**LA FIRMA Y SUS CONFLICTOS EN EL CONTRATO
ELECTRÓNICO ESTATAL**

**SEGUNDO ARTÍCULO
EL COMPORTAMIENTO JURÍDICO DE LA FIRMA
EN MEDIOS ELECTRÓNICOS**

PRESENTADO POR:

ROBINSON RINCÓN RODRÍGUEZ
Correo electrónico: Robinsonesap8@gmail.com
Cel. 3212097739

**INSTITUTO DE POSTGRADOS
MAESTRIA EN CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS
BOGOTÁ D.C., 2014.**

RESUMEN:

La falta de unanimidad en la denominación de la firma en los contratos electrónicos, ha traído acepciones diferentes en la normatividad de los estados, en algunos se hace alusión a la firma electrónica y en otros a la firma digital; y para complementar, se han agregado ciertos aditamentos a cada firma que se hace necesario abordar en este artículo a fin de tener claridad al respecto. En ese orden de ideas, el artículo hace referencia a: **I.** La autenticidad de la firma digital en los contratos electrónicos; **II.** Los medios probatorios y de seguridad en el derecho comparado; **III.** Las implicaciones del consentimiento dado mediante la firma digital, en los contratos electrónicos; y **IV.** Algunos aspectos acerca de la normatividad que Sobre la Firma digital existe en otros países, vista desde una posible globalización de la firma digital.

PALABRAS CLAVES:

Autenticidad, medios probatorios, seguridad, consentimiento, globalización, derecho comparado.

ABSTRACT

The lack of unanimity in the name of the firm in electronic contracts has brought different meanings in the regulations of the states in some reference is made to other electronic signature and digital signature; and complement, have added some additions to each signature is necessary to address in this article in order to have clarity. In that vein, the article refers to: **I.** The authenticity of the digital signature in electronic contracts; **II.** The evidence and security in comparative law means; **III.** The implications of the consent given by the digital signature, electronic contracts; and **IV.** some aspects

about the regulations that exist On the Digital Signature Sites, view from a possible globalization of the digital signature.

KEYWORDS

Authenticity, law of evidence, security, consent, globalization compared.

INTRODUCCIÓN

En desarrollo de las disposiciones realizadas por Naciones Unidas tendientes a globalizar el comercio, y con ellas, las directrices que signifiquen la seguridad de los mismos, se ha determinado en las jurisdicciones de cada Estado, la normatividad que establece los parámetros de la firma en los contratos electrónicos.

Pero, no obstante ello, se cree que por el hecho de existir una matriz determinada por la (CNUDMI¹), la firma en los contratos electrónicos connotaría una similitud de condiciones, tanto para su creación, como para su validez y eficacia, sin importar los posibles cambios que cada una de las jurisdicciones le imprimiría, lo que las llevaría a configurar una igualdad de acepciones sin cambios significativos que las pudieran hacer disimiles, pues el propósito no es el que se le puedan dar un valor probatorio diferente en cada Estado que logre confundir a los contratantes, sino que la firma proveniente de un proponente o contratante no sea rechazada por carecer de algún elemento caprichoso que la constituya, estimado en la legislación de cada país receptor. Máxime si dentro de ese intercambio comercial se encuentran involucrados contrayentes que parlan idiomas diferentes y comprenden de manera distinta el derecho; es decir, la barrera cultural, legal

¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

y parlante juega un papel importante en la configuración, aceptación y universalización de la firma en los contratos electrónicos.

En sí, tal vez el propósito de la globalización y el intercambio comercial a todo nivel y en todo lugar, es el de estimar una sola línea que logre darle fluidez al comercio e intercambio de obras, bienes, productos y servicios en todos los pueblos, objetivo loable y de mucho interés, tanto para las naciones que producen, como para las que carecen de industria, ciencia y tecnología.

Pero, al parecer no ha sido así, a la firma electrónica dispuesta como modelo por la Comisión, le han salido otros conceptos que añaden unos requisitos extras que la hacen propia en cada uno de los países. Ejemplo de ello es que para España, Brasil y Chile no es suficiente con la denominación de firma electrónica, allí se habla de firma electrónica avanzada, que es a su juicio, la que configura suficiente seguridad; en Argentina pierde valor la firma electrónica y la calificación de firma digital es la que cobra relevancia; en Colombia, la Ley 527 de 1999 hace referencia únicamente a la firma digital, y el Decreto 1747 de 2000 que la reglamentó, igualmente hace denominación a la firma digital; sin embargo, con el Decreto 2364 de 2012 se dio vía a la firma electrónica, haciendo caso a la recomendación dada por el Conpes² en el Documento Conpes 3620 de 2009, sobre su utilización como esquema alternativo de firma digital; y en Ecuador, al igual que en la Ley Modelo, se hace alusión únicamente a la firma electrónica.

² Consejo Nacional de Política Económica y Social del Departamento Nacional de Planeación de Colombia. El 09 de Noviembre de 2009, emitió un documento en el que daba los *“LINEAMIENTOS DE POLÍTICA PARA EL DESARROLLO E IMPULSO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA”*, entre ellos, la determinación de firma electrónica, catalogándola como el género y la firma digital como la especie. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Dq41vHb2cFI%3D&tabid=907>

En ese orden de ideas, en el desarrollo de este artículo, se entra a satisfacer la inquietud que surge sobre la autenticidad de la firma digital o electrónica en los contratos en red, las implicaciones del consentimiento dado mediante la firma digital o electrónica, y el manejo normativo de la firma digital o electrónica en otros países; buscando la universalización de los requisitos que contribuyan a la configuración de la firma digital y electrónica. Lógico, “bajo los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales” (Yong, 2013: 57).

1.-LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Referente a la autenticidad, Ossorio (1981: 73) señala que la Autenticidad es: “Cualidad de lo auténtico”. Y respecto de lo auténtico, indica que es: “Acreditado en cuanto certeza. Autorizado o legalizado. Merecedor de fe, referido a documentos”. Es precisamente esa la connotación que se busca con la firma digital o electrónica en los contratos que se realicen en la red, que den la suficiente tranquilidad y confianza a quienes estén contratando (Torres, 2005: 122,123).

Pero, visto desde la realidad fáctica, este no es un tema de fácil manejo, dado que admite prueba en contrario, es decir, puede surgir la controversia respecto de la autenticidad o no de la firma contenida en un contrato electrónico, pues el hecho de que aparezca un dato que puede comprometer una firma, no es prenda de garantía de solución del conflicto, máxime si pueden haber asomos de corrupción en las diferentes etapas de la celebración del contrato; adicionalmente, hay que caer en cuenta que provista la contratación electrónica, la firma debe estar certificada, lo que adiciona un tercero en la consolidación del contrato, que en cierto modo puede dar seguridad, o decepción si llega a corromperse. Como lo sostienen

Mora y Rivera (2006), “al juez no se le puede pedir que averigüe porque esa no es su misión, hay que darle o presentarle, esto es, afirmarle los hechos averiguados” (p. 584).

Para Angarita³ (2006), “el problema del desarrollo del comercio electrónico no es sólo tecnológico o legal, porque estamos en una etapa de transición donde aún existe mucho desconocimiento y desconfianza sobre los negocios electrónicos o virtuales” (p. 326). Asegura que en este sentido, como lo sostienen Reichheld y Scheffer, (2000), el precio tampoco es un factor preponderante en el comercio electrónico, ni logrará afianzarse como requisito indispensable; pero, lo que sí es un elemento *sine quanon* para el progreso de los negocios a través de medios electrónicos, es “la confianza que se genere en los mismos”. Concluyendo además, que la confianza va ligada a la seguridad, por tanto, de no disponer de medios electrónicos seguros, la práctica de las relaciones comerciales y contractuales no irán a tener los estándares deseados; por tanto, no son en vano todos los esfuerzos que se desarrollen en pro de blindar las operaciones que se hagan a través de las Tics (Quintero, 2011: 75).

Al igual que en los contratos presenciales, en los que la relación se hace persona-persona, en los contratos electrónicos también hace presencia el derecho probatorio; desde que la presunción *Iuris Tantum*⁴ sea la que debe ser objeto de ponderación por parte del operador judicial, queda abierto el

³ Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Master of Laws del London School of Economics and Political Sciences. Profesor de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en donde se desempeña como Director del Área de Derecho Privado (ADP), Director de la Especialización en Derecho Comercial y Director del GECTI www.gecti.org. nremolin@uniandes.edu.co

⁴ La presunción *Iuris Tantum* es aquella que tiene creación legal, pero se puede controvertir su certeza, es decir, admite prueba en contrario. Véase a Ossorio, Manuel. *En: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L.* p. 605. Buenos Aires, Argentina, 1981.

litigio entre lo dicho, aceptado, ejercido y firmado. Es decir, que si una persona es capaz de negar lo referido o actuado de manera presencial, qué decir de las actuaciones que se hagan a larga distancia, como puede suceder en el comportamiento de las actuaciones en los contratos vía electrónica; entonces, las discordias que surjan en el contrato, van a tener su posible escenario en los tribunales nacionales e internacionales, instancias en las que se dilucidará quien tiene la razón, siendo por demás, un tema engorroso en las relaciones comerciales que se espera sean armónicas, de mutuo acuerdo y ante todo, transparentes, sinceras y de buena fe. Aquí podemos referenciar a BONNIER (como se cita en Dellepiane, 2003), donde ilustra que la “Ciencia del derecho, y por lo tanto el juez, se propone por objeto, en la esfera que le está señalada, en descubrimiento de la verdad” (p. 28).

Así las cosas, si hablamos del sistema probatorio en los contratos, como lo refiere Taruffo, haciendo alusión a las situaciones probatorias, enseña que “En efecto, es lógica y prácticamente posible que distintas circunstancias tengan distintos grados de confirmación sobre la base de las pruebas y también que algunas de ellas resulten confirmadas y otras no” (2002: 280). Lo que hace sencillamente que obre la controversia contractual en los aspectos de oferta, propuesta, aceptación, consolidación, pago, entrega y recibo del objeto contractual; de modo pues, que como lo sostiene el mismo autor: “No hay razón alguna para pensar que en un conjunto de circunstancias deba ser necesariamente ‘todo verdadero, todo falso, o, todo igualmente probable”. O simplemente como lo deja entrever Rangel, (2001: 364), con las pruebas obrantes al proceso será como pueda el fallador tener los suficientes criterios de juicio para otorgar el derecho, de acuerdo con la sana crítica.

Pero, de lo que si no cabe duda, es que debe existir la suficiente seguridad por parte de la entidad contratante para celebrar cualquier acuerdo comercial; y del mismo modo, quienes están en el otro extremo, también van a querer que el organismo estatal les brinde estabilidad, seguridad, firmeza y credibilidad a la hora de firmar el contrato. Pues como lo indica Rodríguez, (2002: 379), en concordancia con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este acuerdo se eleve a escrito...”. Lógico, guardando celo del proceso que configura la contratación estatal en Colombia, en el que la primera condición es la de contar con el presupuesto en la entidad para poder licitar u ofertar las obras bienes y servicios que necesite; porque, una vez suscrito el contrato, ya contempla una indemnización al contratista en caso de incumplimiento por parte de la entidad estatal (Barrero, 2007: 254).

Vista la actuación contractual desde el sistema probatorio, en esta recaen unos requisitos de la prueba que se deben tener en cuenta, esto es: lo subjetivo, objetivo y la actividad, Azula, (2003: 62), refiere, respecto de los requisitos subjetivos, que estos hace referencia a los sujetos que participan en el proceso, y que por un lado, hacen gala de la competencia que “atañe al funcionario”, y por otro, la legitimación de las partes, bien sea por activa o por pasiva. En cuanto a los objetivos, estos se relacionan con la “materia u objeto del proceso” que está regido además, “por la conducencia, la pertinencia, la utilidad y la ausencia de prohibición legal”. Y los de actividad “Se refieren a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se realiza el acto probatorio”.

Situando lo anterior, en el proceso contractual electrónico, debe haber legitimación en causa por parte de los contratantes, es decir, por parte de la institución estatal que contrata, quien debe comprometerse es el

representante legal o a quien éste delegue, y por parte del contratista quien sea igualmente el representante legal o el autorizado por éste para comprometer la organización; incluso, tratándose de la firma en los contratos electrónicos, también recae esa legitimación en la entidad certificadora, la que debe estar avalada por el Estado, porque no solo debe certificar la autenticidad, sino que debe probar que efectivamente la firma fue dispuesta por quien la creó. Sin demeritar, que en tanto y cuanto se trate de la inversión de los recursos públicos, los entes de control deben estar vigilantes a fin de garantizar el buen uso de los dineros del Estado; sin olvidar, así mismo, que los ciudadanos también pueden fungir como veedores en la contratación estatal⁵; razón por la cual, se puede decir, que están legitimados para, en dado caso, exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo.

