

# Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual colombiano\*

Leonardo Espinosa Quintero\*\*  
Docente Investigador  
Universidad Sergio Arboleda

## Resumen

Este artículo trata de la incidencia de los medios electrónicos en el sistema contractual colombiano, el cual, a su turno, desde la perspectiva de la forma, formación o perfeccionamiento del contrato, es contrastado con elementos comunes de sistemas jurídicos como el español, en el contexto de los esfuerzos de armonización y unificación que vienen siendo realizados por la Unión Europea.

### *Palabras clave*

Armonización, unificación, contratación, medios electrónicos, fuentes formales, autonomía de la voluntad, consensualidad, principio de equivalencia funcional.

## Abstract

This article deals with the incidence of electronic means in the Colombian contractual system, which, in turn, from the perspective of the form, or formation of the contract, is compared with common elements of legal systems like the Spanish, in the context of the efforts of harmonization and unification that are being made by the European Union.

### *Key word*

Harmonization, unification, contracting, electronic means, formal sources, autonomy of the will, consensuality, principle of functional equivalence.

Fecha de recepción del artículo: 15 de noviembre de 2007

Fecha de Aceptación del artículo: 17 de diciembre de 2007

\* Resultado del proyecto de investigación: "Contratación a través de medios electrónicos". Financiado y avalado por la Universidad Sergio Arboleda. El autor es Director del Grupo de Investigación Globalización y Derecho – Categoría B Colciencias.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid, España.

## Introducción

Identificar los pilares sobre los que se encuentra edificada la moderna teoría general del contrato mercantil en los sistemas jurídicos objeto de estudio en el presente artículo, constituye referente obligado, en orden a establecer consecuentemente los puntos de aproximación y los de distanciamiento en el tratamiento de los aspectos nucleares de la misma. Penetrar el lenguaje contractual actual, para entender mejor el Derecho contractual de los sistemas de referencia, en los bloques sugeridos, esto es el Colombiano/Latinoamericano – UE/España, avoca el reto de escudriñar los elementos comunes y las notorias diferencias que, de suyo, se desprenden al contrastar los conjuntos normativos de *Civil Law* con los del *Common Law*, amén de otras diferencias que, con diversos grados de dificultad, surgen al tratarlas bajo la perspectiva unificadora planteada.

El paraguas que cobijará todo el proceso, está constituido por la irrupción de las NTIC, en especial su impacto o incidencia en la "relectura" de la institución contractual a la luz de las mismas, en especial su "adaptación a la contratación por medios electrónicos"<sup>1</sup> y, adicionalmente, por la corriente global de armonización y unificación del Derecho contractual, en la que la UE ha venido trabajando desde hace ya casi veinte años años (Casinos en AA.VV, 2003, pp. 67-81), en la búsqueda del anhelado "sistema de contratación internacional" y la meta perseguida de alcanzar un "código de Derecho europeo", a la que se agrega el propósito mayor de confeccionar un Código Único de Derecho Patrimonial<sup>2</sup>.

En resumen, los términos de referencia para extraer las experiencias positivas para su posible incorporación al sistema colombiano, son, por un lado, el proceso de "armonización y unificación" del Derecho contractual, todo en un contexto global y, por otro, los constituidos por los "medios electrónicos" y su incidencia en las tradicionales regulaciones nacionales de la contratación mercantil.

## Problema de investigación y método

*El estado de la cuestión de la institución contractual en el sistema jurídico colombiano: precedentes y presente de su configuración legal*

Antes de abordar la institución contractual del derecho mercantil colombiano, es pertinente advertir con el profesor J.L. DE LOS MOZOS, que se asume el concepto de contrato, dentro de un contexto jurídico moderno (Rams en AA.VV, 2003, pp. 353-369), que al decir del profesor ADAME GODDARD, J. (en AA.VV, 2003) "Los juristas romanos no construyeron (ni pretendieron construir), como los modernos, una teoría general del contrato, que agrupara todas las reglas comunes a las diversas especies de contratos, pero sí tuvieron un conocimiento claro de que el contrato era un negocio diferente con su propia especificidad" (p. 21) .

Refiere el profesor ADAME que, en la tradición civilista predominó la concepción del contrato como convenio, es decir, como acuerdo de voluntades, señalando como muestras de este concepto los dos códigos civiles más influyentes en esta tradición: el francés de 1804 y el alemán de 1900, resaltando que:

El *Code Civil*, que tanto influyó directa o indirectamente en los códigos latinoamericanos, dice (art. 1101) que el contrato es una convención (*convention*) por la cual una o más personas se obligan frente a otra u otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa [...] El Código Civil alemán (BGB) dice (art. 305) que es el convenio (*Vertrag*) que sirve para crear o modificar obligaciones; la doctrina, siguiendo a SAVIGNY, entendió por convenio (*Vertrag*) la concurrencia de dos o más personas en una misma declaración de voluntad[...] En ambos códigos se afirma que el contrato es convenio y se admite que los contratos bilaterales son una especie de ese género amplio. (2003, p. 28)

El actual sistema contractual mercantil colombiano, está constituido por el código de comercio de 1971, en cuyo Libro Cuarto se regula lo concerniente a los contratos y obligaciones mercantiles, libro que constituye el referente u objeto específico obligado de estudio, desde las perspectivas planteadas<sup>3</sup>.

Bajo el postulado de que en asuntos mercantiles, el derecho civil en materia contractual es de aplicación subsidiaria<sup>4</sup>, atendiendo además a su especialidad y generalización en las relaciones – aun entre no comerciantes –, se procederá a abordar la institución contractual del derecho mercantil colombiano, a partir de sus postulados básicos, para ir descendiendo en sus particularidades o especificidad. Por ejemplo, las que guardan relación con la *consensualidad mercantil*<sup>5</sup>, con la *presunción de la solidaridad pasiva*, o con la *modificación del contrato por el juez*, entre otras.

#### *El núcleo común o "common core"<sup>6</sup> en la contratación mercantil colombiana*

Identificar el núcleo común de los contratos mercantiles, en orden a construir un marco conceptual de referencia<sup>7</sup> en el sistema jurídico colombiano, obliga a precisar previamente varios conceptos que se consideran medulares para el mejor entendimiento de la institución en estudio<sup>8</sup>.

El primero de ellos y quizás el más polémico<sup>9</sup>, es el que guarda relación con el sistema de fuentes formales que regulan la llamada materia mercantil, siendo esta última también objeto de diversas posiciones doctrinarias que por ahora no se abordan.

Tradicionalmente, se ha entendido que las fuentes que nutren el sistema jurídico mercantil colombiano, están plasmadas en el título preliminar, artículos primero a noveno del CCC. La fuente que más polémica desata, guarda relación con la aplicación de normas civiles a los asuntos mercantiles, bien por vía de invocación directa o aplicación principal, sobre el presupuesto de que una norma de carácter mercantil,

expresamente invoque o remita a una de naturaleza civil, según lo señalado por los artículos 2° y 822 del código mercantil colombiano<sup>10</sup>, o bien, por vía indirecta o subsidiaria, cuando agotadas las fuentes correspondientes a la Ley comercial (artículo 1°); Ley Partes o estipulaciones de los contratos válidamente celebrados o acuerdos convencionales (artículo 4°)<sup>11</sup>; Ley supletiva; Costumbre mercantil (artículo 3°); se llega nuevamente a las normas civiles, pero ahora, por vía subsidiaria y no por invocación directa de una norma mercantil. Recuértese que cuando la norma mercantil alude directamente a la norma civil, se inclina la doctrina por entender que se produce una "mercantilización" de la norma civil.

De este primer acercamiento entre las normas mercantiles y las civiles, surge la discrepancia planteada entre el principio de consensualidad<sup>12</sup> en los contratos comerciales y la sujeción a solemnidades, propia de algunos contratos civiles, como sucede en el caso del contrato de promesa de compraventa, hoy en día todavía en discusión, a pesar de los treinta y cuatro años de expedición del CCC<sup>13</sup>.

El segundo grupo de conceptos a precisar, guarda relación con los principios fundamentales de la contratación mercantil a que se refiere el CCC y los aspectos jurídicos relevantes asociados a ellos, que los autores suelen ubicar en el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de consensualidad mercantil –antes esbozado– y, además, en el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el postulado de la buena fe, la responsabilidad precontractual y la contractual, la teoría de la imprevisión. A estos principios se suele asociar el estudio de los núcleos temáticos correspondientes a la cesión de la posición contractual, la cesión de créditos y, finalmente, las diversas sanciones al negocio jurídico mercantil cuando no guarda los requisitos legales de fondo y de forma, cobijados –desde el punto de vista sancionatorio– tradicionalmente son afectados con: i) ineficacia, ii) la inexistencia, iii) la nulidad, la anulabilidad y, iv) la inoponibilidad<sup>14</sup>.

Los anteriores conceptos, consecuencialmente, están presentes en los descriptores ya mencionados de: (i) forma, (ii) perfeccionamiento, (iii) validez, y (iv) eficacia del contrato mercantil.

Así las cosas, se trata de rescatar o resaltar las ideas fuerza de cada uno de los conceptos aludidos, resistiendo a la tentación de elaborar largas y repetitivas disquisiciones sobre el andamiaje de cada uno de ellos<sup>15</sup>. Se acudirá, entonces, a ubicar los principales puntos de aproximación y de distanciamiento en su tratamiento legal y en su entendimiento jurisprudencial y doctrinal, en orden a construir un "marco conceptual de referencia" de la contratación mercantil en el sistema jurídico colombiano.

El resultado que se espera, será el de identificar la línea de pensamiento y el "contorno o marco" del respectivo concepto así como su incidencia en el esquema contractual de derecho mercantil colombiano y su afectación por la contratación electrónica<sup>16</sup>.

*Los principios generales en el actual sistema contractual mercantil colombiano*

El artículo 7° del CCC, señala que son aplicables a las cuestiones mercantiles, los principios generales del derecho comercial, cuando éstas (las cuestiones mercantiles) "[...] no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes".

Cuando la disposición aludida habla de "reglas precedentes", se debe recordar que los primeros nueve artículos del CCC, han sido ampliamente reconocidos por la jurisprudencia<sup>17</sup> y la doctrina, como contentivos de las fuentes formales aplicables a las cuestiones mercantiles o la denominada "materia mercantil". Luego, las "reglas precedentes", son precisamente las fuentes formales, comúnmente agrupadas así: i) Ley Mercantil Imperativa, ii) Ley Partes o Acuerdos Convencionales, iii) Ley Supletiva, iv) Costumbre mercantil local, v) Ley Civil

(aplicación subsidiaria), vi) Otros mecanismos, bajo los cuales se cobijan los señalados por el artículo 7° del CCC, esto es: tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados<sup>18</sup> por Colombia, costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3° del CCC y principios generales del derecho comercial.

Así las cosas, se concluye que a los principios generales del derecho comercial se llega, cuando previamente se han agotado las fuentes formales anteriores, en el orden y jerarquía a que alude el párrafo anterior.

Aquí surge, una primera conclusión. Los principios generales del derecho comercial, ocupan el último lugar en la escala de las fuentes formales aplicables a los asuntos mercantiles y, por esta vía, a los contratos de dicha naturaleza, aspecto éste que tiene una clara explicación legal. En efecto, muchos de los clásicos principios generales de la contratación, largamente contruidos por la jurisprudencia colombiana<sup>19</sup>, fueron elevados a la categoría de "norma mercantil imperativa", esto es, a la primera de las fuentes citadas.

Es así como, se encuentra en el CCC que "concepciones jurídicas trascendentes" (Narvaez, 2002, pp. 172-197) que irrigan "principios generales" como el abuso del derecho<sup>20</sup>, el enriquecimiento sin causa<sup>21</sup>, la buena fe<sup>22</sup>, la teoría de la imprevisión, cobraron cuerpo legal y fueron específicamente incluidos en una norma mercantil con nombre propio.

*El principio de autonomía de la voluntad privada. Libertad de contratar*

Bajo este epígrafe, se abordará el estado legal y jurisprudencial actual del que hasta el momento se ha considerado como uno de los principales dogmas de la institución contractual<sup>23</sup>.

