

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17-69600-1
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer, así:

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

1. OBJETO DE LA CONSULTA.

Atendiendo a la consulta por usted radicada en esta entidad a través de su comunicación de la referencia en la cual señala:

***“De acuerdo con la normatividad aplicable a la materia , ¿en las relaciones comerciales en donde se adquieran bienes o servicios mediante sistemas de financiación o por medio de operaciones de crédito, es posible que los mensajes de datos y documentación electrónica sea válida, eficaz y exigible, contractualmente para os consumidores donde con formas electrónicas se evidencie la voluntad de ambas partes para contraer obligaciones que estén soportadas por títulos valores o contratos?, ¿Se cumplirían las obligaciones como parte, si una vez celebrado el contrato de forma electrónica se envían dichos documentos (contratos, autorizaciones, y pagaré) vía electrónica?(...)
(...) Expídase concepto sobre la validez de las firmas electrónicas, al momento de adquirir obligaciones y crear relaciones comerciales***



mediante sistemas de financiación o ventas financiadas y demás disposiciones referentes frete a este tema.

Previo a resolver su consulta es necesario realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar, en primer lugar, que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

Ahora bien, una vez realizada la anterior precisión, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por Usted manifestadas, de esta forma se iniciará especificando las funciones de esta Superintendencia en lo pertinente a su consulta, luego se expondrá uno a uno de manera general los temas a relacionados directamente con su consulta para finalizar en las conclusiones relacionando los temas expuestos para orientarlo en la solución de su consulta de forma general.

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

En atención al tema de su consulta, le informamos que las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo disponen los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección al consumidor, tiene entre otras las siguientes facultades:

- Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.
- Adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.
- Imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación.



- Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.

En virtud de dichas competencias, entre otras, las funciones que cumple esta Superintendencia se relacionan con los temas concernientes a la calidad, la idoneidad y las garantías de los bienes y servicios, así como, la verificación de la responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente, publicidad engañosa e indicación pública de precios, protección contractual (cláusulas abusivas). En este orden de ideas, se procederá en primer lugar al desarrollo legal, que corresponda realizar en torno al objeto de su petición como eje central.

3.1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de comercio electrónico.

Las facultades legales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de comercio electrónico, de acuerdo con los artículos 1 y 9 del Decreto 3523 de 2009 (modificado por el Decreto 1687 del 2010), son las siguientes: (i) autorizar las entidades de certificación para prestar sus servicios en el país, de acuerdo con lo previsto en la Ley 527 de 1999 y ejercer respecto de estas las funciones previstas en dicha ley o en las demás normas que la modifiquen o adicionen, (ii) velar por el funcionamiento y la eficiente prestación del servicio por parte de las entidades de certificación, (iii) realizar visitas de auditoría a las entidades de certificación, (iv) revocar o suspender la autorización para operar como entidad de certificación, (v) solicitar la información pertinente para el ejercicio de sus funciones, (vi) imponer sanciones a las entidades de certificación en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio, (vii) ordenar la revocación de certificados cuando la entidad de certificación los emita sin el cumplimiento de las formalidades legales, (viii) designar los repositorios y entidades de certificación en los eventos previstos en la ley, (ix) emitir certificados en relación con las firmas digitales de las entidades de certificación, (x) velar por la observancia de las disposiciones constitucionales y legales sobre la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal y protección del consumidor, en los mercados atendidos por las entidades de certificación, y (xi) impartir instrucciones sobre el adecuado cumplimiento de las normas a las cuales deben sujetarse las entidades de certificación.

3.2. Competencia residual y Supletiva de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de ventas mediante sistemas de financiación.

El numeral 22 del artículo 1° Decreto 4886 de 2011 y el artículo 2° de la Ley 1480 de 2011, establecen, respectivamente que las competencias de esta Superintendencia en materia de protección al consumidor, son de carácter residual y supletivo.

En efecto, el inciso segundo del artículo 2° de la Ley 1480 de 2011 establece que “[l]as normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los



sectores de la economía respecto de los cuales **no exista regulación especial**, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.”, lo cual indica que la normativa contenida en la misma tiene el carácter de **supletiva**, por lo tanto, solo se aplicará en los eventos en que no exista una regulación especial.