En cuanto a la conducencia, pertinencia y utilidad, pues todos los datos que permita esclarecer las controversias que puedan presentarse en cuanto a la autenticidad de la firma, que es la que sella la disposición de compromiso, deben tenerse como pruebas en el litigio, en caso de llegarse a presentar éste. Así lo prevé la Ley 527 de 1999, artículo 10, al señalar que “Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil”.

⁵ Véase: Artículo 144, de la Ley 1437 de 2011 “*Protección de los derechos e intereses colectivos*. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. El inciso segundo expone que “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato”, (...).

Señalando además que la integridad del mensaje de datos se conserva así no haya sido “presentado en su forma original”, a la vez, deberá ser valorado de acuerdo con su eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria, en toda actuación administrativa y judicial. Lo que dá a entender, que los posibles instrumentos que puedan servir para contener o exponer una información, pueden ser tenidos en cuenta, y por supuesto valorados por el operador judicial: físicos, magnéticos, de sonido, de oídas, testimoniales, visuales, e incluso los biométricos que entraran en el desarrollo de la contratación electrónica para darle mayor seguridad (Gómez & Remolina, 2011: 223).

Y en lo dispuesto a la actividad, ella reseña las circunstancias de tiempo modo y lugar. En los datos electrónicos, se espera que no haya posibilidad de adulterar la fecha de la emisión de los mismos y las características de la fuente de donde fueron enviados, pues de esa información se desprende el cumplimiento de los requisitos formadores del contrato, y de igual manera, la responsabilidad del contratista en la entrega de del objeto contractual, y para la entidad estatal, el año, día y hora de las respuestas al proponente y contratista.

Para Carnelutti, (2001: 22, Vol. 1), en cuanto a la discusión de la prueba de los actos, ellos son susceptibles de ponderación, pues no solo la normatividad compone el contrato y las consecuencias de este, sino que además, “el contrato y el reato mismo” configuran las pautas del mismo y las posibles inconveniencias que se puedan presentar; de tal suerte, que como lo sostiene el autor “¿cómo hará el científico del derecho para observar no solo al contratante o al delincuente, sino al contrato y el delito?”.

La cita puede adecuarse precisamente al sistema jurídico que debe acompañar los contratos electrónicos, y dentro de ellos, la firma, pues en tratándose de la adecuación en la contratación, no solo es prenda de garantía y prueba quien haya suscrito el contrato, sino los pormenores de los datos que configuran y habilitan el contrato vía electrónica; es decir, tanto el sujeto, como el objeto, son susceptibles de comprobarse su existencia, certeza, calidad y cualidad de los mismos. De ahí, que si el incumplimiento del contrato genera consecuencias gravosas para la comunidad en general, dado el beneficio que comportaría, pues ya no se recibirá la obra; entonces, como lo dice Carnelluti, quien indemnizará a las víctimas, si así puede llamársele a la comunidad que queda frustrada con el no recibimiento de la misma, y en tal evento, ¿cómo comportaría la Ley contractual las consecuencias funestas que concibe la población por el hecho de no terminarse el proyecto? Ello no ha sido tema del estatuto contractual.

Así también, si bien es cierto que el principio de la buena fe debe imperar en las actuaciones contractuales, tanto del contratista, como de la entidad contratante, no es menos cierto que la fe no puede ser ciega o profesada a ultranza, sin ningún miramiento discordante. Como lo dijo Unamuno, citado en Carnelutti, (2001: 23. Vol. 3), “Fe sin duda es fe muerta”; claro, para tener fe hay que dudar, porque si no se duda, no se tiene fe, sino veracidad de lo real.

Haciendo referencia a la prueba en los contratos estatales, la Ley 80 de 1993, que es en la que se fundamenta el Estatuto Contractual Colombiano, no contempla un sistema probatorio en las etapas del contrato, únicamente hace referencia a la prueba en el artículo 22 inciso 4, en tanto que el documento emanado de la Cámara de Comercio será el que se tiene como prueba de la existencia y representación legal del contratista, de él se

puede extraer las competencias y facultades que le fueron dadas en ese documento, pudiéndose comprobar igualmente la capacidad de la empresa para contratar de acuerdo a “la clasificación y calificación del inscrito”. La certificación a la que se refiere el artículo es la que expide la Cámara de Comercio del Registro Único de Proponentes “RUP” y el Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa, véase: <http://camara.ccb.org.co/categoria/rup.aspx>

En igual sentido, la Ley 1150 de 2007 reitera lo anotado por la Ley 80, en el artículo 6 numeral 6.1 inciso 2, acerca de “RUP”, en tanto el Decreto 1510 de 2013, no refiere acciones probatorias en la contratación. No obstante lo anterior, las normas procesales en el derecho colombiano no se excluyen, sino que se armonizan (ese es el propósito del nuevo Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012); bajo ese precepto, todo lo que no esté consignado en la Ley especial, puede ser adecuado de acuerdo con la demás normatividad. Si se trata de establecer el procedimiento, el código contencioso y de procedimiento administrativo y el general del proceso son instrumentos que pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de las actuaciones procesales, de hecho, tratándose de los contratos electrónicos, entra a escena el bloque de constitucionalidad que contempla pronunciamientos de instrumentos internacionales en materia comercial y de firmas electrónicas.

Respecto de las controversias contractuales, el artículo 75 la ley 80, traslada la competencia para solucionarlas, al juez del contencioso administrativo. Sin embargo, la misma Ley hace una invitación a dirimir las posibles contrariedades que se presenten como ocasión de la celebración de los contratos entre particulares y la administración, mediante los mecanismos alternativos de solución de conflictos dispuestos para ello (estos mecanismos

son: la negociación, intermediación, conciliación, arbitraje y la amigable composición), razón que como requisito de procedibilidad se debe intentar la conciliación previamente, y ya dentro del proceso, le asiste obligación al juez de citarlos en audiencia a fin de acercarlos a un acuerdo.

Volviendo a la pertinencia de los mensajes de datos en el contrato estatal, como ya vimos, los recibidos en la entidad que hacen referencia a la intención de quererse comprometer mediante la propuesta en toda la actuación que signifique el contrato electrónico, goza de autenticidad, aún en los casos en los que se no se cumpla con el rigorismo establecido.

No obstante lo anterior, el artículo 11 de la ya referida Ley determina el “*Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos*”. Teniéndose en cuenta la regla de la sana crítica; es decir, el conocimiento que se tenga de la adecuación, forma, envío, generación del mensaje, archivo del mismo, la confiabilidad que pueda brindar la conservación e integridad de la información, la forma como se identifique su creador, sumándole además la garantía de autenticidad que pueda ofrecer la entidad certificadora; entre otros factores que sean pertinentes para la materia, serán los que tenga en cuenta el operador judicial a la hora de fallar.

Así las cosas, los servidores públicos en sede administrativa deben ser diligentes respecto de los mensajes de datos que llegan a las dependencias, pues es mediante el deber objetivo de cuidado o el actuar mínimamente con criterio de ponderación de los mensajes que lleguen, como se puede tener algo de seguridad en relación con el proponente y el objeto a contratar.

Sintetizando además, que en las etapas, pre, contractual y poscontractual le asiste al servidor público la obligación de investigar, comparar, comprobar,

indagar y cerciorarse de las calidades, suficiencia, capacidad, precio y utilidad, tanto del contratista, como del objeto contractual.

1.1. Medios probatorios y de seguridad en el derecho comparado

1.1.1. Costa Rica, el Artículo 10, de la ley 8454 de 2005, “Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos” en cuanto a la Presunción de autoría y responsabilidad. Le dá crédito a “Todo documento, mensaje electrónico o archivo digital asociado a una firma digital certificada” los que se presumen de la autoría y responsabilidad del titular del correspondiente certificado digital; sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada con pruebas que den la certeza de que el presunto responsable no los emitió. Es decir, entra como garante en el proceso la autoridad certificante de la autenticidad de la firma, pues esa garantía es la conlleva a significar que efectivamente quien aparece firmado es el autor indiscutible de la firma. Sin embargo, queda en la mentalidad la desconfianza que pueda inspirar la entidad certificadora, y el agente que aparece como firmante, de ahí que admite prueba en contrario.

Menciona igualmente el artículo en el inciso 2 que: “No obstante, esta presunción no dispensa el cumplimiento de las formalidades adicionales de autenticación, certificación o registro que, desde el punto de vista jurídico, exija la ley para un acto o negocio determinado”.

Interpretando un poco la Ley de Costa Rica, el inciso visto anteriormente refuerza lo dicho en el inciso 1 del artículo 10 de la Ley 527 de 1999 Colombiana, es decir, tratándose de presunciones a las que les cabe prueba en contrario, lo más seguro es tener la certeza de que quien se está comprometiendo efectivamente es con quien quiere contratar la entidad;

siendo que no se debe ahorrar ningún esfuerzo por parte del personal estatal contratante que permita la identificación plena del contratista, aunque haya necesidad de exigir toda suerte de certificaciones, registros o autenticaciones. En tanto que los mensajes recibidos permitirán que se celebre el contrato, se admitirán como prueba y no se les resta fuerza probatoria, entonces teniendo la manera de probar que el mensaje si fue enviado por el proponente o contratista, éste queda comprometido a responderle a la entidad contratante, y en tal efecto, será el avalista en últimas el que repare los perjuicios (Enríquez, 2007: 159). De tal suerte, que la diligencia puede significar dar un parte de seguridad a la contratación electrónica pública.

En cuanto al valor probatorio, en la Ley Tica se dice que un documento electrónico que pueda gozar de autenticidad, en el que no se haya alterado su integridad y pueda ser identificado el emisor, tendrá “la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos”. Así lo deja entrever el artículo 40 cuando equipara los documentos que se emiten en el sistema electrónico, a los consignados físicamente en papel.

Para reafirmar un poco lo dicho, Romero (2010: 125) trae a colación el relato de los alcances y tramites que se surten en red con el Sistema de Compras Gubernamentales Compr@RED⁶ en Costa Rica, dice que allí se tienen digitalizadas todas las etapas del proceso de contratación, siendo así, que todos los procesos se registran en línea utilizando como expresión de compromiso la firma digital, garantizada con certificados digitales, que para el

⁶ Agencia Costarricense para la contratación electrónica del Ministerio de hacienda. Disponible en: <https://www.hacienda.go.cr/comprared/QYACompraRED.html>

efecto, se almacena en un dispositivo “token”⁷. Dichos certificados son emitidos por la Unidad Certificadora del Ministerio de Hacienda, y sirven para finiquitar todos los trámites en Compr@RED; logrando que sean tenidos en cuenta también para la Tributación Digital. Asevera, así mismo, que “toda Transacción que se realiza en Compr@RED se firma digitalmente”.

Pero añade el mismo autor, haciendo una queja sobre la situación que se presenta con la contratación electrónica estatal en el país centroamericano, que aunque se han llevado algunos contratos de manera electrónica, “No se ha podido implementar efectivamente la validez de los medios electrónicos con todos los efectos previstos en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documento Electrónicos”. Dejando evidenciar, que al igual que en los demás países hispanoamericanos la cultura de la electrónica dista ser una realidad total, pues todavía se precisa del papel físico para tener certeza de lo dicho, es decir, aún se tiene la necesidad de manipular, consentir y palpar el documento para sentir que se apropia de él y que ya puede darle el visto bueno. Cultura que no va a ser fácil erradicar de la mentalidad de algunos servidores.

Dice además que producto de lo anterior es que todavía no se ha podido prescindir de los documentos físicos, anotando que la administración configura el expediente de contratación de manera física, es decir, imprime los mensajes para anexarlos a este. Por esta razón, sostiene el mismo Romero (2010):

⁷ Nota del mismo autor: “*Token de seguridad, token de autenticación o token criptográfico*: es un dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación. Los *tokens* electrónicos se usan para almacenar claves criptográficas como firmas digitales, o datos biométricos como las huellas digitales. Algunos diseños se hacen a prueba de alteraciones, otro pueden incluir teclados para la entrada de un PIN”.