En Colombia, el profesor ARRUBLA PAUCAR, sostiene en su tratado sobre los contratos

mercantiles que al expedirse el actual CCC, "[...] se ignoró por completo el asunto de la autonomía contractual, prefirió el legislador no hacer alusión al tema [...]", como sí lo hizo el legislador italiano en el artículo 1322 (Arrubla, 2004, p. 48)<sup>24</sup>. En consecuencia, en materia de autonomía de la voluntad<sup>25</sup>, se tiene el mismo principio del Código Civil colombiano<sup>26</sup>, "[...] la misma escuela del Código Civil, los mismos limitantes del Código Civil: el orden público y las buenas costumbres [...]" (Arrubla, 2004, p.48).

La Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-529/00<sup>27</sup>, a propósito del principio sobre la autonomía de la voluntad privada, reseñaba lo sostenido en varios fallos, así:

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad. (Sentencia T-338 de 1993)

Ahora bien, dentro del marco general de referencia al que corresponde el principio de autonomía de la voluntad privada que se ha venido examinando, cobra especial importancia el concepto de "autonomía conflictual"<sup>28</sup>, vinculado estrechamente a dicho principio, entendiéndose como autonomía conflictual la libertad que tienen las partes del contrato para

definir el contenido y régimen del contrato celebrado, en palabras más categóricas, para escoger la ley y el juez de su contrato, acordando, incluso, la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando el contrato en mención tenga el elemento extranjero<sup>29</sup> exigido y el conflicto que de él surja se relacione con bienes transables, como más adelante se explicará en el análisis de la sentencia C-347/97<sup>30</sup> de la Corte Constitucional colombiana.

Desde la perspectiva de un tema sensible como el de la "autonomía conflictual", frente a la autonomía de la voluntad de las partes en sus relaciones negociales, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-347/97, al decidir la demanda de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos de la Ley 315 de 1996<sup>31</sup>, por la cual se regula el arbitraje internacional, señaló:

Finalmente, estima la Corte que el arbitramento internacional reglamentado por la ley 315 de 1996, no versa únicamente sobre asuntos comerciales. No, como la ley no establece limitación ninguna, al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción.

No hay que olvidar que el arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Dispone el inciso cuarto del artículo 116:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.

En salvamento de voto de la sentencia en mención, del entonces magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ<sup>32</sup>, acepta que, en algunos casos cabe admitir una excepción al principio de aplicación preferente de las normas constitucionales colombianas a las relaciones mercantiles y aceptar que:

[...] las partes de un negocio mercantil puedan acordar la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional. Se trata de aquellos casos en los cuales se presente un genuino conflicto de leyes que genera incertidumbre y obstaculiza el desarrollo del comercio internacional o, eventualmente, de la celebración de acuerdos internacionales que tienden a la integración internacional o a la defensa de los derechos humanos. (Salvamento de voto, Sent. C-347/1997)

Pero, en el salvamento de voto en mención, al establecerse el problema jurídico planteado en la demanda que ocupa la atención de la corte, se precisa indicando que éste radica, fundamentalmente, en determinar si resulta legítimo, a la luz del ordenamiento constitucional colombiano, que los conflictos que surjan en torno a un negocio mercantil celebrado en Colombia, entre personas domiciliadas en el país, respecto de bienes ubicados en el territorio nacional, que habrá de ser ejecutado dentro del Estado colombiano y que no involucra intereses del comercio internacional, puedan someterse, por voluntad de las partes, a un tribunal internacional de arbitramento, con las consecuencias que ello apareja.

Se reitera en el salvamento aludido, que lo afirmado, implica que existen razones

constitucionales que justifican que el legislador habilite a las partes para someter un conflicto a arbitramento internacional, "[...] siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional".

Las conclusiones a las que se llega en relación con el salvamento de voto comentado, consisten en que (i) se reitera la vigencia del principio de autonomía de la voluntad privada y la libertad de contratación, pero (ii) se propugna porque no se establezcan –como las denomina el profesor CIFUENTES– "*Zonas Inmunes*", so pretexto o en nombre de la "libertad contractual". De allí que considere que la corte debió declarar exequibles o ajustadas a la Constitución, pero de manera condicionada<sup>33</sup>, las normas demandadas.

(iii) Complementa su salvamento, indicando que "No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional". Afirmando que, "Hoy por hoy, ni la jurisprudencia ni la doctrina, sostienen este aserto".

Así las cosas, resulta de especial interés la posición de la Corte Constitucional colombiana, sobre el alcance de la autonomía de la voluntad, en especial, en asuntos mercantiles, cuando autoriza a las partes contratantes para que en sus relaciones negociales, puedan acordar la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, "[...] de otro ordenamiento jurídico constitucional [...]" (Sentencia C-347 de 1997), en aras de evitar que se obstaculice el desarrollo del comercio internacional. En ese orden de ideas, es evidente que bajo esta interpretación, el sistema jurídico mercantil colombiano propicia en la contratación internacional y, por lo tanto, en la contratación a través de medios electrónicos que acuse un "*carácter internacional*", la elección de ley extranjera, para ser aplicada de manera "preferente" al contrato específico.

Lo que no es claro y ha de entenderse que no está permitido constitucionalmente es que las

partes de un contrato celebrado a través de medios electrónicos, estructurado enteramente en territorio colombiano, o celebrado en territorio colombiano, entre personas domiciliadas en el país, respecto de bienes ubicados en el territorio nacional, que habrá de ser ejecutado dentro del Estado colombiano y que no involucra intereses del comercio internacional, pueda someterse, por voluntad de las partes, a un tribunal internacional de arbitramento, que es precisamente la objeción de fondo del salvamento antes referido.

Ahora bien. ¿cómo determinar que un contrato celebrado a través de medios electrónicos –por expresarlo en alguna forma– es neta o completamente colombiano, caso en el cual las partes no podrían derogar la normatividad colombiana para remitirse a una ley extranjera, o pactar un tribunal internacional de arbitramento?. En otros términos: ¿cuándo se entiende que un contrato celebrado a través de medios electrónicos, puede calificarse como celebrado enteramente en Colombia?.

No se trata en este aspecto de determinar la territorialidad de la ley colombiana, señalada en el artículo 18 del Cc.Col<sup>34</sup>, que expresamente indica que la Ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia, sino de determinar qué elementos inciden o de manera crucial determinan que el contrato sea calificado como "celebrado en Colombia" o, por el contrario, como de carácter internacional.

La posición de la Corte, en cuanto a que si una de las partes del contrato mercantil, tiene nacionalidad extranjera, implique a su turno, que el citado contrato adquiere el carácter internacional (posición que no es compartida por el magistrado CIFUENTES<sup>35</sup>), en principio "ayuda" a superar dicho obstáculo; pero indudablemente la determinación del "lugar de celebración del contrato"<sup>36</sup>, será la que marque la pauta para de allí colegir qué tan derogable será la Ley colombiana aplicable a dicho contrato, por acuerdo o estipulación de las partes que deciden acudir a otros sistemas normativos en ejercicio de su autonomía conflictual.

El artículo 25 de la Ley 527 de 1999 da, en parte, la respuesta al indicar que de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos, se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. No obstante, aclara la disposición que, para los fines señalados, esto es, lugar de expedición y recepción del mensaje de datos; cuando el iniciador o el destinatario tengan más de un establecimiento, "su establecimiento" será el que guarde una "relación más estrecha" con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su "establecimiento principal"<sup>37</sup>.

En otro aspecto polémico sobre la autonomía de la voluntad privada, en lo atinente a la reserva que la Constitución colombiana hace a los órganos jurisdiccionales estatales, sobre todo lo relativo al proceso de ejecución, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-294/95<sup>38</sup>, afirmó que los árbitros pueden conocer de los procesos de ejecución, a lo cual se opusieron mediante salvamento de voto, los magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Consideró mayoritariamente la Corte que no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral, por considerar que dicha excepción no aparece en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, que es la norma que contempla expresamente la administración de justicia por conciliadores y árbitros<sup>39</sup>. En consecuencia, procedió a declarar exequible el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991.

Lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia aludida constituye indudablemente especial referente para la contratación a través de medios electrónicos y, en particular, para los conflictos que surjan de dichos contratos, tanto en aspectos esencialmente contractuales – susceptibles de transacción–, así como de ejecución o cumplimiento de sus efectos económicos, como quiera que, precisamente el escenario contractual electrónico aparece como un campo abonado

para acudir a los procedimientos arbitrales, los cuales –según lo afirmado por la Corte– no están reservados solamente a la discusión eminentemente contractual, sino que, además, pueden comprender la fase de ejecución o cobro de las prestaciones que se deriven del contrato perfeccionado a través de los medios electrónicos.

Así las cosas, sumados los elementos esbozados en la sentencia C-347/97 ya comentada, con los de la sentencia C-294/95, se puede afirmar que el sistema jurídico colombiano se encuentra abierto y propicia de manera directa el empleo de los mecanismos propios del arbitramento, incluido el arbitramento internacional, para la búsqueda de soluciones derivadas de los problemas que presenten los contratos, incluidos los que se celebren a través de medios electrónicos; con la ventaja adicional de que el arbitramento no solo cubre los elementos transaccionales del contrato, sino además su fase coercitiva o de ejecución de sus prestaciones, elemento este último que tradicionalmente se había entendido como reservado a la administración de justicia por parte del Estado y no de los particulares.

Se han señalado como "recortes a la autonomía de la voluntad" (Suescún, 2003, p. 5), el intervencionismo estatal, en lo que se denomina reacción legislativa a los excesos de la libertad de contratación, o a través de la acción de la Rama Ejecutiva del Poder Público, esto es, mediante una respuesta administrativa. También la interpretación judicial de los contratos ha contribuido a establecer límites al alcance que otrora se le reconocía a la autonomía de los estipulantes.

Es así como, en la interpretación de los contratos, el juez, ante un ejercicio desmedido del poder de negociación de la parte dominante, está en condiciones de privar de eficacia a las cláusulas abusivas. Cita como, en la jurisprudencia francesa reciente, haciendo uso de sus poderes interpretativos, se ha establecido una variante de nulidad por indeterminación del objeto cuando quiera que una parte en el contrato se

arroga el derecho de fijar, unilateralmente y sin criterios preestablecidos, el precio o la remuneración que habrá de pagar a la otra o que la otra deberá pagar a la primera (Suescún, 2003, p. 19).

Se concluye por la jurisprudencia, que en estricto sentido no habría indeterminación de la prestación, pues en el contrato se deja a la parte fuerte su definición. Sin embargo, la jurisprudencia insiste en la indeterminación para producir una nulidad que en el fondo tiene como propósito defender a la parte débil (Suescún, 2003).

Identifica el profesor SUESCÚN MELO, como doctrina en vía de consolidación, aquella que permite privar de eficacia a cláusulas que no necesariamente violan normas imperativas, "[...] pero que por su contenido desequilibrado vulneran la buena fe y la lealtad debidas en las relaciones negociales" (2003, p. 22).

Así las cosas, es evidente que en el sistema jurídico colombiano, la autonomía de la voluntad contractual, se extiende, inclusive, a la posibilidad de facultar a los árbitros para que hagan uso de una función que se supone privativa y reservada del Estado<sup>40</sup>, como lo es la atinente al ejercicio del poder de coerción y coacción, pudiendo conocer de los procesos de ejecución, si así lo determinan las partes.

Es claro, entonces, que se reconoce y se privilegia constitucional y legalmente, la facultad de los contratantes, no sólo para escoger la ley (ley aplicable) y el juez (incluyendo los conciliadores y árbitros, según lo aclararon las sentencias C-347/97 y C-294/95) que dirimirán las controversias contractuales –autonomía conflictual– sino, además, para que atiendan su fase ejecutiva, de coerción y coacción en el sentido explicado<sup>41</sup>. No obstante, a pesar de la inclinación evidente por el reconocimiento del principio en estudio, operan en el sistema jurídico mercantil colombiano los frenos que a dicho principio han puesto la denominada "reacción legislativa", así como la acción de la rama ejecutiva, complementada con la "interpretación

judicial de los contratos" que constituyen, por así decirlo, la tríada de límites adicionales a la autonomía de la voluntad privada, adicionales a los reconocidísimos de "orden público" y "buenas costumbres".

