

LA EMPRESA VIRTUAL

JOSÉ GUILLERMO PEÑA HERRERA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTA D.C.
2.008**

LA EMPRESA VIRTUAL

JOSÉ GUILLERMO PEÑA HERRERA

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

**Director:
MARIA CONSUELO VELASQUEZ VELA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTA D.C.
2.008**

Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

CONTENIDO

	Pág.
1. LA EMPRESA	8
1.1 APROXIMACIÓN AL TEMA	8
1.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	9
1.3 NATURALEZA JURÍDICA	12
1.4 ELEMENTOS	14
1.4.1 Factor subjetivo	14
1.4.2 Elementos objetivos	17
1.4.2.1 Factor Dinámico	17
1.4.2.2 Factor Estático	20
1.5 LA EMPRESA Y SU IMPORTANCIA EN LA SOCIEDAD	25
2. EMPRESA VIRTUAL	28
2.1 INTERNET	28
2.1.1 Qué es Internet y cómo funciona?	28
2.1.2 Reseña Histórica sobre Internet	32
2.1.3 La empresa, el comercio y el avance de la informática	35
2.2 LAS EMPRESAS VIRTUALES	37
2.2.1 Concepto	37
2.2.2 Características	41
2.2.3 La virtualización de las Empresas	45
2.2.4 Los Elementos de las empresas tradicionales en las empresas virtuales	47
2.2.5 La legislación de las empresas virtuales en Colombia	49
3. EL EMPRESARIO VIRTUAL	54
3.1 CONCEPTO	54
3.2 CARACTERÍSTICAS	55
3.3 EL EMPRESARIO Y EL SITIO WEB	59
3.4 REFERENCIA HISTÓRICA	63
4. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS EMPRESAS VIRTUALES	66
4.1 APROXIMACIÓN HISTÓRICA	66
4.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	68
4.3 LAS EMPRESAS VIRTUALES Y EL E-COMMERCE	72
4.4 LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PROPIAS DE LAS EMPRESAS VIRTUALES	77
4.4.1 Servicio de Acceso a Internet	77
4.4.2 Operación de Sistema en Internet	78
4.4.4 Desarrollo de productos multimedia en línea	79
4.4.4 Distribución de productos en línea	79
4.4.5 Mantenimiento y desarrollo de páginas Web	80

4.4.6 Suministro de información electrónica	81
4.4.7 Publicidad en línea	82
4.4.8 Web Hosting	82
4.4.9 Servicio de E-mail	83
4.4.10 Servicio de DNS	84
5. EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO VIRTUAL	86
5.1 EL SITIO WEB	86
5.5.1 Concepto	
5.1.2 Características y clases	88
5.2 EL SITIO WEB Y EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	91
5.2 LA PROTECCIÓN DE LOS SITIOS WEB	94
5.4 EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO VIRTUAL, SUS ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS	96
5.4.2 Legislación aplicable	101
5.4.3 Transacciones sobre establecimientos de comercio virtuales	102
5.4.4 Contratos propios de la estructura de los sitios de Internet	104
6. LAS PROBLEMÁTICAS DE LAS EMPRESAS VIRTUALES	110
6.1 LA PROPIEDAD EN LOS ENTORNOS VIRTUALES	110
6.2 LOS PIRATAS INFORMÁTICOS	119
6.2.1 Aproximación al tema	119
6.2.2 La historia de los Crackers	119
6.2.3 Los delitos informáticos	122
6.2.4 Conductas que atentan contra las empresas virtuales y sus usuarios	123
6.2.5 Responsabilidad jurídica de los piratas informáticos	127
6.3 EL FRAUDE INFORMÁTICO	130
6.3.1 Concepto	130
6.3.2 Características	131
6.3.3 Los métodos del fraude informático	133
6.3.4 Los problemáticas del fraude informático	135
7. LA CONTRATACIÓN EN INTERNET	137
7.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES	137
7.2 CONCEPTOS LEGISLATIVOS	141
7.3 FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS EN INTERNET	142
7.4 LA JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS EN INTERNET	150
8. LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS VIRTUALES	153
8.1 CONSIDERACIONES GENERALES	153
8.2 LA LEY ESPAÑOLA DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO	156

CONCLUSIONES	165
BIBLIOGRAFIA	168

INTRODUCCIÓN

El presente estudio constitutivo como trabajo de grado para optar por el título de Abogado, pretende brindar una visión general de una figura relativamente nueva en el marco de las relaciones económicas y jurídicas que se presentan en el día a día. En una época donde el avance acelerado en el crecimiento de mejores tecnologías, lleva a que se creen nuevos entes para la satisfacción de las más diversas necesidades de los individuos al interior de las sociedades, se presentan unos novedosos campos donde la Ciencia Jurídica empieza a entrar, observar y analizar que en la denominada era de la informática y las telecomunicaciones, las distintas relaciones en el tráfico jurídico pueden llegar a un alto nivel de complejidad y una serie de disyuntivas que jamás se habrían imaginado los precursores de nuestro Derecho en la antigua Roma, ante lo cual en el siglo XXI es imperativo que la Ciencia del Derecho entre a comprender, y regular los fenómenos tecnológicos que se presentan en la era de la informática en la que vivimos actualmente.

Durante el siglo XX, la humanidad experimentó más cambios en su forma de vida a nivel tecnológico de los que jamás había experimentado en toda su historia, lo cual hizo aparecer un sin-fín de mecanismos para que las personas pudieran desarrollarse y satisfacer, sus cada vez más crecientes necesidades, así mismo el conocimiento humano creció desmesuradamente. Está llamada “revolución tecnológica” llevó a la aparición de una de las cosas que más impacto comenzarían a tener en todo tipo de relaciones humanas, esta es el “Internet”, algo relativamente nuevo, desconocido para muchos individuos, conocido realmente a fondo por muy pocos, insignificante y trivial para algunos, y un universo de posibilidades para otros, constituye algo a lo cual la Ciencia Jurídica se enfrenta desde hace un corto tiempo, pero que significa un nuevo mundo mucho más complejo de lo que la mayoría de seres humanos se imagina; donde el derecho ha tenido, tiene y tendrá la obligación de regular diversos aspectos económicos y sociales que en el futuro desborden, los alcances que tuvieron en el pasado las relaciones económico-sociales y el manto con que el Derecho las cubría para entenderlas, analizarlas y regularlas.

En el marco de esta novedosa figura de reciente aparición denominada “Internet”, la cual será explicada más a fondo en el presente estudio, nacen las empresas que actúan y desarrollan sus actividades económicas en los medios electrónicos, cuyo crecimiento en las sociedades capitalistas occidentales se hace inevitable con la existencia de un mecanismo como el Internet, que ahora permitía un gran número de nuevas posibilidades a nivel económico para la prestación de nuevos servicios y comercialización de nuevos productos, en un medio que podemos denominar “virtual”, donde las relaciones se pueden llevar a cabo sin límites de fronteras o restricciones, en un marco en el que se puede acceder a casi cualquier parte del mundo a través de la autopista virtual que constituye “Internet”, moviéndonos por toda la Tierra, y al mismo tiempo estando en un solo lugar al frente de la

pantalla de una computadora sin trasladarnos físicamente a otro lugar. Esto sin duda generó un conjunto de problemáticas a las cuales el Derecho obviamente no pudo ser ajeno, sino que por el contrario tendría que entrar a dilucidar y desmembrar los distintos aspectos producidos por la era de la informática y las telecomunicaciones en la dimensión de su función reguladora de las relaciones entre los seres humanos.

Este denominado ente, cuyo nacimiento se dio con base a las nuevas posibilidades brindadas por Internet se le denomina comúnmente en el campo de la informática como “La Empresa Virtual”, cuyo análisis representa el eje central del presente estudio, la cual pretendemos desenmarañar para poder dilucidar con claridad la verdadera naturaleza de dicho ente económico y sus aspectos más importantes en cuanto a que a la Ciencia Jurídica le atañen para su comprensión y regulación en el futuro inmediato.

La figura que aquí denominamos como “Empresa Virtual”, surgió de la misma manera que surgieron hace ya mucho tiempo las Empresas tradicionales durante la denominada revolución industrial, donde el ser humano al observar que en un mundo de alta densidad en la población, en el cual existen tantas necesidades por satisfacer y recursos tan limitados, se debe crear un mecanismo de explotación económica que permita producir a gran escala un conjunto de productos y servicios tendientes a abastecer las constantes necesidades de las grandes sociedades humanas y que a su vez fuera una fuente de riqueza. Así, de la misma forma, con la aparición de “Internet” surge por decirlo de alguna manera un “nuevo mundo” que puede ser utilizado para la explotación económica y satisfacer igualmente las ya tradicionales necesidades de los individuos, como otras muy novedosas que aparecen por el gran impacto que la tecnología comienza a tener en las vidas de los seres humanos.

Observaremos dentro del presente análisis que estos nuevos mundos que crecen en la realidad de las relaciones económico-sociales de las personas, presentan un gran reto para el Derecho por su increíble singularidad y complejidad que desborda completamente aquello que se puede abstraer de un simple análisis desde el punto de vista jurídico, ya que para el correcto y adecuado análisis del nuevo mundo que creo Internet, se requiere acudir a otras áreas del conocimiento humano, las cuales son precisamente las que concibieron a este ente tecnológico, es decir, las áreas que se encuentran al interior de la informática, pues para regular los fenómenos que ocurren al interior de este nuevo mundo “virtual”, que es tanto o mas complejo que el mundo real, se requiere entenderlo y conocerlo a fondo, para después llegar a poder dar una explicación acertada de todo aquello que se presenta en su interior.

Igualmente se tendrá en cuenta, que lo enunciado anteriormente no obsta para afirmar que los principios y medios utilizados por la Ciencia Jurídica para analizar los diferentes fenómenos que se presentan cada día en las relaciones humanas y concebir una estructura de preceptos para su regulación, sea inadecuada al momento de llegar al análisis de este

nuevo marco de figuras que aparecen con el avance de la tecnología y las telecomunicaciones, pues igualmente los principios y preceptos más esenciales y fundamentales que ha concebido el Derecho en su desarrollo como ciencia siguen y seguirán siendo aplicables, y en cierta medida necesarios para el desarrollo en un futuro de una autentica regulación que pueda cubrir estos nuevos aspectos en el desarrollo de las sociedades.

1. LA EMPRESA

1.1 APROXIMACIÓN AL TEMA

Lo que en la actualidad conocemos como “empresa”, es un fenómeno que se fue construyendo a través de la historia por el continuo avance de las grandes sociedades capitalistas, donde era factor fundamental poseer una figura que permitiera llevar a cabo de manera organizada un conjunto de actividades que eran completamente necesarias para las, cada vez más crecientes, demandas de los grandes conglomerados de personas en cuanto a sus necesidades materiales para el abastecimiento de diferentes tipos de bienes, productos y servicios, y que a su vez fuera una gran fuente de generación de riquezas que permitieran elevar el nivel de vida de la población y mantuvieran en constante funcionamiento un círculo infinito de producción y consumo, que le permitiera al ser humano sobrevivir en un mundo con recursos escasos.

El citado fenómeno tiene una gran variedad de implicaciones desde el punto de vista económico, jurídico y social que lo hacen ser concebido como uno de los entes más complejos que pueda existir al interior de nuestras sociedades y a la importancia que tiene en la vida de los individuos actualmente. Desde el punto de vista social, por su función como parte de una estructura que le brinda a los individuos un servicio para que estos obtengan un bienestar de ella en la satisfacción de todo aquello necesario para llevar a cabo todas las actividades del día a día. Desde una perspectiva económica, como un ente que se encarga de llevar a cabo una explotación económica a través de un sin número de actividades de producción, transformación y comercialización de bienes y prestación de servicios con un fin de producción de ganancias de carácter pecuniario. Así igualmente, una dimensión jurídica la cual es muy compleja ya que el Derecho en la regulación de todos y cada uno de los aspectos que le atañen a dicho ente, debe acudir no solo a aquella rama jurídica donde tradicionalmente se ubica esta figura, es decir, al Derecho Comercial, pues la gran cantidad de relaciones que se llevan al interior de ella llevan a que casi todos los campos del Derecho tengan que entrar en su estudio.

De esta manera, en las próximas líneas del presente capítulo, trataremos de dar una visión general de la empresa desde la perspectiva del Derecho Mercantil, teniendo en cuenta que abarcar todo aquello que se encuentra al interior de esta figura aún desde esta sola perspectiva de análisis es imposible por lo explicado anteriormente; por lo cual pasaremos a dilucidar los rasgos más importantes y sobresalientes de “la empresa”, para así mas adelante poder entrar a fondo en el estudio y análisis del eje del presente trabajo: la empresa de carácter “virtual”.

1.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Partiendo de las primeras ideas sobre el tema esgrimidas por los economistas de la época clásica, según los cuales la empresa se concebía como una “organización productiva del capital y el trabajo con intención de lucro”¹, la doctrina del Derecho Comercial empezó dando una aplicación jurídica a la empresa como un ente o figura de carácter económico organizado con el fin de la productividad; así como lo reseña Vivante al decir que “La empresa comercial constituye un organismo económico determinado principalmente por su función técnica, que puede ser comercial o industrial, terrestre o marítima”.²

Desde una perspectiva más actual y moderna, la doctrina del Derecho Mercantil más reciente a nuestro tiempo, al dilucidar y observar con mayor claridad desde la perspectiva jurídica contemporánea la totalidad de los fenómenos que abarcan el fenómeno de “la empresa” como una unidad económica orgánica, empezó a dividir los distintos aspectos que se podían encontrar al profundizar y descomponer una figura tan compleja como está; así, de esta manera, se podía ver ahora el aspecto subjetivo diferenciado de su aspecto objetivo. Por lo cual podemos diferenciar, como resultado del análisis que desmembraría las entrañas de este fenómeno, al sujeto que ordena, configura, organiza y pone en disposición un conjunto de medios económicos, a la actividad comercial llevada a cabo por medio de estos mecanismos, y a aquel conjunto de bienes organizados para tal fin con el objetivo de la explotación económica. El primer aspecto hace referencia al sujeto o individuo denominado como “empresario”; el segundo a la actividad organizada llevada a cabo por éste sea producción, fabricación, comercialización, etc., de bienes; y por último el tercero que se asienta sobre todos aquellos bienes que llegan a conformar lo que se denomina el “establecimiento de comercio”. De tal manera, en lo enunciado vemos que el rasgo más fundamental y característico que se desprendía de todos los aspectos de “la empresa” es el elemento “organización” en todo caso, según lo denota Garrigues al decir que “toda empresa es un círculo de actividades organizado”.³

En cuanto al carácter unitario de la empresa, existe una discusión al respecto, por el efecto de tratar de conseguir que este ente “polifórmico” tenga un tratamiento jurídico de tipo uniforme y global en orden a los distintos negocios que pueden recaer sobre la empresa en su conjunto. La doctrina más clásica y tradicional no cree que exista esta posibilidad, con base en la inmensa diversidad de bienes, derechos, obligaciones, y relaciones de variada naturaleza establecidas por esta figura, por lo cual considera que a cada uno de los

¹ DIVAR, Javier, “Lecciones de Derecho Mercantil: La empresa, El empresario Individual, El empresario Social”, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1.980, pág. 29.

² VIVANTE C., “Instituciones de Derecho Comercial”, Roma, 1.928, pág. 145.

³ GARRIGUES, J., “Hacia un Nuevo Derecho Mercantil”, Madrid, 1.971, pág. 272.

elementos confortantes de la empresa debe aplicárseles su propia normativa jurídica separadamente en la circulación del tráfico jurídico.⁴

Pero la anterior teoría en el tratamiento de la empresa a nivel de negocios jurídicos, contemporáneamente es rechazada por la doctrina moderna, pues con la agilidad que se requiere en la actualidad en la contratación en masa por los mismos avances de la economía de mercado, hace que se deban crear mecanismos que sean prácticos para realizar todo tipo de contratos de diversas clases y con diversos objetos, sobre la empresa en su conjunto; lo cual lleva a que se tenga la imperiosa necesidad de separarse de las categorías jurídicas tradicionales, para poder solventar las afanosas y aceleradas transacciones económicas que se llevan a cabo hoy en día.

Analizando la legislación colombiana, en el artículo 25 del Código de Comercio se enuncia la definición de lo que constituye una empresa de la siguiente manera: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizara a través de uno o más establecimientos de comercio”⁵. La anterior definición de la figura en estudio hace mención de dos de los tres pilares de este ente, los cuales son la actividad organizada y los bienes que la constituyen pero no hace referencia al empresario como aquel individuo que organiza y pone todo esto en funcionamiento para la explotación económica.

Pero en la legislación mercantil no es el único compendio normativo donde podemos encontrar una referencia para explicar el concepto de “empresa”, ya que en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo también encontramos otra definición que más de presentar otra perspectiva de la figura en cuestión, ayuda a complementarla. Tal precepto normativo enuncia en su inciso primero que “Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio”⁶. De lo expresado en la norma se denota uno de los fines esenciales de la empresa el cual es la explotación económica, a su vez que se hace referencia a ella como un ente social que brinda y depende del trabajo mancomunado de un conjunto de individuos que están a su servicio para llevar a cabo la actividad organizada que realice la empresa.

⁴ DIVAR, JAVIER. “Lecciones de Derecho Mercantil: La empresa, El empresario Individual, El empresario Social”. Op cit. pág. 30.

⁵ Artículo 25 del Código de Comercio.

⁶ Artículo 194, inciso 1, del Código Sustantivo del Trabajo, Subrogado por el Artículo 32 de la ley 50 de 1.990.

Ahora basándonos en todo lo anterior, podríamos llegar a concebir una definición global de lo que significa “la empresa” como un ente organizado por un individuo sea persona natural o jurídica, denominado empresario, el cual es un comerciante que pone en funcionamiento un conjunto de elementos patrimoniales y humanos para llevar a cabo una o más actividades de carácter económico en el campo de la producción, transformación, comercialización, administración o custodia de bienes o para la prestación de uno o mas servicios, que permitan la satisfacción de las necesidades humanas, y a su vez con esto, obtener un acrecentamiento pecuniario constituido por ganancias que generen riqueza para si y permitan mantener en funcionamiento el aparato productivo que la constituye.

Esta definición que acabamos de crear trata de abarcar los aspectos más significativos constituyentes de “la empresa” según la doctrina mercantil más actual sobre la materia, pero aun estos rasgos que comprenden el concepto de esta figura pueden dar lugar todavía a una cantidad de discusiones y debates debido a la complejidad del ente objeto de nuestro estudio. Así, podríamos abrir un sin fin de interrogantes como ¿Es verdaderamente necesario que el empresario sea un comerciante?, ¿Es de la esencia que exista el animo de lucro en la actividad realizada por la empresa?, ¿Necesariamente el empresario debe contar con capital humano para realizar la explotación económica?, ¿Al ver que la empresa es una figura regulada en el código de comercio⁷, será que necesariamente tiene que llevar a cabo actos de comercio?, ¿La empresa debe obligatoriamente tener un establecimiento de comercio?, y si la respuesta a estas preguntas fuera positiva, entonces a un ente organizado por un sujeto que no sea comerciante⁸, para la realización de una actividad económica que no posea elementos humanos, no tenga un establecimiento de comercio, y que no necesariamente tenga animo de lucro pues no recibe contraprestación alguna por su actividad, ¿No puede dársele el calificativo de “empresa”? o por el contrario ¿si es posible?. Preguntas cuya respuesta es muy arriesgado contestar por la posición tradicional de las teorías mercantilistas sobre la figura en cuestión, pero que se plantean porque ya veremos mas adelante que nuestro ente objeto de estudio al cual llamamos “empresa virtual” en

⁷ En el artículo 20 de nuestro Código de Comercio, el cual enumera de forma enunciativa las actividades que se consideran mercantiles, podemos observar que “Son mercantiles para todos los efectos legales:

10° Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

11° Las empresas de transporte de personas o de cosas, a titulo oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;

12° Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;

13° Las empresas de deposito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;

14° Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

15° Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

16° Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

17° Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

18° Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios,....”.

⁸ Según el artículo 10 del Código de Comercio “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”.

ciertos ámbitos, puede no amoldarse a los criterios preestablecidos por el Derecho Comercial en la actualidad de manera plena.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA

Nos encontramos también en la necesidad de observar el tema referente a la naturaleza jurídica de la empresa, la cual como ya veremos, es tan confusa e imprecisa al ser un ente tan particular y diverso el cual ha costado mucho acomodarlo en una categoría de las preestablecidas por el Derecho.

En primer lugar podemos observar que la empresa no se puede considerar como una sociedad, ya que existen empresas de las cuales su titularidad recae sobre personas naturales o comunidades, además la sociedad⁹ siempre es una persona jurídica distinta de aquellos que la conforman, que tiene un patrimonio propio compuesto por derechos y obligaciones, lo cual no concuerda en nada con la definición promulgada por el artículo 25 de nuestro Código de Comercio, el cual la define como “toda actividad económica organizada...”. Igualmente debemos tener en cuenta que el ejercicio de una determinada actividad empresarial puede llevarse a cabo por una persona física (empresarios individuales) o por personas jurídicas (sociedades comerciales), siendo normalmente estas últimas quienes tienen la titularidad empresarial debido al alto grado de complejidad en el tráfico comercial y el asocio de capitales y esfuerzos personales¹⁰; por lo cual vemos que la “empresa” es un fenómeno mucho más amplio que la sociedad a pesar de que la actividad empresarial comúnmente sea realizada por medio de las diferentes formas societarias¹¹ existentes en el Derecho Mercantil hoy en día tales como las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas, en comandita simple y por acciones, etc.