Es que esta Dirección General ha hecho la aclaración en forma reiterada, de que en tanto no se consolide en nuestro país la implementación de la firma digital tal y como está regulada en la Ley N° 8454 y su reglamento, los efectos jurídicos en el uso de los medios electrónicos, están limitados.

Tal vez, lo referido por el autor acerca de los pormenores de la contratación electrónica en Costa Rica, bien puede ser la radiografía de lo que acontece en muchos otros países latinoamericanos, la razón viene en el sentido de saber que los medios electrónicos en todo su esplendor, han ido cobrando relevancia en las entidades desde hace muy poco tiempo, la implementación del gobierno digital aún no constituye una realidad, mientras que el sector privado y en los países avanzados llevan una ventaja significativa, porque la sistematización de la información la han comenzado mucho antes; en tal efecto, desprenderse de la papelería no ha sido fácil, todavía se sigue confiando más en el material físico; sumado a ello, aún a los colegios y universidades se acude con libros y cuadernos y no con computadores, lo que hace que estas generaciones no tengan apropiada la conducta de cero papel (OCDE, 2014: 491).

1.1.2. Argentina, la Ley 25.506 de 2001, artículo 7º, referente a la “Presunción de autoría”. Señala que: “Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”.

Así como la Ley Argentina habla de una presunción de autoría, también expresa en el artículo 8º que existe una “Presunción de integridad”. Connotando la veracidad al procedimiento que resulta de verificar la firma

digital en un documento digital, que de resultar cierto, se puede presumir que no ha sido adulterado desde el momento de su firma; pero hace la salvedad de la admisión de la prueba en contrario; lo que deja aquella preocupación al saber que en cualquier momento pueda haber una negación del dato electrónico y su firma; por ello, indiscutiblemente hay que tener mucho tacto, cuidado y certeza al momento de contratar. Pero, si se cruza a la otra orilla, y se pone en los zapatos del contratista, pues el peligro de sentirse comprometido u obligado a responder por algunos miles de millones, también trasnocha a cualquier persona.

De lo anterior se colige que “cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente” (artículo 10 *ibídem*), pero vuelve la salvedad de la prueba en contrario. Una ayuda de identificación al proceso contractual electrónico puede ser la vía telefónica, tal y como lo hacen algunas empresas que venden artículos promocionados en red, se comunican con el cliente anunciándole que la llamada es gravada y proceden a identificarlo antes de cerrar cualquier negociación. Bajo ese criterio, toda fuente que permita dar seguridad a los contratantes, puede ser incorporada a los nuevos sistemas de contratación, pues la diligencia, perspicacia y astucia del servidor que permitan realizar bien la tarea, son aspectos de calificación verdaderos de gestión pública, pues si se tiene desconfianza del mensaje recibido, lo obvio es tratar de contactar a la persona que supuestamente envió el dato, así se evitaban contratiempos futuros; en tal propósito, los criterios auxiliares a los sistemas digitales, como la telefonía, son de ayuda en la contratación pública en red (Segarra, 2004: 548).

La Ley Argentina, al igual que la consagrada en otros países respecto de la firma digital, hace una equivalencia de los documentos físicos con los digitales en materia probatoria, sigue los propósitos estimados en la demás normatividad de los países latinos, pues, también admite prueba en contrario de los documentos que se creen auténticos (artículo 11 ibídem).

Sin embargo, como lo sostiene Torres (2012: 55), refiriéndose a la equivalencia función de la prueba respecto de los documentos que no son firmados electrónicamente, pero igualmente son medios de prueba, anota que en la Ley 25.506 de 2001, se dijo que ese tópico de manejo del valor probatorio, sería reglamentado; en tal efecto, la Ley “fue reglamentada por el Decreto 2628 de 2002, y en ella no se estableció nada al respecto”.

Es decir, se sigue lo estimado en la Ley principal, siendo por lo tanto, que no es con la credibilidad ciega como debe ser ponderado el mensaje de datos, pues el que se presume autor, puede comprobar que efectivamente no fue de su intelecto que surgió a la vida jurídica el mensaje, sino que fue plagiado o tergiversado su propósito; o sea que de acuerdo con la carga de la prueba, tendría que entrar a probar lo contrario de lo que se presume auténtico o real, pero de estar en lo cierto, se generaría un problema mayúsculo para el servidor que le dio la credibilidad sin mayor esfuerzo que presumirlo autentico. El insistir acerca de la proactividad del empleado estatal para agotar todos los recursos que le permitan dar un parte de seguridad, no es en vano, de las actividades que despliegue, puede estar la salvación de una posible investigación disciplinaria, fiscal o penal. Sin que ese despliegue de actividades configure o vaya en contravía del ordenamiento legal, porque como lo sostiene Farrando, (2010: 2), “las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal”.

1.1.3. Paraguay, la Ley de Contrataciones Públicas No. 2.051 de 2003, reformada por la Ley 3.439 de 2007, en el artículo 66 inciso 3 hace referencia a la igualdad a los efectos jurídicos que producen los mensajes electrónicos, con los que se producen en los documentos físicos firmados en papel, siempre que el medio de identificación electrónica inviolable sea la “utilizada por la Unidad de Control Normativa y Técnica (UCNT⁸)”, siendo en consecuencia, “que comportará el mismo valor probatorio y vinculatorio”. Disponible en:

http://www.oas.org/juridico/spanish/.%5Ctic_par_ley%202051.03.pdf

Nada exótico con relación a las demás leyes de otros países, pues no hay que olvidar que la matriz es la misma surgida de la Ley Modelo de Firma Electrónica, y la verdad, lo que se espera es que así sea, que sustancialmente una Ley no difiera mucho de la otra, porque de lo que se trata es de la unificación de criterios para poder negociar en igualdad de condiciones en un mundo globalizado (Banco Mundial, 2000).

Lo que sí es destacable como aporte al tema, es lo que ha sostenido el abogado Santiago Jure, al posesionarse como Director Nacional de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), que entre otras disertaciones dejó su punto de vista sobre lo que él percibe como una talanquera a la fluidez de la contratación pública en Paraguay, señalando que las estadísticas no dan un parte de tranquilidad en la contratación pública en ese país, pues evidencia que “en los últimos tres años solamente se adjudicó el 70% de los contratos que estaban dentro del Programa Anual de Contrataciones Públicas”. Notando, la falta de colaboración y engranaje entre las entidades estatales en asuntos de contratación. Expuso además

⁸ Unidad Central Normativa y Técnica, organismo ante el cual se puede denunciar, manifestar o impugnar cualquier situación que vaya en contravía de la Ley.

que no son ajenos los casos en los que las entidades cuentan con el presupuesto para contratar y ejecutar las obras, pero los procesos son muy lentos y no se logran los resultados deseados. En tal efecto, dijo, “debe haber una mayor comunicación, un mejor desenvolvimiento entre las entidades públicas y la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas”.

Buscando con ello, tener una ejecución mayor en la contratación, que en últimas, es la expresión de la atención en bienes y servicios a la población del país sudamericano, logrando como es el propósito de muchos, articular las entidades del Estado mediante los sistemas electrónicos. Y yendo un poco más allá, la colaboración no va ser únicamente entre entidades, sino que el proceder de la administración también implica una colaboración mutua por parte de quienes acceden a ella, (Tawil, 2005: 159).

El criterio del personaje aludido anteriormente es de suma relevancia para la contratación electrónica, porque si en la contratación normal que se viene desarrollando cada entidad contrata a su gusto y en muchas ocasiones tiene su propio manual de contratación: ejemplo, algunas de las empresas industriales y comerciales del Estado de Servicios Públicos; en la nueva contratación los países parecen querer encausar la contratación por intermedio de una entidad que permita una mayor cohesión en la contratación, como Comprared en Costa Rica y Colombia Compra Eficiente, en Colombia.

Ya en los Convenios Marco de Precios se viene dando algún alivio. En países como Perú, existe un Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, llamado “OSCE”, disponible en: <http://www.osce.gob.pe/subportal.asp?ids=62>, que selecciona los proveedores con los que las entidades pueden contratar bienes y servicios

sin que medie un proceso de selección, mediante un catálogo de ofertas dispuesto en forma electrónica en el Sistema de Contratación Electrónica del Estado “SEACE⁹”, disponible en: <http://www2.seace.gob.pe/> En Colombia, el acuerdo marco de precios está regulado en la Ley 1150 de 2007 artículo 2 parágrafo 5.

Lo cierto es que la administración es una sola, máxime si se trata de países unitarios en los que existe una mayor subordinación al poder central¹⁰; bajo ese criterio, los funcionarios deben ser facilitadores del proceso contractual, sin que se vaya a descuidar la vigilancia, transparencia y buena inversión de los recursos, pues en la contratación electrónica se busca la agilidad como principio orientador del comercio en red. Sin embargo, atendiendo a la autonomía administrativa y presupuestal, cada entidad desea realizar su propia contratación sin que tenga la necesidad de adherirse a iniciativas nacionales, situación que debe flexibilizarse en la contratación electrónica.

En el mismo sentido, expresó el director posesionado que “la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de Paraguay, que a pesar de ser un órgano contralor, no debe ser una traba”, y bajo ese cometido adelantó que se va a enfocar en que la Dirección de Normas y Control de la institución trabaje muy de cerca con todas las entidades del Estado. Disponible en: <https://www.contrataciones.gov.py/> última entrada 16/05/2014.

⁹ Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

¹⁰ Caso Colombia, que aunque existe descentralización y autonomía en las entidades territoriales, ordenada en el artículo primero de la Constitución de 1991, el poder central sigue siendo fuerte y en ocasiones hace intromisión en los asuntos que le competen a las entidades territoriales. Razón que no parece descabellada, porque debe haber una cooperación institucional en aras de mantener la unidad nacional. Bajo esos elementos, el sistema de contratación ha de gozar de toda la cooperación interinstitucional, a fe, que los convenios con otras entidades del sector público, puede hacerse de forma directa (artículo 2 numeral 4 literal C Ley 1150 de 2007).

Proyecto loable no solo para la contratación interna de Paraguay sino para la globalización perseguida con la contratación electrónica, pues se busca que sin menoscabar la vigilancia que se pretende en cada Estado, las exigencias no lleguen a disponer un sistema procesal contractual diferente en cada lugar, sino que tratándose de la adecuación del sistema contractual en red, las naciones estén articuladas en sus propósitos logrando una homogeneidad en cada una de los actos del contrato electrónico; y por demás, consiguiendo que el régimen probatorio no constituya un cumulo de situaciones adversas en las diferentes latitudes; pues el hecho de que en algunos lugares se dé más relevancia jurídica a un suceso que en otro, ya se configura una situación de difícil manejo para la contratación globalizada. De ahí, que las distintas clases de firmas tienden a enredar el compromiso y la obligación de cumplirlo.

1.1.4. Ecuador, (Ley 67 de 2002, Art. 10). De acuerdo con la Ley ecuatoriana se presume que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y autoriza, salvo prueba en contrario; pudiendo el receptor actuar e incorporar el mensaje a la actuación que se esté llevando, con la excepción de no poder hacerlo si el emisor dio aviso de que el mensaje no proviene de quien supuestamente aparece como emisor. Dicho aviso debe ser allegado al receptor antes de que este le dé aplicabilidad al mensaje que supone autentico; ahora, si ya se ha producido actuación alguna, respecto del mensaje, quien figura como emisor deberá justificar y comprobar, plenamente, “que el mensaje de datos no se inició por orden suya, o que el mismo fue adulterado”. Como adicional, la Ley determina consecuencias para quien recibe y le da credibilidad al mensaje sin haber verificado diligentemente la procedencia y certificación del mismo, o en el caso de que haga caso omiso de las advertencias que se hayan instruido respecto a los mensajes recibidos, pues en esos casos, el supuesto emisor podrá objetar el

mensaje, según lo previsto en la Ley, dejando la responsabilidad a quien le dio curso normal.

Viendo lo enunciado por la Ley Ecuatoriana se hace un poco difícil enviar cualquier anuncio antes de que quien recibe el mensaje le dé trámite; atendiendo a la idea de no haberse enviado por quien aparece como supuesto transmisor del mensaje, pues es lógico que se desconozca la existencia del mismo; dada la anterior inocencia, puede entrar a probar que el dato recibido no fue enviado por quien lo suscribe o que fue tergiversado su contenido.