Así mismo, al tenor del numeral 22 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, por regla general, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, dando trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, teniendo en cuenta que la competencia del asunto no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas y ordenar las medidas pertinentes.

De acuerdo con lo anterior, la competencia atribuida a esta Superintendencia en materia del régimen de protección al consumidor **es de naturaleza residual**, es decir, que se radica en cabeza de la Entidad siempre y cuando no le haya sido atribuida a otra autoridad.

En este orden de ideas, se puede concluir que:

- De no existir norma especial aplicable que regule las relaciones de consumo y la responsabilidad de productores y proveedores en un determinado sector de la economía, serán aplicables las disposiciones del Estatuto del Consumidor.
- De no estar atribuida la competencia a otra autoridad, será la Superintendencia de Industria y Comercio, la encargada de velar por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor, estableciendo responsabilidades administrativas.

En materia específica de operaciones mediante sistemas de financiación, esta Superintendencia de Industria y Comercio ejerce el control y vigilancia de todas las personas naturales o jurídicas que vendan o presten servicios mediante sistemas de financiación o bajo la condición de la adquisición o prestación de otros bienes o servicios, de manera residual y supletiva.

3.3. Adquisición de Bienes y Prestación de Servicios Mediante Sistemas de Financiación.

Cuando la financiación es realizada por persona natural o jurídica cuya operación de crédito no está vigilada por otra entidad (si la actividad crediticia de (...) no está vigilada por otra entidad, lo estará por la Superintendencia de Industria y Comercio), le es aplicable el artículo 45 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto de Protección del Consumidor, en los siguientes términos:

"Artículo 45. Estipulaciones especiales. En las operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular, y en los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios



en que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación, se deberá:

1. Informar al consumidor, al momento de celebrarse el respectivo contrato, de forma íntegra y clara, el monto a financiar, interés remuneratorio y, en su caso el moratorio, en términos de tasa efectiva anual que se aplique sobre el monto financiado, el sistema de liquidación utilizado, la periodicidad de los pagos, el número de las cuotas y el monto de la cuota que deberá pagarse periódicamente.

2. Fijar las tasas de interés que seguirán las reglas generales, y les serán aplicables los límites legales;

3. Liquidar si es del caso los intereses moratorios únicamente sobre las cuotas atrasadas;

4. En caso que se cobren estudios de crédito, seguros, garantías o cualquier otro concepto adicional al precio, deberá informarse de ello al consumidor en la misma forma que se anuncia el precio.

Parágrafo 1. Las disposiciones relacionadas con operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular, y con contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en el que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación, deberán ser reglamentadas por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2. El número de cuotas de pago de un crédito de consumo debe ser pactado de común acuerdo con el consumidor. Queda prohibida cualquier disposición contractual que obligue al consumidor a la financiación de créditos por un mínimo de cuotas de pago."

En desarrollo de lo anterior, en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Capítulo Tercero del Título II, se encuentran las Instrucciones relacionadas con la "adquisición de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación", en el numeral 3.2 establece que Contratos son objeto de la presente reglamentación, así:

"Lo dispuesto en el presente capítulo se aplica a todos aquellos contratos de adquisición de bienes muebles o prestación de servicios mediante sistemas de financiación que se celebren con el consumidor.

No estará sometida a lo dispuesto en el presente capítulo la adquisición de bienes muebles o prestación de servicios en los cuales se otorga plazo para pagar el precio sin cobrar intereses sobre el monto financiado, siempre y cuando el precio de venta sea igual al precio de contado."

Así las cosas, es importante tener en cuenta que estos contratos poseen normas relativas a la información que debe estar por escrito y que debe ser entregada al consumidor a más tardar al momento de la celebración del contrato tal como se estipula en el numeral 3.3. del Capítulo Tercero del Título II de la circular única de esta Superintendencia.