Igualmente, se puede ver que en cierta medida en algún momento se llega a confundir en la práctica por desconocimientos técnico-jurídicos a “la empresa” con el establecimiento de comercio, lo cual es un craso error, pues como ya apreciamos, el establecimiento de comercio es solo uno de los elementos objetivos que conforman todo ese engranaje formado por el ente denominado “empresa”. Para ello, podemos citar el artículo 515 de nuestro Código de Comercio el cual preceptúa que “Se entiende por establecimiento de

⁹ Igualmente cabe aclarar que la Sociedad siempre se crea como fruto de un contrato donde confluyen varias voluntades, las de los socios, mientras que la empresa para su nacimiento no requiere de estas ritualidades, ni de la confluencia de una pluralidad de voluntades.

¹⁰ DIVAR, Javier. “Lecciones de Derecho Mercantil: La empresa, El empresario Individual, El empresario Social”. Op cit. pág. 65.

¹¹ Podemos ver que el artículo 98 de nuestro Código de Comercio al definir el contrato de sociedad, en cierta medida relaciona a la empresa con la actividad de la sociedad comercial: “Por el contrato de sociedad dos o mas personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.”

comercio un conjunto de bienes organizado por el empresario para realizar los fines de la empresa.”.

En tercer lugar, deberemos observar que la empresa no es una persona natural, ni jurídica, sino que su titularidad o manejo está en cabeza de ellas; por lo cual al no ser considerada como persona no se puede predicar de ella que posea los atributos de la personalidad, es decir, patrimonio, nacionalidad, domicilio, nombre, capacidad; por tanto el empresario al celebrar los distintos actos jurídicos en el ejercicio de la actividad económica de su empresa lo hará a su nombre y respondiendo con su patrimonio a menos que decida ejercer su actividad asociándose con otras personas y formar una sociedad mercantil por medio de un contrato de sociedad en los términos de nuestro Código de Comercio, o acudiendo a la figura denominada “empresa unipersonal” creada por la ley 222 de 1.995, para así crear una nueva persona con derechos y obligaciones propias.

Finalmente, se puede dilucidar que “la empresa” no constituye un patrimonio autónomo en cuanto que ella en si misma no forma una universalidad de bienes, derechos y obligaciones independiente, separada del sujeto y titular que la conformo.

Como podemos observar, en la actualidad no existe una precisión de la verdadera naturaleza jurídica de “la empresa”, pues ninguna de las categorías jurídicas existentes parece acomodarse a sus singulares y particulares características. Además dentro de la contemporánea técnica legislativa no se ha podido llegar a incorporar una noción de empresa que tenga una aceptación medianamente universal, por lo cual la legislación mercantil en el mundo con respecto a esta figura no es uniforme. Ante lo cual podemos decir que actualmente no podemos afirmar cual es la naturaleza de este complejo ente.

Incluso al ver el alcance de todo aquello que puede ser abarcado por este fenómeno en los tiempos modernos con la trascendencia en el tráfico jurídico de las grandes actividades económicas en masa, se ha llegado a formular una postura en la doctrina española, según la cual en el futuro el Derecho Mercantil se ocuparía principalmente del Derecho de la Empresa de manera que la legislación comercial gire en torno a todos los fenómenos y relaciones jurídicas que se desprendan de la actividad empresarial¹²; lo cual para el sector de la doctrina tradicional mercantilista es inaceptable basándose en que no se puede encerrar dentro de una simple y única disciplina el régimen jurídico de la empresa, y además se caería en inexactitudes, pues de esta figura participan aspectos que van mucho más lejos de lo que le atañe al Derecho Mercantil, e igualmente el Derecho Comercial abarca muchos mas fenómenos y relaciones jurídicas de las que giran y se desprenden de la empresa, por lo tanto resultaría completamente erróneo afirmar que el Derecho Mercantil solo se llegue a ocupar de la actividad de la empresa.

¹² DIVAR, Javier. “Lecciones de Derecho Mercantil: La empresa, El empresario Individual, El empresario Social. Op cit. Pág. 30 y 31.

La empresa es una figura y una institución en donde convergen y se mezclan una diversidad muy amplia de elementos (bienes corporales e incorporeales, relaciones laborales, contratos comerciales, obligaciones tributarias, un sin fin de actividades económicas de todo tipo, etc.), ante los cuales vale aplicarles varias de las ramas de la Ciencia Jurídica (Derecho comercial, administrativo, laboral, fiscal, Derecho de la competencia, etc.), por consecuencia el Derecho Mercantil solo se ocupa de los elementos más esenciales de dicha figura.

1.4 ELEMENTOS

Como se mencionó en líneas anteriores, la empresa es una figura que se asienta sobre tres pilares, en los que gira su mundo, los cuales están constituidos en un extremo por el sujeto que organiza los distintos aspectos que forman la empresa, el cual se denomina empresario y que configura el factor subjetivo de nuestro ente objeto de análisis, y en el otro extremo por la actividad económica organizada y el conjunto de bienes integrados por el empresario para los fines de explotación económica, los cuales configuran a su vez el elemento objetivo de la empresa; al primero lo llamaremos factor dinámico y al segundo factor estático de la empresa. Ahora pasaremos a observarlos con más detenimiento.

1.4.1 Factor Subjetivo. La doctrina mercantil tradicional define al sujeto denominado empresario como aquella persona que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos que son precisos para la producción de bienes o servicios en aras de satisfacer las exigencias del mercado, siendo considerados tres los caracteres básicos del concepto de empresario: la profesionalidad, la intervención en nombre propio, y la actividad organizativa.¹³

El sentido de profesionalidad denota la intervención pública, notoria y responsable, con fijeza de implantación en la actividad de tipo empresarial, que se presupone desde el establecimiento mismo de la empresa, teniendo en cuenta que el empresario se considera un comerciante que se dedica constante y habitualmente y por lo tanto experto en los negocios mercantiles, aunque puede presentarse que no sea necesario que exista un marcado ánimo lucrativo por el ejercicio de su actividad¹⁴. La intervención a nombre propio al llevar a cabo el ejercicio de la actividad de tipo empresarial se denota por la responsabilidad del empresario ante terceros, aun cuando se actúe por medio de individuos que hagan las veces de auxiliares en la realización de las funciones empresariales¹⁵, claro está siempre y cuando el empresario no decida ejercer su actividad económica por medio de alguna de las formas

¹³ Ibid, pág. 57.

¹⁴ Ibid, pág. 57 y 58.

¹⁵ Ibid, pág. 58.

societarias existentes creando así una nueva persona con derechos y obligaciones propias. La actividad que delimita al empresario se refiere a la llevanza constante de toda la organización de la empresa, cuya titularidad, en principio, le corresponde para conseguir la gestión empresarial, la cual no solo se limita a los aspectos referentes al Derecho Comercial, sino también a todas las demás relaciones jurídicas derivadas de las actividades de la empresa, tales como fiscales, laborales, administrativas, etc..¹⁶

El empresario es aquel sujeto ejecutor de la actividad económica organizada y continua llevada a cabo por la empresa con todos los elementos que éste dispuso para tal efecto; puede ser una persona natural o jurídica ya que el individuo que decide emprender la actividad empresarial puede hacerlo en su calidad de persona física o puede, como se mencionó con anterioridad, decidir formar algún tipo de sociedad y será esta nueva persona jurídica la que ostente la calidad de titular de la empresa, aquí es donde se identifica y diferencia lo que la doctrina mercantil denomina el empresario individual y el empresario social. La profesionalidad, como se hizo ver, es rasgo característico; e igualmente cabe denotar que como se creía en un principio, el empresario no necesariamente tiene que ser el propietario del establecimiento de comercio, figura que se encuentra al interior de la empresa y que igualmente es objeto de constantes imprecisiones sobre lo que significa y lo compone, tema que abordaremos mas adelante. Debemos denotar igualmente que todo empresario es un comerciante (o al menos esto es lo que predica la teoría mercantil moderna), pero no todo comerciante es empresario en la medida que el solo hecho de realizar de manera profesional diferentes actos de comercio, no le da la calidad de empresario mientras que su actividad económica no adquiera el carácter de organizada y continua, ante lo cual se podría decir que tampoco es clara la frontera entre el comerciante que realiza diversos actos mercantiles en masa y esa organización que logra configurar el empresario. El empresario coordina de manera sistemática los distintos aspectos patrimoniales y humanos para llevar a cabo su actividad organizada de producción de bienes o prestación de servicios al público en general con ánimo de lucro.

En los primeros inicios de la actividad empresarial, cuando se estudiaba este fenómeno se creía que la calidad de empresario necesariamente llegaba a concurrir con la calidad de propietario de todos aquellos bienes que se ponían a disposición y que a su vez conformaban parte de la empresa y el mismo los explotaba, es decir, se consideraba que empresario era sinónimo de dueño y administrador de la empresa (noción que se acomoda mas a la visión del empresario individual); concepción que en la época actual queda obviamente rezagada, debido a la manera como se fue transformando esta figura en algo mucho más complejo dentro del mundo de la economía y el comercio a gran escala. Ante lo cual en la época contemporánea, se concibe que con la figura del empresario social existan divisiones de funciones donde unos individuos hacen grandes aportes de recursos económicos de capital, detentan el derecho de dominio sobre los bienes de la empresa y llevan la carga de aquellos riesgos derivados de la actividad empresarial, y a su vez otros

¹⁶ *Ibíd.*

individuos son los encargados de la organización, el control, la planificación y en general de la configuración de esos elementos dispuestos para la actividad económica empresarial; pudiendo decir que se puede predicar la calidad de empresario de las dos clases de sujetos, lo cual a su vez denota que la transformación de las realidades económicas que nos rodean hace que las concepciones y características clásicas de nuestra figura objeto de estudio no se acomoden plenamente a esta nueva realidad.

A su vez, podemos observar que la persona titular de la empresa puede ser una persona natural, como se anotó anteriormente, una sociedad comercial en cualquiera de sus variantes previstas en la legislación mercantil, un conjunto de empresarios por medio del llamado cuasicontrato de propiedad, etc., por lo cual nada obsta para que con esta gama de posibilidades un empresario sea titular de varias empresas o varios empresarios de una misma empresa, e igualmente como actualmente ya no se considera que este deba tener la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes de la empresa, puede ser un arrendatario, un administrador, un usufructuario, un concesionario, etc.

En este punto cabe hacer una aclaración con respecto a la naturaleza propia de la empresa, la cual se refiere a que constantemente en el día a día se suele crear una confusión al confundir a la empresa con una persona jurídica debido a que la actividad empresarial suele realizarse utilizando como mecanismo facilitador para ello a la sociedad. Ante lo cual cabe aclarar que la empresa no es una persona jurídica, ni tiene derechos, obligaciones y patrimonio propio diferentes a los del empresario, dado que el legislador no consagra esta figura dotándola de personalidad, por lo tanto cuando se lleva a cabo un proceso de contratación donde se vea involucrada esta figura debe tenerse presente que se está contratando con el individuo empresario persona natural en el caso que sea un empresario individual o con la persona jurídica sociedad en el caso que esta sea la titular de la empresa.

En cuanto a las diferentes clases de empresarios, podemos decir que son dos las clasificaciones más importantes existentes para categorizar este aspecto:

En primer lugar podemos ver la que hace referencia al empresario individual, el empresario social, y el colectivo. El primero es aquel que corresponde a una persona natural que crea una determinada empresa y hace las veces de titular de la misma, no necesariamente asume la administración y control de la empresa pues puede ayudarse de auxiliares, siendo esta la forma más sencilla y simple de llevar a cabo la explotación económica. El segundo se refiere a cualquiera de las formas de sociedades a las cuales la ley les brinda personalidad jurídica (sociedades anónimas, colectivas, en comandita, de responsabilidad limitada), las cuales deben ser constituidas según las formalidades previstas en la ley mercantil tales como la escritura pública e inscripción en el registro mercantil de la respectiva cámara de comercio, formas que constituyen una variante más compleja de la actividad empresarial. El tercero hace referencia a una situación donde un número plural de personas deciden

ejercer conjuntamente actividades económicas, utilizando figuras como la copropiedad, la sociedad de hecho, el consorcio, la unión temporal, las cuentas en participación, etc., donde surgen entes empresariales que no tienen personalidad jurídica, por lo cual los distintos socios o comuneros deben inscribirse en el registro mercantil quedando como titular de la empresa no una persona jurídica ni una persona natural, sino una copropiedad o sociedad de hecho irregular, caso donde todos los copropietarios quedan como responsables y asumen los derechos y obligaciones de la actividad empresarial en conjunto.

En segundo lugar podemos ver la clasificación que categoriza al empresario como público o privado. El primero denota su correspondencia con una persona natural o jurídica de derecho privado, la cual es titular de la empresa, y cuyo capital con el cual está formada proviene de inversionistas privados que buscan un interés de lucro particular. Por el contrario, el segundo se refiere al caso donde una entidad descentralizada del Estado realiza una actividad económica dirigida a satisfacer necesidades de sectores amplios de la población, lo cual se financia con dineros públicos; siendo ejemplos de esta figura las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado.

Igualmente debemos denotar que existe una novedosa categoría de empresario al cual se le denomina solidario, en cuanto que su actividad económica organizada no persigue la obtención de utilidades sino brindar beneficios colectivos a una comunidad (aquí podemos ver que en cierta medida no es necesario el ánimo de lucro como requisito para que un ente económico organizado sea considerado como “empresa), forma que es promovida por la Constitución Nacional¹⁷.

1.4.2 Elementos Objetivos. Ahora a continuación, se enunciarán los rasgos más significativos de los dos elementos objetivos que completan los tres pilares sobre los cuales descansa nuestra figura objeto de análisis.

1.4.2.1 Factor Dinámico. Lo que aquí denominaremos como factor dinámico de la empresa, y el cual constituye el primero de los dos elementos objetivos que la componen, hace referencia a la actividad económica realizada por el empresario en el ejercicio de su labor económica, lograda con la configuración de todos los elementos dispuestos por éste para el efecto; actividad que se caracteriza por ser: económica, organizada, continua, sistemática y profesional.

La actividad empresarial se reputa económica en la medida que el empresario desarrolla una determinada labor encaminada a la producción, transformación, comercialización de

¹⁷ El inciso 3º del artículo 333 de la Constitución Política señala: “...La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial....”.

bienes o prestación de servicios en un marco de utilización eficiente de los recursos necesarios para satisfacer un conjunto de necesidades materiales de los individuos, para, a su vez, generar un lucro o ganancia que se reflejará en aumento de la riqueza. Normalmente esta actividad económica va encaminada a la producción de materias primas, la transformación de estas en productos elaborados, en la intermediación de bienes donde prima la comercialización y distribución de los productos, o en la prestación de servicios.

Es una actividad organizada (siendo este tal vez uno de los rasgos más significativos que permiten identificar la actividad de tipo empresarial de las demás actividades llevadas a cabo por los comerciantes) puesto que el sujeto denominado empresario realiza una organización y configuración de todos aquellos elementos y relaciones jurídicas por medio de una labor donde dirige y coordina; lo cual permite un alto grado de sistematización que genera que la empresa se conciba como un engranaje de elementos organizados, que se armonizan al momento en que se disponen todos los distintos factores de producción para su objetivo económico. Tal organización que se reputa como característica del ente empresarial se predica respecto de los elementos humanos, de los factores económicos y del factor estático de la empresa (el cual se explicara más a fondo en el siguiente acápite).

El factor humano se refiere al conjunto de individuos subordinados laboralmente o no, que son organizados por el empresario al interior de su actividad económica, para realizar las distintas tareas necesarias para la consecución de los fines de la empresa, lo cual constituye toda persona de cualquier nivel al interior de la organización que se pueda tener en el ámbito empresarial (tanto personas del nivel directivo, ejecutivo y asesor como los trabajadores que aportan con la mano de obra); pero esto no obsta para que el empresario al emprender su actividad mercantil decida prescindir en cierta medida de este factor, ya sea porque no es indispensable para el objeto llevado a cabo por su empresa, o porque con el avance de la tecnología existente hoy en día, la máquina entra a reemplazar al ser humano en ciertas tareas por cuestiones de eficacia y costos.¹⁸ La empresa en si misma constituye una organización de factores económicos para la producción de bienes que satisfacen una demanda, prestar servicios, transformar materias primas, la distribución de los mismos, etc., lo cual todo es valorable en dinero y se requiere del correcto manejo por parte del empresario en el desarrollo de su actividad económica. El factor estático corresponderá a un conjunto tanto de bienes corporales como incorporales que son igualmente ordenados y organizados de manera técnica por el empresario para satisfacer los objetivos de explotación económica que busca la empresa.

La continuidad va encaminada a que la actividad económica de la empresa tenga un ánimo de estabilidad y habitualidad, ya que el empresario al encaminar su labor económica establece un plan o proyecto preestablecido el cual busca tener una permanencia en el

¹⁸ Mas adelante se observara como este factor no es indispensable en el marco de las empresas virtuales en muchos aspectos.

tiempo. Es sistemática en el sentido que una empresa debe nacer y existir para el ejercicio de un conjunto de operaciones económicas en el ámbito mercantil de manera constante, dentro del marco de organización creado por el empresario para tal efecto, por lo cual no constituirá, o no podrá calificarse como empresa a un ente que solo sea creado para la realización de una operación económica o para llevar a cabo varias operaciones pero separadas y aisladas una de la otra, pues tal actividad no estaría dentro del espectro de organización sistemática al que nos referimos. A su vez, podemos decir que la actividad de la empresa que es económica, continúa, organizada, sistemática y profesional debe perseguir unos fines u objetivos los cuales son: el ofrecimiento que se le hace al público de bienes o servicios y el propósito de generar ganancias o animo de lucro.

El espíritu que debe existir dentro del ámbito de la actividad empresarial referente al objetivo de ofrecer al público en general uno o varios bienes o servicios, se determina por la propia naturaleza de la empresa, ya que ésta constituye un ente que se desenvuelve dentro del marco de la oferta en el mercado, actuando como unidad económica destinada a ofertar los productos o servicios generados en su actividad productiva como un ente activo, para satisfacer las diversas necesidades de toda una sociedad o de individuos particulares. Así mismo en desarrollo de ésta actividad de ofrecimiento de productos hacia los consumidores, la empresa puede sostener una innumerable cantidad de relaciones jurídicas con un gran número de personas al interior del mercado, o solamente relacionarse con ciertos individuos para satisfacer necesidades económicas concretas.

En cuanto al ánimo de lucro, este ha sido uno de los rasgos característicos que identifican la actividad económica de los comerciantes desde que estos existen, elemento que es a su vez remarcado por la doctrina del Derecho Mercantil, pues siempre se ha creído que el objetivo por el cual los comerciantes llevan a cabo actividades mercantiles profesionalmente es para percibir una ganancia pecuniaria que produzca un acrecentamiento en su patrimonio, lo cual permitirá generarle una riqueza para elevar su nivel de vida y a su vez mantener en funcionamiento su labor económica. Ante lo cual, los empresarios como comerciantes y las empresas como unidades económicas no son ajenas a esta característica, pues igualmente el sujeto que organiza, planifica, dirige y ordena todos los elementos de la actividad empresarial buscara este propósito de generación de utilidad, lo cual en términos económicos se considera como la maximización de su beneficio al lograr que se derive una ganancia en la medida que la venta del bien o servicio que produce permita recuperar lo invertido por el costo de su producción o transformación y a su vez generar una utilidad.¹⁹ A pesar de éste rasgo característico que suele identificar a las empresas, debemos precisar la existencia de algunas organizaciones con estructuras muy parecidas a las de los entes empresariales, los cuales se dedican a realizar actividades culturales, sociales y recreativas, sin ostentar un animo encaminado a la obtención de ganancias de tipo económico, y por

¹⁹ Pero igualmente observaremos mas adelante que este rasgo característico de la actividad del empresario puede no presentarse de manera tan clara en el marco de nuestra figura central objeto de estudio.

tanto pueden llegar a ser considerados como auténticas empresas, a pesar de no compartir el ánimo de lucro.

Estas características muestran el perfil funcional dinámico de la empresa como un ente o núcleo productivo, organizado por el empresario para realizar una gama de actividades económicas tendientes a generar riqueza y satisfacer las demandas del mercado de los distintos bienes y servicios. De esta manera podemos dilucidar como todo este complejo engranaje que observamos le van dando a la empresa sus matices característicos que a su vez la diferencian de otros actos reputados como mercantiles.

1.4.2.2 Factor Estático. El denominado factor estático de la empresa está compuesto por todos aquellos bienes mercantiles tanto materiales como inmateriales que son utilizados para facilitar la realización de la actividad económica que decida llevar a cabo el empresario. Este conjunto de bienes en principio tiene una existencia independiente los unos de los otros en el marco del tráfico jurídico pero el empresario los combina y los vuelve una unidad que se sintetiza en el soporte material de la actividad económica empresarial, el cual constituirá el apoyo físico con el cual la empresa podrá desempeñar su labor comercial como agente económico del mercado produciendo o comercializando bienes, o prestando servicios. El factor estático está compuesto por bienes de carácter material y tangible, por elementos incorporeales, por el capital reunido por el empresario para sostener su actividad organizada y además por las utilidades que se generen de sus actividades mercantiles.

En este punto es donde entra el denominado establecimiento de comercio en el marco del engranaje empresarial, cuya noción es normalmente confundida y los alcances de su composición desestimados. En las siguientes líneas veremos la noción, características y composición de esta figura.

En el libro tercero de los bienes mercantiles en nuestro Código de Comercio, más exactamente en el artículo 515 encontramos la definición legal del establecimiento de comercio: “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

Para Madriñán de la Torre, desde un punto de vista económico, el llamado establecimiento de comercio se viene a presentar como todo un conjunto de bienes corporales e incorporeales que son dispuestos por el empresario hacia un fin que fue preestablecido con anterioridad, en consideración al cual cada uno de ellos sirven para un determinado fin común según su

respectiva naturaleza y calidad²⁰, y el empresario al conjurarlos en una combinación por medio de su actividad organizativa los convertirá en un todo que les permitirá tener un mayor valor productivo en el marco de la explotación económica que la que tendrían como elementos separados y distantes uno del otro. Pero tal conjunción de elementos llevada a cabo por el empresario, en aras de facilitar su labor comercial para formar el establecimiento de comercio, no obsta para que cada uno de los bienes que la conforman pierda su naturaleza jurídica y su manera de circulación en el tráfico jurídico, pudiendo de esta manera enajenarse separadamente.