En cuanto a la responsabilidad de quien lo recibe, este debe actuar diligentemente antes de darle credibilidad y aplicabilidad al mensaje recibido, es decir, debe efectuar las verificaciones correspondientes que le permitan tener la suficiente seguridad acerca de la autenticidad del mensaje, pues correría con las secuelas que se deriven de su conducta, en caso de que haya lugar a indemnizaciones, dada la acción de repetición que le asiste al Estado.

Ahora, la presunción es que el mensaje goza de autenticidad, pero puede ocurrir que exista la posibilidad de adulteración del mensaje, caso para el cual, el afectado debe probar que no provino de su autoría. Puede pasar que efectivamente se plagie la información contenida en los datos, pero también puede acontecer que quien introdujo el dato niegue haberlo hecho; entonces, la valoración de la prueba va a tener más de un escenario posible en la controversia que se pueda suscitar; de ahí que la Sana Crítica del Juez, será pieza clave para dirimir el litigio.

En cuanto a los efectos de la firma electrónica, la equipara con la firma manuscrita, reconociéndole los mismos efectos jurídicos de valor probatorio,

pues al igual que en los documentos físicos, podrá ser admitida como prueba en juicio (Artículo 14).

Señala, además, la mencionada Ley en el Artículo 31, que las entidades de certificación serán responsables hasta de “culpa leve” y responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona natural o jurídica en caso de que incumplan sus obligaciones o actúen con negligencia; responsabilidad que puede derivar en la demanda de otras acciones jurídicas que puedan incoarse como consecuencia de la actuación de ellas.

Siendo también responsables las entidades de certificación, del uso indebido del mensaje certificado, si no han aclarado y consignado en el mismo “de forma clara” el criterio y alcances del mensaje certificado, es decir, que deberán estipular en el mensaje la actuación que puede surtir con el mismo. Y como situación procesal, traslada la carga de la prueba a la entidad certificadora, siendo que debe probar la no responsabilidad de las situaciones jurídicas que puedan presentarse con los mensajes certificados.

Se ocurre además que las entidades de certificación serán garantes de la información contenida en los certificados, tanto para la entidad que los recibe, como para el que presuntamente fue el emisor, pues nada queda sobre la firmeza ciega que el certificado emitido goce de veracidad absoluta.

Dado lo anterior, puede pensarse que en un litigio en el que el sujeto activo sea una entidad del Estado, lo más recomendable sea involucrar tanto al contratista, como a la entidad certificante, porque si el proceso se dilata en saber quién tiene la razón respecto de la autenticidad de un mensaje firmado y certificado, la resolución del dilema que pueda suscitarse entre contratista y certificador del mensaje no daría ocasión a la solución rápida del conflicto, sufriendo las consecuencias la comunidad que espera el servicio. Lo más

natural es que respondan solidariamente y después repita uno contra el otro por los perjuicios si a bien lo tienen, pues en la contratación pública, lo importante es salvar el presupuesto estatal.

Referente a los medios de prueba, el Artículo 52 da plena garantía para ser considerados medios de prueba a todo mensaje de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y certificados electrónicos allegados a los procesos contractuales, bien sea de procedencia nacional o extranjera, los cuales se valoraran y se les dará el trato legal que se estima en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

Parece una buena medida, en el entendido que esa intención de igualdad de criterios entre los mensajes nacionales e internacionales es producto de las Naciones Unidas y de la Comisión de Comercio Internacional, pues bien puede ventilarse una demanda de incumplimiento del contrato ante los Jueces Ecuatorianos, y teniendo claridad acerca de la ponderación de la prueba, se espera que haya imparcialidad al momento de la decisión jurídica; siendo por demás, que si ha quedado escrito el alcance que pueda tener la calificación de los datos venidos del extranjero, se connota un sentimiento de seguridad jurídica en Ecuador para los contratistas extranjeros.

La Ley configura igualmente el procedimiento que ha de seguirse en la ponderación de la validez del mensaje de datos, artículo 53; la impugnación del certificado, o de la firma electrónica, la práctica de pruebas, artículo 54; y la valoración de la prueba, artículo 55; observando así mismo que: “Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas”. Pero surge el cuestionamiento respecto de la diferenciación de exigencias que constituyen

las firmas de los demás países, como ya se ha dicho, ¿Qué valor probatorio le otorga el Juez a la firma electrónica simple, avanzada, digital, etc.?.

Hay que reconocer que la Ley Ecuatoriana de firma electrónica, es una de las más completas en cuanto al sistema probatorio contentivo de los mensajes de datos y de la firma electrónica; y en el mismo sentido, contempla el procedimiento que ha de seguir el Juez respecto de la controversia que se pueda originar respecto de la negación de autoría del mensaje de datos y de la firma electrónica, siendo medio de refuerzo para otras legislaciones que no han desarrollado bien el tema.

1.1.5. España, (Real Decreto Ley 14 de 1999), derogado por la ley 59 de 2003, artículo 3 numeral 8. “El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio”. Es decir, se pueden hacer valer en juicio todos los documentos electrónicos, físicos y digitales que contengan firmas electrónicas y que hayan sido producto del cruce de datos entre los contratantes.

En igual sentido, el mismo artículo y numeral de la Ley determina un procedimiento diferente en la comprobación de la autenticidad de los datos con firma electrónica reconocida de los signados con firma electrónica avanzada. Para el primer caso, dice que en el evento de llegarse a impugnar la autenticidad de la firma electrónica reconocida que contienen los datos incorporados al documento electrónico, habrá que comprobar la idoneidad del prestador de los servicios de certificación, los cuales deben estar ajustados a lo petitionado por la Ley para el cumplimiento de la misión; de acuerdo con ello, podrá “garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes”. Si se trata del segundo caso, o sea se llegase a impugnar la autenticidad de la firma electrónica avanzada, “se estará a lo

establecido en el (apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”.

En tal efecto, la autoridad certificadora tiene la viabilidad de certificar la autenticidad de la firma; sin embargo, puede también impugnarse la certificación que realice el prestador de los servicios de certificación de acuerdo con lo estimado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al respecto indica que “Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto”. Así las cosas, es viable atacar la presunción de legalidad, autenticidad y certificación de los documentos electrónicos, proponiendo toda clase de situaciones legales de confrontación que sean pertinentes al caso que se discute.

Y el inciso segundo del mismo artículo 326 dice que si una vez cotejados los documentos se puede comprobar la autenticidad, se procederá de acuerdo con lo estimado en el artículo 320, es decir, comprobando con originales y demás documentos que puedan ser comparados. Y si la impugnación deviene de un documento electrónico se procederá conforme al artículo 3 de la Ley de Firma electrónica, es decir, se asemeja a la firma manuscrita para comprobar su autenticidad. De suerte que, en cuanto a la firma electrónica o digital contenida en los mensajes electrónicos, es factible aportar pruebas que diluciden lo contrario. Si no se pudieren aportar pruebas que deduzcan la autenticidad de los mensajes, “el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica” (Gallego, 2012: 585).

En ese entendido, si se presenta la impugnación del documento certificado, hay que previamente proceder a identificar los requisitos de validez de la certificación, esto es, que quien certificó tenga la suficiente

competencia para ello, en tal efecto, debe cumplir con todos los requisitos de existencia y autorización legal. Siendo por demás, que en el proceso de certificación haya actuado con la debida diligencia para esclarecer la veracidad de los datos certificados, pues no se compadece que la entidad certificadora tuviese dudas acerca de lo que está certificando y no haga nada al respecto, (artículo 22 Ley 59 de 2003). E igualmente, debe arrimar pruebas que demuestren la veracidad de los documentos, entre ellos, las claves de creación de la firma y demás pericias que sirvan para identificar al emisor del mensaje; y de subsistir la controversia, es en últimas, el Juez quien tiene la facultad para decidir sobre la autenticidad del documento electrónico, de acuerdo la experticia técnica y con su saber y entender.

Y como colofón, el artículo 9 de la ley 59 de 2003, hace referencia a la ponderación de la firma electrónica contenida en los mensajes, señalando que “No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”. En tal efecto, cumple como las demás jurisdicciones en la atención de no rechazo de las firmas, siendo que, todo puede ser susceptible de presentarse como prueba en el juicio, (Berrocal¹¹, 2006: 397); lo que no hay que perder de vista, es que tratándose de firmas y datos electrónicos, aquellos que contemplan una certificación gozan de mayor credibilidad.

En atención a la misma Berrocal, ella hace una salvedad de acuerdo con la cita que hace de García Mas, pues este afirma que la aceptación de la firma debe operar únicamente “en los casos en que los datos estuviesen firmados con firma electrónica reconocida” porque ella es la que puede asimilarse a los efectos del principio de equivalencia funcional de la firma

¹¹ Berrocal, Ana I. Profesora Contratada. Doctora de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid.

manuscrita. Las demás quedan sujetas al principio de las reglas de la sana crítica, que es la manera como el juez entra a valorar el acervo probatorio en el proceso. Disponible en:

<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606120397A/13681>

Ya allí en la legislación Española hay un reconocimiento a la firma electrónica reconocida, que no opera para las demás firmas, pues como lo establece la doctrina, no hay similitud de manejo probatorio respecto de la firma electrónica reconocida con las demás firmas, criterio a tener en cuenta cuando se trate negociaciones con proveedores Españoles. Es decir, la firma que representa una mayor credibilidad, es la firma electrónica reconocida, pues es la que mayor valor probatorio denota, pudiéndose comprobar su autenticidad con la estimación de seriedad que comporte el certificador de la firma. Las demás aunque no son rechazadas, si se establece un procedimiento distinto para comprobar su autenticidad.

1.1.6. Chile, (Ley 19.799 de 2002), artículo 3. En este estamento legal se dá validez a los actos y contratos celebrados de forma electrónica, y otorga la misma efectividad que a los celebrados en soporte papel. Por tanto, el factor probatorio surte las mismas consecuencias y garantías del procedimiento civil, y en consonancia, admiten prueba en contrario los mensajes enviados vía electrónica. Entonces, *a priori* solo existe una presunción que puede ser desvirtuada. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640>.

Con base en lo anterior, Fernández¹², (2004: 137), habla acerca del “principio de equivalencia” señalando que lo que se homologa es un

¹² Fernández, Fernando. Miembro del Programa de Derecho y Tecnologías de la Información, Universidad Diego Portales, de Chile.

“documento escrito (mediante un ordenador) electrónicamente a otro escrito en papel”.

Lo anterior producto del artículo 3 inciso final de la ley 19.799 de 2002, en el que homologa o equipara la firma electrónica a la firma manuscrita, para efectos de que obre jurídicamente de acuerdo como lo estima la ley en el derecho probatorio. En tal propósito “La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales...”.

Los artículos que continúan en la ley hacen referencia a la diferenciación que existe en la clase de documentos expedidos, bien sean emanados de los particulares o de las entidades del Estado. Desde esa óptica el Artículo 4º de la mencionada ley le otorga la mayor credibilidad a la firma electrónica avanzada, dejando por sentado que “los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada”. O sea, la que connota más seguridad para la legislación Chilena.

Por su parte el Artículo 5º trae la formulación del valor probatorio de los mensajes de datos refrendados con la firma electrónica avanzada, cuando sean presentados en juicio. Indicando que los firmados por entidades públicas “harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales”, otorgando la misma connotación para los documentos privados suscritos con el mismo tipo de firma, con la salvedad que sobre estos últimos, “no harán fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado”. Situación en la que entra como garante de la veracidad el certificador.

Y en cuanto a los documentos electrónicos suscritos con firma electrónica simple, el valor probatorio se sujetará a lo establecido para los demás documentos, es decir, la controversia de la prueba en el caso concreto, valorada por el Juez mediante la sana crítica. Disponible en: www.bcn.cl (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile).

En síntesis, y a modo de encausar lo consignado en este numeral, es dable pensar que de forma general, los documentos suscritos por el Estado gozaran de autenticidad y serán considerados como plena prueba¹³; no es para menos, porque si bien es cierto existe toda clase de desconfianza y prevención en las relaciones entre personas, también lo es que en ocasiones se dude de la palabra de los funcionarios que representan al Estado, por aquello de “La Corrupción a Nivel Mundial”, (Silva, 2013: 15-20).