"3.3. Información que debe constar por escrito



La información que se relaciona a continuación deberá constar por escrito y ser entregada al consumidor a más tardar en el momento de la celebración del contrato. **Este deberá tener la firma del deudor como constancia de su recibo.** *

Se exceptúa de lo anterior, el caso de los tiquetes de máquinas registradoras emitidos por el comerciante que incluyan la información básica sobre las condiciones del crédito, entendiéndose surtido con su entrega, el requisito de firma del deudor: *

- a) Lugar y fecha de celebración del contrato.
- b) Nombre o razón social y domicilio de las partes.
- c) Descripción del bien o servicio objeto del contrato, con la información suficiente para facilitar su identificación inequívoca.
- d) El precio de contado así como los descuentos concedidos.
- e) El valor de la cuota inicial, su forma y plazo de pago, o la constancia de haber sido cancelada.
- f) El saldo del precio pendiente de pago o saldo que se financia, el número de cuotas periódicas en que se realizará el pago o plazo de financiación.
- g) La tasa de interés remuneratorio que se cobrará por la financiación del pago de la obligación adquirida, expresada como tasa de interés efectiva anual y en términos nominales, si no se liquida anual vencida.
En aquellos contratos en que se haya pactado una tasa de interés variable se deberá señalar la fuente y la fecha de referencia. Si la tasa así pactada, incluye un componente fijo, este último se deberá informar expresamente.
Deberá incluirse igualmente la tasa de interés moratorio, la cual podrá expresarse en función de la remuneratoria o de otra tasa de referencia, caso en el cual se deberá citar la fuente y fecha en que se refiere. En cualquier evento deberán observarse los máximos legales.
- h) La tasa de interés máxima legal vigente al momento de celebración del contrato.
- i) El monto de la cuota que deberá pagar mensualmente o con la periodicidad acordada. En el evento en que la cuota o la tasa pactada sea variable, el acreedor deberá informar el valor de la primera cuota y mantener a disposición del deudor, la explicación de cómo se ha calculado la cuota en cada período subsiguiente, así como la fórmula o fórmulas que aplicó para obtener los valores cobrados. Dichas fórmulas deberán ser suficientes para que el deudor pueda verificar la liquidación del crédito en su integridad. *
- j) Si como medio de pago se extendieran títulos valores, deberá indicarse el valor o monto, número, fecha de otorgamiento, vencimiento y demás datos que identifiquen a las partes de la obligación contenida en el título.
- k) Enumeración y descripción de las garantías reales o personales del crédito.
- l) Indicación del monto que se cobrará como suma adicional a la cuota por concepto de contratos de seguro si se contrataren y los que corresponden a cobros de IVA.
- m) Copia textual del número 3.11 de la presente circular, respecto de la facultad de retractación.
- n) **En la parte final del documento, en caracteres destacados, negrilla y un tamaño de letra del doble del tamaño de la utilizada en el resto del texto, se deberá consignar una advertencia para el deudor con el siguiente texto:** *



Por expresa instrucción de la Superintendencia de Industria y Comercio, se informa a la parte deudora que durante el período de financiación la tasa de interés no podrá ser superior a 1.5 veces el interés bancario corriente que certifica la Superintendencia Bancaria.

Quando el interés cobrado supere dicho límite, el acreedor perderá todos los intereses. En tales casos, el consumidor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses.

Se reputarán también como intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. También se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito, tales como costos de administración, estudio del crédito, papelería, cuotas de afiliación, etc.

(Artículo 68 de la Ley 45 de 1990).

En caso de que el comerciante no consigne la anterior advertencia por escrito, deberá mantenerla en lugar visible, en todos los puntos de pago de cada uno de los establecimientos abiertos al público.”

Así mismo, es importante destacar que para este tipo de contratos además de las normas anteriores que tienen repercusión directa en su consulta, es indispensable también observar las siguientes obligaciones especiales establecidas en el numeral 3.3. del Capítulo Tercero del Título II de la circular única de esta Superintendencia.

“3.6. Obligaciones especiales del productor o proveedor ***

Todo productor o proveedor que celebre los contratos a los que se refiere el presente capítulo deberá cumplir las siguientes obligaciones:

a) **** Sin perjuicio de lo consignado en las disposiciones legales sobre conservación y archivo de documentos, se deberá conservar a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio la historia de cada crédito que se haya otorgado, por un término mínimo de tres (3) años, contados a partir de la fecha de vencimiento del último pago. La obligación de conservación se podrá cumplir con medios tecnológicos siempre y cuando se observe lo dispuesto en la parte I de la Ley 527 de 1999 y demás normas que la sustituyan o modifiquen. ****

b) **Tener a disposición del público puntos de información o personal específico que cuente con la información y conocimientos requeridos para informar al cliente la integridad de las obligaciones que contrae con la firma del correspondiente contrato, la forma como se van a calcular y liquidar los intereses, la cuota y el crédito. ****