Igualmente en este punto cabe resaltar que no deben confundirse las nociones de empresa y de local comercial con las de establecimiento de comercio, puesto que este es uno de los errores en los cuales se suele caer en el lenguaje diario. Como ya se vio anteriormente, la empresa es una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios la cual se realiza a través de uno o más establecimientos de comercio²¹; por tanto el establecimiento solo es uno de los elementos objetivos involucrados que conforman la empresa tal como estamos viendo. Y lo que se denomina como local comercial solo es uno de los tantos elementos que llegan a componer el establecimiento de comercio, el cual corresponde a las instalaciones inmobiliarias donde normalmente se realiza la actividad económica que desarrolla la empresa y se atiende al público.

En cuanto a la naturaleza jurídica del establecimiento de comercio, se han ventilado diversas posturas tales como la teoría atomista la cual cree que “el establecimiento no tiene trascendencia unitaria, desde el punto de vista jurídico” (Scialoja y Barassi). La teoría de la personalidad jurídica, que enuncia que “el establecimiento es un sujeto de derecho. Le atribuye un nombre, un crédito y la dirección de los negocios. El empresario no es sino el primer empleado del establecimiento” (Endemann y Mommsen). La teoría del patrimonio de afectación que predica que “el establecimiento es un patrimonio autónomo fruto de su destinación específica. Es un patrimonio profesional distinto del civil u ordinario del comerciante” (Bakker, Valery y Santoro-Passarelli). La de la universalidad de hecho enunciada por Rocco, pues el establecimiento constituiría una unión de distintos bienes autónomos que se mantienen como un todo, gracias a un destino común que se les ha dado por la voluntad del individuo que así decidió hacerlo. La de la universalidad de derecho que lo considera un conjunto de bienes cuya unidad se impone por la propia ley, la cual es enunciada por Messineo. Y la teoría del bien incorporal citada por Ferrara al ver el establecimiento de comercio como una organización de todos los elementos precisos para lograr un rendimiento, siendo esta unidad algo distinta de todos los elementos separados que lo componen.²²

²⁰ MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón, “Principios de Derecho Comercial”, Novena Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2.004, pág. 162.

²¹ Artículo 25 del Código de Comercio.

²² MADRIÑÁN DE LA TORRE. “Principios de Derecho Comercial”. Op cit pág. 182.

En la actualidad el establecimiento de comercio se ha concebido como objeto y no como sujeto de derechos, puesto que el Código de Comercio reconoce en la persona denominada empresario al sujeto desde el punto de vista jurídico que en el marco de la empresa, tiene la titularidad de los distintos componentes del establecimiento y queda vinculado por las obligaciones que surgen de aquella, siendo así el empresario quien puede enajenar, gravar o limitar la titularidad sobre él, de su voluntad dependen el orden, la clase y el número de sus elementos, y con su patrimonio responde por todas las relaciones jurídicas que surjan con relación al mismo.²³

Tomando en cuenta la inserción del establecimiento de comercio entre los bienes mercantiles al interior del Código de Comercio, para el Derecho Colombiano este es un bien, donde la organización de los distintos elementos que lo conforman es lo que se tiene en cuenta para diferenciar al establecimiento de cualquier otro conjunto de bienes y lo cual le da un matiz de singularidad.²⁴ Aquí podemos citar a Rodière cuando dice que “El fundamento del establecimiento de comercio reside en la manera original como el comerciante organiza su empresa para producir y atraer una clientela. Esta organización constituye una creación intelectual, análoga a una creación literaria o artística y es normal que sea como estos jurídicamente protegida. Sin embargo, a diferencia de la patente de invención o de la creación artística, no es protegida en si misma y en abstracto, sino en relación con los elementos corporales o incorporales del fondo que le sirvan de soporte necesario”²⁵ (sic). Por tanto para dicho autor la mencionada figura comporta un bien unitario distinto de los elementos que lo conforman, un bien incorporal aun cuando comprende elementos corporales, un bien mueble, y supone una explotación comercial.²⁶

En cuanto a las características principales de esta figura, podemos decir que los bienes que la conforman organizados y sistematizados de la forma que fue planeada por el empresario para sus fines comerciales, constituyen una unidad técnica económica con un mayor valor por su idoneidad y capacidad para producir, distribuir, transformar bienes o prestar servicios²⁷, pero cada bien mantiene su ley de circulación dentro del comercio, aunque por su mayor valor en conjunto que cada bien por separado se busca preservarlo en un estado de unidad. El establecimiento constituye el instrumento material por medio del cual se podrá plasmar y realizar la actividad empresarial que busca el empresario; le permitirá realizar a la empresa sus fines productivos como agente económico. Igualmente está compuesto por una gran cantidad de bienes que se caracterizan por su heterogeneidad, pues como ya se verá mas adelante su composición es bastante amplia. El empresario posee una protección sobre todo su conjunto y composición como un todo dentro del marco de la empresa. Finalmente podemos decir que el establecimiento de comercio puede ser objeto de

²³ Ibid.

²⁴ Ibid pág. 184.

²⁵ RODIÈRE, RENÉ, Droit Commercial, Précis Dalloz, París, 1.970, pág. 192.

²⁶ Ibid págs. 192 y 193.

²⁷ Esta aptitud se conoce como Goodwill en el Derecho Anglosajón o Aviamiento en el Derecho Continental Europeo.

una gran gama de negocios jurídicos tales como la enajenación a cualquier título²⁸, darlo en garantía a título de prenda²⁹, anticresis, arrendamiento, usufructo o cualquier negocio que modifique su propiedad o administración³⁰.

Debe tenerse en cuenta que la naturaleza propia de cada establecimiento debe ser el criterio que señale a los contratantes al momento de hacer negocios sobre él en conjunto, la importancia de cada uno de los componentes que lo conforman y su posibilidad de excluirse de la operación o contrato de que se trate para que no se vea afectada su integridad y capacidad en su organización básica como instrumento material que permitirá la actividad económica, teniendo en cuenta el animo de preservarse como una unidad económica.³¹

La composición del establecimiento de comercio está definida por bienes incorpóreos tales como el know how, el cual es un conjunto de conocimientos y experiencias que tienen un valor económico para la empresa en cuanto le facilitara llevar a cabo y con mayor eficiencia su labor productiva; las relaciones, contratos y créditos derivados de las diversas clases de negocios jurídicos que puede realizar el empresario en el ejercicio de sus labores comerciales; y la propiedad industrial donde destacan por un lado los signos distintivos como pueden ser marcas, enseñas, lemas, nombres comerciales etc., y por otro lado las nuevas creaciones como las patentes, secretos industriales, modelos industriales, etc.. Igualmente se compone de cosas de carácter corporal o material, tales como bienes muebles, donde destacan las mercancías, las cuales son distintos bienes de consumo o de producción que se destinan a ser vendidos en el mercado (cosas corporales, con aptitud para el tráfico jurídico, que tengan movilidad, un valor patrimonial propio y que están dentro de la circulación del comercio); y las instalaciones mobiliarias compuestas por todos los equipos técnicos requeridos para la producción, transformación o comercialización de un bien o prestación de un servicio, como la maquinaria y demás herramientas de carácter industrial;

²⁸ El artículo 525 del Código de Comercio preceptúa “La enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran.”.

²⁹ El artículo 532 del Código de Comercio preceptúa “La prenda de un establecimiento de comercio podrá hacerse sin desamparamiento del deudor.

A falta de estipulación, se tendrán como afectos a la prenda todos los elementos determinados en el artículo 516, con excepción de los activos circulantes.

Cuando la prenda se haga extensiva a tales activos, los que se hayan enajenado o consumido se tendrán como subrogados por los que produzcan o adquieran en el curso de las actividades del establecimiento.”.

³⁰ El artículo 533 del Código de Comercio preceptúa “Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526.”.

³¹ MADRIÑÁN DE LA TORRE. “Principios de Derecho Comercial”, op cit, págs. 174 y 175.

También se compone por bienes inmuebles, categoría donde se ubica el denominado local comercial, el cual es el lugar donde se reúnen físicamente y se agrupan todos los elementos materiales que el empresario ha dispuesto para el desarrollo de su labor económica organizada.³²

En cuanto a la protección de la unidad económica conformada por el establecimiento de comercio, por consideraciones básicas de carácter económico y social, los doctrinantes del Derecho Mercantil llegan a sostener y propender por la necesidad de que se le dé un amparo al establecimiento en su estado de unidad como ente económico, lo cual se plasmó en las leyes para protegerlo expresamente³³. En el Código de Comercio esta idea se consagró en el artículo 517 al enunciarse que “siempre que haya de procederse a la enajenación forzada de un establecimiento de comercio, se preferirá la que se realice en bloque, o en su estado de unidad económica”, y al prescribirse en el inciso de la misma norma que “en la misma forma se procederá en caso de liquidaciones de sociedades propietarias de establecimientos de comercio y de establecimientos de que varias personas sean condueñas”. Igualmente el artículo 94 de la ley 222 de 1.995 en relación con el concordato propende por que se conserve la empresa como unidad de explotación económica ante estas situaciones. También el Código de Procedimiento civil en el artículo 682, numeral 6, exige que el secuestre continúe administrando los establecimientos de comercio según el sistema de administración vigente al momento de verificarse la diligencia, sin perjuicio de que su propietario pueda ejercer funciones de asesoría y vigilancia bajo la dependencia del secuestre³⁴.

Esta protección no solo está encaminada a las situaciones donde se vea un peligro inminente en la destrucción del conjunto que constituye el establecimiento de comercio, pues la ley amplía esta protección a los negocios voluntarios ejercidos por el empresario donde el conjunto de elementos que lo conforman es objeto de relaciones de tipo

³² En el artículo 516 del Código de Comercio podemos encontrar la enumeración legal que enuncia la conformación del establecimiento de comercio: “Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

1° La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;

2° Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;

3° Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;

4° El mobiliario y las instalaciones;

5° Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;

6° El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y

7° Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.”.

³³ MADRIÑÁN DE LA TORRE. “Principios de Derecho Comercial”, Novena Edición, Editorial Temis S.A., Op cit. pág. 172.

³⁴ Ibid pág. 173.

contractual, donde se conserva o amplia las varias acciones que protegen el derecho sobre cada uno de los elementos que lo conforman; y también la ley llega a reprimir las conductas de tipo desleal de los distintos competidores del empresario que puedan atentar directa o indirectamente contra su unidad.³⁵

Como podemos observar, el factor dinámico de la empresa representa el tercer y último pilar sobre el que descansa la estructura empresarial, el cual permitirá y facilitara poder plasmar toda la actividad económica organizada que emprenda el empresario con sus fines de utilidad y de satisfacción de las necesidades sociales en el mercado de bienes y servicios.

1.5 LA EMPRESA Y SU IMPORTANCIA EN LA SOCIEDAD

Como quedó esbozado en los acápites anteriores de manera breve y concisa, la empresa solamente desde una perspectiva jurídica es ya de por sí un fenómeno de una gran complejidad, y que si lo analizáramos desde todas y cada una de sus perspectivas, sería como pretender abarcar un universo entero del cual ni siquiera en la actualidad estamos completamente seguros de la magnitud de sus fronteras jurídicas, económicas, políticas, y sociológicas. Pero cabe igualmente en el presente estudio, hacer una breve mención de la importancia que tiene esta figura en la sociedad del mundo actual, el cual de por sí es uno de los móviles que llevaron a la elaboración del presente trabajo.

En la actualidad el término empresa lo utilizamos frecuentemente y muchas veces en sentidos variados, erróneos, y tal vez desconociendo muchos de sus aspectos complejos al no tener una visión de todo su conjunto, pues ello resultaría imposible, lo cual siempre se ha visto desde que el Derecho Comercial ha estudiado a este ente, pues como decía Jean Paillusseau, “no hay nada más desconcertante que hablar de la empresa”.³⁶

Esta confusión ante lo desbordante de este fenómeno, resulta de la incrustación de nuestro ente objeto de estudio en muchos campos del conocimiento, siendo los más importantes, a parte del jurídico, el aspecto económico donde se plasma a la empresa como un engranaje dentro del ambiente de la micro y macroeconomía para producir todo aquello que satisficiera las necesidades generales, y como mecanismo de generación de riqueza; el sociológico donde se toma a la empresa desde una perspectiva social en la cual hay una gran confluencia de diferentes categorías de individuos que con su actividad conjunta logran un fin común; e igualmente el ámbito político el cual la concebirá como una forma de estructurar y manejar el poder.

³⁵ Ibid.

³⁶ ANAYA, Luis Jaime, “Empresa y Sociedad en el Derecho Comercial”, Estudio preparado para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Noviembre 9 de 1.989, pág. 16.

Todas estas aristas de la empresa no pueden desconocerse, pues esta figura es uno de los entes dominantes en la economía, es uno de sus grandes protagonistas, y rasgos de su importancia los podemos ver en palabras de varios autores. Antonio Polo Díez enuncia que la empresa es un “sujeto funcional de la economía”. Tomás Casares complementa esta visión diciendo que “la empresa se emancipa, va adquiriendo una personalidad independiente con gravitación no sólo económico sino también social, y viene a constituir un factor en función del cual tiene que actuar la economía”. Igualmente Néstor Pedro Sagüés sostiene que la empresa “al protagonizar situaciones de mando, obediencia, aceptación y rechazo de múltiples situaciones de poder (fuertes o atenuadas), asume obligadamente la condición de sujeto político y de campo de operaciones de un sector del quehacer político”.³⁷

En la empresa se encuentra la mayoría del desarrollo del trabajo, se generan la gran producción de bienes y servicios que demanda la sociedad, se encuentra una gran fuente de recursos fiscales para el Estado, articulan un sin fin de agentes económicos, en su interior nacen cantidades de riqueza que permiten elevar el nivel de vida de los individuos, etc. Fabio Konder lo expresa diciendo que los valores del mundo empresarial impregnan amplios sectores de la vida social: la eficiencia, la innovación, la economicidad, el utilitarismo, concitan comportamientos generalizados y aspiraciones homogéneas en una sociedad de masas.³⁸

Ante esta realidad, se hace evidente la falta de categorías e instituciones jurídicas para poder abarcar y comprender la composición de todas las implicaciones que se van generando, con las cada vez más nuevas formas de actividades productivas en una economía de masas. Aquí Alberto Asquini, un doctrinante italiano, en su obra denominada “Profili dell'impresa”, distinguió cuatro concepciones de la empresa las cuales el derecho ha concebido, manifestándola como un ente polifacético y multiforme. Son estas, el perfil que la tiene como sujeto de derecho, el que la asume en cuanto organización de los factores productivos, el que le otorga relevancia como actividad del empresario y el que la muestra como la comunidad de quienes como un grupo social, colaboran en un esfuerzo común con fines productivos; cuatro distintas visiones que interesan a la relación tan estrecha entre este ente y la sociedad.³⁹

La empresa tiene una gran gravitación de tipo económico-social y político, que puede llevar a que en torno a ella se genere una concentración de poder bastante considerable por la diversidad de intereses que giran a su alrededor, tanto de tipo egoísta y particular, como altruistas y sociales dependiendo del entorno e importancia que alcance en un determinado medio en la economía; lo cual lleva a que la existencia y supervivencia de este tipo de entes

³⁷ Ibid, págs. 17 y 18.

³⁸ Ibid, pág. 18.

³⁹ Ibid, pág. 19.

esté supeditada más allá de los intereses de aquel o aquellos que la crearon. Esto debido a que si se creó con un fin lucrativo particular, este llegara a pasar a un segundo plano cuando se vea claramente que la empresa como mecanismo de producción de todo aquello material necesario para satisfacer desde las más básicas hasta las más impensables necesidades humanas es más preponderante y requerida como un ente con una función económico-social del bienestar general.

El ente empresarial en la actualidad llega a constituir una institución jurídica, un agente de explotación económica, un marco de concentración de poder, un engranaje de sostenimiento de las sociedades, lo cual dejaría ver su trascendencia, y que sin él muy probablemente no sería posible el mantenimiento de la civilización a gran escala existente hoy en día.

Ahora, después de tener un panorama general de la noción, características, y elementos de una empresa tradicional, pasaremos al análisis de la empresa virtual en los siguientes capítulos.

2. LA EMPRESA VIRTUAL

En primera medida debemos detenernos en hacer unas breves referencias al marco circundante donde se desarrollaron los entes denominados empresas virtuales, por los continuos y enormes avances tecnológicos del siglo XX en las telecomunicaciones, mas exactamente en lo que denominamos en la actualidad como “Internet”.

2.1 INTERNET

2.1.1 Qué es Internet y cómo Funciona? El “Internet” o también denominado comúnmente como la World Wide Web, es un conjunto de gran cantidad de redes⁴⁰ de ordenadores que están unidos entre sí mediante conexiones físicas o inalámbricas que permiten intercambiar datos, la cual pertenece a las denominadas redes WAN⁴¹. Este complejo sistema se compone de millones de computadoras de todos los sitios del planeta, que pueden comunicarse entre sí debido a que se encuentran inter-conectados por cables de red local, cables telefónicos convencionales, digitales, canales de fibra óptica, al igual que conexiones de tipo inalámbrico.⁴²

Su organización no llega a tener un punto central ni un único ente que pueda llegar a regular todo el tránsito de sus telecomunicaciones, pues su infraestructura tiene un carácter público donde gobiernos, organismos privados y públicos, universidades, etc., trabajan para su continua evolución.

La WORL WIDE WEB⁴³ puede llegar a concebirse básicamente como tres cosas: hipertexto, que es un sistema de enlaces virtuales que permite saltar de unos sitios Web a otros; multimedia, que hace referencia al tipo de contenidos que puede manejar (texto, gráficos, vídeo, sonido y otros) e Internet, que es la base sobre la que se transmite la información.⁴⁴

⁴⁰ Una red es un conjunto de líneas de transmisión de datos que conectan un ordenador con terminales remotos.

⁴¹ Las redes WAN (World Area Network) son aquellas que tienen cobertura a nivel mundial.

⁴² FRANCO, Ingrid, “Historia de Internet”, en <http://www.monografias.com>

⁴³ World Wide Web es una colección de ficheros, denominados lugares Web o páginas Web, que incluyen información en forma de textos, gráficos, sonidos y vídeos, además de vínculos con otros ficheros. Los ficheros son identificados por un localizador universal de recursos (URL, siglas en inglés) que especifica el protocolo de transferencia, la dirección de Internet de la máquina y el nombre del fichero.

⁴⁴ FRANCO, “Historia de Internet”, Op cit.

El aspecto exterior de la WWW ante nuestros ojos, son las muy conocidas "páginas Web", las cuales constituyen una ventana que muestra a los distintos usuarios la información que desean, en forma de texto e imágenes, con los enlaces marcados en diferente color y subrayados, donde haciendo un simple click con el ratón se puede "saltar" a otro lugar, que está instalado en un servidor al otro lado del mundo.

La transmisión al interior de este sistema de los diferentes tipos de datos (tales como texto, voz e imágenes) se hace posible debido a que los mensajes transmitidos poseen un lenguaje estándar: combinaciones de dígitos que son emitidos siguiendo unas mismas pautas desde una dirección/ordenador de tipo cliente a otra dirección/ordenador de tipo servidor, los cuales son direccionados por ordenadores intermediarios que tienen por finalidad hacer llegar las transmisiones de datos desde la computadora emisora hasta la receptora.

El fundamento técnico-informático de este sistema de telecomunicaciones se basa en el llamado protocolo⁴⁵ TCP/IP y en las direcciones IP. Como podemos observar, Internet es un conjunto de computadores conectados entre sí que transmiten infinidad de datos, y para comunicarse entre sí, al igual que los seres humanos, requieren de un lenguaje común para entenderse y necesitan saber su ubicación para comunicarse, y esto se logra con estos dos "elementos".

El protocolo TCP/IP⁴⁶ es el lenguaje común que hablan todas las computadoras del mundo cuando establecen una conexión al interior de la World Wide Web compuesto a su vez por decirlo de alguna manera de otros sub-protocolos que se utilizaran dependiendo de la tarea que realicemos al interior de Internet, tales como el protocolo HTTP (Hyper Text Transfer Protocol) el cual se utiliza para visualizar las páginas Web, el protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) para enviar correos electrónicos, y el protocolo FTP (Files Transfer Protocol) para descargar archivos, entre otros. Las direcciones IP son números basados en un sistema numérico de base 256⁴⁷, los cuales se le asignan a cada ordenador al conectarse a Internet y permiten identificarlo en el gran número de computadores diseminadas en la World Wide Web, de manera que cada ordenador posea un número único e irrepetible mientras se encuentre en conexión con la red, lo cual hará posible encontrarlo y comunicarse con él al realizar cualquier transferencia de datos.

⁴⁵ Un protocolo es un conjunto de reglas que rigen la comunicación entre ordenadores.

⁴⁶ Conjunto de reglas técnicas que permiten asignar direcciones o nombres a los ordenadores, (IP: Internet Protocol) entre los que se envían los mensajes, y controlar la transferencia de ficheros (TCP: Transmission Control Protocol) a las diferentes direcciones.

⁴⁷ A diferencia de nuestro sistema numérico el cual es de base 10, es decir, compuesto por dígitos entre el 0 y el 9, las direcciones IP se basan en un sistema de base 256, es decir, se componen de números formados por dígitos que van entre el 0 y el 255.

El protocolo TCP/IP servirá para establecer una determinada comunicación entre dos computadoras remotas mediante el envío de información en paquetes, donde al transmitirse la información el bloque completo de datos se divide o fragmenta en pequeños bloques que viajan de un punto a otro de la red, entre dos números IP determinados, siguiendo alguna de las posibles rutas; de manera que la información recorre muchos ordenadores intermediarios a modo de repetidores hasta llegar a su destino, lugar en el cual todos los pequeños paquetes se reúnen, reordenan y convierten en la información que fue enviada originalmente. En este proceso ocurren millones de comunicaciones en un lapso de pocos segundos⁴⁸.