Así las cosas, los límites a la autonomía, se identifican por la invasión de la norma en campos antes confiados a la plena autonomía contractual (piénsese en los contratos de seguro, transporte, arrendamiento, entre otros), la actividad del juez al interpretar el contrato (frente a cláusulas abusivas que vulneran la buena fe y la lealtad contractual debida)<sup>42</sup>, los nuevos derechos de la parte débil del contrato (derechos del consumidor).

#### *El principio de consensualidad*<sup>43</sup>

Se puede ser lapidario en la explicación del principio aludido, resumiendo que la tendencia sostenida actualmente por la Corte Suprema de justicia colombiana<sup>44</sup>, es la de afirmar que el principio de consensualidad a que se refiere el artículo 824 del CCC, es un "principio rector general de los negocios mercantiles", en relación con el cual sólo excepcionalmente se reconocen como excluidos de su órbita, los contratos solemnes y los reales.

Sostuvo la Corte suprema colombiana, en sentencia proferida dentro del expediente número C-5397, con ponencia del magistrado FERNÁNDEZ RAMIREZ, J.F., de septiembre 12 de 2000, a propósito del principio general de consensualidad que éste:

[...] ofrece pautas o criterios apropiados [...] a relaciones negociales más ágiles, y si se quiere a un "*maquinismo jurídico*", bien privilegiando la consensualidad, ora dando lugar a un neoformalismo que trascendiendo la función de "*vestir*" el acto jurídico, "*facilita la contratación*" pero sin olvidar la seguridad y protección del contratante, que al fin de cuentas serían el sentido y razón de ser de las solemnidades. Por supuesto, que lo que antaño expuso la

Corte (se refiere a la sentencia del 13 de noviembre de 1981), hoy cobra mayor vigencia cuando esa influencia de la tecnología y la electrónica, ha sido reconocida positivamente por la ley 527 de 1999, al reglamentar el uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, no sólo para otorgarles valor probatorio siguiendo el criterio de los equivalentes funcionales sentado por la Ley Modelo de Comercio Electrónico, aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 51/162 de 1996, sino para consagrar, que ellos, los mensajes de datos, suplen la información escrita cuando así lo exige la ley.

Tiene, en consecuencia, plena vigencia en el sistema contractual del derecho mercantil colombiano el principio aludido y, cualquier duda sobre su incidencia con ocasión de la irrupción de la Ley 527 de 1999, en dicho sistema, ha quedado despejada con ocasión de lo afirmado por la Corte en la sentencia antes referida.

Un sector de la doctrina (Arrubla, 2004, p. 94), como ya se dijo, no comparte la tesis de la Corte Suprema en relación con el contrato de promesa de contrato mercantil, respecto del cual propugnan que siga supeditado a lo exigido por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Los extremos de la discusión se plantean, por una parte, alrededor de lo regulado por el artículo 861 del CCC, que el sector de la doctrina comentada considera que debe sujetarse a la exigencia documental invocada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y, de otra parte, lo sostenido por la corte, al argumentar que la promesa de celebrar un contrato civil es un acto solemne ad substantiam actus, puesto que su existencia depende del otorgamiento de documento, exigido por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Discútese, en cambio, si la promesa mercantil de contratar, en frente del Código de Comercio vigente en el país desde el año de 1971, se encuentra sometida a dichas solemnidades.

Es preciso anotar, advierte la Corte (se refiere al artículo 861 del CCC), primeramente, que el artículo 861 del CCC no reprodujo el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa, omisión de la cual se puede inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contratar.

El texto comercial así redactado constituye en efecto, según la Corte, una aproximación casi total al artículo 1733 del Proyecto de 1853, elaborado por BELLO; ordenamiento que a su turno se conformaba con el principio fundamental según el cual las obligaciones nacen del solo consentimiento de las partes, o "en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro", conforme lo enseñaban la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 y posteriormente el Libro X de la Novísima Recopilación[...].

La anterior opinión no fue aceptada por la comisión redactora, dándose en el Código Civil de Chile la redacción que tiene el artículo 1554 hoy vigente, el cual fue más o menos reproducido en el 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 de nuestro Código Civil [...].

El artículo 861 del Código de Comercio coincide en lo fundamental con el anotado del proyecto de Bello, y esa identificación necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y que reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general, ya que es norma especial respecto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; ordenamiento con el que es incompatible en el campo comercial. Viene de ahí que cuando la promesa mercantil se refiere a contratos reales o solemnes adquiere su pleno significado jurídico, de manera autónoma, y que indefectiblemente emerge de ella, el deber de celebrarlos imponiendo obligaciones de hacer, aunque no esté consagrado en un escrito, sí, por otra parte, reúne las condiciones de existencia y validez de todo negocio jurídico.

Ahora bien, es prudente advertir que en la sentencia en mención, la Corte aclara que la promesa de contrato, comercial o civil, se encuentra regida por unos mismos principios ontológicos, salvo, como se desprende de los textos legales que la promesa comercial de contrato por regla general es consensual, mientras que la civil exige el escrito como condición "*ad substantiam actus*", vale decir, como requisito de su propia existencia. Ya para culminar, la providencia referida sostiene que se deduce que las dos legislaciones, la comercial y la civil, siendo armónicas entre sí, como deben serlo, demandan unos mismos requisitos de validez, excepción hecha del escrito, tal cual quedó advertido.

Ya en mayo 10 de 2000, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-529, que declaró exequible la Ley 518 del 4 de agosto de 1999 (D.O. No. 43656, agosto 5 de 1999), por medio de la cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, en adelante (CV), sostuvo con ocasión de lo previsto en el artículo 11 de la CV que no exige que el contrato de compraventa tenga que celebrarse ni probarse por escrito, ni estar sujeto a ningún otro requisito de forma, que Colombia no tendría que hacer una declaración o reserva sobre el particular, por cuanto nuestra legislación comercial no exige que la compraventa de mercaderías se realice necesariamente por escrito.

Así las cosas, es claro que la inclinación jurisprudencial y legal apunta al favorecimiento en la aplicación del principio de equivalencia funcional, ya que de la posición señalada en la sentencia C-529, en la que se reitera la consensualidad en el contrato de promesa de contrato, en materia mercantil, además se cuenta con la derogatoria consagrada por el artículo 47 de la Ley 527, que expresamente indica que la misma rige desde la fecha de su publicación y "[...] deroga las disposiciones que le sean contrarias".

Es decir, resumiendo: en materia mercantil es claro que no se requiere documento alguno para

la formación del contrato de promesa de contrato y, en asuntos civiles en los que sobreviva la tendencia a entender, dicho requisito –el documento– constituye una solemnidad *ad substantiam actus*, la misma es susceptible de ser cumplida mediante el empleo de medios electrónicos, al amparo de lo indicado en los artículos 6° y 7° de la Ley 527 de 1999. No obstante, también podría llegarse a la posición extrema de entender derogado el actual artículo 1611 del CC.Col, en aplicación de lo señalado por el artículo 47 de la Ley 527 de 1999, por considerarse en la forma como lo regula el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 una "disposición contraria" a los principios fijados, en especial, por los artículos 6° y 7° de la Ley 527, esto es al "principio de equivalencia funcional", tanto para el escrito de constancia escrita que exija determinada norma, como para la presencia de una firma que le de existencia al contrato de que se trate.

*El contrato como ley para las partes  
(Pacta sunt Servanda)*

En sentencia C-252/98<sup>45</sup>, la Corte Constitucional colombiana, al referirse a la fuerza obligatoria de los contratos, consagrada expresamente en el artículo 1602 del CC.Col, el cual señala que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", reiteró la vigencia de dicho principio, al considerar que éste "[...] preserva la equidad, al someter a las partes a una misma regla el respeto a las estipulaciones del contrato legalmente celebrado[...]".

En ocasión anterior había sostenido la Corte Suprema de Justicia (en Torrado, 2004, pp. 519-520), que en el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres.

Así las cosas, es en primer lugar, la voluntad de los contratantes la que dibuja el contenido del

contrato –dentro de los límites esperados de respeto del orden público y de las buenas costumbres – y, solo en aquellos eventos en que dicha voluntad no ha sido expresada de manera clara y terminante<sup>46</sup>, procederá la interpretación que en sede judicial le corresponde al juez de conocimiento<sup>47</sup>.

En palabras de la Corte, cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación (Sentencia C-083/1995).

El profesor LÓPEZ MEDINA (2004), en su extraordinario trabajo sobre la transformación de la cultura jurídica latinoamericana, al referirse a las diferentes "lecturas" que han tenido los textos legales en Colombia, según la escuela de pensamiento bajo la cual se realice<sup>48</sup> y, en especial, a su incidencia en lo que venía siendo una lectura "no modernizada" del principio *pacta sunt servanda*, señala que la "reacción antiformalista"<sup>49</sup> se encaminó a "[...] ofrecer una protección jurídica ampliada a favor de roles jurídicos tradicionalmente débiles como los de "deudor", 'arrendatario', etc." (López, 2004, p. 325).

En consecuencia, concluye el autor en cita, que en ese fugaz momento de "antiformalismo" y de "libre investigación científica", el intérprete nacional adoptó un número importante de doctrinas que denominó "principios" que permitieron que en Colombia el derecho se asumiera bajo una "[...] comprensión flexible, antiformalista y equitativa[...]"<sup>50</sup>. Así las cosas, se introdujeron en el sistema jurídico colombiano, por vía jurisprudencial, principios que favorecen a la parte más débil en los contratos por adhesión, tales como la cláusula *rebus sic stantibus*, el abuso del derecho, que "[...] sirven como contraprinicipios frente al tradicional *pacta sunt servanda* o a la idea de plenitud de poderes del propietario" (López, 2004, p. 326).

Se refiere por el autor en mención que a raíz de la elección del primer gobierno liberal-socialista en Colombia, en cabeza del presidente ALFONSO LÓPEZ P, para el período 1934-1938, los esfuerzos reformistas se concentraron en el campo jurídico, en dos componentes centrales: i) una reforma constitucional y, ii) la conformación de la que hasta nuestros días se conoce como la "corte de oro", que importó al país la noción doctrinaria y política francesa, asociada al nombre de LEÓN DUGUIT, de "*función social*"

[...] la Corte moderó jurisprudencialmente la fuerza del principio *pacta sunt servanda* con la importante consecuencia de crear cláusulas y deberes implícitos a los sujetos activos de derechos patrimoniales (reales o personales) que limitaban las posibilidades de extracción de plusvalía. De la misma manera, la corte se encontraba relativamente preocupada por reducir algunas de las potestades tradicionales del propietario por medio de la doctrina de abuso del derecho" (López, 2004, pp. 326-328).

Así las cosas, desde una perspectiva que suele denominarse como "teoría de la interpretación integradora del contrato" (Larenz, 2002, p. 162), concurre con la misma la "voluntad negocial" de las partes, entendida como realidad psicológica, el verdadero fundamento de las consecuencias jurídicas, la "causa eficaz" de dichas consecuencias<sup>51</sup>; en la búsqueda de la delimitación de la máxima *pacta sunt servanda*<sup>52</sup>, como resultado de la interpretación, según su sentido, de un contrato o un principio fundamental del derecho objetivo, sobre el presupuesto de que todo contrato en sí tiene para ambas partes el sentido de que debe ser cumplido, sobre un fundamento o idea de "buena fe", o sea, la base ético-jurídica y dogmático-jurídica inmanente a un leal tráfico negocial (Larenz, 2002, p. 162).

Al señalar la Corte Constitucional Colombiana que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en

cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos<sup>53</sup>, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación, está asumiendo la "teoría de la voluntad", pero no está desterrando de dicho entorno la "interpretación integradora del contrato", entendida como determinante del sentido del contrato que tiene que ser comprendido y desenvuelto conforme a la "buena fe".