Y en el mismo criterio, si a la contratación electrónica estatal, y por ende a la firma dispuesta en ellos, que es el objeto de este trabajo, se le inventan vericuetos propios de la cada jurisdicción y de cada entidad contratante, a tal punto que en un momento dado pueda la institución gubernamental entrar a cuestionar o tachar de falsos sus propios actos, se va a profundizar el recelo en la actividad contractual, con el agravante de que el caos que se generará rayara en la inseguridad contractual, hasta hacerla inviable.

¹³ En Colombia el artículo 244 del Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, refiere que: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Así mismo, el inciso dos aclara que: “Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”. Y el inciso 5 ibídem determina que “La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos”.

Por ello, el estado no puede entrar a cuestionar los documentos electrónicos que han sido dispuestos por él, otra cosa es que pueda comprobarse lo contrario¹⁴. Ejemplo de ello, puede ser en la eventualidad que el funcionario lo haga en favorecimiento de un tercero, que tampoco puede ser preciso y poco probable que el Estado pretenda excusarse de la responsabilidad por ese motivo¹⁵, allí tendrá que salir a responder y después mirará como repite contra el servidor responsable¹⁶.

Y en cuanto a los particulares, todo dato puede ser manipulado, negado, tergiversado, acomodado, justificado o defendible, dado que no es desconocido ni ajeno a la realidad, que puede suceder, que se tergiversen, cambien, traspapelen u olviden los documentos que en algún momento se firmaron para comprometerse en un negocio jurídico. Es por ello, que de acuerdo a la controversia que se suscita en torno a las pruebas aportadas al

¹⁴ En igual sentido, la Ley 1437 de 2011, Artículo 141 de las “*Controversias Contractuales*”. Establece que: “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. (...). El inciso segundo del mismo artículo estima que: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”. Es decir en nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁵ Igualmente el Artículo 88, ibídem, respecto de la “*Presunción de legalidad del acto administrativo*”. Sostiene que: “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. (...).

¹⁶ El Artículo 142 ibídem de la “*Repetición*”. Enseña que “Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”. Anotando además, en el inciso segundo que: “La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública”.

juicio, sea el juez quien dé la última palabra en su fallo, así ha sido adaptado por las legislaciones que se han visto.

Bajo el mismo alcance, para que algo sea autentico debe gozar de la suficiente credibilidad y aceptación por parte de su creador, pero, si para que ello sea declarado autentico necesita de toda suerte probatoria, surge la desconfianza entre las partes involucradas en un acuerdo.

En materia contractual, todo ha girado en torno a los capitales que ella comprende, siendo que nadie está dispuesto a perder de la noche a la mañana su capital de trabajo; y en el sector público, los impuestos sufragados por los ciudadanos que ayudan a constituir el patrimonio del Estado, deben gozar del mayor cuidado, conservación y vigilancia; por ello, a los entes de control les corresponde velar porque el erario no sea menoscabado en perjuicio de la comunidad; en tal efecto, deben estar alerta para que el Estado no sufra un detrimento patrimonial respecto de contratos mal celebrados o sin las suficientes garantías (Contraloría, Concepto: 80112 EE15354 de 2006).

Ahora, en cuanto a lo referido en la prueba de la firma, no hay que olvidar que el contrato se hace entre las partes, las cuales deben firmar el contrato, porque la desconfianza no solo opera de un lado, a los contratistas también les asiste el halo de inseguridad cuando contratan con el Estado, pues puede acontecer, de acuerdo con la sabiduría popular, se dé el caso en el que los contratistas aporten sus conocimientos, productos y obras, y después deban demandar para que se les cancele el producto de su esfuerzo intelectual y patrimonial.

Como la situación no difiere mucho entre los estados respecto de la práctica de pruebas, en Colombia, el Consejo de Estado insta, como lo hace el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, a que la administración de justicia, en

cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, no solo le dé “prioridad a la formación, conservación y reproducción de expedientes, de comunicación entre los despachos y al funcionamiento razonable del sistema de información”¹⁷, sino que todos los esfuerzos deben estar igualmente “enfocados principalmente a mejorar la práctica de pruebas”.

Referente al inciso segundo del mismo artículo, éste recuerda a los operadores de justicia que: “En tal efecto los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones”. Y el inciso tercero remarca que tales documentos emitidos por los medios antes dicho, sin importar cuál sea su soporte, “gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”. Para el caso de la firma electrónica, haberse dado con las especificaciones que demanda la Ley 527 de 1999, conteniendo el certificado emitido por la entidad certificadora. Pero que obstante gozar de presunción de legalidad, el mensaje de datos puede ser rebatido en juicio mediante prueba que estime lo contrario.

En la misma sentencia, el Consejo de Estado precisó que los documentos en soporte de mensajes de datos, gozan de “equivalente funcional” de acuerdo con lo que el legislador ha señalado para la documentación consignada sobre papel. En tal evento, corresponde de la

¹⁷ Véase: Consejo de Estado “Nota de Relatoría: ver sobre Acto Administrativo General en Web Institucional: Sentencia de 15 de agosto de 2007, Radicación número: AP-00993-01, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sobre EQUIVALENCIA: de la Corte Constitucional, Sentencia C 662 de 2000, MP Fabio Morón Díaz y Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008), Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP), Actor: Gabriel Camilo Fraija Massy, Demandado: Distrito Capital de Bogota”).

misma manera al juez realizar las pesquisas necesarias a las pruebas para otorgar el derecho.

Como corolario, hay que decir que aún falta práctica y más atención a la contratación electrónica, y en consonancia con ella, todos los procesos de atención al ciudadano deben ir migrando hacia la digitalización, ello hará posible una vida más tranquila, prospera y segura; pero a su vez, más ágil, pues ya no se tendrá que perder tiempo en largas filas, y el paseo por las dependencias y oficinas de la administración, ya no será el recorrido frustrante de la población. Hoy día todavía existen funcionarios que quieren adaptar los procesos a su conveniencia y sabiduría, por ello, el legislador ha tenido a bien, en varias oportunidades, disponer de leyes anti trámites¹⁸ en búsqueda de la agilidad de la administración.

El cuidado es el saber que el Estado se debe adaptar a las nuevas tendencias en materia electrónica comenzando con la contratación que parece ser el renglón que más está jalonando el compromiso de modernidad, ojalá no se entorpezca tal propósito, porque... ¡si ello llega a suceder en la contratación electrónica!. Los propósitos globalizantes no tendrán puerto seguro.

Así también, no todo debe ser aceptado *per se*, las comunicaciones allegadas por correo que hacen parte de la contratación electrónica son presumiblemente auténticas, pero como ya vimos en las legislaciones expuestas, les cabe prueba en contrario; de tal modo, que habrá de tenerse especial cuidado en la aceptación de los mensajes. La verificación, corroboración y aceptación por parte de quien lo envió, son la mayor prenda de garantía para el funcionario que debe dar el visto bueno en las distintas etapas procesales del contrato, por lo cual, todas las acciones que se tomen

¹⁸ Ejemplo de ello es la Ley 962 de 2005 y el Decreto 19 de 2012, en Colombia.

en aras de tener certeza sobre los datos que se recepcionen no sobran, sino que constituyen la seguridad del contrato en sí.

2.- LAS IMPLICACIONES DEL CONSENTIMIENTO DADO MEDIANTE LA FIRMA DIGITAL, EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

No es fácil, ni constituye buena experiencia en las relaciones comerciales el que se esté negando la responsabilidad de lo actuado. Para ser más explícitos, a una empresa del orden mundial no le queda bien entrar a desestimar el beneplácito de la aceptación empeñada con la firma dispuesta en un contrato, y para la entidad estatal, sabemos que de acuerdo con la legislación, el consentimiento dado por el Estado constituye plena prueba o goza de la presunción de legalidad.

2.1. El consentimiento: es la conformidad de voluntades entre los contratantes, así lo referencia el Diccionario Hispánico Universal (1971: 375) de la Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española. Palabra que viene del verbo consentir que implica aceptar, permitir u obligarse.

Para Godoy, (2004: 159), en afecto de la cita que hace de Locke, sostiene que únicamente se produce sujeción a una situación concreta “Solamente en virtud de un acto emanado de su propia libertad un ser humano”, es decir, mediante el empeño del consentimiento libre y espontáneo (consent). Asevera que esta es la única fuente de sujeción legítima, conforme a la ley de la razón. Lógico, si esa decisión es libre de todo apremio, espontánea o calculada, según corresponda.

Respecto de las decisiones en la contratación, ellas se realizan de manera premeditada, pues se obra con la razón de realizar el ofrecimiento que se hace en aras de participar en la contratación de una obra, consultoría o suministro con el Estado. De ahí, que una vez realizado el contrato quedan

las partes ante una sujeción especial para con el conglomerado, pues se convierten en los garantes de la solución de las necesidades que se espera recibir.

Sin embargo, aunque exista el criterio de lo que se quiere ejecutar, puede haber ocasión a que las actuaciones se vicien, toda vez que pueden realizarse bajo el influjo de acontecimientos que dan oportunidad a que ello sea así. En tal efecto, el Código Civil Colombiano en el artículo 1508 de los “vicios del consentimiento”, expone que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.

2.2.1. Error. En cuanto al error de hecho, el artículo 1510 dice que este:

...Vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

Razones que pueden suceder en un contrato electrónico, lo que daría pie a que efectivamente se tenga la absoluta certeza de lo que se está comprando, el negocio o contrato que está suscribiendo, el tiempo de entrega, y la forma de pago; porque, una vez realizada la transacción con el contratista extranjero, es bien difícil entrar a ponderar el posible error en el que haya caído el funcionario colombiano, máxime, si quien vendió o contrato con la entidad, entendió el contrato como lo ejecutó, de ahí que los mensajes y datos sean claros y concertados. Siendo de gran estima la sujeción que tiene el servidor público para con el Estado, que es la de obrar

con diligencia y observación de los principios en el desempeño de sus funciones.

Respecto de la calidad, el artículo 1511, indica que:

El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

Volviendo a reiterar que la claridad sobre lo que se quiere contratar va a tener una relevancia suprema en las contrataciones a larga distancia, como efectivamente son las que se dan vía Internet, porque las devoluciones y el arreglo de las controversias, harán que el proceso se demore, haciéndolo tal vez más engorroso que el que se tiene hoy día.

El inciso segundo del artículo referenciado antes, aclara que:

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

Claro, hay que dejar las especificaciones de lo que se quiere, tamaño, peso, volumen, material, capacidad y demás características que sirvan para identificar el objeto que se quiere contratar, y por sobre todo, la garantía de durabilidad del producto.

El artículo 1512, recuerda que “el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”. Bueno, el artículo hace referencia a que se vicia de nulidad el contrato, cuando se quiere contratar con una persona específica (caso los artistas o científicos) y se presenta otra diferente. Dando la seguridad en el inciso segundo de que “...en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”.

2.2.2. Fuerza. El artículo 1513, hace alusión a la fuerza que puede ser ejercida por una persona sobre otra con la intención de inducirla a firmar compromisos a ciegas, denotando que ella no vicia el consentimiento:

Sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

La reverencia que se siente en los países periféricos por los avanzados, es uno de los obstáculos que hay que vencer al momento de contratar, pues se supone que las transacciones se harán en igualdad de condiciones, del mismo modo como se firman los acuerdos, tratados y convenios internacionales. No obstante lo anterior, el inciso segundo de este artículo dispone que “El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta

para viciar el consentimiento”. De ahí, que sea propio tener la suficiente entereza para exigir desde el primer momento lo que se quiere, pues una vez firmados los compromisos, difícilmente se va a poder eludir la responsabilidad, por ello, la planeación se hace importante antes de entrar a contratar.

En la firma de los compromisos, estos pueden ser viciados mediante la fuerza que ejerza cualquier persona que actúe como intermediaria, con el fin de obtener el consentimiento, en beneficio de quien suscribirá el contrato. Es decir, que si el temor reverencial no es causal para viciar el consentimiento, si lo es la imposición u obligación que transmita un tercero con el objeto de que se suscriba el contrato, sin importar quien ejerza la presión.

2.2.3. Dolo. Ahora, en lo que respecta al Dolo, el artículo 1515 establece que “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”. En tal efecto, el que engaña quiere un buen resultado para sí, tiene el control de lo que está haciendo sin importarle que pueda generar un efecto contrario en la otra parte que contrata, pues a sabiendas de las consecuencias que pueden ocurrir, dispone todo su accionar en permitir el efecto adverso. Lógico, con el propósito de obtener beneficios a costa del detrimento patrimonial de la contraparte.