Este proceso que aquí se enuncia en pocas líneas es millones de veces más complejo, pero lo resumiremos de una manera práctica para su entendimiento. Cuando nos conectamos a Internet por cualquiera de los medios existentes (línea telefónica, fibra óptica, conexión inalámbrica), nuestro computador (el cual hace las veces de cliente, es decir, de emisor y solicitante de la conexión) adquiere una dirección IP, la cual será un número de 4 dígitos separados por puntos, cada uno comprendido entre el 0 y el 255 (por ej. 217.110.34.45) el cual identificara a nuestro ordenador al interior de la World Wide Web. Para acceder y comenzar a navegar por la red requerimos de un software⁴⁹ para ello que nos permita visualizar páginas Web, el cual se denomina navegador (por ej: Internet Explorer, Mozilla Firefox, Opera, etc.), al que debe indicársele la dirección Web o URL a la cual queremos acceder (por ej: <http://www.hotmail.com>), donde http significa el protocolo TCP/IP a utilizar, www hace referencia a un sitio que hace parte de la World Wide Web, y hotmail.com que hace referencia a lo que se denomina un nombre de dominio. Nuestro navegador de Internet para saber la ubicación de la página Web a la que deseamos ir, envía una petición al servidor⁵⁰ de nuestro ISP (Internet Service Provider) o proveedor de acceso a Internet para que este a su vez le solicite a un servidor DNS (ordenadores que guardan una lista actualizada de las direcciones IP de todos los nombres de dominio del mundo) cual es la dirección IP del sitio Web a visitar. Una vez nuestro ordenador es informado de este número, comienza un procedimiento para entablar una conexión con el servidor donde se encuentra la página que queremos visitar, donde el navegador de Internet abre uno de los 65536 puertos lógicos disponibles (una especie de canal que permite la transferencia de datos entre dos ordenadores) y dirige una petición de conexión a la dirección IP del sitio Web, la cual pasara por infinidad de computadoras intermediarias que enviaran el mensaje a su destino. Al llegar a su destino, el Servidor Web que posee un puerto abierto para el efecto (es decir, un canal de datos que está continuamente recibiendo todas las peticiones de conexión de todos los ordenadores que pretendan conectarse con el sitio Web), acepta la conexión ya que posee un software especializado para el efecto denominado servidor http, y entabla una transferencia de datos con nuestro ordenador/cliente la cual va dirigida a nuestra dirección IP, por medio de la cual le enviara todos los contenidos Web que posee la

⁴⁸ FRANCO, "Historia de Internet", Op cit.

⁴⁹ El software es un conjunto de programas de cualquier índole, aplicaciones, de sistema, utilidades, para la explotación de un sistema informático.

⁵⁰ Un servidor de Internet no es más que un ordenador de alta velocidad el cual almacena en su interior páginas Web y otros contenidos para su acceso a través de la World Wide Web.

página utilizando el protocolo HTTP, los cuales irán sub-divididos en paquetes de datos que serán transferidos a nuestro ordenador, que posteriormente los unirá, por medio del navegador los interpretará, y mostrará la página Web solicitada.

Como vemos, la llamada red de redes nos permite enviar ficheros, de manera casi instantánea, de ordenadores clientes que están ubicados en cualquier lugar del mundo a otros ordenadores clientes que se situaran a su vez en otro lugar, mediante una transmisión controlada por los servidores, también denominados organizadores, que son propiedad de muchas compañías e instituciones del mundo, que por el hecho de poseer tales computadoras en servicio continuo conectados a la red, son proveedores de acceso a toda la red mundial; y los nombres de dominio de todos los ordenadores servidores están reconocidos por las autoridades que generan estándares y llevan a cabo la administración de la red.⁵¹

Los servidores permiten almacenar gran cantidad de información la cual estará accesible para todos los ordenadores del mundo que se conecten a la red, la cual es colocada por los propietarios de los servidores, los cuales pueden ser grandes sociedades, entes gubernamentales, universidades, instituciones científicas, bibliotecas, etc.. El desarrollo de distintos programas complementarios en forma de sistemas operativos⁵² o navegadores permitió llegar a universalizar la utilización de Internet, lo cual facilitó que no sean solamente círculos iniciados de científicos o técnicos expertos en informática los cuales aprovechen todo lo que se puede encontrar al alcance en el mundo virtual de la World Wide Web. De esta manera, en la actualidad cualquier usuario estándar de un sistema informático puede utilizar la red, llegando a ser partícipe de los elementos de su sistema a los usuarios de otros sistemas informáticos con los cuales esté conectado; lo cual permite el llevar a cabo muchas actividades a distancia y actuar en forma cooperativa con individuos de otros sistemas que accedan a Internet y tengan un mismo objetivo, e intereses comunes cuando se desee utilizar determinada información⁵³.

Hoy en día estamos muy cerca de lograr una generalización y universalización de estas tecnologías virtuales, debido a que se desarrollan cada vez más nuevas aplicaciones que llegan a facilitar el comercio electrónico, la transmisión de mensajes electrónicos en los entornos virtuales utilizando diversos mecanismos, y se crea un nuevo mundo para su explotación a nivel económico. Así, el alto nivel en el uso de los sistemas informáticos en las actividades productivas comienza a elevarse, y la introducción del uso de Internet para diversas tareas cambia los hábitos y modos de producción, lo cual lleva a que se cree una nueva economía: la economía digital.

⁵¹ GALINDO, Fernando, “La regulación de Internet”, en <http://www.e-global.es/libros.html>

⁵² Un sistema operativo es el conjunto de programas que se ocupan de gestionar los recursos y coordinar lo que sucede en el ordenador. Proporciona ayudas y servicios necesarios para la mayoría del software y controla las entradas y salidas de datos realizando el manejo de los ficheros donde se almacena la información.

⁵³ GALINDO, “La regulación de Internet”, Op cit.

La realización a nivel práctico de estos avances tecnológicos tenía dificultades antes de que se llegara a desarrollar Internet, por la escasa versatilidad de la técnica que solo permitía el intercambio de mensajes altamente mecanizados y formalizados entre ordenadores emisores y receptores, utilizando líneas de comunicación telefónica especialmente destinadas para ello⁵⁴. Se fueron creando con el tiempo distintos mecanismos que daban la posibilidad de realizar comunicaciones entre empresas y entre estas y sus clientes lo cual generó cambios en los modos de producción, pero dichos medios no eran adecuados para la expansión y la globalización de las telecomunicaciones, en cuanto requerían que sus usuarios tuvieran conocimientos y práctica en lenguajes demasiado formalizados. Pero con la llegada de Internet, el intercambio de textos, imágenes, voz, mensajes, se facilitó y por tanto se pudo llevar esta tecnología a todas las personas sin importar su nivel de conocimientos en la materia.

2.1.2 Reseña Histórica sobre Internet. A principios de los años sesenta en los Estados Unidos de Norteamérica, en plena guerra fría, existía una notable preocupación por el problema de las telecomunicaciones entre las autoridades militares si llegase a producirse una guerra nuclear que dejara incomunicados a todos los organismos de defensa norteamericanos; dilema que ante la paranoia de la época se le encargó a un ente denominado la RAND Corporation más conocida como la primera fábrica de ideas de la América de la guerra fría. El problema a solucionar era lograr la creación de una red de comando y control enlazada de ciudad a ciudad, estado a estado, y base a base, cuyas líneas y puntos de comunicación no fueran fácilmente vulnerables a los ataques enemigos⁵⁵.

La RAND hizo un diseño de una red formada por lo que se denominaron “Nodos”, los cuales eran ordenadores de altas prestaciones y velocidad para la época, los cuales permitirían crear, transmitir y recibir mensajes que se dividirían en paquetes dirigidos por separado según unos principios específicos, donde se constituiría un sistema donde la destrucción de parte de la red no pondría en peligro las telecomunicaciones, pues estaría completamente descentralizado y esparcido por todo el territorio norteamericano. Durante la década de los sesenta, este concepto fue desarrollado sin rumbo por la RAND Corporation, el MIT (Massachusetts Institute of Technology) y el UCLA (University of California in Los Angeles); hasta que en 1969 la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Pentágono (ARPA) se dispuso a financiar un proyecto usando esta tecnología tanto para fines militares como de investigación y desarrollo, utilizando los superordenadores de alta velocidad más potentes de la época. Así en 1969 se instalaron los primeros cuatro nodos que conformarían la red y se colocaban las bases del sistema de telecomunicaciones que llegaría a tener mayor impacto en el futuro⁵⁶.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ STERLING, BRUCE, “Pequeña historia de Internet”, en <http://www.Web.sitio.net/faq>

⁵⁶ Ibid.

Ha esta nueva creación se le denominó ARPANET, la cual contribuyó para que científicos e investigadores pudieran llegar a compartir gran cantidad de información a grandes distancias, lo cual era muy útil y novedoso para la época. Con el crecimiento de esta red informática a lo largo de los años setenta y la aparición de cada vez mayores usos para darle, se empezó a distorsionar y desviar su finalidad, pues ya no se limitaba a comunicaciones militares y científicas, sino que ahora era utilizada para fines particulares y personales como el correo electrónico, lo que hizo crecer el entusiasmo por la informática a las personas que lograban tener acceso a esta maravilla.

Con la descentralización y la anarquía que reinaba en el sistema que permitía a muchos ordenadores conectarse a la red se facilitó su expansión y se diversificaron sus usos, lo cual demostró que la idea de crear un sistema de este tipo lo hacía difícil de desestabilizar por un ataque militar pero dificultaba su control y administración, volviéndose un sistema que era de todos pero al mismo tiempo de nadie, donde cualquiera podía utilizarlo para lo que concibiera la imaginación.

El estándar de comunicaciones desarrollado para la red ARPANET se conoció como NCP (Network Control Protocol), pero a medida que pasaba el tiempo y la técnica avanzaba, el NCP fue superado por un estándar de telecomunicaciones de mayor nivel y sofisticación conocido como TCP/IP. El TCP o Transmission Control Protocol convertía los mensajes en un canal de paquetes en el ordenador fuente y los reordenaba en el ordenador destino; y el IP o Internet Protocol manejaba las direcciones comprobando que los paquetes se transmitieran por múltiples nodos e incluso por múltiples redes que se conectarán a ARPANET⁵⁷.

Avanzando los años setenta y ochenta, diferentes grupos sociales se encontraban en posesión de potentes ordenadores, siendo muy fácil conectar esas máquinas a la cada vez más creciente red de redes. Conforme se expandió el uso del TCP/IP, se hacía más común que redes enteras cayeran adheridas a ARPANET, siendo el software llamado TCP/IP de dominio público y la tecnología básica descentralizada y anárquica por propia naturaleza, lo que dificultaba impedir que la gente se conectara, e incluso nadie quería llegar a impedir que otras personas pudieran acceder a esta compleja ramificación de redes que llegó a conocerse como "Internet".⁵⁸ Conectarse a Internet era un negocio para cualquier compañía que deseara hacerlo siempre y cuando pudiera arreglar su financiación y los requerimientos técnicos requeridos; así la red de ordenadores era cada vez más valiosa según se expandía por grandes extensiones de terreno, gente y recursos.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

Después de que el crecimiento y la administración de la red ARPANET se hizo completamente incontrolable hacia 1.983, y que su parte militar se desmembrara en otra red denominada MILNET, entro otra entidad norteamericana denominada NSF o Fundación Nacional para la Ciencia, que a través de su Oficina de Computación Científica Avanzada (Office Scientific Computing) creo un nuevo sistema informático denominado NSFNET, el cual constituyo un avance técnico importante conectando nuevas, mas rápidas y potentes supercomputadoras a la red existente, por medio de enlaces más amplios, actualizados y expandidos desde 1.986 hasta 1.990, proyecto al que se unieron igualmente organismos como la NASA, los Institutos Nacionales de la Salud (National Institutes of Health), el Departamento de Energía (Department of Energy) los cuales ayudaron ampliamente a hacer crecer ampliamente la red⁵⁹.

La red ARPANET desapareció de su confección original hacia 1.989 debido a su desbordante éxito, que la llevo a convertirse de un simple experimento tecnológico en el ámbito de las telecomunicaciones al interior de los Estados Unidos, a una red de cobertura mundial que daba lugar a crear un nuevo mundo que esperaba a ser aprovechado y explotado por la cantidad de servicios que podía llegar a proporcionar.

En 1.989 la denominada World Wide Web fue desarrollada por un científico inglés llamado Timothy Berners-Lee. El propósito inicial de este sistema era permitir que los equipos de investigadores de física de alta energía del CERN (Organización Europea para la Investigación Nuclear), de Ginebra, Suiza, pudieran intercambiar información; pero se convirtió en una plataforma de desarrollo de programas relacionados con este entorno, que serviría posteriormente para utilizarlo en la nueva red que había sido desarrollada en base a ARPANET y NSFNET.

De esta manera en 1.991 nació oficialmente lo que hoy conocemos como “INTERNET”, una inmensa red de ordenadores interconectados, compuesta por subdivisiones básicas. Los ordenadores fueron agrupados por medio de seis “dominios” básicos: “gov” para entidades gubernamentales, “mil” para organismos militares, “edu” para instituciones educativas, “org” que denominaba a entidades sin animo de lucro, “net” para conexiones con otras redes, y “com”, él mas conocido, se utilizo para compañías comerciales que quisieran entrar a llevar a cabo sus actividades económicas utilizando Internet como mecanismo facilitador para ello.

La llamada red de redes creció a ritmos exponenciales en cuanto a su tamaño, expansión territorial y variedad de servicios, los cuales se iban incrementando con el tiempo, pues había que llegar a explotar todos los beneficios que pudiera brindar este nuevo sistema informático. Por lo cual, la nueva red habría algo que cada vez se veía más tentador, y era

⁵⁹ Ibid.

un nuevo mercado de bienes y servicios que no tenía fronteras más allá de las que tuviera la propia red.

2.1.3 La Empresa, el Comercio y el Avance de la Informática. La marcada influencia que llegó a tener la informática⁶⁰ en los distintos procesos sociales y económicos en el siglo XX fue un proceso lento y esquemático, cuyos inicios se remontan a la revolución industrial donde varias de las actividades mecanizadas repetidas que llevaban a cabo gran número de trabajadores fueron paulatinamente desplazadas por máquinas, aunque otro tipo de actividades más sofisticadas en las distintas unidades de producción tales como el manejo y la gestión de recursos humanos, el control de suministros, el manejo de la contabilidad y la planeación de las empresas no se mostraron afectados de manera inicial por los procesos de automatización donde la máquina reemplazaría al ser humano⁶¹.

Los distintos tipos de comercio y las diversas industrias económicas llegaron a evolucionar durante el paso del siglo XX de una perspectiva de tipo mecánica, donde las actividades eran realizadas en su mayoría por las personas, a una visión electrónica, donde la tecnología entraba a jugar un mayor papel en los distintos procesos de las organizaciones; pues con la invención del semiconductor se generó el computador personal que permitía llevar a cabo diversidad de actividades con la facilitación proporcionada por los medios de carácter electrónico. Surgieron aplicaciones de software tales como las hojas de cálculo electrónicas, los procesadores de texto, los programas de diseño gráfico, los cuales se iban transformando en herramientas utilizadas masivamente en el mundo hacia los años setenta⁶².

De manera paralela, la actividad empresarial comenzó a hacer uso de los mecanismos informáticos por medio de la instalación de redes que buscaban dotar a sus distintos empleados de una gama de herramientas y utilidades comunes que hicieran más eficiente e integrada su labor productiva; así varios de los procesos productivos y de prestación de distintos servicios comenzaron a cuestionarse en su esencia y a dar vía a procesos de carácter informático con el fin de lograr una mayor eficacia⁶³.

Hasta aproximadamente, principios de los años noventa, las computadoras personales no se encontraban en su mayoría, interconectadas en redes, pues el sector de las

⁶⁰ La informática es la ciencia del tratamiento racional, principalmente a través de máquinas automáticas de la información, entendida como base de los conocimientos humanos y las comunicaciones en los campos técnico, económico y social.

⁶¹ PEÑA VALENZUELA, DANIEL, “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”, Dupre Editores Ltda., Bogotá, 2.001, pág. 15.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

telecomunicaciones y el de la computación personal representaban tecnologías separadas, pero que se iban uniendo gracias a los primeros desarrollos de Internet, pues aunque el computador se iba paulatinamente convirtiendo en una herramienta más presente en los hogares para la gente del común, aun no se explotaba en todos sus potenciales, y las empresas pasaban por una etapa de reingeniería de sus distintos procesos productivos para acomodar su actividad económica a la llegada de nuevas tecnologías. Esto generó una tendencia donde se comenzaron a utilizar en las empresas más poderosas económicamente hablando, los sistemas o soluciones integrales o denominados ERP (Enterprise Resources Planning), los cuales tenían una finalidad: que todos los elementos de la cadena de valor como suministro, demanda, gestión humana y cuentas se encontraran manejados por herramientas informáticas integradas⁶⁴.

Durante los noventa, Internet con su aparición en 1.991, se popularizó y se difundió a través de la World Wide Web que es la parte interactiva y gráfica de esta, se llegó a constituir en la herramienta informática más extendida y utilizada para presentar y llevar a otras personas alrededor del planeta una gran cantidad de información, lo cual a su vez trajo consigo distintas discusiones de tipo legal a medida que se desarrollaba el comercio en Internet. Varios de los temas jurídicos que nacieron con la puesta en escena de estas nuevas tecnologías fueron la relación entre los nombres de dominio como identificadores de los negocios en Internet y las marcas, el derecho a la privacidad, los delitos informáticos realizados a través de Internet, la regulación de todos sus contenidos, y la seguridad jurídica de los negocios llevados a cabo por medios electrónicos, entre otros⁶⁵.

En la actualidad, se pueden categorizar las diferentes etapas que han constituido el desarrollo de Internet en el ámbito económico, la primera fue la del desarrollo del comercio electrónico o denominado e-commerce donde se llevaban a cabo negocios con los consumidores directamente; luego vino el comercio electrónico interempresarial o e-business el cual se basaba en la realización de transacciones entre las empresas tales como la negociación electrónica entre cadenas de proveedores o de distribuidores, y finalmente a comienzos del siglo XXI se plantea una nueva revolución constituida por relaciones entre el gobierno, la democracia y el Internet o e-government, el cual en un dado momento permitirá acercar a las personas a las estructuras de su gobierno y facilitaría realizar más eficientes procesos de licitación o contratación pública⁶⁶.

Los usuarios o navegantes pueden obtener información de la red o también crear nuevos contenidos para que a su vez otros usuarios accedan a ella, lo cual se realiza, como pudimos observar anteriormente, por medio de ordenadores o terminales de manera individual o en organizaciones, universidades o entes empresariales y que normalmente es proveída por

⁶⁴ Ibid, pág. 16.

⁶⁵ Ibid. pág. 17 y 18.

⁶⁶ Ibid, pág. 18.

prestadores de servicios de telecomunicaciones, que permiten conectarse con los proveedores de servicios de Internet para entrar a la medula de la World Wide Web; donde desde una perspectiva comercial, esta red de carácter descentralizado permite una revolución en la concepción de las relaciones entre empresas y sus clientes, pues la prestación de distintos servicios y la información sobre los bienes o productos se puede llevar a cabo directamente al consumidor de manera interactiva por medio de las páginas Web desarrolladas para el efecto. Igualmente en el marco de los negocios interempresariales, esta tecnología facilita un desarrollo óptimo de las cadenas de suministro y distribución reduciendo los costos⁶⁷.

Existe así mismo, una gran relación entre el software o programas de ordenador y el desarrollo de Internet en estos campos, tales como el uso de los navegadores para poder interactuar con la red, el diseño de las páginas Web, su incorporación a los servidores de Internet, el funcionamiento de los mismos, la transmisión de los paquetes de datos, la descarga de archivos, entre otros, que son mecanismos que implican operaciones informáticas de programas de ordenador que facilitan y hacen más eficiente realizar diversas actividades utilizando a la red de redes como medio⁶⁸.

Lo que es más sobresaliente de todas estas tecnologías enunciadas es su convergencia o combinación, pues al unirse forman un nuevo mundo virtual lleno de posibilidades. La televisión con posibilidades de navegar por Internet, el acceso a la Web por medio de la telefonía celular, la utilización de las consolas de vídeo-juegos para el mismo fin, mezclada con otros aparatos electrónicos, diferentes a los ordenadores, permiten observar que en el futuro próximo la integración de las distintas tecnologías existentes constituirá un elemento esencial en la estructura de Internet.

2.2 LAS EMPRESAS VIRTUALES

2.2.1 Concepto. Las nuevas estructuras económicas de carácter descentralizado se están incrementando con el paso del tiempo como reacción a los nuevos requisitos para la competición en los diferentes mercados. La constante e intensa difusión y desarrollo de las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (TICs) facilita y hace posible en gran medida gestionar estas estructuras novedosas; así como resultado, surgen organizaciones empresariales que se aprovechan de la tecnología para llevar a cabo sus diversos fines económicos, las cuales son conocidas por el nombre de “empresas virtuales”, aunque también en el ámbito de la informática se le suelen dar otras distintas

⁶⁷ Ibid, pág. 20 y 21.

⁶⁸ Ibid, pág. 22.

denominaciones a estos entes que suelen llevar a cabo actividades comerciales al interior de Internet⁶⁹.

El concepto más fundamental de virtualidad hace referencia a una determinada representación de una estructura que puede realizar la misma función de una estructura original, es decir, una representación capaz de poder llevar a cabo algo con la misma eficiencia que en la realidad⁷⁰. En este sentido, una organización virtual corresponde al de una estructura funcional diferente a la original existente en el mundo real, pero cuyos procesos resultan igualmente idóneos para buscar un mismo fin. De esta manera, la “empresa virtual” constituye igualmente un medio idóneo para que un empresario realice una actividad económica organizada, utilizando como principal mecanismo para ello la tecnología, en un mundo virtual como lo es Internet.