Trasladado el escenario propiciado por la Corte, sobre el alcance e interpretación de la voluntad negocial, a la expresión de ésta a través de o con el concurso de medios electrónicos, es pertinente precisar que conforme a la estructura de la Ley 527 de 1999, no es necesario que las partes, previamente o expresamente, hayan pactado o pacten la fuerza vinculante de dichos medios en sus declaraciones negociales. En términos más sencillos, la ley respalda o avala el empleo de dichos medios, como idóneos para la formación de la voluntad negocial, sin que previamente las partes hayan discutido su pertinencia y alcance obligacional.

La ley en mención, en efecto, no solo habilita el uso de dichos medios y mensajes para todo tipo de relaciones comerciales, contractuales o no, sino que, además, expresamente advierte en su artículo quinto que los mensajes de datos, tendrán plenos efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria para todo tipo de información, la cual obviamente comprende aquella de tipo negocial o contractual, no sólo en los momentos de oferta y aceptación, sino además en el desarrollo o ejecución del contrato.

Así las cosas, el único enemigo que sobreviviría al empleo de los mensajes de datos como medio de expresión de la voluntad contractual –salvo las excepciones legales por requisitos de forma–, serían los contratantes mismos que por acuerdo o en aplicación de su autonomía de la voluntad, decidieran "inaplicar" o rechazar el empleo del medio electrónico en la construcción

de su específico contrato o para un determinado campo de efectos propios del escenario contractual. En efecto, el propio artículo 4° de la Ley 527 de 1999, anticipa dicha opción, dejando a las partes en libertad de modificar en sus relaciones el marco jurídico correspondiente a la formación y validez de los contratos, según lo reitera el artículo 14 de la misma.

De tal suerte que el empleo o no de los medios electrónicos en el escenario contractual está pensado con la lógica de respeto por la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, bien podrán las partes del contrato pactar su no utilización, caso en el cual prevalecerá dicha "voluntad negocial". Se erige así esta concesión de la ley como instrumento de derogatoria del escenario digital, el cual seguramente no será mayoritariamente utilizado en los contratos, pero que encuentra su pleno respaldo bajo el principio comentado de *pacta sunt servanda* que cobija la decisión autónoma de los contratantes de dar cabida o no al progreso de la ciencia y la tecnología en el campo jurídico negocial.

*Reglas generales sobre la "formación" del contrato mercantil en el sistema jurídico colombiano.*

Ahora se procederán a "sintetizar" las reglas o principios generales que rigen la formación del contrato mercantil en el actual sistema jurídico colombiano, en sus aspectos más relevantes.

En materia contractual mercantil, en Colombia, para precisar cuándo se entiende producido el consentimiento y con él, celebrado el contrato, debe tenerse en cuenta, como lo sostiene el profesor SUESCÚN MELO, que "El Código de Comercio Colombiano no acogió un sistema particular, sino que mezcló elementos de los cuatro descritos" (Suescún, 2003, p. 117), que son los que a continuación se examinan.

Los cuatro sistemas (Suescún, 2003, p. 113), son los que tradicionalmente han sido denominados como: i.) Sistema de la declaración,

**emisión** o manifestación, en el cual para perfeccionar el contrato, basta que el destinatario de la oferta exprese su voluntad de aceptarla. El vínculo, en consecuencia, se forma en el momento mismo de expresar la aceptación. ii) Sistema de la **expedición**, el cual exige que, además de que se manifieste la aceptación, el destinatario de la oferta debe enviar respuesta al oferente. iii) Sistema de la **recepción**, el cual implica que debe aguardarse hasta que la respuesta del destinatario llegue a poder del oferente, sin que se exija que el oferente conozca la respuesta. iv) Sistema de la **cognición**, información o conocimiento, en el cual se considera que sólo hay consentimiento cuando el oferente conoce la aceptación de la oferta por parte de su destinatario.

Identificados los elementos que distinguen cada uno de los "sistemas" aludidos, se concluye que en el ordenamiento mercantil colombiano se adoptó el Sistema de la Recepción, que a su turno se apoya en la Expedición, "[...] que sería en el fondo el sistema básico consagrado" (Suescún, 2003, p. 117).

Hechas las precisiones anteriores, se opta en el presente trabajo por seguir en el tratamiento de los aspectos que inciden en la contratación mercantil colombiana, el orden postulado por el Libro Cuarto del actual CCC, que en líneas generales aborda la institución en mención, partiendo de unas "generalidades" que se inician con el artículo 822 para, luego, estudiar la representación, la oferta o propuesta, posteriormente el contrato en general, el pago, la cesión de contrato y terminar su título primero con los temas de la ineficacia, la nulidad, la anulación y la inoponibilidad del contrato mercantil.

Siendo coherentes con lo propuesto, se procede entonces a establecer el estado actual de la cuestión, siguiendo los principales pronunciamientos de las altas cortes colombianas y los estudios doctrinales más recientes, sobre cada uno de los tópicos antes identificados que se expondrán en el orden que lleva el actual CCC para posteriormente ver su incidencia y viabilidad

con las nuevas formas contractuales originadas por la contratación electrónica.

En la parte correspondiente al capítulo primero del título primero del libro cuarto, el CCC se refiere a lo que denomina como "Generalidades", cuya norma de principal discusión está plasmada en el ya referido artículo 822 que se considera como la norma de "enlace" o "eslabón" entre el ordenamiento civil y el mercantil.

Se puede afirmar que actualmente se encuentra en proceso de construcción el marco teórico de la incidencia de las NTIC en la institución contractual, en especial, la concerniente a los contratos de derecho mercantil, tanto nacional como internacional.

El péndulo está de vuelta y, de un sistema jurídico nacional de contratos típicos, documentados en el concepto de "papel" tradicional, suscritos bajo la "añeja concepción de firma", tan solo remozada ligeramente con la noción de firma mecánica<sup>54</sup>, inclinado por las "formas clásicas" de documentación y expresión de la voluntad contractual, que en cierta forma renunció al principio de consensualidad<sup>55</sup> prefiriendo la aparente seguridad de la vía documental a la ligera y volátil forma verbal de expresión de la misma (De La Cuesta y Valpuesta en AA.VV., 2001, p. 37), estamos pasando a un sistema ágil y dinámico impuesto por las NTIC.

La irrupción de las NTIC y sus conceptos medulares de intercambio electrónico de datos, firmas digitales, comercio electrónico, nuevas modalidades o tipos de contratos en línea y entre ausentes, han conducido a repensar la institución contractual, sus principios generales y, si es que los hay, los nuevos principios de la contratación internacional en un entorno digital inmerso en una sociedad calificada como del "conocimiento" en la que las NTIC han cambiado el "estilo clásico" de hacer negocios, a lo cual se adosa una "globalización" con nuevos "ciudadanos en línea", caracterizados por su condición de "ciudadanos

empresarios", gestores de una nueva sociedad universal de comerciantes. Los comerciantes de la era del papel han sido catapultados a la era digital.

En cuestión de segundos los "antiguos ciudadanos" han visto transformado su poder de comunicación y negociación, casi del habla en términos técnicos, con los nuevos "ciudadanos-empresarios en línea", expertos en hacer negocios a través de la red, con aplicación de las NTIC, donde la información, la velocidad y los medios clásicos de expresión de la voluntad de contratar han virado hacia recursos sorprendentes, pero también inquietantes.

No es fácil asimilar el concepto de firma electrónica y sus modalidades de firma digital, firma electrónica avanzada y firma electrónica reconocida<sup>56</sup> con sus enrevesados sistemas de claves asimétricas y simétricas, públicas y privadas. Mucho menos asimilable es el de documento electrónico con el de entidades de certificación—como nuevos instrumentos de identificación y autenticación— a lo cual se suma la incertidumbre de hacer negocios con alguien a quien no "vemos o conocemos", como sí acontecía en la forma ancestralmente practicada.

Aparecen, entonces, las nuevas cuestiones jurídicas a que se refiere el profesor MADRID PARRA, que todavía no gozan de "[...] un consenso sobre el modo de abordar estas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable" (Madrid Parra en AA.VV., p. 23). A la tradicional "oferta" y "aceptación", se suma ahora la participación de un "mensaje de datos" que cristaliza o niega la coincidencia entre dichos elementos clásicos de formación y perfeccionamiento del contrato<sup>57</sup>.

Las nuevas tecnologías, impactan no solo al comercio, sino también la contratación (Moreno Navarrete, 2002, pp. 330-34). A su turno, ellas no se circunscriben al ámbito mercantil. Por ejemplo, la firma electrónica no solo es viable en

asuntos mercantiles, sino en cualquier supuesto que demande su presencia, trátase de relaciones privadas o de derecho público (Madrid Parra, 2003 en AA.VV., pp. 31-34)<sup>58</sup>. Hay una invitación permanente a que los Estados adopten las medidas legislativas necesarias para impulsar el uso de las nuevas tecnologías para el desarrollo del comercio electrónico y el mercado interior, como se expresó en la exposición de motivos del proyecto de Ley 227 de 1998 radicado en la Cámara de Representantes de Colombia, con fundamento en el cual se expidió la Ley 527 del 18 de agosto de 1999 sobre acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales<sup>59</sup>.

Es importante resaltar que las NTICs y los marcos regulatorios de las mismas (MRNTICs), no pretenden modificar los esquemas contractuales clásicos, sino que buscan el reconocimiento legal de la validez jurídica de los nuevos medios de identificación y expresión de la voluntad, como lo afirma el profesor MADRID PARRA (2003, p. 35). Se trata de conciliar el sistema jurídico de la era analógica con el de la era digital, algo similar a la conciliación entre la "libertad de los antiguos" con la "libertad de los modernos" a que se refiriera el profesor ELOY GARCÍA, comentando la obra de POCOCK (García, 2004). Es más, MADRID PARRA refiere como expresamente la Directiva 1999/93/CE<sup>60</sup> y el Real Decreto-Ley 14/1999, sobre firma electrónica, contienen preceptos que "[...]expresamente declaran que su régimen jurídico no afecta al derecho preexistente en materia de obligaciones y contratos" (Madrid Parra, 2003, p. 36). Esta advertencia, igualmente, fue recogida por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, derogatoria del Real Decreto Ley 14/1999, artículo segundo, numeral 2°, que a la letra dice: "2. Las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten".

*El "principio de equivalencia funcional" como criterio general en la "forma" y "formación" de los contratos mercantiles.*

Un primer encuentro entre el viejo estilo de contratar y las nuevas formas de contratación mediante el uso de las NTIC, los medios electrónicos y un entorno de red globalizado bajo el concepto de Internet, invitan a pensar en un gran cambio en la institución contractual moderna. Paradójicamente, o más bien, inteligentemente, las distintas iniciativas que han formulado o aceptado MRNTIC sobre temas concernientes al DMI y a la contratación internacional, parten de un respeto por lo existente, por lo heredado. No pretenden derrumbar el derecho preexistente en materia de obligaciones y contratos, por el contrario, lo salvaguardan e intentan hacerlo compatible con los nuevos elementos que intervienen en la contratación por medios electrónicos.

Es así, como ya se anotó, que normas de carácter genérico que pretenden dar cobertura jurídica a la utilización de medios electrónicos, propiciando regulaciones uniformes, parten del acatamiento de sistemas o subsistemas jurídicos sensibles como los constituidos por el derecho de los consumidores, así como el de las obligaciones o el régimen jurídico de la fe pública, como lo advierte el profesor MADRID PARRA, 2003, p. 35).

En efecto, por ejemplo, el artículo 1° de la Directiva 1999/93/ CE, sobre firma electrónica, establece en su segundo párrafo:

"La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de los documentos".

La Ley 59 del 2003, que derogó el Real Decreto 14/1999, como ya se indicó, optó igualmente por no alterar las normas preexistentes relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten<sup>61</sup>.

