en el presente ensayo, serán aplicables en ausencia de legislación, y en virtud del mandato constitucional que permite su aceptación interna, además de ser admitida en el orden que la legislación nacional lo permite,

¹⁴ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo, 2007. Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual Colombiano, Universidad Sergio Arboleda, Bogota. Revista Civilizar, descargada el 28 de octubre de 2010 con enlace <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Incidencia%20de%20los%20medios.pdf>

como es el caso del Código de Comercio Colombiano que así lo regula en los artículos 1,2, y 3.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUBLA PAUCAR. Jaime Alberto, (2005). Contratos Mercantiles, Tomo III Contratos Contemporáneos, 1ª edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín
- Banco de la República. <http://www.banrep.gov.co>
- Cámara de Comercio, (2003). Industria y navegación de Barcelona, Guía sobre el Comercio Electrónico.
- Código de Comercio Colombiano. Decreto 410 de 1971.
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. UNCITRAL.
- Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Ley 518 de 1999 Colombia).
- ESPINOSA QUINTERO, Leonardo, (2007). Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual Colombiano, Universidad Sergio Arboleda, Bogota. Revista Civilizar, descargada el 28 de octubre de 2010 con enlace <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Incidencia%20de%20los%20medios.pdf>
- GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique y otros. (1994). Nuevas orientaciones del derecho Comercial. Dike. Colombia

- Instituto para la unificación del derecho privado UNIDROIT.
<http://www.unidroit.org>
- Ley 3 de 1993, norma básica de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación de España. Descargada del enlace http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l3-1993.html el 28 de octubre de 2010.
- Ley 527 de 1999, ley de comercio electrónico en el Estado Colombiano.
- Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para incorporación al derecho interno 1996, Nueva York 1998. Descargada del enlace http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf el 28 de octubre de 2010.
- MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Principios de derecho comercial. Editorial Temis. Colombia.
- NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano. Parte general. Legis. Colombia.
- Organización mundial del comercio OMC. <http://www.wto.org>
- PACHON, Lucas, (2007). Estatuto General de la Contratación Pública. 3ª. Edición. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá.
- PALLARES BOSSA, Jorge, Derecho Internacional Público, ediciones leyer, segunda edición.



- PINZON, José Gabino. (1985). Introducción al derecho comercial. Temis. Colombia.
- Superintendencia de Industria y Comercio. <http://www.sic.gov.co>
- Superintendencia de Sociedades. <http://www.supersociedades.gov.co>
- TAYLOR, Peter, COLINT, Flint, Geografía Política, Economía-Mundo, Estado Nación y Localidad.
- VELÁSQUEZ RESTREPO, Jaime. (2003). Instituciones de derecho comercial. Edición, Señal Editora – Medellín.