El concepto de “empresas virtuales” (EV) suele emplearse para denotar desde empresas realmente no existentes, es decir, simuladas a nivel práctico, hasta empresas que llevan a cabo realmente sus intercambios comerciales por medio de Internet, y también asociaciones difusas de compañías que son independientes que comercian bajo un nombre común y se organizan exclusivamente a través de las TICs, para un objetivo común⁷¹.

La Empresa Virtual es un concepto nuevo y polifórmico, ya que se aplicó durante un tiempo a la situación donde alguna empresa ha externalizado parte de su proceso de generación de valor, confiando ciertas funciones y actividades a otras empresas con las que colaboraba para completar la mencionada cadena de valor generando un ente que se consideraba virtual. La opaca formalización del concepto de Empresa Virtual empieza con una figura denominada “la organización trébol” propuesta por Charles Handy en su libro “The age of unreason” en 1989; después posteriormente, ya en la década de los noventa, en 1992 Davidow y Malone en su libro “The Virtual Corporation” presentan su singular visión del tema, enunciando frases como “The virtual corporation began as a vision of futurist,.....” (La empresa virtual comienza como una visión del futuro), y además circunscriben el inicio del concepto al periodo de la década de los 80. El 6 de febrero de 1993, la revista The Economist le dedicaba un artículo a esta figura, bajo el título de “La empresa global: RIP”, donde aparece una de las diversas definiciones de Empresa Virtual, considerándola como “una red temporal de empresas que se unen para explotar una oportunidad específica de mercado apoyada en las capacidades tecnológicas que componen la red”.

⁶⁹ KREHER, STEFAN, “Empresas Virtuales y Formación Profesional”, Formación Profesional N° 23, Revista Europea, pág. 65.

⁷⁰ CARRILLO GAMBOA, Fransisco Javier, “El Perfil emergente de la Empresa Virtual”, Transferencia, año 8, numero 31, Julio de 1.995, pp. 24-26.

⁷¹ KREHER, Stefan, “Empresas Virtuales y Formación Profesional”, Formación Profesional N° 23, Revista Europea, pág. 65.

Una de las primeras referencias que podemos llegar a encontrar respecto a la definición de lo que significa una “empresa virtual” (EV) la encontramos en la revista “Fortune” en febrero de 1.993, la cual en uno de sus artículos la denominó “corporación modular”, mientras que en ese mismo mes, la revista “Business Week” la calificó como “corporación virtual”. La denominación más genérica que se le suele dar a una empresa virtual puede ser definirla como una empresa capaz de gestionar sus recursos y enfocar su crecimiento en el mercado objetivo, apoyada, principalmente, en las capacidades tecnológicas que componen la World Wide Web.

Sin embargo, el concepto de empresa virtual va mucho más allá de la propia Internet, ya que en si misma, además de transformar el concepto de empresa tradicional, establece una determinada forma de actuar al realizar su actividad económica organizada con la utilización del ciber-espacio para ello.

La noción de la empresa virtual (EV) es objeto de análisis en los estudios de Davidow y Malone, los cuales definen las EVs como empresas que pueden proporcionar bienes o servicios individualizados, si es necesario en número grande, de forma económica y rápida gracias al uso que hacen de las tecnologías de la información y la comunicación⁷².

En contraste con Davidow y Malone, quienes asumen la existencia de las verdaderas empresas virtuales, Fischer ha definido sus “empresas virtuales” como organizaciones temporales de breve existencia que se forman para un tema concreto y abarcan grupos o personas especializadas en ciertos temas para un objetivo económico común⁷³.

De manera reciente, se han considerado también bajo la denominación de “empresa virtual” las organizaciones colectivas temporales de empresas legalmente independientes, vinculadas a través de las tecnologías de la información. Estos colectivos o agrupaciones solamente existen durante una breve duración de un proyecto conjunto en el que se utilizan las habilidades específicas de los diversos asociados. Este ente formado de esta manera combina por tanto a diferentes empresas y se disuelve una vez acabado con éxito el proyecto económico o resuelto el problema. Con frecuencia, un proyecto conduce a nuevas alianzas, con diferentes combinaciones según las circunstancias donde a los ojos de los clientes, estas agrupaciones parecen constituir una entidad empresarial de la que esperan recibir un servicio como si procedieran de una empresa clásica; y sin embargo no existe una estructura física permanente detrás del ente⁷⁴. Para esta última posibilidad de creaciones empresariales (las asociaciones difusas de compañías), suelen definirse como comunes un

⁷² Davidow, W.H., Malone, M.S., “Das virtuelle Unternehmen”, Frankfurt, Nueva York: Campus, 1993.

⁷³ Fischer, P., “Die Selbständigen von morgen: Unternehmer oder Tagelöhner?”, Frankfurt, Nueva York: Campus, 1995.

⁷⁴ KREHER, Stefan, “Empresas Virtuales y Formación Profesional”. Op cit pág. 66.

conjunto de características de su estructura de la siguiente manera: tendencia esencial a encontrar soluciones para problemas específicos del mercado, una organización de trabajo temporal, que se disuelve una vez cumplido un objetivo económico, una organización descentralizada, sin domicilio permanente, y existentes sólo en el ciber-espacio utilizando las tecnologías de la información y la comunicación⁷⁵.

Mertens y Faisst amplían la definición de lo que puede abarcar una EV para incluir a personas individuales dentro de alianzas organizativas: “Una empresa virtual consiste en una forma de cooperación entre empresas legalmente independientes, instituciones ó personas físicas que proporcionan un servicio sobre la base de un acuerdo comercial común. Las entidades cooperantes aportan sobre todo sus competencias típicas a la cooperación horizontal o vertical, y actúan frente a terceros interesados como una sola empresa durante la oferta del servicio. La organización, control y desarrollo de la EV prescinde de casi toda institucionalización de funciones directivas centrales, asegurándose la necesaria coordinación y armonización mediante los correspondientes sistemas TIC adecuados. La EV surge para una misión concreta y finaliza cuando ésta queda realizada”⁷⁶.

Esta visión de organizaciones temporales evoluciona para que después existieran las empresas virtuales que pertenecen al grupo de aquellas que realmente actúan como un ente permanente y organizado para la actividad comercial a través de Internet, las cuales surgen cuando se rebasan los límites legales y las técnicas convencionales de llevar a cabo actividades económicas utilizadas por las empresas individuales y las organizaciones societarias tradicionales. El rasgo fundamental que más las caracteriza es que su realización técnica se efectúa en este caso principalmente a través de Internet o de cualquier otra red de amplia cobertura para realizar sus fines de comercialización de bienes o prestación de servicios. El tipo extremo de estructura empresarial virtual constituye la empresa virtual típica, la cual difiere sobre todo de la idea más generalizada de estructuras empresariales en el hecho de significar entes que actúan exclusivamente en los entornos virtuales.

Al no existir una definición uniforme y clara por parte de tratadistas al interior de las ciencias económicas o jurídicas, podremos decir que nos encontramos ante una “empresa virtual” cuando esta empresa lleve a cabo la mayor parte de su actividad económica organizada por medio de "Internet"; lo cual significa que se relacionará con sus usuarios y proveedores vía Internet realizando negocios jurídicos comerciales por este medio; sus procesos son fundamentalmente automatizables en Internet gracias a las TICs, y el negocio puede en teoría funcionar en gran parte sólo gracias al uso de la tecnología informática, sin que esto llegue a significar que pueda prescindir en su totalidad de partes de la estructura de

⁷⁵ Ibid, pág. 65.

⁷⁶ Mertens, P., Faisst, W., “Virtuelle Unternehmen: Idee, Informationsverarbeitung, Illusion”. Scheer, A.- W. (ed.): 18. Saarbrücker Arbeitstagung für Industrie, Dienstleistung und Verwaltung 1997. Heidelberg: Physica-Verlag, 1997. pp. 101-135.

una empresa tradicional, que son requeridas para realizar sus fines. Estas empresas cuando se virtualizan en su totalidad de manera que solo hacen uso exclusivo de Internet, se les denomina en la nueva economía “los pure players”, los "jugadores puros", que son los negocios que sólo están en Internet⁷⁷.

Cuando se hace mención de la palabra “virtual”, muchas personas lo interpretan como algo incorpóreo, o de ausencia estructural y así cuando se utiliza el término virtual para calificar o definir a una empresa, muchos se abstraen en la idea de la absoluta ausencia de estructura, en la utilización casi total del Internet, y en el simple traslado de información por el ciberespacio. Y si bien mucho tiene que ver la información, sin duda alguna y además aceptando que Internet ha sido el verdadero catalizador de este fenómeno, la empresa virtual es algo más; es en definitiva una estructura organizativa que responde a las necesidades del mercado actual con mayor facilidad que otras estructuras tradicionales, debido a su facilidad de adaptación y por supuesto la utilización que realiza de las tecnologías de la información, lo cual constituye uno de sus pilares, pero igualmente también tendrá una parte corpórea y perceptible como cualquier empresa.

2.2.2 Características. Para una empresa virtual la informática⁷⁸ constituye su principal herramienta y la más importante e imprescindible, pero no es posible catalogar a todas las EVs como empresas informáticas, puesto que sus objetivos siguen siendo los que posiblemente hubiera tenido en el mercado real, pero que a través de Internet adquieren una importante dimensión, abriéndose a un mundo sin fronteras y lleno de nuevas oportunidades, donde rige otra cultura, un nuevo lenguaje y unas nuevas formas de comunicarse e interactuar; siendo así mismo, un mercado que requiere de nuevas metodologías, distribución y estrategias de desarrollo en constante cambio.

Con la apertura y cobertura que supone la utilización de Internet como mecanismo para la actividad empresarial, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, ya no se puede hablar de mercados locales, o de mercados restringidos a áreas geográficas concretas, sino que Internet supone, además de una revolución tecnológica, la globalización internacional de los mercados.

Una “empresa virtual” puede llegar a ser realmente distinta a una "empresa del mundo real" en distintos aspectos, pues las posibilidades que brindan el uso intensivo de los sistemas de información y la capacidad de comunicación potencial con otros agentes del mercado, pueden hacer que dos empresas del mismo sector, una "tradicional" y una "virtual", sean

⁷⁷ “Crear una Empresa en Internet”, Documento Anónimo, <http://badajoz.ikaroo.es>

⁷⁸ La informática es la ciencia del tratamiento racional, principalmente a través de máquinas automáticas de la información, entendida como base de los conocimientos humanos y las comunicaciones en los campos técnico, económico y social.

realmente diferentes. Sin embargo, en un mismo sector "tradicional" no sería difícil encontrar dos empresas que sean también totalmente distintas, ya sea por su distinta aplicación de la informática, por el ámbito regional en que operan o por su distinto uso de los canales de distribución; y sin embargo, nadie pensaría que están en sectores distintos.⁷⁹

Se cree actualmente que incluso la empresa tradicional debe contar con estos nuevos mecanismos tecnológicos si quiere sobrevivir en sus propios mercados de bienes y servicios, ya que la cultura electrónica en la presente era de la informática y las telecomunicaciones está llamada a integrar la visión empresarial en los próximos años. No obstante, se debe añadir que también las empresas virtuales deben aceptar y asumir los mecanismos empresariales clásicos, si es que desean poder llevar a cabo sus objetivos económicos.

Entre algunos otros aspectos diferenciales de las empresas "virtuales", podemos observar algunos que no son menos importantes. Con todo debe verse que de la misma manera que las empresas tradicionales son realmente distintas entre sí, las empresas "virtuales" también pueden llegar a ser muy distintas entre ellas por lo que las características que se citan a continuación pueden ser ampliadas para cada nuevo negocio virtual que va apareciendo.

Por definición, una empresa virtual desarrollará casi todo su negocio en el "mundo virtual"; y para entender lo qué es el "mundo virtual" hay que comprender qué es Internet. Internet, como lo pudimos observar en acápite anteriores, es una enorme red de ordenadores y su finalidad era, es y será comunicar a las personas que usan esos ordenadores para brindarle un sin fin de posibilidades y servicios. Comprender este simple hecho, básico pero fundamental, ayuda a dilucidar el ámbito donde actúan nuestros entes objeto de estudio.

El elemento fundamental que soporta Internet es el conjunto de ordenadores y, cada vez más, otros elementos activos como teléfonos móviles y otros aparatos electrónicos. Estos "nodos"⁸⁰ se conectan mediante un sistema de comunicaciones de manera que desde cualquier punto puede ser posible alcanzar cualquier otro punto de la red; y para efectos prácticos para la nueva empresa esto significa que se va a hacer un uso intensivo de la informática. Esto puede no ser un problema para un típico "técnico-ciberemprendedor", pero puede ser un problema para un típico empresario tradicional no acostumbrado a las nuevas tecnologías.⁸¹

⁷⁹ "Crear una Empresa en Internet", Documento Anónimo, <http://badajoz.ikaroo.es>

⁸⁰ Punto de conexión de una red de comunicación capaz de crear, recibir y repetir mensajes.

⁸¹ "Crear una Empresa en Internet", Documento Anónimo, <http://badajoz.ikaroo.es>

La finalidad de Internet es la de permitir comunicarse con otras personas para diversos fines; y la finalidad de los negocios en Internet es obtener provecho de esas posibilidades de comunicación entre los distintos agentes del mercado: las empresas y sus clientes, los proveedores, empleados, el gobierno, etc.⁸². Lo anterior implica que un negocio en Internet debe ser esencialmente capaz de comunicarse y hacerlo con las características propias del medio informático que utiliza, es decir, de forma flexible e interactiva con las TICs. Una empresa no está en Internet porque tiene una "página Web", pero si lo estará si basa su actividad económica organizada en la utilización de este medio. Las empresas virtuales deben centrarse en estos aspectos de comunicación más allá de donde llegan las empresas tradicionales⁸³.

No hay diferencia en estar en Internet para los individuos de un mismo país y estarlo para los extranjeros, lo cual significa que, incluso en el caso de que no lo desee, podrán realizarse negocios jurídicos con personas de cualquier parte del mundo que gracias al uso de Internet, pueden comunicarse con la empresa virtual. Internacionalizar una empresa puede ser positivo, pero también trae disyuntivas, pues de cara a la creación de una empresa virtual, este aspecto puede presentar su variante positiva desde el momento en que el mercado potencial es enorme en comparación con el mercado local; pero también presenta sus complicaciones derivadas de las distintas reglamentaciones y leyes de los distintos países o, simplemente, de la capacidad de operar en distintos idiomas o monedas⁸⁴.

La empresa virtual con éxito cada vez tendrá menos de virtual, ya que inicialmente, casi todo la empresa "podrá estar" en Internet, pero a medida que prospere la "parte real", por pequeña que esta sea, terminará por hacerse enorme mientras que la parte "virtual" seguirá manteniendo un tamaño relativamente estable. Incidente que lleva a que se creen lo que podríamos llamar "híbridos" entre empresas virtuales y empresas tradicionales.

Dentro de las actividades comerciales llevadas a cabo por las empresas virtuales, encontramos el llamado *bussines to consumers* B2C, el cual se caracteriza por la realización de transacciones mercantiles de las empresas a los consumidores, y también encontramos el *bussines to bussines* B2B, constituido por relaciones de empresa a empresa para transacciones comerciales entre ellas, lo cual cada vez se va acentuando y ampliando con el tiempo. Es decir, que el volumen crece y, por tanto, al crecer el volumen global, también crece el número de transacciones hacia los consumidores que llevan a cabo las empresas virtuales. De esta manera, la mayoría de la actividad de la empresa, se está haciendo por la red.⁸⁵

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ CASTELLS, Manuel, "Internet y la Sociedad Red", Lección inaugural del programa de doctorado sobre la sociedad de la información y el conocimiento (UOC), <http://www.sociologia.de>

Cualquier empresa que desee nacer para la realización de actividades comerciales a través de Internet, debe tener en cuenta varios aspectos al momento de introducirse en el manejo de las TICs para poder llevar a cabo eficientemente su actividad económica organizada sea la que sea. Para este fin, se deben observar algunos requerimientos en componentes y servicios necesarios tales como:

El hosting del sitio Web que dispondrá, el cual no es otra cosa que un espacio en un disco duro⁸⁶ de un servidor Web (computadora) de un proveedor de servicios de Internet (ISP), donde se alojara el sitio Web de la empresa; este servidor se encontrara conectado a Internet de manera permanente, es decir, 24 horas al día, 7 días a la semana, 365 días al año, para permitirle a todos los usuarios contactarse y realizar transacciones con la empresa⁸⁷. Este servicio se obtiene comúnmente realizando un contrato electrónico de Web hosting⁸⁸.

El registro del nombre de dominio (DNS) que utilizara al interior de Internet, pues cada sitio Web tiene en el ciber-espacio una “dirección” única a nivel mundial, compuesto por lo que comúnmente conocemos como WWW (que indica que es una pagina de la World Wide Web) y un nombre DNS (Domain Name System) que la identificara de otras Webs. Los nombres de dominio normalmente se arriendan por periodos, generalmente de un año, siendo los más comunes los de terminaciones .Com, .Net, y .Org, los cuales pueden llegar a conseguirse incluso gratuitamente⁸⁹. Igualmente con la obtención del nombre de dominio, a este se le asigna una dirección IP (ya explicada en acápite anteriores).

El diseño propiamente dicho del sitio Web, que se realiza por diseñadores expertos en programación⁹⁰ Web, los cuales construyen las paginas de Internet utilizando lenguajes de programación orientados a la World Wide Web, como HTML⁹¹; desarrollo extra de aplicaciones de software que interactúen entre el sitio Web y la estructura informática interna de la empresa; y la obtención de uno o varios servidores Web dependiendo del tipo de actividades comerciales que se lleven a cabo, entre otros⁹².

⁸⁶ Componente de hardware de un ordenador, donde se almacena el software.

⁸⁷ RIOS D. Mauro, “El Pequeño Empresario en ALC, las TIC y el Comercio Electrónico”, Trabajo realizado para el International Development Research Center (IDRC), Montevideo, Uruguay, Mayo 2.006.

⁸⁸ En capítulos posteriores se explicara la naturaleza de este contrato.

⁸⁹ RIOS D. “El Pequeño Empresario en ALC, las TIC y el Comercio Electrónico”, op cit.

⁹⁰ Programar es la realización de un programa, el cual es una secuencia de instrucciones que indican al hardware de un ordenador qué operaciones debe realizar con los datos. Los programas pueden estar incorporados al propio hardware, o bien pueden existir de manera independiente en forma de software.

⁹¹ Acrónimo de Hypertext Markup Language, lenguaje de marcas de hipertexto, que en informática es un formato estándar de documentos de texto que se utiliza desde 1989 en la World Wide Web (WWW), que contienen dos tipos de información: la que se muestra en pantalla y códigos (tags o etiquetas), transparentes al usuario, que indican cómo mostrar esa información por el navegador de Internet.

⁹² RIOS D. “El Pequeño Empresario en ALC, las TIC y el Comercio Electrónico”.Op cit.

Es de importancia anotar que tanto el comercio electrónico o e-commerce, como cualquier otro tipo de negocios electrónicos llevados a cabo en Internet por las empresas virtuales u otros entes o individuos al interior de Internet u otra red de gran cobertura, implica la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para realizar las diversas transacciones comerciales y la respectiva gestión de estas; e incluso podíamos llegar a decir que las ventas telefónicas, por fax o los antiguos sistemas EDI son comercio virtual.

Igualmente debe observarse que las EVs y todos los tipos de comercio electrónico van muy concatenados y relacionados entre si. En primera medida, se define el comercio electrónico o e-Commerce como “la simple replicación de un negocio en Internet u otro medio que permita recoger los pedidos u ofertar los productos y/o servicios desde o hacia clientes o proveedores”⁹³, por ejemplo la venta de algún bien en la pagina Web, recepcionar los pedidos de productos desde la Web, o realizar en forma de e-mail⁹⁴ o con una base de datos los despachos; lo cual genera duplicación de muchas actividades al interior de los sistemas digitales centrales del negocio. Los negocios electrónicos o e-business, integran no solo el e-commerce sino también la operativa y funcionamiento interno de la empresa donde por ende, se accede a la infraestructura informática, los procesos de las ventas electrónicas, toda la administración del negocio, por medio de la página Web y las transacciones que en esta se lleven a cabo. El sistema de funcionamiento informático está unificado con el de la Web corporativa, estando realmente el negocio “on-line”, para que este pase a ser un expendio más como lo serian los mostradores en las distintas sucursales, en los intermediarios o la propia casa matriz de la empresa⁹⁵. Cuando se llega a realizar un negocio jurídico a través del sitio Web, se pone en marcha todo el engranaje empresarial.

2.2.3 La Virtualización de las Empresas. La tendencia hacia la denominada “virtualización” de las empresas se debe, entre otras causas, a la búsqueda de mayor eficiencia en la realización de sus actividades económicas, la introducción en nuevos y novedosos mercados de servicios que solo tienen cabida en los entornos virtuales, la posibilidad de llegar a prescindir de la utilización de mano de obra lo cual denotaría menos costos; poder llegar a comercializar bienes o prestar servicios con una mayor cobertura debido al esparcimiento de Internet, etc. Igualmente cabe anotar que éste proceso que llamamos virtualización no conlleva que puedan existir empresas 100% virtuales o que las empresas tradicionales no hagan uso de estos mecanismos brindados por la tecnología, ya que lo más normal al observar la actividad de varias de las grandes empresas del mundo es que hacen uso tanto de las estructuras empresariales tradicionales como de las que brindan las tecnologías de la información y la comunicación (TICs).

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Servicio que permite la transmisión de mensajes a través de diversas redes.