La "servidumbre del papel" en el sistema de contratación mercantil Colombiano y las "innovaciones" insertadas en el mismo a través de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999, adoptan una posición conciliadora y un recíproco respeto entre las exigencias previas legales, existentes antes de la expedición de dicha ley, en el sentido de que una determinada "información" conste por "escrito" y la opción de que, sin sacrificar ni negar la eficacia y validez de un "documento escrito" o de una "información presentada y conservada en su forma "original"", dichos "requisitos" queden satisfechos con un "mensaje de datos". El "mensaje de datos", quedó definido en el literal a.) del artículo 2° de la Ley 527, en la siguiente forma:

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

En el escenario generado por la Ley 527/99 en el ordenamiento legal colombiano, se optó por conciliar la función clásica de la información que la ley exige que debe reposar o constar por escrito, con la posibilidad moderna de entender que dicho "escrito", como requisito, quedará satisfecho con un "mensaje de datos", si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Este es el que entendemos en el sistema jurídico colombiano como "principio de equivalencia funcional" (Murray, 2004, pp. 75-97)<sup>62</sup> consagrado en el artículo 6° de la mencionada Ley 527, que a la letra dice:

Art. 6°.- Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información

conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Tratándose de la "firma" entendida en la forma ya anotada (CCC, art. 826), el artículo 7° de la Ley 527/99, se anticipa a señalar que cuando cualquier norma exija la "presencia de una firma" o establezca "ciertas consecuencias en ausencia de la misma", se entenderá satisfecho dicho requerimiento en lo relativo a un "mensaje de datos", siempre y cuando éste cumpla con los siguientes presupuestos:

- [...] a.) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación, y
- b.) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Por lo tanto, el concepto tradicional de firma<sup>63</sup> es, sin negar su función clásica, remozado o, mejor aún, modernizado en Colombia, a través de la Ley 527/99, que al "mensaje de datos", une el concepto de "método" tanto de identificación del iniciador del "mensaje de datos" como de su contenido y aprobación, exigiendo que dicho "método" sea "confiable y apropiado" para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Atendido dicho "método", se entenderá satisfecho el requerimiento o requisito de la "firma" que "cualquier norma", se reitera, exija<sup>64</sup>.

Por lo tanto, es válido afirmar que los marcos regulatorios de las NTIC, nacionales e internacionales, no pretenden conjugar en relación con los sistemas jurídicos actuales sobre los que se edifican relaciones contractuales internacionales o internas, verbos tales como: "alterar", "sustituir", "modificar" o el más severo de "derogar", el derecho preexistente de obligaciones y contratos. Más bien se predica un principio de "inalterabilidad" del derecho preexistente, como lo resalta MADRID PARRA citando a ILLESCAS ORTIZ, R.<sup>65</sup>.

Es importante resaltar que la Ley 527/99, al referirse al comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, en el artículo 27<sup>66</sup> que habla de los documentos de transporte, advierte que "la sustitución de mensajes de datos por documentos emitidos en papel no afectará los derechos ni las obligaciones de las partes". Esto es que, construye una recíproca relación entre el "papel" y el "mensaje de datos". El uno no descarta al otro. Para reafirmar su propósito, la disposición advierte que:

Cuando se aplique obligatoriamente un norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado, o del que se haya dejado constancia en un documento emitido en papel, esa norma no dejará de aplicarse a dicho contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en documentos emitidos en papel".

Esto es que, toda la normatividad, por lo menos en el comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, del sistema legal colombiano es aplicable tanto a los contratos consignados en "papel", como a los documentados a través de "mensajes de datos", sin que este último escenario pueda ser tratado de manera odiosa o restrictiva frente a normas que parten del supuesto de formación de un contrato

documentado en la forma tradicional. Se insiste, la tradición y la modernidad contractual no se repelen sino que se complementan.

Se considera prudente insistir en que la Ley 527/ de agosto 18 de 1999, en Colombia tuvo su origen mediante el proyecto de Ley 227 de 1998 radicado en la Cámara de Representantes e inspirado en la ley modelo sobre comercio electrónico (LMCE), elaborada por la CNUDMI y aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996. Esta ley modelo es distinta de la Ley Modelo sobre firmas electrónicas cuyo texto fue aprobado en el 34.º período de sesiones de CNUDMI, en Viena el 5 de julio de 2001. De allí que, el concepto de "firmas digitales" que maneja el artículo 28<sup>67</sup> de la Ley 527/99, no corresponda exactamente al de "firma electrónica" y "firma electrónica avanzada", a que se refiere la Directiva 1999/93/CE, sobre firma electrónica y la Ley 59/2003 que introdujo en España el concepto de "firma electrónica reconocida" con el mismo valor de la "firma manuscrita" que se han venido citando, por la evidente distancia en el tiempo en que una y otras se generaron<sup>68</sup>.

## Conclusiones

La incidencia de las NTIC en la contratación en el sistema jurídico mercantil colombiano, implica una "relectura" de dicha institución acompañada, además del elemento tecnológico, el correspondiente a las corrientes de globalización, armonización y unificación del derecho contractual, teniendo como especial referente los aportes realizados por los diferentes grupos de trabajo en la UE y, en lo pertinente, por el Derecho Norteamericano, así como entidades de proyección general, tales como CNUDMI cuya influencia ha impactado de manera directa el sistema jurídico colombiano.

En Colombia, los cuatro pilares fundamentales de la teoría de contratos, están constituidos por la i) autonomía de la voluntad privada, ii) el principio de consensualidad, iii) el contrato como

ley para las partes y, iv) el principio de ejecución de buena fe. Desde estos elementos basilares, la relectura de la institución contractual, ahora sumergida en un entorno electrónico y en un medio globalizado o internacionalizado de los negocios, encuentra un escenario propicio para el remozamiento de las fuentes formales en materia mercantil, las cuales al amparo del principio de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad de contratación, encuentran verdaderas "zonas de libertad", que no deben extremarse tanto, hasta el punto de entenderse como "zonas inmunes", para la realización de la "relectura" contractual propuesta a la luz de la irrupción de las NTIC en el escenario contractual mencionado.

En el sistema jurídico contractual colombiano, mientras exista la presencia de un "elemento extranjero", es viable que las partes de un contrato acuerden la sujeción de sus relaciones negociales a otro ordenamiento jurídico, o ley extranjera, como opción para evitar la creación de obstáculos al desarrollo del comercio internacional.

Con fundamento en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, los contenidos en las sentencias C-347/97 y C-294/95, es pertinente concluir que el sistema jurídico colombiano se encuentra abierto y propicia de manera directa el empleo de mecanismos alternativos de solución de controversias, como el arbitramento, tanto nacional como internacional, para la búsqueda de respuestas a los problemas que presenten los contratos mercantiles, incluidos los celebrados a través de medios electrónicos. Esta opción se extiende tanto a los elementos transables de la controversia que se formule, así como a los de la fase coercitiva o de ejecución de sus prestaciones. Se advierte en esta última opción un elemento novedoso, ya que, tradicionalmente, la fase forzosa del cumplimiento, ha estado reservada a la administración de justicia por parte del Estado y no de los particulares.

Una vez que el sistema jurídico mercantil colombiano inició su inserción en el comercio

electrónico, a través de la Ley 527 de 1999, los momentos contractuales correspondientes a la "oferta" y a la "aceptación" de la propuesta, han permanecido abiertos a entornos como el propiciado por las NTIC, con fundamento en que desde 1971, fecha de expedición del último código mercantil colombiano, el legislador autorizó a las partes contratantes para que mediante cualquier medio inequívoco puedan hacer conocer una y otra (oferta y aceptación), entendiéndose que los mensajes de datos a los que se refiere la Ley 527, constituye una de esos medios inequívocos señalados por el ordenamiento. Si se quiere, bajo el principio mencionado, esto es, el de la consensualidad, el ordenamiento jurídico mercantil colombiano aparece como de textura abierta a los cambios impulsados por las NTIC, fenómeno que permite reafirmar un ambiente de camaradería entre el clásico soporte papel y el novedoso soporte electrónico en las relaciones contractuales.

La Ley 527 de 1999 no derogó las solemnidades sustanciales, ni los elementos esenciales de los diferentes contratos que regula el código de comercio colombiano. Lo que la ley en mención hizo fue ampliar el elenco de oportunidades, medios o alternativas de proposición y conclusión de contratos mercantiles. En términos más gráficos, acercó el mundo del papel al de los bits, al de los mensajes de datos y así puede sostenerse que las "formalidades" exigidas por el papel son atendibles por el entorno digital, como sustitutivo de aquel, bajo el "principio de equivalencia funcional".

Se puede afirmar que el sistema jurídico colombiano, así como su interpretación judicial y doctrinal encuentran claridad en el entendimiento del contrato como manifestación relevante de la voluntad de las partes concurrentes en el mismo, dando pleno respaldo a sus declaraciones, así como a su libertad de acogerse o no al uso de los medios electrónicos como vehículo de expresión de las mismas, erigiendo dichas declaraciones como "ley" de los contratantes, por supuesto, dentro de los reconocidos límites propios del orden público y de las buenas costumbres. En el punto

específico de la incidencia de los medios electrónicos en las declaraciones negociales, la ley opta por "presumir" que las partes, si acceden a su uso, tácitamente han convalidado dichos medios ya que las releva de hacer cualquier clase de declaración previa sobre su empleo en dichas relaciones, según las voces del artículo 14 de la Ley 527 de 1999, que por el contrario, lo que exige es manifestación o "acuerdo expreso entre las partes", para que no intervenga en la formación del contrato el empleo de los medios electrónicos a que dicha ley se refiere.

### Notas

<sup>1</sup> Una referencia sobre los principales indicadores de penetración de Internet en el comercio electrónico, en: ALONSO CONDE, A. *Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, N.º. 10, Madrid, Dykinson/ Universidad Rey Juan Carlos, 2004.

<sup>2</sup> RAMS ALBESA, J., propugna por un código europeo de las relaciones jurídicas patrimoniales. Esta idea se comparte, porque es más universal y en ella pueden participar bloques regionales como el Latinoamericano, bajo un código universal (global, único, etc) de las relaciones jurídicas patrimoniales, o simplemente, Código de Relaciones Jurídicas Patrimoniales. Vid. RAMS ALBESA, J. *"Ejecución de ciertas obligaciones contractuales"* en AA.VV. *Código europeo de contratos*, Madrid, Dykinson, Universidad de Burgos, 2003, P. 353-369.

<sup>3</sup> Ubicados en el derecho mercantil colombiano, se acude a la reseña histórica elaborada en 1907 por el profesor ANTONIO JOSÉ URIBE quien sintetiza que básicamente han existido en Colombia tres códigos de comercio. El expedido el 1º de junio de 1853 ( que reprodujo el Código de Comercio de España de 1829, suprimiendo el Libro V, sobre jurisdicción comercial y procedimientos ); El adoptado por la Ley 57 de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional ( que en realidad fueron dos: el Terrestre de Panamá de

1869 y el Nacional –sobre comercio marítimo–, edición, 1874) y, finalmente, el tercer código en 1971, que es el actualmente vigente y al cual se le han hecho abundantes reformas. La última de ellas, plasmada en la Ley 222 de 1995<sup>4</sup> que modificó su Libro II y expidió un nuevo régimen de procesos concursales.

<sup>4</sup> Vid. Sentencia de la CSJ, Cas. Civil, Sent. Marzo 27/98, Exp. 4798. M.P. José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ, en el caso de FLORENTINO BONILLA L *versus* CAJA DE CRÉDITO AGRARIO.

<sup>5</sup> Tema que no ha sido pacífico en la jurisprudencia y doctrina colombianas. Los autores que a continuación se mencionan, no comparten la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia colombiana, en relación con la consensualidad del contrato mercantil. Vid. MUÑOZ LAVERDE, S. *"El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato "veinte años después" en AA.VV. Estudios de derecho económico*, Bogotá D.C., Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, Pp. 265-277. ARRUBLA P, J. A. *Contratos mercantiles*. Bogotá D.C., Díké, T. I, 2004, P. 92- 94.

<sup>6</sup> Expresión que se toma prestada, entre otros, del profesor ZIMMERMANN y con la cual se quiere hacer alusión al "núcleo común del derecho", en su caso del Europeo y , por "préstamo", al colombiano. Vid. ZIMMERMANN, R. *Estudios de derecho privado europeo*, (tr. española de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, Civitas, 2000) , P. 58.

<sup>7</sup> Siguiendo la metodología propuesta, en el sentido de lograr "fotografiar" o sacar una especie de "radiografía" del sistema contractual mercantil colombiano que permita contrastarlo en sus principales componentes o "rasgos" con los otros bloques normativos objeto de comparación, esto es, el de la UE/España –Colombia.