No hay que olvidar que los contratos son ley para las partes, así lo dispone el artículo 1602 del mismo código, al señalar 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”. Ante lo cual, si ha existido la voluntad de comprometerse y generar una obligación, y

ha existido la suficiente claridad sobre lo que se quiere contratar y se han satisfecho las garantías exigidas, pues lo más factible es que se firme el contrato celebrado, y una vez, empeñado el consentimiento y ratificado con la firma, no queda otra que cumplir lo pactado, *pacta sun servanda*.

2.3. Buena fe contractual. La Corte Constitucional de Colombia en sentencia de Tutela No. 376 de 2012, ha sostenido que “la confianza legítima se aplica ante la existencia de acciones u omisiones estatales que lleven a generar en los particulares la convicción fundada de que se mantendrá el curso de acción previamente observado”. O sea, los actos que se desprendan del accionar de la administración pública, bien sea por acción o aquellos en los que la autoridad pública haya sido complaciente (omisión), conllevan en sí, la particularidad de estar ante la seguridad del mandato legal. Por tanto, sostiene la Corte que “la confianza es legítima si el particular ha obrado de buena fe y no cuando ha tomado provecho o inducido en error a las autoridades públicas para la creación de esa apariencia de estabilidad”. Siguiendo un poco a (Odorqui, 2011: 101), la buena fe hace parte de la integración del contrato.

De suerte, que cuando se modifique la situación que exista en la relación, no se afecte de manera significativa el interés particular, sino que debe apropiarse la solución a que haya lugar, “para llevar a cabo la transición entre la situación inicial y aquella resultante de la modificación”. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>

Por lo tanto, si el contrato ha sido celebrado y la firma tiene las garantías de autenticidad por parte del certificador, ya existe una obligación que se debe cumplir, pues tratándose del Estado, no puede modificar a criterio propio las situaciones concebidas con anterioridad, so pena de indemnizar al perjudicado.

Pero la situación también incumbe a los contratistas, pues la seguridad y la buena fe deben operar en ambos sentidos. Tratándose de la contratación vía electrónica, surgirán, en la realidad del comercio electrónico, oferentes de bienes y servicios en todos los lugares del mundo, los que querrán realizar contratos con los pueblos y naciones de cualquier parte del orbe, pero, ¿cómo tener certeza de que quien aparece en red ofertando tiene la infraestructura suficiente para cumplir el contrato? Y en el mismo sentido, ¿cómo llenarse de buena fe sin conocer o tener contacto personal con quién se contrata?, o igualmente, ¿cómo saber de antemano que lo que está ofertando cumple con los requisitos de calidad, cantidad y precio que se exigen?.

No es tarea fácil, máxime si no existe una oficina en cada país que certifique la idoneidad del oferente, ese es un trabajo que muy diligentemente van a tener que desplegar los funcionarios encargados de la contratación pública. Si a veces internamente se tiene problemas para obligar al contratista a que termine la obra o entregue a satisfacción lo acordado en el objeto contractual, que esperar de situaciones en las que esté el contratista a distancias considerables y se tenga que ejercer el litigio involucrando una jurisdicción diferente a la del Estado contratante.

En cualquiera de los casos hipotéticos, que no son ajenos a la realidad, de nada sirve saber que efectivamente el proceso contractual se llevó a cabo con el rigorismo exigido normativamente, y que no existe duda del consentimiento expresado y ratificado con la firma, pero, si el contratista no tiene con qué responder o se ha insolventado, la entidad y la comunidad quedarán burladas y las obras inconclusas adornarán el paisaje urbano. Por ello, el requerimiento de claridad y buena fe en los negocios no solo debe requerida a la entidad estatal, sino que al contratista también le asiste obrar con la mayor diligencia, sinceridad, transparencia, decoro y responsabilidad.

3.- NORMATIVIDAD QUE SOBRE LA FIRMA DIGITAL EXISTE EN OTROS PAÍSES, VISTA DESDE UNA POSIBLE GLOBALIZACIÓN DE LA FIRMA DIGITAL

Ya en el primer numeral de este capítulo se hizo una aproximación al manejo del valor probatorio del mensaje de datos y de la firma, contentivo de los contratos electrónicos, en algunos países; de la misma manera, se realizó un alcance de la presunción de legalidad de los mimos, anotando que en lo sucesivo se admite prueba en contrario sobre los documentos electrónicos, entre ellos la firma. En este numeral, se hará un acercamiento a la identificación de las diferentes clases de firmas expuestas por los estados en las leyes que regulan la materia; es decir, se hace necesario para este trabajo y para los posibles consultores del mismo, saber qué firma y de qué país es la que ofrece más garantías para su aceptación, si la firma digital o electrónica de Colombia, la firma digital o electrónica de Argentina, la firma electrónica simple o avanzada de Uruguay, la firma digital o electrónica en Perú, o la firma electrónica simple y avanzada de España.

Sobre la misma idea, la normatividad dispuesta para la firma en los contratos electrónicos ha configurado una verdadera gama de acepciones en las jurisdicciones que se hace necesario entrar a ponderar algunas de ellas, escogidas sin ninguna pretensión, únicamente se hace referencia a ellas, en atención a la imposibilidad de nombrar cada relación jurídica estatal; con el entendimiento de que las escogidas servirán para comprender las demás denominaciones que puedan aparecer en otras naciones. En ese orden de ideas, se observará cual connota una mayor garantía para su aceptación, respecto de los países que se enunciarán a continuación:

3.1. Argentina. En el país de los gauchos, el legislador tuvo a bien emanar la Ley 25.506 del 2001, que en su articulado dispone: artículo 1 “Se reconoce el

empleo de la firma electrónica y de la firma digital...”. Ante esa afirmación conceptual de la Ley, se espera que la misma normatividad o un Decreto que la reglamente, determine el alcance, utilidad y garantía de una y otra clase de firma; es decir, se clarifique la diferencia que pueda haber respecto de las firmas enunciadas por la Ley; porque de hecho, si característicamente el contenido legal es idéntico, ¿para qué dos modelos de firmas?

En efecto, el artículo 2 de la Firma Digital, dispone en primera medida que se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático; y la información allí soportada debe ser secreta, estando únicamente bajo el control del autor, pues solo obedece a la creación del firmante. Como segundo, la firma realizada debe poder ser verificada por terceros que puedan identificar al firmante, y en ese ejercicio les quede fácil detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Y para que tenga validez, se requiere que esté debidamente certificada por un certificador licenciado, y además que dicho certificado se encuentre vigente.

A su vez, el artículo 5 de la firma electrónica, recuerda que:

Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

De ahí en adelante, correspondería buscar en la Ley el desglose y la adecuación de cada una de las firmas enunciadas en los artículos anteriores,

o, por lo menos, la agrupación conceptual de las mismas; sin embargo, la firma electrónica no se vuelve a pronunciar a lo largo del articulado de la referida Ley, mientras que para el concepto exclusivo de “firma digital” en los artículos: 1, 2, 7, 8, 9, 10, 17, 19, 21, 25, 31, 35, 48 y 51 se explican claramente los pormenores de: autoría, integridad, seguridad, autenticidad, creación, validez, verificación, certificación, y valor probatorio.

Ahora, si observamos el Decreto 2628 de 2002, vuelve y se hace evidente la orfandad legislativa de la firma electrónica. El inciso tercero de los considerandos establece: “Que con la sanción de la citada Ley N° 25.506, de firma digital se reconoce el empleo de la firma, digital y de la firma electrónica y su eficacia jurídica en las condiciones que la misma ley establece”, o sea, hay que mirar la Ley para saber qué aspectos connota una y otra firma en la legislación, pero la Ley no las equiparó, ni desarrolla los pormenores de la firma electrónica como lo hace con la firma digital, pues no refiere el Decreto ni la misma (Ley 25.506) que todos los aspectos considerados para la firma digital serán tenidos en cuenta para la firma electrónica; de hecho, en el capítulo III viene dada una regulación explícita para la Comisión Asesora para la Infraestructura de la Firma Digital, en la que se contempla el funcionamiento, integración y funciones de la misma, sin decir que servirá de asesora para la firma electrónica.

Sin ánimo de crear polémica en torno de una y otra firma, sí parece preocupante en el momento del litigio entrar a ponderar la efectividad legal de la firma electrónica, es decir, queda un amplio margen de discusión acerca del cumplimiento de la obligación contraída mediante la firma electrónica, no así para las contraídas mediante la firma digital, porque ella tiene la suficiente carga conceptual y explicativa para su adecuación, siendo que para confiar en ella debe estar certificada.

Y el otro aspecto se configura en el entendido de que existen países en los que únicamente se hace referencia a la firma electrónica; entonces, bien vale el cuestionamiento: ¿Qué valor de autenticidad se le otorga a la firma electrónica contenida en un contrato proveniente de los países que contemplan dentro de su legislación la firma digital?, e igualmente, ¿A qué confusión puede llegar el contratante extranjero respecto de la firma electrónica dispuesta en un contrato por un proveedor argentino?.

Lo anterior, sobre la base de la misma normatividad que no adjudica igualdad para una y otra firma, sino que las diferencia sustancialmente; sabiendo además, que la Ley reconoce las certificaciones extranjeras cuando cumplen lo establecido en la propia Ley.

Al respecto Lastra (2012: 10), en un escrito sobre firma digital señala que para la Legislación Argentina “los términos ‘Firma Digital’ y ‘Firma Electrónica’ no poseen el mismo significado”. Aduce que la diferencia estriba en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, porque para la “Firma Digital” existe una presunción “iuris tantum” en su favor, es decir, se presume auténtica mientras no resulte prueba en contrario que la desmienta. Añade que por el contrario, en el caso de la firma electrónica, en caso de ser desconocida la firma por su titular, “corresponde a quien la invoca, acreditar su validez”. Disponible en: http://www.calp.org.ar/uploads/la_firma_digital.pdf

Ante ello, hay una inversión de la carga probatoria, porque mientras que en la firma digital le corresponde al autor probar que no firmó, por aquello de la presunción que admite prueba en contrario; en la firma electrónica le corresponde a quien la invoca probar que si fue firmada por quien aparece en el documento firmando; no es tarea fácil de llevar a cabo, atendiendo a las mínimas posibilidades que tendría de comprobar que la autoría de la firma electrónica fue realizada por quien la niega, máxime

atendiendo a las posibilidades de fraude que pueden existen en los medios electrónicos.

Para no tener confusión, lo esencial sería exigir la firma digital que dá mejores garantías de seguridad que la firma electrónica, tanto por el certificado que debe acompañarla, como por la adecuación legal que está regulada en la Ley 25.506 de 2001 y el Decreto 2628 de 2002. Sin embargo, una y otra pueden ir incursas en un contrato dado que “la firma electrónica actuaría como el género, mientras que la Firma Digital sería la especie”. Según lo estipulado por la Ley Argentina. Disponible en: <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=4834>

3.2. Uruguay. El antecedente lo constituye la Ley 17243 de 2000 que en su Artículo 25, dispone la autorización para que puedan ser utilizadas, tanto la firma digital como la electrónica, otorgándoles la misma validez y eficacia que a la firma autógrafa. Con el requisito de que estén debidamente autenticadas por claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática.

De acuerdo con el anterior precepto legal, el legislador Uruguayo dispuso la Ley 18.600 de 2009, reglamentada por Decreto presidencial el 08 de Diciembre de 2011, que en su artículo 1º, (Ámbito de aplicación) dispuso que “Queda reconocida la admisibilidad, validez y eficacia jurídicas del documento electrónico y de la firma electrónica”.

Ya en el artículo 2 literal J, que es contentivo de la firma electrónica, indica que esta es configurada por “los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación”. Diferencia la firma electrónica avanzada en el literal K), en cuanto a que debe ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, ser

susceptible de verificación por terceros, esté vinculada con un documento electrónico y que esté basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

Respecto de la validez de la firma electrónica avanzada el artículo 6 se establece que ella tendrá idéntica validez y eficacia que la firma autógrafa consignada en documento público o en documento privado con firmas certificadas, siempre que esté debidamente autenticada por claves u otros procedimientos seguros, los que A: den plena prueba de que la firma electrónica avanzada es fiel copia del certificado reconocido emitido por el prestador de servicios, que esté legalmente acreditado, y éste lo asocia con el emisor. B: que del cotejo anterior, se asegure que la firma electrónica avanzada no fue adulterada, de modo que no pueda ser repudiada; y C: se pueda garantizar que la firma electrónica avanzada fue creada con el rigorismo establecido en la Ley, de modo que el signatario “mantiene bajo su exclusivo control y durante la vigencia del certificado reconocido”. Disponible en:http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/v/311/1/agesic/ley_n%C2%B0_186_00_de_21_de_setiembre_de_2009.html

Como está previsto en la Ley, la firma electrónica avanzada es la que da suficiente garantía, es asimilable a la firma digital en Argentina y en Colombia, pues se presumen auténticas mientras no se compruebe lo contrario, lo esencial es la certificación que deben poseer para que den la seguridad necesaria.