⁹⁵ RIOS D. “El Pequeño Empresario en ALC, las TIC y el Comercio Electrónico” Op cit.

El crecimiento imparable en la utilización de Internet en el mundo, en cuanto a la realización de transacciones comerciales, es una tendencia que se observa en muchos países del mundo e incluso Colombia, con diversas consecuencias para las empresas tales como: cambios en el mercadeo de productos y servicios enfocados a los usuarios de Internet y, un universo de oportunidades para quienes sepan y entiendan cómo capitalizarlas a su favor. Los indicadores de utilización de Internet son prueba de las oportunidades que tienen las empresas para hacer presencia y captar la atención del gran mercado de bienes y servicios que continuamente está creciendo gracias a los alcances de la tecnología⁹⁶.

Actualmente, el número de empresas colombianas con páginas Web en Internet es cada vez mayor, de la misma forma el número de ellas que manejan sus ventas desde la red de redes, ha aumentado. El comercio por Internet o el comercio electrónico (e-commerce) es un fenómeno mercantil que conduce a la “virtualización de las empresas tradicionales como a la aparición de nuevas empresas virtuales que exclusivamente actúan en el “ciber espacio”.

Los años anteriores fueron definitivos para el desarrollo de Internet en Colombia en un marco económico, ya que se dieron procesos tales como la venta y fusiones de empresas basadas en Internet, e incluso se creó el premio de la CCIT (Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones) que busca estimular el desarrollo de la nueva economía en Internet por parte de las empresas colombianas que tienen presencia en la red de redes. Estos acontecimientos mostraron a muchos empresarios las posibilidades frente a las diversas oportunidades de negocio que existen en las nuevas tecnologías, consolidando el principal punto de interconexión y comunicación para el desarrollo del e-commerce y de las EVs en el país.

La denominada “nueva economía” está recibiendo el impulso de diversas consecuencias profundas, donde los individuos y las compañías de todo el mundo están conectándose por medios electrónicos, por lo cual no es de esperarse que las reglas de juego estén cambiando dentro de las organizaciones empresariales, al considerar estos principios en su conjunto constituyéndose toda una revolución en el mundo de los negocios⁹⁷.

Lo que se podría llamar este resultado del cambio de lo “físico” a lo “virtual” aparte de la reducción en costos, el aceleramiento de las comunicaciones o el suministro a los participantes de información más oportuna, será que cuando el intercambio de información se hace electrónico se generan más cambios, ocurren en la naturaleza de la comunicación humana al realizar las transacciones por Internet. La cadena de valor se convierte en una red de valor, a medida que se hacen posibles nuevas relaciones; la tecnología permite a la organización crear nuevas estructuras institucionales que puedan ser generadoras de valor.

⁹⁶ MORERA CRUZ, José Orlando, “El reto del Comercio Electrónico”, <http://www.wikilearning.com>

⁹⁷ Ibid.

Las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones han permitido la configuración de un nuevo contexto en el que se desarrollan las empresas y organizaciones, caracterizado por la globalización, la complejidad y el cambio rápido y constante.⁹⁸

En la relación entre Internet y la nueva economía que es aprovechada por las EVs, una de las cosas esenciales aquí, es que esta nueva forma de actuar a través de la red de redes no es la economía exclusiva de las empresas que diseñan Internet, sino que también es la de las empresas que funcionan con y a través de la World Wide Web. Ésa es la nueva economía realizada por las empresas virtuales y es lo que ocurre en todos los países que tienen acceso a estas tecnologías en el mundo.⁹⁹ Se puede decir que el desarrollo de los usos de Internet empieza en primera medida en aquellas empresas de alta tecnología y empresas de creación de equipos para Internet y de programas de software que lo aplican a su propia organización, pero, a partir de ese punto, se está difundiendo velozmente a todo tipo de empresas, creando un nuevo modelo de organización empresarial.

2.2.4 Los Elementos de las Empresas Tradicionales en las Empresas Virtuales. El comercio electrónico llevado a cabo por las EVs igualmente, está produciendo el nacimiento de nuevas oportunidades de negocios comerciales, tanto para los usuarios y consumidores como para las empresas mismas. Para todos el mercado de bienes y servicios se amplía a los entornos electrónicos, de un lado, con una inmensa gama de nuevos productos que se pueden llegar a obtener en cualquier parte del mundo, a su vez, las empresas llegan a nuevos consumidores y sitios nunca antes previstos en el pasado. Lo cual también trae diversas implicaciones tan importantes para la sociedad, que obligan a la ciencia del derecho a replantear la forma de concebir y tratar a estos entes objeto de nuestro análisis, por sus particularidades propias y singulares en su estructura.

Como lo veíamos en párrafos de capítulos anteriores, de acuerdo con el artículo 25 de nuestro Código de Comercio, estamos en presencia de una empresa, siempre que se presenten tres elementos inseparables los cuales, como pudimos dilucidar anteriormente, constituyen los tres pilares principales sobre los cuales descansa y se fundamenta la actividad empresarial, los cuales son:

El Empresario:

Es la persona jurídica o natural que organiza y planifica una determinada actividad económica con el fin de producir e intercambiar bienes en el mercado u ofrecer servicios a la comunidad en general¹⁰⁰. Este elemento que denominamos factor subjetivo con

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ CASTELLS, Manuel, "Internet y la Sociedad Red", Op Cit.

¹⁰⁰ GUTIERREZ GODOY, Alvaro. "Naturaleza Jurídica de los Web Sites Comerciales en el Ámbito Colombiano", <http://www.alfa-redi.org>

anterioridad, lo podemos llegar a encontrar igualmente en las empresas virtuales al poder, ser este, una persona natural o jurídica que decide emprender su actividad de manera individual o utilizando cualquier tipo de asociación que le convenga para el efecto buscado; pero que en la practica en los entornos virtuales pueden llegar a darse una serie de particularidades propias de las personas que deciden realizar una actividad económica a través de Internet, ya que incluso pueden no ser necesariamente comerciantes de manera profesional, e incluso estar completamente ocultos a los ojos de los consumidores gracias al velo proporcionado por el mundo virtual.

La Actividad Económica Organizada:

Es el objeto que desarrolla el empresario y que puede llegar a ser de carácter industrial, comercial o de servicios¹⁰¹. Factor este que denominábamos dinámico, si que presenta particularidades singulares en el entorno electrónico, ya que las actividades comerciales realizadas a través de Internet pueden llegar a ser bastante distintas con respecto a las realizadas en el mundo real, pues con la aparición de Internet se fueron creando con el tiempo, una nueva gama de bienes y servicios que solo se pueden llegar a obtener y utilizar en el ciber-espacio; e igualmente no tener todas las características propias que suelen tener en el marco de las empresas tradicionales, lo cual no obsta para que una EV realice a través de la World Wide Web las mismas actividades mercantiles que se llevan a cabo ordinariamente en el mundo real.

El Conjunto de Bienes:

Son todos los bienes tangibles o corporales, los inmateriales, y la fuerza de trabajo, que organiza el empresario para el desarrollo del objeto que se ha propuesto realizar en el marco de su planificación organizada. Este conjunto de bienes no se forma por el simple inventario físico, sino por una unidad de explotación económica, en virtud de la organización y adaptación de todos los elementos para el uso coordinado, y que el Estatuto Comercial en el artículo 515, denomina Establecimiento de Comercio¹⁰². Siendo aquí, en el factor estático, donde quizás, mas difiere la estructura de una empresa tradicional que opera en el mundo real, con una empresa que ha decidido realizar su actividad económica en el mundo virtual, pues el establecimiento de comercio de una EV está conformado por diversos componentes asociados al uso de las tecnologías de la información y la comunicación TIC, que no pueden observarse en una simple empresa tradicional, los cuales están basados en la informática.

Igualmente cabe anotar, que lo que se observa en la actualidad al interior de las grandes empresas existentes hoy en día, es la fusión entre lo tradicional y lo virtual, donde podemos observar que los entes empresariales operan y tienen una estructura en ambos campos y se aprovechan de la realización de actividades comerciales tanto de la forma como se

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

realizaban cuando no existían los avances tecnológicos actuales desarrollados por las TIC, como en el marco de los entornos electrónicos virtuales existentes en la actualidad gracias a la evolución de Internet por todo el planeta. Por tanto podríamos llegar a decir que en el futuro y en esta nueva era de la informática toda empresa llegara a ser también una empresa virtual, y no se podrá diferenciar entre una empresa tradicional y una de carácter virtual.

Ahora que ya quedaron expuestas las generalidades de las EVs, en los tres capítulos siguientes pasaremos a observar las particularidades propias que se presentan al interior de los tres pilares que conforman la estructura de toda empresa en nuestra figura objeto de estudio, es decir, el análisis de los factores subjetivo, dinámico y estático en el marco de las empresas virtuales.

2.2.5 La Legislación de las Empresas Virtuales en Colombia. En relación con las normas aplicables a las empresas virtuales en nuestro país, no existe legislación particular al respecto que rijan este tipo de figuras específicamente, ante lo cual se les aplica las reglas generales que rigen a toda empresa y a la actividad comercial que realicen, ante lo cual podemos decir que toda empresa que actúe en los medios virtuales debe sujetarse a las mismas normas y tiene los mismos deberes que cualquier otra empresa.

Esta perspectiva la podemos ver plasmada en un Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio, publicado en Noviembre de 2.001 ante la formulación de una consulta¹⁰³ realizada para dilucidar dicha interrogante sobre las normas aplicables a las empresas virtuales, el cual procedemos a transcribir a continuación para dar claridad sobre el tema:

“Concepto 01094118 del 26 de Noviembre de 2001

Bogotá,

010/

*Asunto Radicación 01094118
 Trámite 113
 Actuación 440
 Folios 004*

¹⁰³ El derecho de formulación de consultas a las autoridades publicas lo encontramos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el cual preceptúa lo siguiente: “ARTICULO 25. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

Estimado señor:

Damos respuesta a la petición contenida en su comunicación radicada en esta Entidad bajo el número de la referencia para informarle que no existe una normatividad especial que rija a las empresas virtuales, de modo que la normatividad aplicar es la consagrada en el código de comercio para las empresas en general, en virtud del ejercicio de una actividad económica organizada por medio de un establecimiento de comercio; asimismo, que los deberes a cumplir son los de todo comerciante, teniendo en cuenta si desarrolla su actividad mercantil como persona natural o persona jurídica. Lo anterior si se tienen en cuenta los siguientes argumentos:

1. Comerciante - Actos de comercio

El artículo 10 del código de comercio establece que "Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona" y el artículo 20 del mismo ordenamiento consagra un listado enunciativo de los actos, operaciones y empresas que se consideran mercantiles. [1]

En consecuencia, quien desarrolla profesionalmente una de las actividades reguladas por la ley comercial, sea persona natural o jurídica, por intermedio de un apoderado o mandatario, es comerciante.

2. Comerciante - Deberes

Con base en la calidad de comerciante de quien ejecuta profesional o habitualmente actos mercantiles, el código de comercio establece los deberes a cumplir, así:

Artículo 19. "Es obligación de todo comerciante:

"1. Matricularse en el registro mercantil;

"2. Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;

"3. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;

"4. Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;

"5. Derogado. Ley 222/95.

"6. Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal".

Por lo anterior y en atención a la obligación de matricularse en el registro mercantil, so pena de sanción, [2] e inscribir los actos, libros y documentos que señale la ley, el código de comercio dispone que personas y actos están sujetos a registro, las reglas del mismo, el plazo para solicitar la matrícula, el contenido de su petición, etc., de modo que es preciso que acuda a esta fuente para efectos de conocer en detalle el procedimiento a seguir. [3]

3. Empresa - Establecimiento de comercio

De conformidad con el artículo 25 del código de comercio, "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o mas establecimientos de comercio." A su vez, el artículo 515 dispone que "Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales".

Así las cosas es de observar que la empresa en materia comercial es una actividad, industrial, comercial o de servicios, que requiere de la destinación específica de bienes para su ejecución, que en su conjunto se denominan "establecimiento de comercio", [4] el cual está regulado en el libro tercero, título I del estatuto mercantil y que conforme a las normas del registro mercantil, es uno de los actos sujetos a registro.

Ahora bien, como se indicó en precedencia, el comerciante puede ser persona natural o jurídica, en este último evento deberá sujetarse a las normas dispuestas para el tipo societario elegido, [5] con los respectivos derechos y obligaciones que el mismo comporta.

En consecuencia y a fin de obtener mayor información respecto de la constitución de una sociedad puede dirigirse a la Superintendencia de Sociedades, página de internet <http://www.supersociedades.gov.co/>

4. Empresa virtual

En virtud de lo expresado en precedencia y teniendo en cuenta la naturaleza de la empresa mercantil como una actividad de tipo industria, comercial o de servicios, es preciso señalar que la utilización de medios electrónicos para la consecución de los fines de la empresa, para el efecto un sitio WEB, no comporta nada diferente a ser un mero mecanismo para facilitar los procesos de desarrollo de la empresa, de modo que en la medida que se establecen relaciones comerciales, debe ajustarse a las normas propias de la actividad comercial.

5. Nombres de dominio

Finalmente, le informamos que el registrador de nombres comerciales de dominio local, ".co", es la Universidad de los Andes.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta con el alcance previsto en el artículo 25 del código contencioso administrativo.

Para obtener mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones puede dirigirse a nuestra página de internet <http://www.sic.gov.co/>

Atentamente,

MARIANA CALDERÓN MEDINA

Jefe Asesora de la Oficina Jurídica (e)

[1] Código de comercio, artículo 20. "Son mercantiles para todos los efectos legales:

"10. Las empresas de seguros y la actividad aseguradores;

"11. Las empresas de transporte de personas o de cosas a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;

"12. Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;

"13. Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;

"14. Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

"15. Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

"16. Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

"17. Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

"18. Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y

"19. Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil." (Subrayado fuera de texto)

[2] Ibid, artículo 37. "La persona que ejerza profesionalmente el comercio sin estar inscrita en el registro mercantil incurrirá en multa hasta de diez mil pesos, que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las demás sanciones legales. La misma sanciones aplicará cuando se omita la inscripción o matrícula de un establecimiento de comercio".

El monto de la multa señalado en este artículo fue reajustado por el artículo 11 del decreto 2153 de 1992 como sigue: "Funciones especiales del superintendente delegado para la promoción de la competencia (...). 5. Imponer a las personas que ejerzan profesionalmente el comercio, sin estar matriculadas en el registro mercantil, multas hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción".

[3] Ibid, artículo 28 y ss.

[4] Ibid, artículo 515. "Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales".

[5] Ibid, libro II. De las sociedades comerciales"

Como podemos observar, en nuestra legislación no existe por el momento un conjunto de normas específicas y particulares que sean propias para la regulación de la estructura de este tipo de figuras, siendo por el momento abarcadas por las reglas generales del Código de Comercio.

3. EL EMPRESARIO VIRTUAL

3.1 CONCEPTO

La nueva economía electrónica, las nuevas empresas y las nuevas tecnologías no son elementos separados, sino que se encuentran estrechamente relacionados y ligados desde finales del siglo pasado, pues se posibilitan y se dirigen entre sí para la consecución de actividades económicas organizadas que brinden nuevos bienes y servicios a los consumidores y nuevos mecanismos para el desarrollo de relaciones jurídicas en un nuevo campo. El empresario al entender cómo la nueva tecnología corresponde a la nueva estructura de la empresa interconectada al mundo virtual, puede forjar una nueva forma de estructurar un ente que permita el desempeño de una economía con negocios jurídicos que no tenga fronteras, mas allá de las impuestas por su propio medio, es decir, por la tecnología. Estamos entrando en una nueva era, pasamos del paradigma de la sociedad industrial al de la sociedad del conocimiento (traducido como valor, tecnología, habilidad y oportunidad), la cual será la fuente de riqueza, de ventaja competitiva de los países y de las empresas, y la nueva forma como se realizarán la mayoría de contratos y negocios comerciales en el futuro¹⁰⁴.

En el ámbito del mundo virtual, es decir, al interior de las multitudes de redes que conforman a Internet, el sujeto que decide llevar a cabo una actividad económica utilizando este medio para tal fin, llegando a proveer distintos bienes o servicios a los consumidores del ciberespacio, sean estos tradicionales o propios de los entornos virtuales, puede llegar a convertirse en un simple comerciante o en un empresario que organice y lleve a cabo una completa actividad económica organizada, lo cual puede llegar a ser en cierta medida un poco difuso, al momento de diferenciar entre un sujeto que realiza transacciones económicas a través de la red de redes, uno que es un comerciante, y otro que pueda llegar a ser un auténtico empresario en el sentido expuesto en acápite anteriores donde veíamos las características y rasgos fundamentales del factor subjetivo de la empresa, es decir, del empresario.

El empresario virtual, así como cualquier otro, será el sujeto encargado de ejecutar la actividad económica organizada y constante para la cual fue concebida la empresa con todos los elementos que se dispusieron para tal efecto con la organización dada por este; el cual igualmente como ocurre en las empresas tradicionales puede ser tanto una persona natural, caso en el cual será un individuo que decide en su calidad de persona física, realizar una determinada actividad mercantil empresarial a través de Internet con todos los

¹⁰⁴ MORERA CRUZ José Orlando, “El reto del comercio electrónico”, <http://www.wikilearning.com>

mecanismos tecnológicos que disponga para tal efecto, o también puede ser una persona jurídica donde varios individuos deciden asociarse para crear un nuevo sujeto con derechos y obligaciones propias, por medio de las distintas formas societarias existentes para la realización de actividades comerciales, la cual será la titular de la empresa virtual que se cree en Internet con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación; aunque la figura jurídica asociativa que se elija por los socios para el ejercicio de la actividad empresarial que decidan llevar a cabo variara dependiendo de la legislación del país correspondiente donde se haya creado y tenga su domicilio la empresa, ya que por la naturaleza propia de las empresas virtuales que tienen una cobertura que traspasa las fronteras de los países gracias a Internet, puede esta realizar negocios jurídicos con individuos u otros entes empresariales de muchos países.

Un empresario de este tipo es un sujeto que organizará y pondrá en marcha una empresa virtual, la cual será una actividad económica organizada para la comercialización de bienes, o para la prestación de servicios normalmente electrónicos, por su capacidad de configuración de los elementos objetivos de la misma en los entornos del ciberespacio. Las empresas creadas por estos empresarios constituirán un sistema de flujos informativos, que nacen sobre una base casi exclusivamente informática, es más, sin la informática no podrían prácticamente ni existir como tales. El empresario virtual, o que también podemos llamar “ciberempresario” no necesitara del trabajo humano en aquellos procedimientos catalogados como "estandarizados" (procedimientos administrativos clásicos, como recepción de solicitudes de productos y servicios, control de clientes, control de suministros, facturación, cobros, pagos, etc.), pues estos procedimientos están automatizados en su totalidad en esas empresas, por lo que son realizados sin la intervención humana directa. La empresa virtual funcionara gracias a la organización electrónica dada por el empresario como una gran máquina electrónica e informativa donde todo ocurre automatizadamente, y donde el hombre actúa como el subsistema director, que asume la dirección estratégica de ese organismo y genera el software que sustenta toda la operación automatizada. Una empresa virtual así, representa un altísimo nivel de la organización empresarial y de llevar a cabo actos mercantiles en masa: es la empresa del futuro accionando en la actualidad. Dicho en otras palabras, en el futuro, todas las empresas serán como ellas son hoy, porque su forma de realizar el comercio organizado, es la forma más lógica y eficiente de hacer las cosas¹⁰⁵.

3.2 CARACTERÍSTICAS

En un capítulo anterior, hacíamos referencia a tres caracteres fundamentales dentro del concepto de empresario, los cuales eran la profesionalidad, la intervención en nombre propio, y la actividad organizativa. La profesionalidad se refería a la intervención pública,

¹⁰⁵ DARRÉ F. Cristian. “El Ciberespacio, Los Cibertrabajadores, Las Ciberempresas y Los Cibernegocios”, <http://krammercd.tripod.com>

notoria y responsable en la actividad empresarial que se presupone de la condición de comerciante profesional y experto en los negocios mercantiles, la cual debe poseer todo empresario; primer rasgo este que nos puede ayudar a delimitar a los verdaderos empresarios virtuales, de aquellos sujetos que solo realizan actividades comerciales esporádicas a través de Internet sin tener esa aptitud de profesionalidad en los negocios que goza un empresario, de manera que será un empresario virtual aquel sujeto que realice su actividad mercantil como profesional, es decir, que hace de ella su vocación permanente.