<sup>8</sup> El tratadista Jorge SUESCÚN MELO, sostiene que: "En todos los códigos europeos

continentales expedidos a comienzos del siglo xix, la estructura de la teoría de los contratos estaba basada en cuatro pilares fundamentales, a saber: el de la autonomía de la voluntad privada; el del consensualismo; el principio *pacta sunt servanda* o que el contrato es ley para las partes y, finalmente, el principio de ejecución de buena fe de los contratos". Vid. SUESCÚN MELO, J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá D.C., Legis, 2003. T. II. P. 2.

<sup>9</sup> Indudablemente, otro elemento de especial y apasionante análisis está constituido por el principio de la autonomía de la voluntad, el cual merecerá comentario aparte.

<sup>10</sup> Esta norma de aparente sencillez, ha dado lugar a no pocas discusiones, en especial cuando se la contrasta con lo señalado por el artículo 822 del CCC, que hace remisión expresa en materia de contratos y obligaciones mercantiles, a los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse. Se habla entonces de la "mercantilización" de la ley civil, entendiendo por tal que determinadas disposiciones de la legislación civil se tornan en "mercantiles", sin perder su naturaleza civil. En esta línea, Vid: MUÑOZ LAVERDE, S. "*El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato "veinte años después"*" en AA.VV. *Estudios de derecho económico*, Bogotá D.C., Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, P. 270. NARVÁEZ GARCÍA, J.I. *Derecho...*P. 112. Op. Cit. PINZÓN, G. *Introducción...*P. 71. En sentido crítico a la "mercantilización" de las normas civiles, Vid. MADRIÑÁN DE LA TORRE, R E. *Principios de derecho comercial*. Bogotá D.C., Temis, 2004, P. 42, se hace eco de lo expresado por RIPERT, en el sentido de que la invocación del derecho civil a la materia mercantil, es inútil. Cita igualmente a ROCCO, quien sostuvo que el derecho civil no puede ser fuente de derecho comercial, por no ser medio para la

creación del derecho, sino un conjunto de normas ya formadas y promulgadas, aunque indudablemente se aplique en materia mercantil. En síntesis, sostiene el profesor MADRIÑÁN que: "Es bien claro que el derecho común o civil, cuando regula situaciones y relaciones mercantiles, no lo hace en este carácter particular, sino en el suyo propio, como orden común al cual están sujetos, salvo disposición especial, todos los asuntos surgidos entre particulares".

<sup>11</sup> En la legislación española, el principio de la autonomía de la voluntad se plasma en el artículo 1255 del CCv., al decir: "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes a la moral ni al orden público". El principio de autonomía de la libertad, en la esfera de la contratación se manifiesta en la fuerza obligatoria de lo pactado, *Lex privata*, con vinculación de las partes declarantes, que habrán de adaptar su conducta a lo pactado (reglamentación libremente convenida), lo que no será posible si los pactos son ilegales o inmorales. STS de 19-2-1995, Castro García. Al tenor del artículo 1091 del CCv., las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Cfr. BARRIUSO RUIZ, C. *La contratación electrónica*, Madrid, Dykinson, 2006, P. 160, 175.

<sup>12</sup> Se consideran como normas excepcionales en relación con el principio de consensualidad, (art. 824 CCC), en materia mercantil y al que se ha referido la Corte Suprema de Justicia colombiano como "principio rector general de los negocios mercantiles", en sentencia del 13 de noviembre de 1981, las contenidas en los artículos 119 (promesa de contrato de sociedad); 184 (poder de los socios para representación en las reuniones de junta de socios o asambleas de accionistas); 836 (poder para celebrar negocio jurídico sujeto a escritura pública); 526 (enajenación de establecimiento de comercio); 608 (cesión nombre comercial) del CCC, entre otras, que exigen requisitos adicionales a la expresión

de la voluntad, tales como la necesidad de un "escrito" y, eventualmente, el "reconocimiento" o "autenticación" del mismo o de su firma, "ante funcionario competente".

<sup>13</sup> La discusión se centra en determinar si el contrato de promesa de contrato mercantil, está sujeto o no a que sea plasmado o vertido en un documento, según lo exigido por el art. 89 de la Ley 153 de 1887, la cual es considerada como derogada por un sector de la doctrina colombiana, a la luz de lo advertido por el art. 2033 del CCC. Esto es, si es "consensual" o, en el otro extremo de la doctrina, si es "solemne". La Corte Suprema de Justicia colombiana, en diversos fallos se ha inclinado por considerarlo "consensual"; entre otras *Vid.*, sentencias de fechas 13 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. CLXVI 2407, Pp. 610-638; criterio ratificado en sentencia de casación de 31 de mayo de 1990, según se cita en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria del 14 de julio de 1998, con ponencia del magistrado JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, Expediente 4724; 27 de marzo de 1998 y 12 de septiembre de 2002, Exp. C-5397. *Vid.* Op. Cit. MUÑOZ LAVERDE, S. "El problema...". P. 266.

<sup>14</sup> La forma de abordar el sistema jurídico colombiano, en materia de contratación mercantil, no es uniforme. Por ejemplo, en la obra citada del tratadista colombiano, SUESCÚN MELO, se refiere a la institución contractual mercantil, a través de diversos "estudios", en los que aborda los temas de la "buena fe", el "abuso del derecho", el "enriquecimiento sin causa", la "teoría de la imprevisión", la "cesión del contrato", la "crisis del principio de autonomía de la voluntad privada", la "oferta y aceptación" y la "cesión de créditos", entre otros estudios de tópicos propios de la institución contractual aludida. A su turno, el profesor José Ignacio NARVÁEZ, en su obra citada sobre *Obligaciones y contratos mercantiles*, se refiere al "principio de la buena fe", a la "autonomía privada", la "oferta y aceptación", las "teorías erigidas en preceptos", para aludir a la incorporación en normas legales de principios

como el del "abuso del derecho", el "enriquecimiento sin justa causa" y la "teoría de la imprevisión", finalizando su obra con el estudio de las "anomalías en los negocios jurídicos mercantiles", en las que incluye la invalidez, bajo diversos grados, que lleva de la ineficacia de pleno derecho, pasando por la inexistencia, la nulidad absoluta, la anulabilidad, la inoponibilidad y la nulidad parcial, para cerrar el capítulo respectivo con el tema de la "conversión del negocio jurídico nulo".

<sup>15</sup> El esfuerzo se concentrará en identificar el actual "estado del arte" de los descriptores mencionados, procurando sintetizar al máximo el entendimiento vigente de cada uno de ellos, a manera de puntos de aproximación o distanciamiento, según sea el caso.

<sup>16</sup> Es importante resaltar, como lo hace el profesor ARRUBLA P, que el epicentro del derecho comercial se ha trasladado del acto objetivo de comercio, hacia la organización de la empresa. Sostiene el tratadista en mención que, "[...] a diferencia del derecho comercial clásico que fue eminentemente contractualista, el derecho comercial moderno se manifiesta como institucionalista". *Vid.* ARRUBLA P, J. A. *Contratos mercantiles*. Bogotá D.C., Diké, P. 33.

<sup>17</sup> La Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia del 27 de marzo de 1998, sostuvo: "Los arts. 1° a 9° del C. de Comercio, consagran las fuentes formales del derecho mercantil colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación. Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de éste linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita, debe recurrirse a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna[...] Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudirse a la costumbre [...] de aplicación preferente a las normas del derecho civil [...] sin embargo cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la

aplicación de ésta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas". Sent. 27 de marzo de 1998. Expediente 4798, M.P. José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ. FLORENTINO BONILLA L *versus* Caja de Crédito Agrario. Con ocasión de la Constitución colombiana de 1991, se demandaron como inexequibles los arts. 3° a 9°; 98 y 514 del CCC, siendo declarados exequibles, mediante sentencia C-486/93.

<sup>18</sup> El artículo 7° del CCC, señala que: "Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre internacional [...] así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes". Con fundamento en esta disposición, se considera que la costumbre mercantil internacional, fue relegada por el legislador colombiano a un segundo plano. *Cfr. OVIEDO ALBÁN, J. "Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías", Pontificia Universidad Javeriana, Vniversitas, N° 101, junio 2001, Bogotá, P. 215.* Es importante, igualmente, resaltar que la remisión a los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, como fuente alternativa en los asuntos mercantiles colombianos tiene especial importancia si se tiene en cuenta el número de años que Colombia ha empleado en incorporar a su legislación interna varios de dichos tratados. Por ejemplo, la Convención de Viena de 1980, tan solo fue incorporada formalmente al sistema jurídico colombiano, a través de la Ley 518 de 1999, esto es, casi veinte años después. Situación más extrema se presentó con la aprobación del tratado internacional por el cual se adoptó el Estatuto Orgánico de UNIDROIT de Roma del 15 de marzo de 1940, que tan solo fue aprobado mediante la Ley 32 de 1992. De conformidad con lo previsto en el artículo 241-10 de la

Constitución Política de Colombia, se le confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones: [...] 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de la leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley[...].

<sup>19</sup> Por ejemplo, el profesor ARRUBLA advierte que el Código Civil Francés, el Chileno y el Colombiano, no consagran expresamente el "enriquecimiento sin causa" como fuente de obligación, sin embargo varias disposiciones del C.C.Col, como los arts. 1324, 1747, 2243, 2310 y 2343 se refieren a dicha situación. Con fundamento en dichas disposiciones la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 10 de noviembre de 1930 (Casación de 10 de noviembre de 1930, XLIV, 474), construyó la teoría del enriquecimiento sin causa. Vid. Op. Cit. P. 68.

<sup>20</sup> Art. 830. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

<sup>21</sup> Art. 831. Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

<sup>22</sup> Art. 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

<sup>23</sup> Principio en relación con el cual se habla de "crisis" o "recortes". El profesor SUESCÚN expresa que, en el derecho privado, existen cuatro campos fundamentales en lo que tiene vigencia la autonomía de la voluntad. Dichos campos son: (i) el de la elección de contratar o no contratar, (ii) el de escoger la persona del cocontratante, (iii) determinar el tipo de contrato que se va a celebrar y, (iv) definir el contenido y régimen del acto jurídico. Vid. Op. Cit. SUESCÚN MELO,

J. *Derecho...* T. II. Pp. 2-53. Para MESSINEO, el contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada y el principio de libertad contractual puede tomarse en varias acepciones: libertad contractual en el sentido de que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que éste debe ser el resultado del libre debate entre ellas. También significa que el contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad, desde que se respeten las normas legales imperativas. Un tercer significado es el de la facultad de las partes para derogar las normas dispositivas o supletorias y, un ulterior significado de la libertad contractual implica el que en algunas materias se admite la autodisciplina, mediante los contratos normativos. Un quinto significado, concierne a los contratos innominados en cuanto éstos facultan a las partes a concluir contratos con finalidades prácticas aun no previstas por la ley. *Cf*: MESSINEO, F. *Doctrina general del contrato*, T I, (tr. FONTANARROSA, R.O. SENTÍS MELENDO, S. VOLTERRA, M., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, Pp. 15-17.

<sup>24</sup> El profesor BAENA UPEGUI, M. evoca la cita del tratadista colombiano PÉREZ VIVES, A., quien sostiene que la jurisprudencia "*Ha librado la mejor batalla contra el principio de la libertad contractual*". Vid. BAENA UPEGUI, M. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá D.C., Legis, 2000. P. 160.

<sup>25</sup> El profesor ARRUBLA se inscribe en la corriente de tratadistas que hablan de la "crisis del postulado de la autonomía de la voluntad" y, citando a Ferri, prefiere la expresión "autonomía privada". A su turno, el profesor LÓPEZ SANTAMARÍA J., concluye: "*La paradoja de la contratación contemporánea es el simultáneo auge y deterioro del voluntarismo jurídico en general, y de la libertad contractual en particular. Casi todo depende de la relación contractual específica que se analice*". Vid. LÓPEZ SANTA MARIA, J. "*Auge y deterioro de la libertad contractual*", en AA.VV. *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro*

*homenaje a FERNANDO HINESTROSA 40 años de rectoría 1963-2003*. T. II Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 311-322. Sobre el alcance de las expresiones autonomía privada, autonomía de la voluntad y libertad, en el pensamiento de FEDERICO DE CASTRO y LUIS DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Vid. FERNÁNDEZ SESARREGO, C. "*Reflexiones en torno a la "autonomía de la voluntad"*". *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA 40 años de rectoría 1963-2003*. T. I. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2003. Pp. 483-502. Una versión más completa del ensayo en mención, en: AA.VV. Dir. Por: ALTERINI, A. A. DE LOS MOZOS. J. L. *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea*, Temis-Palestra Editores, Bogotá D.C., 2000, Pp. 214-254. En la última obra citada, Vid. SOTO, C. A. "*La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto*", Pp. 371-438.