* En adición a lo anterior, los productores o proveedores que, además de encontrarse en alguna de las circunstancias previstas en el numeral 3.12 del presente capítulo, tengan un volumen total anual de ventas a través de sistemas de financiación, iguales o superiores a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales, deberán informar a esta Superintendencia a más tardar el 30 de septiembre de 2003, las medidas que han adoptado en su establecimiento con el fin de dar cumplimiento a esta reglamentación. **



No obstante lo anterior, el proveedor y el productor de un bien o servicios mediante sistemas de financiación deberán estarse a lo dispuesto a la normatividad establecida en el Capítulo Tercero del Título II de la circular única de esta Superintendencia y de más que lo reglamenten y complementen.

3.4. Ventas en las que se Utilizan Métodos NO Tradicionales o a Distancia.

En relación con lo que debe entenderse como ventas a distancia, establece el artículo 6 del Decreto 1499 del 12 de agosto de 2014, reglamentario de la Ley 1480 de 2011 compilado en el Decreto 1074 de 2015 en su capítulo 37:

"Ventas a distancia. De acuerdo con lo establecido en el numeral 16 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, se consideran ventas a distancia las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, a través de correo, teléfono, catálogo, comercio electrónico o con la utilización de cualquier otra técnica de comunicación a distancia".

Así mismo, dispone el artículo 46 de la Ley 1480 de 2011:

"El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá:

- 1. Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado.*
- 2. Permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original.*
- 3. Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor, el asiento de su transacción y la identidad del proveedor y del productor del bien.*
- 4. Informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega."*

En relación con la responsabilidad de productores y proveedores, dispone el artículo 7 del Decreto 1499 de 2014, Decreto 1074 de 2015 en su capítulo 37:

"Para efectos del presente decreto, se entenderá que las obligaciones previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, son exigibles exclusivamente a quien realiza la operación de venta en forma directa al consumidor. Sin perjuicio de lo anterior, el productor es responsable del cumplimiento de dichas obligaciones, cuando un tercero realiza la operación de venta en su nombre y representación. Respecto de las obligaciones previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en lo que tiene que ver con la entrega del bien o servicio y la, posibilidad de presentar reclamaciones y solicitar devoluciones, el productor y el proveedor serán solidariamente responsables, de conformidad con los artículos 10 y 11 de la misma ley."



De lo expuesto debe decirse que la norma ha otorgado obligaciones diferentes al proveedor y/o productor que realice ventas a distancia, con el fin de prevenir situaciones contrarias a los derechos de los consumidores, dado que por las características especiales de estas ventas, tienen un alto riesgo de insatisfacción para el consumidor, en especial al momento de la entrega, pues suele suceder que el producto no cumple con las expectativas que el consumidor tiene sobre él.

Para el caso planteado, como obligación principal del vendedor, se resalta la de informar al consumidor, antes de perfeccionarse la venta, sobre: "la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega".

4. DEL MENSAJE DE DATOS A LA FIRMA DIGITAL

En el artículo 2 de la Ley 527 de 1999 se define el mensaje de datos como

"la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax". (Subraya fuera del texto)

La misma norma, en sus artículos 5 y 10 le reconoce al mensaje de datos los mismos efectos jurídicos de validez y fuerza probatoria que tienen los documentos (Capítulo VIII Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil) y se dispone que en toda actuación administrativa o judicial no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-831, del 8 de agosto de 2001, con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Galvis, al fallar la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 6o de la Ley 527 de 1999 se ha pronunció así:

"El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.

Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las entidades públicas y los tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse. (...)"



En sentencia C-622 del 8 de junio de 2000, que resolvió la acción pública de inconstitucionalidad contra la Ley 527 de 1999 y, particularmente sus artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45 la misma Corporación, a través de la ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz se pronunció sobre los criterios para valorar la fuerza probatoria del mensaje de datos, como sigue:

“Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor.

Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (artículo 11) ”.