La intervención en nombre propio se manifestaba por el hecho de que el empresario sea persona natural o jurídica llevaba a cabo su actividad económica empresarial con una responsabilidad directa ante los terceros, aun cuando este llegue a actuar o manifestarse por intermedio de cualesquiera otros individuos que auxilien o ayuden al empresario en sus funciones propias. Este rasgo puede en cierta medida, llegar a ser un poco difuso en los entornos virtuales por el velo que otorga el propio mecanismo que se utiliza para llevar a cabo la actividad empresarial, es decir, por la cortina de humo que presenta el hecho de que el contacto entre el empresario y los consumidores se manifiesta en un entorno virtual donde pueden existir diversas inseguridades sobre el sujeto con el que se está contratando, por ejemplo, cuando se realiza cualquier transacción económica en el sitio Web de la empresa virtual; lo cual igualmente puede derivar en un sin fin de inconvenientes en la responsabilidad del empresario, el cual puede ser muy difuso a los ojos de los usuarios, que pueden no tener claridad sobre la naturaleza del mismo, es decir, no saber si están contratando con una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, etc. Así mismo, en el marco de las empresas virtuales, el empresario puede también auxiliarse y utilizar para el mejor desempeño de su actividad económica, auxiliares para poder realizar la actividad empresarial al interior de Internet, los cuales pueden tener diversas variables tales como los Webmasters, data base administrators, productores de contenidos Web, surfers, operadores de red, ingenieros o arquitectos de network, administradores de sistemas en Web, *benchmarking*, *grafic designers*, programadores html/dhtml/xml/3d, ingenieros de server, desarrolladores de software, installator trainers, productores de reuniones virtuales, Web promoters, help desk, ingenieros en seguridad de Internet, especialistas en e-commerce, media brokers, brand managers, e-artists, writer hipermedia, etc.¹⁰⁶, los cuales en términos generales, se encargaran de realizar todas aquellas labores referentes al correcto funcionamiento de la empresa virtual al interior de Internet gracias a sus conocimientos avanzados en informática, desarrollo de software, administración de sitios Web, y comercio electrónico. Además, el empresario, para facilitar aun más sus funciones al interior de su empresa, puede, y en muchos casos, debe utilizar auxiliares virtuales para el adecuado funcionamiento de su actividad mercantil al interior de Internet, característica propia impuesta por la misma naturaleza virtual de la empresa, que necesita de programas de software diseñados para la recepción de los pedidos que demanden los consumidores a través del sitio Web, automatización en la realización de los contratos electrónicos a través de la red, pagos electrónicos, comunicación y soporte técnico para los usuarios, entre otros aspectos, lo cual puede traer mayor eficiencia y agilidad en las relaciones jurídicas en los

¹⁰⁶ Ibid.

medios electrónicos, pero igualmente desembocar en inseguridades en este mismo aspecto, sobre todo en la contratación, pues ciertas funciones quedarían a manos de una maquina con todas las problemáticas que esto puede conllevar en la practica, pues un fallo en el funcionamiento del software podría desembocar en inconvenientes jurídicos.

La actividad de tipo organizativo realizada por el empresario, decíamos en capítulos anteriores, se refería a la puesta en marcha y configuración constante de todos los aspectos de la estructura de la empresa en su organización; rasgo que también caracteriza a los empresarios virtuales, los cuales igualmente llevaran a cabo una permanente organización de todos los elementos que utilice para la obtención de sus fines tanto referente a los factores estático y dinámico de la empresa en lo concerniente a los aspectos tradicionales de toda empresa, como los propios de los entes objeto de nuestro estudio, como puede ser la organización del establecimiento de comercio virtual, el cual ya veremos con detenimiento en un capítulo posterior.

Igualmente, como se denota en las empresas tradicionales, el empresario virtual no necesariamente debe ser el dueño o propietario del establecimiento de comercio, que para los efectos de la figura objeto de estudio lo denominamos “establecimiento de comercio virtual”, ya que el sujeto que organiza y realiza la gestión de la empresa, es decir, el empresario, puede obtener el arrendamiento de un espacio en un servidor Web a través de lo que se denomina un contrato de Web Hosting por medio del cual podrá acceder a un espacio en un servidor conectado las 24 horas a Internet, donde tendrá la posibilidad de almacenar una o mas paginas Web y todos los demás contenidos electrónicos multimedia y de software requeridos para poner en marcha su actividad mercantil a través del ciberespacio, además de brindársele una serie de servicios electrónicos que normalmente acompañan este tipo de contratos como son la obtención de un servidor FTP para el almacenamiento de archivos, cuentas de correo electrónico, publicidad de su pagina Web, asesoría virtual sobre la construcción de un sitio Web, protección contra ataques de piratas informáticos, etc.; o si lo desea también, el empresario puede optar por adquirir uno o más servidores de Internet (los cuales pueden ser desde potentes ordenadores hechos para trabajar como servidores Web hasta simples computadores de escritorio) los cuales serán de su propiedad y pondrá disponer de ellos para allí igualmente almacenar todos los contenidos electrónicos que le permitirán ejercer su actividad empresarial a través de Internet.

El empresario virtual goza de la característica de ser al mismo tiempo un comerciante, ya que uno de los presupuestos del factor subjetivo de la empresa es la profesionalidad y constancia en la realización de actividades comerciales de carácter organizado, y continuo, pero no todo comerciante virtual es un empresario virtual, pues el solo hecho de realizar actos comerciales a través de la red de redes no le dará tal carácter mientras este no vuelva de esta actividad su profesión y la realice con la organización, sistematización y constantemente en el tiempo, rasgo que en dado momento puede llegar a ser difuso sin que

se pueda llegar a observar claramente la frontera entre un mero comerciante y un autentico empresario, pues con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y la automatización que puede existir al interior de las empresas virtuales uno o más individuos pueden realizar actividades mercantiles en masa a través del ciberespacio sin que esto signifique que hagan de la actividad mercantil organizada su profesión.

La coordinación de forma sistemática de los diferentes aspectos patrimoniales y humanos que se requieran para la consecución de los fines de la empresa, los cuales normalmente en el marco de las empresas virtuales son la prestación de algún tipo de servicio o producto en el ámbito electrónico, le corresponde igualmente al empresario, aunque puede llegar a darse la posibilidad que este decida prescindir casi en su totalidad del aspecto humano de la empresa optando porque las labores sean realizadas automáticamente por software especializado para ese efecto, lo cual puede darse en las empresas que son ciento por ciento virtuales, es decir, aquellas que actúan y prestan todos sus servicios exclusiva y totalmente en Internet.

Cabe además hacer mención a un aspecto muy importante dentro del análisis del factor subjetivo de la empresa virtual el cual también abordamos cuando estudiábamos los elementos de la empresa en general, el cual es el ánimo de lucro que debe ostentar el empresario con la realización de su actividad económica, que para un sector de la doctrina no es necesariamente esencial. En un comienzo, en el marco de las actividades realizadas a través de Internet donde se podía prestar un servicio o bien en el ciberespacio, el ánimo altruista preponderaba en alguna época teniendo en cuenta que Internet se formo paulatinamente por mucha gente que trabajaba en ella y la desarrollaba de manera desinteresada sin buscar obtener algo a cambio por la cantidad de servicios electrónicos y aplicaciones de software que ponían a disposición de cualquiera que quisiera entrar en el mundo virtual para aprovecharlas (lo cual todavía se presenta en muchos casos); pero esto se fue atemperando cuando la red de redes como casi todo en las sociedades humanas, comenzó a ser visto como un nuevo campo de explotación económica generadora de riqueza que permitiría prestar bienes y servicios a un sinnúmero de usuarios que naveguen por Internet y a su vez obtener una contraprestación a cambio de brindar el acceso a estos beneficios. Este aspecto parte en dos a aquellos que tienen montada una organización virtual para brindar a los navegadores de la red (los consumidores), un servicio o bien virtual en el ámbito electrónico sin exigir contraprestación económica alguna, y los que llevan a cabo su actividad económica virtual con el fin de lograr una maximización de su riqueza por el claro ánimo lucrativo que se envuelve en ella. Claramente los segundos, los podemos considerar empresarios, pero los primeros será que ¿no podemos considerarlos también como verdaderos empresarios del mundo virtual?, ¿no los podemos considerar ni siquiera comerciantes, así hagan de esta actividad económica organizada su profesión?, o tal vez ¿por el hecho de realizar una actividad económica organizada continua si pueden llegar a denominarse como empresarios?, son preguntas que no tienen una respuesta clara, que dilucidaremos mas adelante.

Como veíamos en capítulos anteriores, al interior de las grandes empresas donde existe una marcada división de funciones y papeles en su actividad, donde unos individuos realizan los grandes aportes de capital y otros se encargan de gestionar la empresa, no suele considerarse que el empresario sea al mismo tiempo el administrador de la misma, lo cual igualmente suele ocurrir en los entornos virtuales donde el empresario, como también se menciono con anterioridad, se auxilia de un conjunto de individuos que se encargaran de administrar eficientemente la empresa al interior de Internet para que pueda desarrollar su actividad comercial. Esto se debe a que aunque en un principio la actividad mercantil estuvo en manos de empresarios individuales el desarrollo de la economía hizo que las fuerzas aisladas de estos comenzaran a ser insuficientes para dirigir por si solos todos los complejos elementos que componen la explotación de una empresa que supone hoy el ejercicio del comercio a gran escala, por ello comenzó el fenómeno asociativo que dio lugar al nacimiento de los empresarios sociales que en la actualidad acaparan el grande y mediano comercio, la grande y mediana empresa.

Como veíamos antes, la persona que es titular de la empresa puede ser una persona natural, o una sociedad comercial en alguna de sus distintas variantes, un conjunto de varios empresarios que decidieron asociarse, etc., e igualmente podía darse que un empresario sea titular de varias empresas o que varios empresarios lo sean de una misma empresa, gama de variantes que da la posibilidad, la cual es muy común, que un mismo empresario sea a su vez lo que denominaríamos un “empresario tradicional” y un “empresario virtual”, pues todos los grandes empresarios que se dedican a grandes y extensas actividades comerciales en diferentes países del mundo, actúan tanto en “el mundo real” como en “el mundo virtual” donde poseen diversidad de empresas que actúan de la manera tradicional y también en el ciberespacio, pues como dijimos en capítulos anteriores, en el futuro no se podrá diferenciar entre los dos tipos de entes empresariales ya que los dos serán uno solo: toda empresa será también una empresa virtual.

Todas aquellas clasificaciones del empresario a las cuales hacíamos referencia en un capítulo anterior donde se analizaba el factor subjetivo de la empresa, es decir, las que clasifican al sujeto organizador de la empresa en individual, social, y colectivo, la que distingue entre privado y publico, y la categoría de empresario solidario, son también aplicables al empresario virtual; denotando en este punto que podríamos encuadrar dentro de esta ultima categoría a aquellos empresarios virtuales que llevan a cabo su actividad económica organizada a través de Internet sin ostentar un animo de lucro al no exigir contraprestación alguna por los servicios o bienes prestados a sus usuarios, a los cuales nos referíamos en un párrafo anterior.

3.3 EL EMPRESARIO Y EL SITIO WEB

El empresario virtual sea un solo individuo, una asociación de personas, o una persona jurídica en los distintos tipos de variantes de sociedades comerciales, debe preocuparse y realizar en su labor de organización y configuración de los distintos elementos propios de la empresa un conjunto de pasos para poder realizar su actividad comercial al interior de Internet, los cuales veremos a continuación.

Registrar un nombre de dominio para el sitio Web o “Web-site” de la empresa: Todos los sitios Web tienen un nombre único y exclusivo, (por ejemplo, microsoft.com o google.com), que se conoce como "nombre de dominio", el cual corresponde a un nombre exclusivo que lo distingue de todos los demás ordenadores conectados a Internet. Debe registrarse el nombre del sitio Web con algo que se denomina "Internic" o "apodo virtual", de modo que todas las demás computadoras conectadas a la red sepan de su existencia. Una vez que se registre, cuando cualquier persona acceda a la red de redes y escriba www.nombredesuempresa.com en su navegador de Internet, irá directamente al sitio Web de la empresa. En la actualidad, existen diversas empresas, también virtuales, dedicadas a asesorar a los empresarios en este aspecto; como, Network Solutions, Register.com, worldwidedomains.com, domainit.com, entre otras.

La extensión a utilizar para el nombre de dominio ".com" es la más fácil de recordar, aunque existen otras diferentes. Algunas extensiones como ".org" se refieren a instituciones sin fines de lucro y ".edu" y ".gov" están orientadas a instituciones educativas y gubernamentales, respectivamente. Algunas otras extensiones menos conocidas, podemos mencionar las siguientes: ".ro", ".gs", ".cc" y ".vg" que corresponden a extensiones internacionales. Una vez que haya registrado satisfactoriamente dicho nombre de dominio, será de propiedad del empresario. En estos momentos, registrar un nombre de dominio tiene un costo aproximado de USD 35 dólares al año y, por lo general, se exige un contrato de dos años como mínimo¹⁰⁷.

La Corporación de Internet para Nombres y Números Asignados (ICANN) Internet Corporation for Assigned Names and Domains es una corporación sin ánimo de lucro del sector privado formada, desde octubre de 1998, por una amplia coalición de las comunidades de Internet, de negocios, técnicas, académicas y de usuarios, reconocida por los Estados Unidos y otros gobiernos como la entidad de consenso global para llevar a cabo la coordinación y la administración técnica del sistema de nombres de dominios de Internet, la asignación de espacio de direcciones de IP, la asignación de parámetros de protocolos, y

¹⁰⁷ Artículo electrónico, “Comercio Electrónico”, <http://www.myownbusiness.org>

la administración del sistema de servidores de raíz¹⁰⁸; y en cada país opera un NIC (Network Information Center) oficial, que actúa como registrador de nombres de dominio local, siguiendo las directrices de la ICANN.

El empresario debe tener en cuenta que será necesario proteger el nombre de la empresa virtual, marcas registradas, logotipos e ilustraciones utilizados en el sitio Web con los recursos que permitan las normas de propiedad intelectual.

Buscar un servicio de hosting: El empresario virtual debe buscar un espacio para su empresa dentro de la gran diversidad de servidores Web dispuestos para ello que se encuentran conectados a la red de redes. De igual manera, al encontrarlo, establecerá en él su establecimiento de comercio virtual el cual tendrá que tener algún "domicilio". Lo que decida dependerá de varios factores, pues puede optar por comprar (al adquirir su propio servidor de red) o arrendar (al tener su sitio "alojado" en una empresa que ofrece servicios de hosting en Internet)¹⁰⁹.

La opción para las empresas que no desean adquirir la propiedad de uno o más servidores Web, es contratar un servicio de Web hosting en Internet, lo cual es parecido a arrendar un bien raíz para utilizarlo como local comercial. Por el cual debe pagar un cargo mensual que fluctúa entre USD 10 y USD 200 al mes para las pequeñas y medianas empresas como el canon de cualquier contrato de arrendamiento. El servicio de hosting en Internet se encargará de los detalles técnicos de mantenimiento del servidor.¹¹⁰

Cuando el empresario se decide por el arrendamiento, no tiene que realizar la adquisición de un nombre de dominio, pues la dirección Web de su empresa virtual tendrá el nombre de dominio de la empresa que le brinda el servicio de hosting, la cual le asignará un subdominio.

Igualmente cabe aclarar que con las facilidades y servicios existentes en la actualidad ofrecidos también por otras empresas virtuales, los pequeños empresarios virtuales pueden optar igualmente por desechar estas posibilidades de adquirir un servidor Web y un nombre de dominio, y utilizar un simple computador de escritorio de altas prestaciones para alojar su sitio Web, para lo cual deberán primero contratar el servicio de acceso a Internet con un ISP (Internet Service Provider) que proporcione acceso las 24 horas con conexión de alta velocidad, como lo hacemos todos cuando queremos tener Internet en nuestros hogares; después obtener en Internet un servidor HTTP (el cual es distribuido por empresas virtuales

¹⁰⁸ <http://www.nic.co>

¹⁰⁹ Artículo electrónico, "Comercio Electrónico", <http://www.myownbusiness.org>

¹¹⁰ Ibid.

en sus paginas Web, las cuales brindan un contrato de licencia de uso del mismo de tipo “freeware” es decir gratuito) que es un software que se instala en el ordenador para alojar los contenidos que se quieren poner a disposición de los usuarios en Internet; y luego obtener, también en Internet, un conjunto de servicios denominados “DNS Services”, los cuales permitirán que la dirección IP (término explicado claramente en un capítulo anterior) del computador conectado a Internet, el cual alberga el local comercial virtual, se asocie a una especie de nombre de dominio, que nos es arrendado para que los cibernautas cuando quieran entrar a la pagina Web, alojada en el ordenador de escritorio, a través de su navegador lo utilicen, existiendo una especie de redireccionamiento constante entre el nombre de dominio y la dirección IP del ordenador, realizado por un software destinado para el efecto que es proporcionado junto con el servicio, todo esto gratuitamente. Ya en un capítulo posterior observaremos mas a fondo estos singulares contratos, de realización propia de las empresas virtuales, que proporcionan estos particulares servicios electrónicos.

Configurar y administrar el servidor: Cuando el empresario configura su propio servidor Web es similar a la gestión y administración de un local comercial. El empresario configura y mantiene la computadora (servidor) a la que se conectarán los usuarios de Internet cuando visiten su sitio Web lo cual requiere contar con conocimientos especializados y experiencia en estas áreas de la informática, además en el corto plazo, comprar y configurar su propio servidor será también mucho más costoso, el cual tiene que estar activado, funcionando y conectado a Internet las 24 horas del día, 7 días a la semana y 365 días al año¹¹¹. Ante esta situación el empresario, como se hacia mención en líneas anteriores, tendrá que acudir a una serie de auxiliares que se encarguen de estas labores, estando la principal labor de administración del “Web-site” en cabeza del Webmaster¹¹², el cual, acudiendo a una analogía, será como “el factor” del local comercial virtual de la empresa.

Construcción del sitio Web: El empresario virtual puede decidir entre contratar a un diseñador profesional de páginas Web (Web designer), o bien confeccionar por si mismo

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Según la enciclopedia virtual Wikipedia, en un sitio Web pequeño, el Webmaster será típicamente el dueño, diseñador, desarrollador y programador, además de fungir como el encargado en la redacción, edición y publicación de los contenidos virtuales. En sitios Web grandes, las funciones del Webmaster serán mayores, actuando este además como coordinador y supervisor de las actividades de todos los integrantes que laboran con él, siendo también un empleado del dueño del sitio Web. El Webmaster debe tener ciertos conocimientos básicos tales como: conocimiento del Lenguaje de Marcado de Hipertexto (HTML); debe de hacer el uso y aplicación de los estándares propuestos por la W3C como lo son: XHTML y CSS; conocimiento de protocolos de Internet (FTP, POP, SMTP, HTTP); principios de programación en algún lenguaje para CGI (Perl, PHP, ASP); manipulación de imágenes digitales; utilización del correo electrónico; configuración básica del servidor Web (Apache, Tomcat, IIS, etc.). Y dependiendo del rol que ostente el Webmaster en una empresa, debe especializarse en administración y configuración de servidores (Linux, Solaris, Windows Server), administración de la seguridad (firewalls); conocimiento del funcionamiento del conjunto de protocolos de la suite TCP/IP; programación de aplicaciones (en Perl, PHP, Java, Python, ASP, .NET, etc.); administración y diseño de bases de datos (MySQL, PostgreSQL, Oracle, etc.); diseño gráfico y animaciones; coordinación de proyectos de desarrollo; elaboración de estrategias de mercado, redacción de políticas y procedimientos para su área; y habilidades de redacción de contenido para sitios Web.

el sitio de Internet, teniendo en cuenta que esta labor requiere conocimientos avanzados en lenguajes de programación¹¹³ orientados al Web. Para ello se debe celebrar un contrato por escrito en el que se especifiquen las responsabilidades del diseñador, los plazos de entrega del proyecto y un presupuesto completo de todo el proyecto, incluyendo medidas para mantener el sitio Web funcionando. Muchas otras empresas virtuales deciden crear ellas mismas sus sitios Web, para lo cual deben adquirir software especializado para ello, el cual se distribuye por Internet, tanto gratuitamente como de manera onerosa.

3.4 REFERENCIA HISTÓRICA

En este acápite haremos unas breves referencias a algunas de las empresas virtuales más importantes que han surgido desde que los empresarios virtuales comenzaron a utilizar los medios electrónicos como mecanismo para desarrollar una actividad económica organizada con las características de una empresa.

Google: Google, Inc., es una empresa de Internet norteamericana propietaria de la marca Google, es una compañía cuyo principal producto es el motor de búsqueda del mismo nombre. Fue fundada el 27 de septiembre de 1998 por dos estudiantes de doctorado en Ciencias de la Computación en la escuela de Ciencias de la Computación de la Universidad de Stanford (E.U.), Larry Page y Sergey Brin. Aunque su principal producto es el buscador de Internet, la empresa ofrece también entre otros servicios, un comparador de precios llamado Froogle, un motor de búsqueda para material almacenado en discos locales Google Desktop Search, y un servicio que ha revolucionado el mundo del correo electrónico gratuito llamado Gmail, el cual dispone para sus usuarios de espacio ilimitado que va aumentando constantemente a razón de 4 bytes por segundo; también proporciona un servicio de mensajería instantánea llamado Google Talk. Actualmente Google está trabajando en varios proyectos para aumentar el número de usuarios de Internet y facilitar los recursos para que éstos puedan acceder a la red. Entre estos proyectos destacan el PC de 100 dólares, aplicaciones GNU, Google Docs & Spreadsheets, colaboración y promoción de aplicaciones de software libre como Firefox, instalación de varias redes inalámbricas gratuitas, desarrollo de un sistema de protocolo abierto de comunicación por voz entre otros. Además se especula que estaría trabajando en el desarrollo de un sistema operativo, un Google Office y una red global de fibra óptica. En Abril de 2.007 Google se convirtió en la compañía más valiosa del mundo, alcanzando la suma de 66.000 millones de dólares, superando a emblemáticas empresas como Microsoft, General Electric y Coca-Cola, demostrando que el futuro de las empresas está en Internet¹¹⁴.

¹¹³ Un lenguaje de programación es un conjunto de sintaxis y reglas semánticas que definen los programas del computador.

¹¹⁴ Enciclopedia Virtual Wikipedia, <http://es.wikipedia.org>

EBay: Es una empresa destinada a la subasta de productos a través de Internet. Es uno de los pioneros en este tipo de transacciones, puesto que su presencia en la comunidad en línea es de varios años. eBay fue fundada en 1995 por Pierre Omydiar en San José, California, y el primer artículo vendido fue un puntero láser inservible, por un precio de 13.83 dólares. En el año 1999 comienza su transacción bursátil en el índice Nasdaq. En el año 2002 compra la empresa PayPal; y posteriormente se unió con su homónimo sudamericano MercadoLibre. En mayo de 2005 compra el portal de clasificados loquo¹¹⁵.