3.3. Chile. “Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de dicha firma”. El artículo 2º literal f) señala que firma electrónica puede ser “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”.

Denomina la firma electrónica avanzada en el literal g), estableciendo que es “aquella certificada por un prestador acreditado”. Es decir la Ley Chilena asocia la firma electrónica avanzada a la existencia del certificado emitido por la entidad de certificación que esté debidamente aprobada; estableciendo el mismo rigorismo de creación personal secreta que mantiene en custodia del signatario para que no sea adulterada y pueda después ser corroborada su autenticidad, de suerte que pueda ser vinculado el creador con la autoría de la misma, en caso de necesitarse su reconocimiento en juicio. Es decir, le concede a la firma electrónica avanzada la calidad de presunción de autenticidad, al igual que en Argentina a la firma digital y en Uruguay a la firma electrónica avanzada.

Otra calidad obtiene la firma electrónica simple, pues cualquier, símbolo, seña, sonido, marca o cualquier otro proceso electrónico, puede configurar una firma, de acuerdo con lo dicho por la Ley, sin embargo, haciendo una similitud con los demás países que contemplan varias clases de firmas, se supone que estas sufre las mismas consecuencias probatorias de cualquier documento en el que se dude de su autoría, siendo tal vez, un interrogatorio de parte el que ayude a dilucidar la responsabilidad.

Respecto de la similitud con la firma ológrafa el artículo 7º le da respaldo a todos “los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado”, la misma validez y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel. Con la condición de que para el efecto, la firma que debe suscribirse es la electrónica avanzada. Disponible en: http://www.guiadigital.gob.cl/recursos/documentos/Ley_19799_firmaelectronica.pdf

De tal suerte, que en Chile cobra relevancia y se dá seguridad de negociación la firma electrónica avanzada, pues es la que va aparejada con

el certificado emitido por la entidad que lo haga, estando ésta debidamente autorizada por la Ley.

3.4. España. Con la Ley 59 de 19 de Diciembre de 2003, de firma electrónica, se especifica, más concretamente en el artículo 3 la firma electrónica y los documentos firmados electrónicamente.

El numeral 1. Enseña que “La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.

En igual sentido el numeral 2, recuerda que “la firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados”, siendo establecida únicamente por su creador quien guarda celosamente los datos de ella; de modo, que resulta ser el responsable de cualquier adulteración que pueda sufrir, pudiendo ser comprobada su autenticidad posteriormente mediante el cotejo de las claves.

Siendo por demás, que como lo sostiene el numeral 3, “se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”. Así las cosas, es la firma electrónica avanzada la goza de custodia del creador, y a su vez es la que puede ser certificada por un tercero avalado por las autoridades competentes; siendo ya reconocida su valor probatorio y de compromiso es asimilable a la firma manuscrita estampada en un papel, así lo establece el numeral 4 y 8 del mismo artículo.

Véase firma electrónica española en:
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l59-2003.t1.html#a3

Como se puede observar, la firma electrónica avanzada en España no difiere sustancialmente de las vistas en las demás legislaciones de América, siendo la que connota mayor seguridad, es la que se asimila en todas sus partes a la firma digital en los países que no contemplan la firma electrónica o que aún habiéndola determinado en la Ley, le dan mayor valor probatorio a la firma digital, caso Argentina y Colombia.

3.5. Perú. Ley No. 27269 de Firmas y Certificados Digitales. Dice el artículo 1 que el objeto de la Ley es regular el uso de la firma electrónica, dándole la misma validez y eficacia jurídica que puede contener la firma manuscrita o a otra análoga de la que se pueda extractar la manifestación de la voluntad.

El inciso segundo del mismo artículo expone que “entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma manuscrita”. Hasta ahí no hay ninguna novedad respecto de las anteriores firmas dispuestas en los países que se han visto, a no ser que se estime la expresión “cualquier símbolo basado en medios electrónicos” que se aparta de los sonidos o grabaciones que si son tenidas en cuenta en otras legislaciones como firma electrónica.

La razón inquietante esta fraguada en la similitud otorgada en las condiciones de validez y seguridad jurídica de la firma electrónica con la firma manuscrita; bajo ese entendido, es obvio pensar que ella encarna toda la credibilidad de los que negocian con proveedores Peruanos.

Sin embargo, ya en el artículo 3 hace mención a la Firma digital, y le dá el despliegue normativo encausándola en el componente de certificación y validez; en tal sentido, parece que es la firma digital y no la firma electrónica

la que configura la mayor seguridad en Perú. Explica el artículo que la firma digital “es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada”. Véase la Ley en: <http://www.cnv.gov.ar/FirmasDig/Internacional/LeyFirmaDigitalPeru.htm>

La Ley no trae mayores explicaciones de la firma electrónica ni de la firma digital, se ocupa mayormente de la certificación y de la entidad certificante, asociadas a la firma digital, que es, como lo dice la ley, la que usa para su configuración las claves de identificación de la misma.

Bajo esos parámetros es bueno, saber que la importancia normativa viene dada hacia la firma digital que es la que contiene la certificación mediante las claves pública y privada otorgada por la entidad certificante, eso precisamente es lo que encarna la seguridad de la firma que es certificada y son los requisitos de validez de las firmas que gozan de credibilidad, porque al igual que se puede desconocer la firma manuscrita, también puede serlo la electrónica, y la que es certificada también; la sustancia deriva de los medios probatorios que puedan ser pertinentes en uno u otro caso; entonces, en cuanto a la presunción de legalidad de la firma, bueno es saber que puede invocarse prueba en contrario que demuestre la falsedad del mensaje. Lo cierto es que la firma digital es la que cobra mayor seguridad en los negocios electrónicos con proveedores Peruanos, pues es la que se avala por el tercero certificador.

3.6. Ecuador. La ley Ecuatoriana, como ya se dijo, es una de las más completas en disposición regulatoria y especificación procedimental,

establecida por demás con las especificaciones de similitud con la Ley Modelo de firma electrónica de la CNUDMI. Caso para el cual, la Ley de Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (Ley 67 de 2002). Establece en el artículo 1 que la referida Ley Regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 13 denomina la firma electrónica como:

Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.

Como lo entroniza la Ley, los datos expuestos en el mensaje de datos pueden servir para identificar al autor de ellos, pero hasta que no se obtenga la admisibilidad de la autoría, se tiene una presunción, más no, la plena seguridad.

Hay que insistir en ello, porque puede tenerse la convicción errada de que si un mensaje de datos certificado ha entrado en la esfera del conocimiento de la entidad, se le debe dar toda la credibilidad. Caso no cierto, porque se estaría dando por sentado que no existe presunción de veracidad, sino plena garantía de compromiso; recordando por demás que incluso la entidad certificadora puede ser cuestionada.

El artículo 14 la asimila la firma manuscrita a la firma electrónica y el artículo 15 estima los requisitos de validez, que vale la pena transcribir porque en otras leyes no se contemplan explícitamente, como en la Ley Ecuatoriana, ellos son los de:

- “a. Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular.
 - b. Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta Ley y sus reglamentos.
 - c. Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado.
 - d. Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario; y,
 - e. Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece”.
- Véase la Ley de firma electrónica Ecuatoriana en:
[http://www.gobiernoelectronico.gob.ec/files/Ley_CEFEMD_2002\(1\).pdf](http://www.gobiernoelectronico.gob.ec/files/Ley_CEFEMD_2002(1).pdf)

La Ley Ecuatoriana única y exclusivamente hace referencia a la firma electrónica, no referencia firma digital ni electrónica avanzada, lo que lleva a pensar que si ha de haberse dispuesto una sola denominación de firma para ser utilizada en los medios electrónicos, sin que se buscara por cada legislación, otras acepciones que no contribuyen a la universalización del propósito de hacer de los pueblos de la tierra un solo mercado donde se vendan y compren los objetos, artículos, asesorías, obras y todo cuanto necesiten los pueblos, sin mayores trabas que las que pueda cada pueblo enumerar en los estándares de calidad y garantía que implica la seguridad de invertir los recursos del Estado.

Para terminar es de acotar que las anteriores leyes de firma electrónica fueron tomadas como datos pertinentes para este trabajo, pero bien pudieron haber sido las de cualquier otro país de América, África o Europa; no siendo otro el propósito que el de coadyuvar mediante la investigación cualitativa a dar claridad respecto de la firma en los contratos electrónicos que celebren las entidades públicas en el marco de la globalización, contratación que ha de venir en los próximos años, en la que contratar servicios con otras entidades de países alejados del entorno doméstico no será algo exótico, sino que la cotidianidad impulsará la competencia, lo que obligará a las empresas colombianas a modernizarse, y no solo a quienes venden los servicios, sino que la formación de servidores públicos y privados va a tener un aprendizaje diferente para poder establecer relaciones comerciales y de servicios con cualquier empresa extranjera.

De lo que no cabe duda, es que la firma digital o electrónica que contiene una certificación dada por una entidad autorizada para ello en el país de origen, entraña una presunción de legalidad y puede dársele mayor credibilidad, sin que por ello, se deje de obtener la certidumbre total empleando todos los medios posibles al alcance del funcionario para corroborar lo que se presume.

CONCLUSIONES

Lo factible es pensar que vendrá el día en que se maneje al cien por ciento las comunicaciones estatales vía electrónica, pero pretender que ello ya está aconteciendo o que se va a lograr en menos de dos años, es bastante utópico. La pretendida idea de cero papel en las entidades del Estado, aún dista de ser una realidad, el gasto de papel sigue siendo elevado, de hecho, muchos expedientes dobligan o triplican la información,

pues es factible encontrar en los procesos de toda índole, copias repetidas de una misma información.

Lo cierto es que la digitalización de la información no viene con esta generación de servidores públicos, la cultura arraigada sigue siendo del sistema escritural en hojas de papel, o sea, la disposición documental en físico para llenar anaqueles en los archivos y depósitos.

La implementación de la normatividad que entroniza la orden de convertir en datos electrónicos toda disposición gubernamental, es muy nueva, y se puede decir que es muy nueva porque todavía no existe la asimilación esperada en todos los funcionarios, a fe que en Argentina es con el Decreto 378 de 2005, como se quiere canalizar el “Plan de Gobierno Electrónico”; en Chile el Decreto 1312 de 1999, crea el “Sistema de Información de Compras y Contrataciones Públicas”; en Costa Rica con el Reglamento No. 32717 de 2005, se dispone la utilización del “Sistema de Compras Gubernamentales, CompraRed”, y en Colombia, “El Portal del Estado Colombiano (www.gobiernoonlinea.gov.co) es un punto web que unifica el acceso a la información, trámites y servicios de las entidades del Estado”; sin embargo, no contempla un ciento por ciento los tramites que siguen en las dependencias del Estado, sigue siendo una realidad encontrar largas filas de personas en las entidades esperando un turno para que les atiendan un reclamo, les aclaren una solicitud o les expidan un documento.

Tratándose de la contratación electrónica en Colombia, la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, establece la normativa propia del comercio electrónico; el Decreto 2178 de 2006, por medio del cual se creaba el Sistema Electrónico para la

Contratación Pública “SECOP”; derogado a su vez, por el Decreto Nacional 3485 de 2011, por el cual se reglamentaba el Sistema Electrónico para la Contratación Pública y se dictaban otras disposiciones, fue igualmente derogado por el Decreto 734 de 2012, por el cual se reglamentaba el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictaban otras disposiciones, fue derogado por el Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Lo que lleva a concluir que en el nuevo milenio cuando se han dispuesto los adelantos en materia legislativa que buscan adecuar los trámites contractuales y de servicios a la tecnología de los computadores, sigue sin que a la presente sea un hecho real y verdadero la completa sistematización de los trámites ante la administración pública, siendo el renglón de la contratación manejado de forma presencial y no a distancia como es la posibilidad que brinda la tecnología.