<sup>26</sup> Las normas pertinentes son: Art. 16 del CC.Col. "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". Art. 1602. "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Como normas complementarias, en particular en el ámbito mercantil, se encuentra el artículo 824 del CCC que alude a la "libertad de forma" y el Art. 822 que hace la remisión expresa al CC.Col., en lo que se refiere a los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones del derecho civil.

<sup>27</sup> Por la cual se revisa la Ley 518 de 1999, por medio de la cual se aprobó la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", hecha en Viena el 11 de abril de 1980. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>28</sup> Como designación del derecho que debe regir la relación contractual, lo cual incluye que

las partes pueden decidir someterlo a la *lex mercatoria*, esto es a usos comerciales, prácticas negociales, principios generales de la contratación, reglas uniformes y demás instrumentos que tienen su origen en la sociedad internacional de comerciantes. *Cfr.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ius Mercatorum*, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales. Madrid, Consejo General del Notariado, 2003. P. 91. A propósito del concepto "sociedad internacional de comerciantes", precisamente la sentencia C-347/97 que se comentará en este apartado, reconoce que el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles de carácter internacional, encuentra su fundamento en las normas constitucionales que patrocinan la internacionalización de las relaciones económicas. Dicho postulado constitucional (el de la internacionalización de las relaciones económicas), hace necesario que el poder público reconozca la vigencia de los principios de derecho internacional privado en los cuales se funda la denominada sociedad internacional de comerciantes, uno de los cuales es la aceptación del arbitramento internacional para resolver aquellos conflictos de naturaleza comercial y de carácter internacional. *Cfr.* Sentencia C-347/97. DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho del comercio electrónico*, México, Porrúa, 2005, Pp. 101-111.

<sup>29</sup> Sobre el concepto de "elemento extranjero", *Vid.* LARROUMET, C. *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, primera edición en español. Tr. DIAZ PERILLA V, Bogotá D.C., Legis, 2006, P. 61.

<sup>30</sup> Sentencia C-347/97, por la cual se decidió la demanda de inconstitucional en contra de algunos artículos de la Ley 315 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA, con salvamento de voto del magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>31</sup> Los artículos demandados como inconstitucionales parcialmente (partes subrayadas), de la Ley 315 de 1996 "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones"

fueron los siguientes: "Artículo 1º- Criterios determinantes: Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

"1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes.

"2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

"3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

"4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de dos o más Estados y las partes así lo hayan convenido expresamente.

"5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

"PARÁGRAFO.- En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

"...

"Artículo 4º- El último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

"En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional."

<sup>32</sup> Al decir del profesor LOPEZ MEDINA, D.E., al referirse en la experiencia jurídica colombiana a la "reconstrucción de la obligatoriedad de la jurisprudencia mediante la utilización del

concepto de "doctrina constitucional", los magistrados ANGARITA, CIFUENTES y GAVIRIA, fueron de los que favorecieron la disciplina de precedentes dentro del derecho colombiano. *Cfr.* LÓPEZ MEDINA, D.E. *El derecho... Op. Cit.*, Pp. 66-67.

<sup>33</sup> El concepto de "constitucionalidad condicionada", en el ordenamiento jurídico colombiano, se refiere a la aplicación de uno de los principios que orientan la interpretación constitucional, esto es, el "principio de la conservación del derecho", en virtud del cual, los tribunales constitucionales deben evitar excluir del ordenamiento, una decisión legislativa cuando exista la posibilidad de ajustar su interpretación a la Constitución (porque existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional), ya que bajo este principio se maximiza la eficacia de la actuación estatal, consagrándose una presunción a favor de la legalidad democrática. *Cfr.* Sentencia, C-070/1996. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>34</sup> El Art. 18 del CC.Col, señala: "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia". El Art. 19 indica que los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones del Código Civil y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles, tanto en los relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en Colombia, como en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia. En sentido similar, el Art. 20 señala que los bienes situados en Colombia, están sujetos a las disposiciones del Código Civil, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. En España, se hallan en el Código Civil, disposiciones como la del Artículo 8° que señala que: "Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español"; Art. 9° que indica que la ley personal correspondiente a las personas físicas

es la determinada por su nacionalidad y, el Art. 10°, num. 5° que señala expresamente que: "Se aplicarán a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen". Sobre ley aplicable a los contratos internacionales, *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría del *stream-of-commerce*", en AA.VV. *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, Dir. OVIEDO ALBÁN, J. CALVO CARAVACA, A. L. Bogotá D.C., Ibañez, 2006, Pp. 161-202.

<sup>35</sup> El magistrado CIFUENTES, considera que es el "domicilio" y no la "nacionalidad" lo que dota un acuerdo mercantil de relevancia internacional. No es que se oponga al arbitramento internacional, sino que considera que sí existen razones constitucionales que justifican que el legislador habilite a las partes para someter un conflicto a arbitramento internacional, "siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional". No obstante, las hipótesis de que tratan las normas demandadas –personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros Estados ni compromete los intereses del comercio internacional–, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. *Cfr.* Sentencia C-347/97, salvamento de voto.

<sup>36</sup> Sobre el lugar de celebración del contrato, como determinante del fuero de competencia, el

autor DE MIGUEL ASENSIO sostiene que es poco adecuado en el entorno electrónico, ya que no es más que una "ficción jurídica" en la contratación entre ausentes. Considera que el primer criterio para determinar el tribunal competente es el de la "sumisión expresa", esto es, el tribunal seleccionado por las partes, criterio este que en España encuentra respaldo en los artículos 23 y 24 del Reglamento 44/2001, así como en el artículo 22.2 de la LOPJ, con las limitaciones, en relación con los contratos celebrados con consumidores, según lo dispuesto en los artículos 15 a 17 del citado Reglamento 44/2001. Adicionalmente, al criterio de "sumisión de las partes", se encuentran los del fuero del "domicilio del demandado" y el del "lugar de ejecución de la obligación". *Cfr.* DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho del comercio electrónico*, México, Porrúa, 2005, Pp. 96 - 97. También en: DE MIGUEL ASENSIO, P. *"Contratación comercial internacional"* en AA.VV. *Derecho de los negocios internacionales*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., Madrid, iustel, 2007, Pp. 245-334.

<sup>37</sup> Vale la pena recordar que en la CV, no se regula el lugar de perfección del contrato. Para algunos autores, el lugar de perfección del contrato es aquel en que se produce la efectividad de la aceptación, mientras que otros entienden que habrá que estar al resultado derivado de la aplicación de las normas de conflicto. *Vid.* SAN JUAN CRUCELAEGUI, J. *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Navarra, Aranzadi, 2005, P. 125. En la norma colombiana, se acogió íntegramente la propuesta de la Ley Modelo de CNUDMI. Además, se optó por no incluir excepciones, como lo insinuaba la Ley Modelo, cuando en su numeral 5°, del artículo 15, previó dicha circunstancia. En España, la Ley 34/2002, en su disposición adicional cuarta, modificó los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, señalándose que: "Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante,

no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta".

<sup>38</sup> Declaró exequible el artículo 2° del Decreto 2651/91, a través del cual se expidieron normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. El texto del artículo demandado dice: "En los procesos en los que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviere representada por curador ad-litem, las partes de común acuerdo, pueden pedir al juez que aquéllas se sometan al trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial, a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición. La anterior solicitud también podrá formularse en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito[...]".

<sup>39</sup> El Art. 116 de la Constitución Política de Colombia, señala: "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

<sup>40</sup> De lo cual se lamentan los magistrados BARRERA y CIFUENTES en el salvamento de voto comentado.

<sup>41</sup> Constituye esta conclusión, un valioso punto de aproximación con otros sistemas jurídicos que participen de igual interpretación en el alcance actual del principio de autonomía de la voluntad privada, incluido el de la libertad de contratación. Se insinúan, a su turno, dos vertientes jurisprudenciales en su interpretación. Una, que ha prevalecido y que denominados "amplia", en el sentido de reconocer gran poder a las partes, para desplazar el escenario original de actuación del Estado. La otra, en cabeza de magistrados como EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, ANTONIO BARRERA CARBONELL (hoy retirados de la Corte) que admiten con cierta "liberalidad" el principio en mención, pero que se oponen a su interpretación "amplia", propugnando por una más "restringida" que no involucre una posición facultativa amplia de los particulares, que los habilite a derogar –so pretexto de ser relaciones negociales-mercantiles– el poder del Estado y, en especial, determinados ámbitos que se consideran irrenunciables. Por ejemplo, el ejercicio del poder de coerción y coacción.-

<sup>42</sup> En el periódico El Espectador, correspondiente a la semana del 28 de agosto al 3 de septiembre de 2005, se da cuenta de la sentencia proferida en Colombia, por el juez 26 civil del circuito de Bogotá, dentro de una acción de grupo promovida por dos usuarios del sistema financiero, en la que concluye que el cobro de los servicios bancarios es un abuso de los bancos, ya que éstos no tienen derecho a fijar unilateralmente las tarifas de sus servicios.

<sup>43</sup> En relación con el cual la corte suprema colombiana, sostiene que es un: "[...] principio cardinal de la ley comercial, el cual indudablemente traduce las necesidades de los comerciantes, quienes requieren instituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita[...]" . Vid. Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 13 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. 2407, Pp. 610-623.

<sup>44</sup> Vid. Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 13 de noviembre de

1981, Gaceta Judicial No. 2407, Pp. 610-623, que es reiterada en la sentencia del 12 de septiembre de 2000, de la misma Corte, Exp. C-5397.

<sup>45</sup> La sentencia C-252/98, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2229 (parcial) del CC.Col, tuvo especial relevancia, por cuanto señaló que los artículos 694 del CCC, según el cual "el tenedor no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de la letra", norma también referida a los pagarés, según la remisión del artículo 711 del mismo código, "[...] no resulta aplicable, a la luz de la Constitución, a los créditos hipotecarios de vivienda a largo plazo. Es decir, que cuando se trate de estas obligaciones, a pesar de existir tales garantías, no puede impedirse el prepago ni ser sancionado el deudor por hacerlo". Decisión de especial trascendencia social y económica en Colombia, dados los millones de deudores de vivienda, mediante el sistema UPAC, ahora UVR.

<sup>46</sup> Sobre el deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos, en especial en los contratos de seguro, Vid. VEIGA COPO, A. *"El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos de seguro"*, Madrid, La Ley, Núm. 6286, 1º de julio de 2005, www.laley.net

<sup>47</sup> El Artículo 230 de la CPC (Constitución Política de Colombia), señala que: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". Vid. Sentencia C- 083/95. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

<sup>48</sup> En su documentado y valioso estudio, el profesor LÓPEZ MEDINA, se refiere a las posiciones o escuelas que cita como del *clasicismo jurídico*, del *antiformalismo jurídico* y el *post-clasicismo*, bajo las cuales enmarca su estudio sobre la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Por ejemplo, en el

capítulo cuarto de su obra, *los tiempos modernos*, evidencia las diferentes interpretaciones o "lecturas" que en Colombia se le han dado al artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que él considera como: "[...] la norma de clausura o integración adoptada positivamente para todo el sistema jurídico nacional. Su importancia estructural es, en consecuencia, enorme. Se trata, quizá, de la regla positiva más importante en la definición de lo que esta cultura entiende por derecho". Vid. LÓPEZ MEDINA, D.E. *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá D.C., 2004, Pp. 301-302.