El concepto de los elementos aludidos por la Corte en el párrafo anterior se explicó por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 16 de diciembre de 2010, con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena.

“La integridad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como "sellamiento" del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo. Incluso, la tecnología actual permite al emisor establecer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje.

Esa característica guarda una estrecha relación con la "inalterabilidad", requisito que demanda que el documento generado por primera vez en su forma definitiva no sea modificado, condición que puede satisfacerse mediante la aplicación de sistemas de protección de la información, tales como la criptografía y las firmas digitales.

Otros aspectos importantes son el de la "rastreadibilidad" del mensaje de datos que consiste en la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del mismo con miras a verificar su originalidad y su autenticidad.

La "recuperabilidad", o sea la condición física por cuya virtud debe permanecer accesible para ulteriores consultas; y la "conservación", pues de ella depende la



perduración del instrumento en el tiempo, siendo necesario prevenir su pérdida, ya sea por el deterioro de los soportes informáticos en que fue almacenado, o por la destrucción ocasionada por "virus informáticos" o cualquier otro dispositivo o programa ideado para destruir los bancos de datos informáticos. Una óptima conservación de la información puede lograrse mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, como también con un adecuado manejo de las reglas de cadena y custodia.

4.1.3 Ahora, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que esté dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de éste a su contenido. Como todo documento, la eficacia probatoria del electrónico dependerá, también, de su autenticidad, contándose con mecanismos tecnológicos que permiten identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido. En este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital -especie-, basada en la criptografía asimétrica.

4.1.4. Siendo las cosas de ese modo, resulta oportuno precisar en qué condiciones el mensaje de datos puede ser auténtico, no sin antes reiterar que en la prueba documental la firma juega un papel importante, en tanto que facilita la prueba de su autoría y, en determinados eventos está revestida de una presunción legal de autenticidad.

Por tal razón y ante la imposibilidad de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en "cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita". En otras palabras, todo dato que en forma electrónica cumpla una función identificadora, con independencia del grado de seguridad que ofrezca, puede catalogarse como firma electrónica; de suerte, pues, que dentro de este amplio concepto tienen cabida signos de identificación muy variados, como los medios biométricos, la contraseña o password, la criptografía, etc.

No obstante, dicha firma sólo producirá los efectos jurídicos de la manuscrita —equivalencia funcional— cuando cumpla determinados requisitos de seguridad y de fiabilidad, cuestiones que dependen del proceso técnico utilizado en su creación, siendo altamente seguro el basado en la criptografía asimétrica —arte de cifrar la información, mediante algoritmos de clave secreta—, porque garantiza la identificación del autor del mensaje, integridad y confidencialidad del mismo. Dicho sistema es el utilizado para la creación de la denominada firma digital (...) (L. 527/99, art. 2o, lit. c) (...).

Dicha especie de firma electrónica se equipará a la firma ológrafa, por cuanto cumple idénticas funciones que ésta, con las más exigentes garantías técnicas de

seguridad, pues no sólo se genera por medios que están bajo el exclusivo control del firmante, sino que puede estar avalada por un certificado digital reconocido, mecanismos que permiten identificar al firmante, detectar cualquier modificación del mensaje y mantener la confidencialidad de éste.

*De manera, pues, que el **documento electrónico estará cobijado por la presunción de autenticidad cuando hubiese sido firmado digitalmente, puesto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 ibídem, se presumirá que su suscriptor tenía la intención de acreditarlo y de ser vinculado con su contenido, claro está, siempre que ella incorpore los siguientes atributos: a) fuere única a la persona que la usa y estuviere bajo su control exclusivo; b) fuere susceptible de ser verificada; c) estuviere ligada al mensaje, de tal forma que si éste es cambiado queda invalidada; y d) estar conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.** Por lo demás, será necesario que hubiese sido refrendada por una entidad acreditada, toda vez, que conforme lo asentó la Corte Constitucional, éstas "certifican técnicamente que un mensaje de datos cumple con los elementos esenciales para considerarlo como tal, a saber la confidencialidad, la autenticidad, la integridad y la no repudiación de la información, lo que, en últimas permite inequívocamente tenerlo como auténtico" (C-662 de 2000), pues, a decir verdad, ellas cumplen una función similar a la fedante.*

4.2 Por otra parte, debe dejarse en claro qué ocurre con los documentos electrónicos carentes de firma, punto en el cual cabe asentar que aunque ella es útil para establecer la autenticidad del documento electrónico no es imprescindible, habida cuenta que cuando el mensaje carece de ella, el juez puede adquirir certeza sobre su autoría mediante otros mecanismos, particularmente, mediante el reconocimiento que del mismo haga la persona a quien se le atribuye o el que hagan sus causahabientes, todo esto sin olvidar que podrá la parte que lo aportó tramitar el incidente de autenticidad, en el que le incumbirá la carga de probarla.