En síntesis, la contratación vía electrónica trae ventajas significativas que bien vale la pena aprovechar en un país donde los recursos son escasos y las necesidades abundan cada día más. Entre las ventajas que trae el nuevo sistema están las de:

Reducción de costos: pues no será necesario utilizar papel, y las negociaciones se harán en tiempo real, de manera más expedita y ágil, acelerando la contratación y la obra.

Bajos precios: pues se elimina la intermediación, será posible contratar directamente con los proveedores y fabricantes, y en asesorías, podrá buscarse a las personas más capacitadas del orden mundial.

Reducción de la tramitomanía: ya no se podrá inventar trabas ni exigir documentos que no estén contemplados en la regulación contractual, pues será el mismo sistema quien vaya sacando a quien no cumple.

Apego a un sistema de formatos estándar: que elimina la posibilidad de exigencias diferentes en cada dependencia y a cada país, pues de hacerse común la contratación electrónica, las instrucciones de contratación serán dispuestas en la página electrónica de cada entidad.

Seguridad jurídica y normativa: ya la contratación depende de los demás estados, de modo que para cambiar la normatividad, va a ser necesario tener que enviarse la información a los otros países que conforman el bloque de contratantes, porque los cambios repentinos no generan estabilidad jurídica, (Danós, 2013: 287); entonces, encausar las directrices normativas estables que den seguridad a la hora de contratar va a ser el compromiso de los legisladores.

Y respecto de la firma en los contratos electrónicos: a medida que se vayan presentando discusiones de validez y seguridad en las diferentes acepciones de firmas en el comercio internacional, van a tener que regular un solo tipo de firma, por ahora, si de contratar con proveedores extranjeros se trata, hay que ser cuidadosos con la exigencia de la firma en ellos, pues dependiendo el país, hay que tener en cuenta cuál es la firma que representa mayor seguridad.

Por último, no hay que olvidar que el esfuerzo de las Naciones Unidas es el de globalizar el comercio, de ahí, que haya dispuesto leyes modelo para el comercio internacional y para la firma en ellos; el trabajo de los legisladores ya no debe ser enfocado a diseñar normas domésticas, sino que ellas deben encarnar un amplio panorama de posibilidades en las que

proveedores de todos los sitios del orbe bien pueden ofertar bienes y servicios para ser contratados en cualquier lugar, con la seguridad de que no van a ser rechazados, sino que lo pueden hacer en igualdad de condiciones a los nacionales.

REFERENCIAS

1. Angarita, N. (2006). Aspectos Legales del Comercio Electrónico, la Contratación y la Empresa Electrónica. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.
2. Azula, J. (2003). *Manual de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*. Tomo 6. Bogotá, D.C.: Editorial Temis.
3. Banco Mundial, (2000). *Capítulo XII, Globalización y Comercio Internacional*. Disponible en:
<http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondsp/chapter12.html>
4. Barrero, C. (2007). *La Resolución de los Contratos Administrativos por Incumplimiento del Contratista*. Valladolid, España: Editorial Lex Nova S.A.
5. Berrocal, A. (2006, 19 de diciembre). La Firma Electrónica y su Regulación en la Ley 59/2003, de Firma Electrónica Foro, Nueva época, núm. 3/2006: (397-465). ISSN: 1698-5583. Disponible en:
<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606120397A/13681>
6. Cámara de Comercio del Registro Único de Proponentes “RUP”. Véase: <http://camara.ccb.org.co/categoria/rup.aspx>

7. Carnelutti, F. (2001). *Arte del Derecho*. Vol. 1. México, D.F.: Editorial Jurídica Universitaria S.A.
8. Carnelutti, F. (2001). *Arte del Derecho*. Vol. 3. México, D.F.: Editorial Jurídica Universitaria S.A.
9. Código de Procedimiento Civil Colombiano, derogado por el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012. Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>
10. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano. Disponible en:
<http://www.refworld.org/pdfid/3db920e6a.pdf>
11. Colombia. El Portal del Estado Colombiano: Gobierno en Línea. Disponible en: (www.gobiernoenlinea.gov.co)
12. Concepto 80112 EE15354 (2006). Bogotá, D.C., Colombia: Contraloría General de la República.
13. Conpes. Consejo Nacional de Política Económica y Social del Departamento Nacional de Planeación de Colombia. (Documento 3620 de 2009). *Lineamientos de Política para el Desarrollo e Impulso del Comercio Electrónico en Colombia*. Disponible en:
<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Dq41vHb2cFI%3D&tabid=907>
14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela No. 376 de 2012. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>

15. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Disponible en:
<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csj.jsp>
16. Costa Rica. Reglamento No. 32717 de 2005, "Sistema de Compras Gubernamentales, CompraRed". Compr@Red Agencia Costarricense para la Contratación Electrónica del Ministerio de Hacienda. Disponible en:
<https://www.hacienda.go.cr/comprared/QYACompraRED.html>.
17. Danós, J. (2013). Los Convenios de Estabilidad Jurídica o También denominados Contratos Leyes en el Perú. *En: Tratado General de los Contratos Públicos*. (Cassagne, Juan Carlos. Director). Buenos Aires, Argentina: Editorial la Ley.
18. Dellepiane, A. (2003). *Nueva Teoría de la Prueba*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Temis.
19. Diccionario Hispánico Universal. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española. (1971). Tomo 1. W. M. Jackson, Inc. Editores. México, D.F.
20. Dirección Agencia de Compras de Paraguay.
<https://www.contrataciones.gov.py/>
21. Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de Paraguay. Disponible en: <https://www.contrataciones.gov.py>
22. Enríquez, R. (2007). *La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, España: Editorial La Ley.

23. España. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Disponible en:
<https://www.google.com.mx/#q=ley+de+enjuiciamiento+civil+espa%C3%B1ola>
24. España. Real Decreto Ley 14 de 1999 derogado por la Ley 59 de 2003.
25. Farrando, I. (2010). Licitación Pública. Panorama de la Jurisprudencia Actual. Publicado en: *Suplemento Administrativo 210 de la Revista la Ley*. Buenos Aires, Argentina.
26. Fernández, F. (2004). Miembro del Programa de Derecho y Tecnologías de la Información. Universidad Diego Portales. *Revista Ius et Praxis Año 10, N° 2, (137 – 167)*. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122004000200005
27. Gallego, R. (2012). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Editorial Lex Nova. Toribio Fuentes, Fernando, Director. Valladolid España.
28. Godoy, O. (2004: 159-182). Libertad y Consentimiento en el Pensamiento Político de John Locke. *Revista de Ciencia Política, Volumen XXIV, N° 2*.
29. Gómez, A. & Remolina, N. (2011). Los Sistemas de Identificación Biométrica y la Información Biométrica Desde la Perspectiva de la

Protección de Datos Personales. *En: Derecho & Tic 10.0*. Universidad de los Andes. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Temis.

30. Lastra, M. (2012). *La Firma Digital*. Disponible en: http://www.calp.org.ar/uploads/la_firma_digital.pdf

31. Mora, E. & Rivera, A. (2006: 584). *Derecho Administrativo y Procesal Administrativo*. (8va Ed.). Bogotá, D.C.: Colombia: Editorial Leyer.

32. OCDE. (2014). *Colombia: La Implementación del Buen Gobierno*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>

33. Odoorqui, G. (2011). *Buena Fe en los Contratos*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Temis.

34. Ossorio, M. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

35. Quintero, G. (2011). Procedimiento Administrativo Electrónico: Aportes de la Ley 1437 de 2011. *En: Derecho & Tic 10.0*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de los Andes, Editorial Temis.

36. Rangel, A. (2001). La Reforma al Poder Judicial. *Revista de Derecho No. 56, Universidad Católica Andrés Bello*. (Director: Baumeister Toledo, Alberto). Caracas, Venezuela.

37. Reichheld, Frederick F & Scheffer, Phil. E-Loyalty. (Julio de 2000). *Your Secret Weapon on the Web*. Harvard Business Review.

38. Rodríguez, L. (2002). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá, D.C.: Editorial Temis.

39. Romero, J. (2010). Contratación Administrativa Electrónica en América Latina. *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 121 (107-164), enero-abril. Disponible en: <file:///C:/Users/hp-x360/Downloads/9787-13788-1-PB.pdf>
40. Segarra, S. (2004). El Papel de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones en la Reforma de la Administración. *En: Estudios para la Reforma de la Administración Pública*. 1ra Ed. (Sáinz, Fernando, Director). Madrid, España: Ediciones: Instituto Nacional de Administración Pública.
41. Silva, G. (2013). La Corrupción a Nivel Mundial. *En: La Corrupción Flagelo Mundial*. Ponencias Tomo 2. Bogotá, D.C., Colombia: Contraloría General de la República.
42. Sistema de Contratación Electrónica del Estado. Perú "SEACE". Disponible en: <http://www.osce.gob.pe/subportal.asp?ids=62>
43. Taruffo, M. (2002). *La Prueba de los Hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.
44. Tawil, G. (2005). El Principio de Colaboración en el Procedimiento Administrativo. *En: Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
45. Torrado, Eli Abel. Código Civil Colombiano. (1998). Ediciones Librería del Profesional. Bogotá D.C. (Colombia).

46. Torres, A. (2012). *Principios Fundamentales del Comercio Electrónico*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes.
47. Torres, H. (2005). *El Sistema de Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
48. Valor probatorio de la firma electrónica. Disponible en: www.bcn.cl – (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile).
49. Yong, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. (3ra Ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Ibáñez.

NORMAS

1. Decreto 1312 de 1999, Chile, “Sistema de Información de Compras y Contrataciones Públicas”.
2. Decreto 1747 de 2000, Colombia, Derogado por el art. 22, Decreto Nacional 333 de 2014, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las Entidades de Certificación, los Certificados y las Firmas Digitales.
3. Decreto 2628 de 2002, Argentina, Reglamentación de la Ley N° 25.506. Consideraciones Generales. Autoridad de Aplicación. Comisión Asesora para la Infraestructura de Firma Digital. Ente Administrador de Firma Digital. Sistema de Auditoría. Estándares Tecnológicos. Revocación de Certificados Digitales. Certificadores

Licenciados. Autoridades de Registro. Disposiciones para la Administración Pública Nacional.

4. Decreto 378 de 2005, Argentina. "Plan de Gobierno Electrónico". Disponible en: (<http://www.jgm.gov.ar/sgp/paginas.dhtml?pagina=98>).
5. Decreto 19 de 2012, Colombia, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
6. Decreto 2364 de 2012, Colombia, Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.
7. Decreto 1510 de 2013, Colombia, Por el cual se reglamenta el Sistema de Compras y Contratación Pública.
8. Ley de Firma Electrónica Avanzada. México. Disponible en: <http://www.sre.gob.mx/images/stories/marconormativodoc/firmaelec.pdf>
9. Ley 80 de 1993. Colombia, Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.
10. Ley 270 de 1996 Colombia, Estatutaria de la Administración de Justicia.

11. Ley 527 de 1999. Colombia, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.
12. Ley 17243 de 2000. Uruguay. Disponible en:
http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/v/311/1/agesic/ley_n%C2%B0_18600_de_21_de_setiembre_de_2009.html
13. Ley 19.799 de 2002, Chile. Disponible en:
(<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640>).
14. Ley 67 de 2002 Art. 10 Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos (Ley No. 2002-67). Disponible en:
[http://www.gobiernoelectronico.gob.ec/files/Ley_CEFEMD_2002\(1\).pdf](http://www.gobiernoelectronico.gob.ec/files/Ley_CEFEMD_2002(1).pdf)
15. Ley 59 2003, España. Disponible en:
https://www.sede.fnmt.gob.es/documents/11614/52061/Ley_F_E-59-2003/9a9ce541-719e-408c-86ea-c890af5f6060
16. Ley 2051 de 2003 de Contrataciones Públicas. Paraguay. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/spanish/.%5Ctic_par_ley%202051.03.pdf
17. Ley 962 de 2005, Colombia, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

18. Ley N° 8454 de 2005, Costa Rica, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.
19. Ley 1150 de 2007, Colombia, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
20. Ley 1437 de 2011. Colombia, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
21. Ley 25.506 de 2011, Artículo 7º, Argentina, Ley de Firma Digital.
22. Ley No. 27269, Perú. Ley de Firmas y Certificados Digitales
<http://www.cnv.gov.ar/FirmasDig/Internacional/LeyFirmaDigitalPeru.htm>