<sup>49</sup> Se refiere el autor a la posición adoptada por la conocida en Colombia, como "Corte de oro", que en 1935 fue recompuesta por el presidente ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO, en cuyo seno los magistrados ZULETA e HINESTROSA, lideraron la "revuelta antiformalista", teniendo, en general, éxito al congregar apoyo entorno a la "nueva sensibilidad". Vid. LÓPEZ MEDINA, D.E. *Teoría...* Op. Cit., P. 312, nota pie, 150. También en: LÓPEZ MEDINA, D.E. *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá D.C., 2000, Pp. 169-177.

<sup>50</sup> Op.Cit. P. 325.

<sup>51</sup> Tema que no es pacífico, por cuanto otro sector de la doctrina aboga por un "instrumento técnico-jurídico objetivo". Cfr: LARENZ, K, 2002, p. 162.

<sup>52</sup> En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P, señala que el carácter vinculante del contrato deriva normalmente de las disposiciones de un ordenamiento (estatal). Resalta que, la voluntad de las partes, no tiene un valor jurídico originario, sino que su poder vinculante deriva de la fuerza que le asigna un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en España, los artículos 1091, 1254, 1255 y 1278 del Cc. Cfr: DE MIGUEL ASENSIO, P. *"Contratación comercial internacional"* en AA.VV. *Derecho de los negocios internacionales*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., Madrid, iustel, 2007, P. 246.

<sup>53</sup> Es decir que, siguiendo a LARENZ es la interpretación de los contratos que tiene que ocuparse del sentido especial que las partes tienen presente y con arreglo al cual quieren que sean comprendidas concretamente sus declaraciones

<sup>54</sup> Vid. Artículo 621 del Decreto 410 de 1971 que corresponde al Código de Comercio Colombiano, en adelante, (CCC), en el que se autoriza que la firma en los títulos valores sea sustituida, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto. A su turno, el artículo 826 del código aludido señala que cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores. 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. El Art. 28 de la ley 527/99 señala que el uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquélla incorpora los siguientes atributos: 1. Es única a la persona que la usa. 2. Es susceptible de ser verificada. 3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa. 4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada. 5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

<sup>55</sup> El artículo 824 del (CCC) consagra el principio de consensualidad, indicando que los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse **verbalmente**, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Advierte que cuando una norma legal exija determinada **solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico**, éste no se formará mientras no se llene tal **solemnidad**.

<sup>56</sup> Vid. En España. Artículo 3°, Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>57</sup> Sobre el perfeccionamiento del contrato por el mero consentimiento (art. 1258 CC), como

coincidencia de la oferta y la aceptación, *Vid.* GONZÁLEZ G, A. La formación del contrato... Pp. 118-124, en cuyos comentarios tiene en cuenta la reforma de la Ley 34/2002, en relación con los artículos 1.262 del y 54 del . Así mismo, se refiere a la i) Teoría de la emisión (también llamada de la declaración); ii) Teoría de la expedición (también llamada de la remisión); iii) Teoría de la recepción que "[...] considera perfeccionado el contrato cuando la aceptación alcanza el ámbito de control o círculo de intereses del oferente, es decir, cuando llega a su domicilio o a su establecimiento mercantil, con independencia de que tome o no conocimiento de ella". Sostiene GONZÁLEZ que, la teoría de la recepción es la solución adoptada por el BGB alemán, el artículo 5° del Código de Obligaciones Suizo, el artículo 1265 del Código Civil de Uruguay o el artículo 24 de la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías; iv) Teoría de la cognición (también llamada del conocimiento, o de la información). Además, trae la obra de GONZÁLEZ, un estudio de Derecho Comparado de teorías sobre el perfeccionamiento del contrato. GONZÁLEZ, al referirse a la unificación de los regímenes sobre la perfección del contrato a distancia, según las modificaciones de la LSSICE, sostiene que la Ley 34/2002, optó por "[...] lo que podríamos denominar la teoría de la cognición atemperada[...]", esto es que, el contrato se entenderá perfeccionado desde que el oferente conozca la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. P.150. *Vid.* MADRID PARRA, A. "El negocio jurídico electrónico", en RCE núm. 28-2002. Pp. 24-43.

<sup>58</sup> *Vid.* MADRID PARRA, A : "Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas" en AA.VV. *El contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, P. 31, 34.

<sup>59</sup> En igual sentido la Directiva 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la **sociedad de la**

**información**, en particular el **comercio electrónico** en el mercado interior. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas [DOCE] núm. L 178, del 17 de julio de 2000), citada por MADRID PARRA. En Europa, *Vid.* Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se estable un **marco comunitario para la firma electrónica** (DOCE núm. L 13/12, de 19 de enero de 2000).

<sup>60</sup> Directiva 2000/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE núm. L 013 de 19 de enero de 2000.

<sup>61</sup> La Ley 59 del 2003, derogó el Real Decreto 14/1999. El artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 14 de 1999 señalaba: "Las disposiciones contenidas en este Real Decreto Ley no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-Ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos".

<sup>62</sup> El profesor ANDREW D. M., al referirse al artículo 5° de la Ley Modelo de CNUDMI, sobre comercio electrónico, de 1996, además de destacar la "posición tecnológica neutral" de la misma para definir términos como transmisión de datos, firma electrónica, términos contractuales y transmisiones de protocolos, señala el beneficio más importante de la ley modelo, al garantizar una "equivalencia funcional", es decir: "[...] el renacimiento de otras formas de documento o transacción como el equivalente legal de una forma preexistente de documento o transacción. Se trata de una herramienta de gran importancia en la transición del mundo de las

transacciones físicas al ciberespacio o en la transición de transacciones [...]". De los artículos 5°, 6°, 7° y 11°, el profesor MURRAY resalta: "Los cuatro artículos señalados anteriormente, en su conjunto, conforman los cuatro pilares de la ley modelo. Estos son: equivalencia funcional de los datos electrónicos, documentos y firmas (formalidades) y la paridad legal de los contratos electrónicos".

<sup>63</sup> Vid. ZAPATA DE ARBELÁEZ A. *Derecho internacional...*, P. 81.

<sup>64</sup> Para ILLESCAS, R. "Ha de afirmarse categóricamente que los efectos jurídicos producidos por una declaración de voluntad contractual, precontractual o postcontractual efectuada por medios electrónicos son exactamente iguales a los producidos por una declaración de voluntad efectuada en forma escrita, gestual, o verbalmente, salvo excepción legal o convencional expresa[...]". ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, P. 353.

<sup>65</sup> Vid. MADRID PARRA, A: "Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas" en VV.AA. *El contrato por medios electrónicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. P. 36. A su turno, el profesor Illescas señala como "principios del derecho de la contratación electrónica", los siguientes: i) Equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; ii) inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, iii) neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico; iv) exigencia de buena fe y, v) reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto del comercio electrónico. Op. Cit. P. 332.

<sup>66</sup> ART. 27.—**Documentos de transporte.** Con sujeción a lo dispuesto en el inciso 3° del presente artículo, en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el artículo 26 se lleve a cabo por escrito o

mediante documento emitido en papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos.

El inciso anterior será aplicable, tanto si el requisito en él previsto está expresa en forma de obligación o si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no se lleve a cabo el acto por escrito o mediante un documento emitido en papel.

Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto surta efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío o utilización de un documento emitido en papel, ese requisito quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método confiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos.

Para los fines del inciso tercero, el nivel de confiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación y de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 26, no será válido ningún documento emitido en papel para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos emitidos en papel. Todo documento con soporte en papel que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración en tal sentido. La sustitución de mensajes de datos por documentos emitidos en papel no afectará los derechos ni las obligaciones de las partes.

Cuando se aplique obligatoriamente una norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado, o del que se haya dejado constancia en un documento emitido en papel, esa norma no dejará de aplicarse a dicho contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes

de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en documentos emitidos en papel.

<sup>67</sup> ART. 28.—**Atributos jurídicos de una firma digital.** Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

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

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

<sup>68</sup> La Ley 59 de 2003, derogó el Real Decreto 14/1999

## Referencias

- Adame Goddar, J. (2003), "El concepto de contrato en el 'ius gentium' ", en: AA.VV., *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.
- Alonso Conde, A. (2004), *Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, núm. 10, Madrid, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos.
- Arrubla P, J. A. (2004), *Contratos mercantiles*. Bogotá D.C., Diké,
- Baena Upegui, M. (2000), *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá D.C., Legis.
- Carrascosa González, J. (2006), "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría del stream-of-commerce", en: AA.VV., *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, Oviedo Albán, J. y Calvo Caravaca, A. L. (Dir.), Bogotá D.C., Ibañez, pp. 161-202.
- Casinos Mora, J. (2003), "¿De Bolonia a Bruselas? El derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. Notas críticas", en: AA.VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson/Aranzadi, Navarra, pp. 67-81.
- De La Cuesta Rrute, J. y Valpuesta Gastaminza, E. (2001), "Marco general de la contratación mercantil", en: AA.VV., *Contratos mercantiles*, Tomo I, Barcelona, Bosch.
- De Miguel Asensio, P. (2005), *Derecho del comercio electrónico*, México, Porrúa.
- García, E. (2004), [conferencia] Doctorado en Cuestiones Actuales del Derecho Español e Internacional, organizado por la Universidad Alfonso X El Sabio. Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda.
- Illescas Ortiz, R. (2001), "Derecho de la contratación electrónica", Madrid, Civitas,
- Larenz, K. (2002), *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Granada, Comares,
- Larroumet, C. (2006), *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, 1.a ed. en español., Diaz Perilla, V. (trad.), Bogotá D.C., Legis.
- López Medina, D.E. (2006), *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis.
- \_\_\_\_\_, (2004), *Teoría impura del derecho*, Bogotá D.C., Legis.

- Madrid Parra, A. (2003), "Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas" en AA.VV., *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Navarrete, M.A. (2002) "Derecho- e Derecho del comercio electrónico", Madrid, Marcial Pons.
- Murray, A. D. (2004, Enero-Marzo), "La regulación de los contratos electrónicos: una comparación entre la posición europea y la norteamericana", en Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil, núm. 2, Bogotá, Legis, pp. 75-97.
- Narváez García, J. I. (2002), *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*. Bogotá D.C., Legis.
- Rams Albesa, J. (2003), "Ejecución de ciertas obligaciones contractuales", en: AA.VV., *Código europeo de contratos*, Madrid, Dykinson, Universidad de Burgos, pp. 353-369.
- Suescún Melo, J. (2003), *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá D.C., Legis.
- Veiga Copo, A. (2005, 1 de junio), "El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos de seguro", en: La ley, núm. 6286 [En línea] disponible en: <http://www.laley.net>
- \_\_\_\_\_ (1995), Sentencia C-294, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- \_\_\_\_\_ (1993), Sentencia T-338, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ
- Sentencia de la CSJ, Cas. Civil, Sent. Marzo 27/ 98, Exp. 4798. M.P. José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ, en el caso de FLORENTINO BONILLA L *versus* CAJA DE CRÉDITO AGRARIO.
- Corte Suprema de Justicia (1998, marzo 27), Sentencia Exp. 4798. M.P. José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ.
- \_\_\_\_\_ (1981, Noviembre 13), en: Gaceta Judicial No. CLXVI 2407, pp. 610-638; criterio ratificado en sentencia de casación de 31 de mayo de 1990, según se cita en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria del 14 de julio de 1998, con ponencia del magistrado JOSÉ FERNANDO RAMIREZ GÓMEZ, Expediente 4724;
- \_\_\_\_\_ (1983, Febrero 8), G.J., t. CLXXII, p. 117, citada en: Abel Torrado, H. (2004), *Código Civil, edición conmemorativa del bicentenario de la promulgación del Código Civil de Napoleón*, Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda, pp. 519-520.
- Decreto 2651 de 1991
- Ley 527 de 1999
- Ley 153 de 1887
- Ley 59 del 2003, derogó el Real Decreto 14/ 1999. El artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 14 de 1999.
- Corte Constitucional (2000), Sentencia C-529, M.P.
- \_\_\_\_\_ (1998), Sentencia C-252, M.P.
- \_\_\_\_\_ (1997), Sentencia C-347, M. P. JORGE ARANGO MEJIA, con salvamento de voto del magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

### Referencias Legales