En ese orden de ideas, el reconocimiento regulado por el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil se impondrá como insoslayable respecto del mensaje de datos desprovisto de una firma digital, habida cuenta que se trata de un documento que no ha sido suscrito ni manuscrito por su autor y carece de un signo de individualidad que permita imputar autoría y, por ende, ejercer el derecho de contradicción a la persona que la parte que lo aporta señala como su creador".

Además, doctrina a identificado que "la firma digital es una especie de firma electrónica que para el caso se presentaría como el género. Igualmente es importante precisar que la enumeración de algunos métodos que la norma trae para la generación de una firma electrónica, no es una enumeración exhaustiva, de tal forma que se podrá aceptar cuantos métodos se utilicen siempre y cuando estos sean confiables y apropiados para el fin de la firma, así como el cumplimiento de cualquier acuerdo entre las partes."¹

4.1. La Firma Electrónica.

¹ FLOREZ, German; La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de sus evolución legislativa y jurisprudencial, Revista, Verba Iuris 31; pág. 43-71 de Enero - Junio 2014 • Bogotá D.C. Colombia



Con el fin de impulsar el desarrollo del comercio electrónico, por medio del Decreto 2364 de 2012 se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999 y regula la firma electrónica, Este Decreto que fue compilado en el Decreto único del Sector Comercio Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, en el Título Segundo, Capítulo 47, regulando las normas relativas a la validez para firma electrónica de la siguiente forma:

“Artículo 2.2.2.47.1. Definiciones. Para los fines del presente capítulo se entenderá por:

- 1. Acuerdo sobre el uso del mecanismo de firma electrónica: Acuerdo de voluntades mediante el cual se estipulan las condiciones legales y técnicas a las cuales se ajustarán las partes para realizar comunicaciones, efectuar transacciones, crear documentos electrónicos o cualquier otra actividad mediante el uso del intercambio electrónico de datos.*
- 2. Datos de creación de la firma electrónica: Datos únicos y personalísimos, que el firmante utiliza para firmar.*
- 3. Firma electrónica. Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.*
- 4. Firmante. Persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa en nombre propio o por cuenta de la persona a la que representa.”*

(...)

“Artículo 2.2.2.47.3. Cumplimiento del requisito de firma. Cuando se exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

Artículo 2.2.2.47.4. Confiabilidad de la firma electrónica. La firma electrónica se considerará confiable para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado si:

- 1. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.*
- 2. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.*

Parágrafo. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

- 1. Demuestre de otra manera que la firma electrónica es confiable; o*
- 2. Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es confiable.*

Artículo 2.2.2.47.5. Efectos jurídicos de la firma electrónica. La firma electrónica tendrá la misma validez y efectos jurídicos que la firma, si aquella cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2.2.2.43.3 de este Decreto.”



5. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

Esta oficina asesora jurídica respecto de la consulta presentada considera que:

Es nuestro deber informar que los proveedores y productores de bienes o servicios que acudan al comercio electrónico, deben observar juiciosamente las normas relativas en primer lugar a las ventas a distancia, y en caso tal de realizar financiación que no se encuentre regulada por ninguna otra entidad, deberán observar las reglas establecidas a la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación ya expuestas en este concepto.

Por otro lado, esta Oficina Jurídica considera que en Colombia se encuentran reconocida la firma electrónica como mecanismos sustitutos de la firma manuscrita en medios informáticos sin embargo para su validez debe cumplir con los requisitos de confiabilidad de la misma tal como lo preceptúan los artículos, 2.2.2.47.3 y 2.2.2.47.4 del Decreto 1074 de 2015.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: XXX
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