Yahoo: Yahoo!, Inc. es una empresa global de medios con sede en Estados Unidos, cuyo objetivo es "ser el servicio global de Internet más esencial para consumidores y negocios". Posee un portal de Internet, un directorio Web y una serie de servicios, incluido el popular correo electrónico Yahoo!. Fue fundada en enero de 1994 por dos estudiantes de postgrado de la Universidad de Stanford, Jerry Yang y David Filo. Yahoo! se constituyó como empresa el 2 de marzo de 1995 y comenzó a cotizar en bolsa el 12 de abril de 1996. La empresa tiene su sede corporativa en Sunnyvale, California, Estados Unidos. De acuerdo con la empresa Alexa Internet, Yahoo! es la Web más visitada en la actualidad. La red mundial de Yahoo! despliega 3400 millones de páginas Web diarias. Yahoo! inicialmente recibió el nombre de "Jerry's Guide to the World Wide Web", pero pronto se cambió su nombre a Yahoo!. Conforme la popularidad de Yahoo! aumentaba, crecía la gama de servicios, esto convirtió a Yahoo! en "el único lugar donde alguien ha de ir para encontrar cualquier cosa que busque, comunicarse con cualquier persona o comprar lo que sea". Entre los servicios que hoy Yahoo! ofrece están Yahoo! Correo, Yahoo! Messenger, Yahoo! Grupos, Yahoo! Juegos, Yahoo! Compras, Yahoo! Subastas, etc.¹¹⁶.

AltaVista: Altavista es un buscador en inglés y español, de grandes características, de la empresa Overture Services, Inc. comprada a su vez por Yahoo!. Su sede se encuentra en California y se realizan unas 61.000 búsquedas cada día. Fundado por los científicos del Laboratorio de investigaciones de Digital Equipment Corporation formado por: Mark Van Haren, Ryan McIntyre, Ben Lutch, Joe Kraus, Graham Spencer y Martin Reinfried (5 de ellos hackers y uno de ellos experto en ciencias políticas) se interesaron en recolectar información de la biblioteca de la Universidad de Stanford para concentrarla en un punto que se pudiera acceder a ella. Otro avance de este buscador y curiosidad fue el de poder buscar completamente multimedia por Internet, desde fotografías, música y vídeo¹¹⁷.

Amazon: Amazon.com, Inc. es una compañía estadounidense de comercio electrónico con sede en Seattle, Washington (E.U.). Fue una de las primeras grandes compañías en vender bienes a través de Internet. Amazon también es propietaria de otras empresas tales como Alexa Internet, a9.com, Shopbop e Internet Movie Database (IMDb). Amazon ha

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

establecido sitios Web separados para Canadá, el Reino Unido, Alemania, Austria, Francia, China y Japón, para poder ofrecer los productos de esos países. Fue fundada como Cadabra.com por Jeff Bezos en 1994 y lanzada en 1995, cadabra.com comenzó como una librería online que tenía más de 200.000 títulos y estos se podían pedir también por e-mail. Tiempo después la bautizó Amazon, por el río sudamericano del mismo nombre. Ahora está totalmente diversificada en diferentes líneas de productos, ofreciendo DVDs, CDs de música, software, videojuegos, electrónica, ropa, muebles, comida, y otros artículos¹¹⁸.

Terra: Terra Networks S.A. es la empresa dedicada a contenidos de Internet y portales Web del Grupo Telefónica de España. Fue fundada en 1999. A mediados del 2004, Terra Networks, en su junta de accionistas, decidió integrar todos sus activos y filiales dentro del grupo Telefónica. Terra fue fundada, tras la compra del buscador español "ole", en 1999 por Juan Villalonga, presidente de Telefónica entre los años 1996 a 2000, siendo rápidamente un actor principal dentro del mercado de servicios en Internet debido a la compra de varias empresas latinoamericanas, como ZAZ (Brasil), Infosel (México), Gauchonet y Donde (Argentina)¹¹⁹.

MSN: MSN o Microsoft Network es un ISP (Proveedor de Servicios a Internet) y un portal desarrollado por la empresa Microsoft. Fue en un principio un intento por parte de Microsoft por crear una Internet Paralela, incluso en el escritorio del sistema operativo Windows 95 existía un icono referenciando a esta red. Luego de que Microsoft comprara Hotmail y otros servicios Web, transformo a msn en el ISP conocido hoy, el cual distribuye servicios como cuentas de correo en Hotmail, posibilidades de mensajería instantánea con el protocolo .NET Messenger Service, un Motor de búsqueda y un servicio para la creación de Blogs. En EE.UU., MSN es el segundo ISP con más de 9 millones de clientes, America Online es el líder con algo más de 26 millones. La página Web de MSN es también la segunda más visitada de Internet, por detrás de Yahoo!¹²⁰.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

4. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS EMPRESAS VIRTUALES

4.1 APROXIMACIÓN HISTÓRICA

El mundo moderno ha sufrido una transformación acelerada en los últimos años; transformación que no solo ha cambiado la rutina de los hombres, la economía de las naciones, el poderío mismo de ellas, sino también la forma de hacer negocios y realizar transacciones, y en especial los mecanismos como se llevan a cabo tales actividades. Normalmente la realización de negocios comerciales había requerido de un conjunto de elementos que hacían muy poco eficiente y lenta la obtención de un determinado bien o servicio; cosa que en la actualidad ya no ocurre debido a que las empresas que entran al mundo virtual ha desempeñar en estos campos una actividad económica organizada, permiten llevar este aspecto a un entorno electrónico donde todo es más rápido, eficaz, y ajustado a las economías masivas del mundo moderno¹²¹.

La realización de actividades económicas relativas al intercambio de bienes o prestación de servicios en los medios virtuales o electrónicos, es algo que tiene su origen mucho mas allá de la década de los noventa y que va de la mano con el comercio electrónico, teniendo en cuenta que una empresa cuando realiza su actividad mercantil de carácter económico a través de los medios virtuales de Internet está llevando a cabo una forma de comercio electrónico, pero no cualquier individuo o ente que desempeñe un negocio electrónico puede considerarse que está realizando una actividad económica organizada con las características propias que hemos enunciado a lo largo de nuestro estudio y que son propias de los entes empresariales; lo cual nos lleva a la distinción como ya hacíamos alguna referencia anteriormente, entre el comerciante virtual y el empresario virtual.

Podríamos decir que los computadores y las grandes redes que ellos conformaban, solo comenzaron a ser utilizados de manera intensiva y masiva a partir de los años de 1.980, pero 150 años antes se había ya inventado otros medios aptos para las telecomunicaciones como el telégrafo y el teléfono, los que facilitaron la realización de negocios comerciales en masa, al permitir que las empresas productoras y distribuidoras de bienes se comunicaran con rapidez, agilidad y con un mayor numero de personas a la hora de comercializar sus productos; lo cual parece muy simple pero constituye el primer

¹²¹ BUITRAGO BOTERO, Diego Martín, “Aspectos Jurídicos de Internet y el Comercio Electrónico”, <http://www.informatica-juridica.com>

precedente de la realización de una actividad económica en un entorno que podamos calificar como “virtual”¹²².

Con la aparición de grandes redes de computadores que permitían la comunicación a distancia de una manera mas fácil, durante los años 80, no existía una normatividad para regular la manera de llevar a cabo una actividad económica mercantil por medios electrónicos, sin que existiera en país alguno un conjunto de normas que le dictaran a los empresarios, a los comerciantes o a cualquiera que deseara hacer un negocio por Internet, un conjunto de directrices, debido a diversos factores, siendo tal vez el mas influyente de todos, el hecho de que la, por esa época, creciente red de ordenadores que posteriormente se llamaría Internet, no tenia fronteras y el derecho si las tenia, lo cual como es propio y característico del derecho mercantil, llevo a que tuviera primacía la autonomía de la voluntad privada, donde los individuos se autorregulaban en su totalidad en el desempeño de sus actividades económicas en los medios virtuales.

Como es obvio, al no existir durante esta época ni siquiera verdaderas empresas virtuales, mucho menos existía algún conjunto de normas que regularan su estructura o funcionamiento en los entornos electrónicos, por lo cual las creaciones que se pudieran dar en materia legislativa para regular la economía en los medios virtuales tendían a regular el comercio electrónico en general, como lo podemos ver en Estados Unidos donde aquellos individuos o empresas que llevaban a cabo actividades de tipo económico utilizando como mecanismo las redes de computadores existentes en la época, celebraban acuerdos de intercambio electrónico de datos (Electronic Data Interchange) que alcanzaron a tener el carácter de costumbres mercantiles, en un país donde tenia tanta preponderancia el Common Law. Mas tarde durante los comienzos de los años 90, entidades privadas y publicas comenzaron a publicar algunas reglas uniformes de conducta para el intercambio electrónico como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), que en el año de 1.993 publico las Normas Uniformes de Conducta para el Intercambio Electrónico de datos; y luego se publicara en 1.996 la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, destinada a servir de modelo a los distintos países cuando tuvieran que legislar sobre la materia, lo cual se ha dado en Estados Unidos, la Comunidad Europea y en América Latina¹²³; como en Colombia donde se promulgó la llamada ley de Comercio Electrónico, ley 527 de 1.999, siendo en nuestro país la norma particular más cercana aplicable a la actividad económica de las empresas virtuales, después de las normas propias de la empresa en general del Código de Comercio, al no existir otras en particular en nuestra legislación que se acerquen mas a este tema.

¹²² SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, “Derecho del Comercio Electrónico”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Diciembre, 2.003, pág. 15.

¹²³ Ibid, pág. 16

La realización de actividades económicas a través de Internet llega a tener una gran trascendencia a finales de los años noventa y comienzos del siglo XXI donde empieza a tener importancia la creación de entes económicos que presten una nueva serie de bienes y servicios empleando los medios electrónicos, para así pasar a satisfacer las necesidades de un nuevo mercado. En este relativamente nuevo mundo virtual el cual pasa a ser también un mundo económico, surge como la más común actividad comercial realizada por las E.V, la venta por Internet, como una forma de compra-venta a distancia que involucra como rasgo esencial la utilización de las Tecnologías de la Información y la comunicación para brindarle a los cibernautas la alternativa de adquirir determinados productos electrónicos enviados directamente a través de la red de redes, como por ejemplo, música, videos, documentos, y en general todo aquello que sea susceptible de ser digitalizado. Estas actividades que representaban un marco de relaciones jurídicas comerciales de empresa a consumidor al principio no tuvieron gran acogida desembocando en lo que se denominó como la crisis de las empresas “punto com”, y que llevo a muchos a pensar que no era conveniente que una empresa se creara exclusivamente para realizar actividades económicas en Internet.

Las empresas virtuales brindaban sus bienes y servicios a todo aquel que los solicitara en Internet, pero además se dieron cuenta que la principal fuente de ingreso para poder mantener su engranaje económico funcionando al interior de la red de redes no estaba en estas relaciones comerciales con los usuarios de Internet, denominada Business to Consumers, sino en el llamado Business to Business o comercio electrónico entre empresas, que será el que le permitirá a las E.V. poder mantener en funcionamiento una actividad económica constante, organizada y eficiente en Internet, y a su vez poder llevar a cualquier persona todo tipo de bienes y servicios virtuales, muchos de carácter gratuito.

4.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La actividad económica de las empresas virtuales (EV), es decir lo que antes denominamos como el factor dinámico de toda empresa en general, y el cual constituye uno de los dos elementos objetivos sobre los cuales se estructura la base de los entes objeto de nuestro estudio, se refiere en el caso específico de las E.V., a aquella o aquellas actividades de tipo comercial llevadas a cabo por el empresario virtual, a través de los mecanismos electrónicos e informáticos que le brindan la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), en el desempeño de su labor económica obtenida con toda la organización de los elementos que configuró para poder desarrollar una actividad tendiente a prestar servicios o distribuir bienes, por medio de Internet, lo cual incluye tanto bienes y servicios que solo existen y pueden prestarse en los entornos virtuales, como aquellos tradicionales.

Tal actividad económica en el marco de las características de las empresas en general, decíamos en capítulos anteriores, se reputa económica, organizada, continua, sistemática y profesional, lo cual podemos predicarlo igualmente de las denominadas empresas virtuales (EVs) con algunas anotaciones particulares que pasaremos a referenciar a continuación.

Las distintas actividades llevadas a cabo por los entes empresariales son económicas en el sentido que el sujeto denominado empresario desarrolla una labor mercantil tendiente a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, en los términos del artículo 25 de nuestro Código de Comercio; la cual en un entorno de utilización de recursos económicos podrá llegar a satisfacer una gama de las mas variadas necesidades de tipo material, que tienen los individuos en una sociedad, lo que igualmente a su vez, además de generar este resultado benéfico para la comunidad en general, también produce una ganancia que redunde en el patrimonio del titular o titulares de la empresa, funcionando así como un generador de riqueza. Esto, podríamos decir, funciona de la misma forma en las E.V. con las siguientes características singulares:

Las empresas virtuales en un principio, nacieron a partir de pequeñas organizaciones virtuales que querían y deseaban prestar un bien o servicio a los usuarios del ciberespacio sin que tal labor llegara a representar una verdadera actividad de tipo económico, pues con ello no se buscaba generar un lucro o aumento de riqueza por parte de aquel o aquellos que prestaban el servicio, de manera que lo obtenía todo aquel que pudiera conectarse a la maraña de redes que conformaban los primeros Inicios de Internet, sin dar una contraprestación económica alguna, sin que se considerara que en ese acto existió una relación jurídica, y sin conciencia de que con esto se estaba labrando la creación de un nuevo mercado de bienes y servicios en el futuro; podríamos así decir que los inicios del intercambio comercial en Internet eran completamente desinteresados, donde había mas preocupación por la expansión de la información y el conocimiento que por la explotación económica que podría traer este nuevo mundo virtual, lo cual ha cambiado mucho en la actualidad.

La actividad económica de las E.V. se centra en la prestación de servicios que igualmente podríamos denominar “virtuales” pues solo existen y pueden concebirse en el ciberespacio, tales como el hosting o arrendamiento Web, el correo electrónico, el servicio de mensajería instantánea, los buscadores Web, el chat, la telefonía a través de Internet, el diseño de paginas Web, el acceso a Internet, etc.; e igualmente en la producción y comercialización de bienes que también podríamos denominar “virtuales” o “electrónicos”, como aplicaciones de software, libros electrónicos, videos, música, videojuegos, etc., los cuales aunque son susceptibles de comercializarse por las vías tradicionales, se prefiere utilizar Internet como mecanismo para ello en orden a la celeridad, mayor eficacia y cobertura que presenta este medio para la actividad económica en masa de la actualidad. Cabe anotar que todas y cada una de estas actividades económicas, representan una relación jurídica, derivada de un contrato el cual se celebra al momento de acceder al determinado bien o

servicio, del cual se generan un conjunto de derechos y obligaciones para las partes, aspecto que es muchas veces ignorado por todos aquellos que acceden a estos servicios a través de Internet. Todo lo anterior no obsta, para que una E.V. pueda igualmente realizar aquellas labores comerciales propias de las empresas tradicionales, lo cual es perfectamente posible.

La realización de una de estas tantas actividades económicas por parte de las empresas virtuales, busca normalmente obtener un lucro o ganancia para generar riqueza (a diferencia de sus inicios), la cual en el marco de las empresas tradicionales, resulta de una contraprestación económica directa que obtiene de sus usuarios o consumidores por el servicio o bien prestado, lo que también ocurre en las E.V., pero que no es lo más usual, pues en el campo de las empresas virtuales, lo normal es que sus ganancias económicas provengan no de los cientos o miles de cibernautas que hacen uso de sus servicios electrónicos, sino de contratos realizados a su vez entre las E.V. y otras empresas tradicionales y también virtuales, contratos que son en su mayoría publicitarios (siendo esta de por sí la segunda mayor industria en Internet); lo cual permite que todas y cada una de las personas que tienen acceso a Internet, puedan hacer uso de una gran gama de productos y servicios ofrecidos en la red de manera completamente gratuita.

Decíamos, que la actividad empresarial se reputa organizada, ya que el empresario sea este persona natural o jurídica, lleva a cabo una completa organización y puesta en marcha de todos los elementos y relaciones jurídicas que conforman a la empresa, a través de una labor donde configura y coordina su funcionamiento, lo cual hace que la empresa pueda llegar a concebirse como tal, es decir, como un autentico engranaje de un conjunto de elementos organizados que se armonizan y disponen para llevar a cabo una explotación económica, lo cual solo se logra con esta organización característica brindada por el empresario. Esta característica fundamental propia de la organización empresarial y que ayuda en gran medida a delimitar la frontera entre los meros comerciantes y los verdaderos empresarios, igualmente permitirá dilucidar en el marco de las actividades económicas realizadas a través de la red de redes, quien es un simple comerciante virtual y quien será un empresario del cual se pueda predicar que posea una autentica organización con las características propias de los entes objeto de nuestro estudio.

La organización dada por el empresario a su actividad empresarial se traduce con respecto a los elementos humanos, los factores económicos y el factor estático de la empresa, como nos referíamos en un capítulo anterior. En desarrollo de la organización del factor humano, el empresario configurara el conjunto de todos aquellos individuos que estén subordinados a él de manera laboral o no laboral en los diferentes niveles jerárquicos de la empresa desde los más altos cargos administrativos hasta los empleados que aportan con su trabajo físico; factor este del cual se puede incluso llegar a suprimir en su mayoría en el caso de las empresas virtuales debido a que el uso intensivo y en cierta medida esencial que hacen estos entes de las tecnologías informáticas, permite que el empresario decida realizar su labor prescindiendo de realizar contratación de gran parte de personal, pues la maquina ahora reemplazara al ser humano (circunstancia que trae una serie de disyuntivas sociales y

económicas que no analizaremos pues esto no hace parte central de nuestro estudio); situación esta que puede ser común en aquellas empresas cien por ciento virtuales, no así en aquellas que desempeñan su labor económica tanto en los entornos virtuales como en las vías tradicionales.

La organización de los factores económicos en las E.V. será igual que en aquellas empresas tradicionales como lo vimos en párrafos de capítulos anteriores, teniendo en cuenta que en este aspecto el empresario virtual podrá no tomar en cuenta para su actividad una serie de costos gracias al uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. En cuanto al factor estático de la empresa y su organización para su correcto desempeño en su utilización dentro de todo el engranaje dispuesto para la consecución de los fines económicos de la empresa, tendrán obviamente completa primacía todos aquellos bienes incorpóreos los cuales son la base que permitirá la ejecución de la actividad mercantil a través de Internet, que conformaran lo que hemos denominado “el establecimiento de comercio virtual”, el cual estudiaremos en el siguiente capítulo”; circunstancia que es impuesta por la misma naturaleza propia del ente que estamos analizando. Todo lo cual, sin ignorar que las E.V. no pueden prescindir de la utilización de bienes corpóreos y tangibles, lo cual sería completamente imposible.

Siguiendo con los rasgos característicos del factor dinámico de la empresa, que mencionábamos anteriormente, la continuidad y la sistematización van dirigidas a que la actividad económica de la empresa virtual posea un marcado animo de habitualidad y estabilidad en el desarrollo de la actividad comercial realizada en Internet en base al proyecto planeado y establecido por el empresario con una permanencia en el tiempo; y que además la empresa tenga un sentido de nacer y funcionar para el ejercicio de reiteradas y constantes operaciones mercantiles en el ámbito virtual dentro de aquel marco configurado por el empresario virtual para tal efecto. Si no existen estos presupuestos la empresa no podrá ser catalogada como tal, y si el desarrollo de esta actividad sistemática y continua no se realiza constantemente en el ámbito electrónico, la empresa podrá ser tal, pero no se le podrá dar el calificativo de “virtual”. La profesionalidad de la actividad económica se reflejara porque esta continua serie de actos comerciales realizados a través de la red de redes requiere de quien la realiza cierto grado de preparación, experiencia y conocimiento en los negocios mercantiles teniendo en cuenta que el empresario es un comerciante.

Cuando veíamos las características de la actividad económica empresarial en general, hacíamos referencia a que esta debía tener unos determinados objetivos o fines económicos, los cuales son el animo de producir un lucro o ganancia derivado de tal actividad, y el ofrecimiento que se le debe hacer al publico en general de bienes o servicios.

La empresa virtual debe funcionar y comportarse como una unidad económica que actúa en el marco de la oferta de bienes y servicios tanto electrónicos como tradicionales para satisfacer la demanda de los usuarios del ciberespacio, que se produce en los entornos

virtuales, para lo cual deberá ofertar los productos que ofrezca o los bienes que decida prestar a los consumidores, por medio de los mecanismos virtuales electrónicos que existen para el efecto, como pueden ser el correo electrónico o la publicidad en su página Web o la de otras empresas, siempre con el ánimo de desarrollarse como ente económico en la sociedad.

En cuanto al aspecto del ánimo de lucro que se debe ostentar con la realización de la actividad económica de la empresa, ya lo hemos mencionado anteriormente tanto respecto de toda empresa en general como de las E.V. en particular, remarcando que tanto en una como en la otra, es posible que este elemento no se presente necesariamente a pesar de que la doctrina del Derecho Mercantil muchas veces afirma que es esencial y necesario en la estructura de la empresa. Recordemos que es completamente válido y posible que un empresario, sea tradicional o virtual, puede perfectamente montar toda una estructura empresarial sin que necesariamente busque ese afán de obtener un rendimiento o utilidad, pues busca brindar un servicio a la sociedad más que un objetivo de lucro.

4.3 LAS EMPRESAS VIRTUALES Y EL E-COMMERCE

La red de redes conlleva un cambio radical en la forma de desarrollar la economía y, aunque este será un proceso que podría tardar en consolidarse muchos años más, sobre todo en países subdesarrollados, las empresas que deseen sobrevivir en el mañana deberán adaptarse a estos cambios. Una verdad innegable que se ha desarrollado desde principios de los años noventa, es que Internet ha significado una revolución, no sólo en términos de tecnología, sino en cuanto a la manera de abordar y concretar las relaciones humanas y comerciales. Así mismo, la experiencia de negociación presencial está en vías de ser desplazada al menos en algunos mercados por las facilidades que le brinda la red para las transacciones comerciales. Internet, paulatinamente, irá modificando los parámetros en distintos ámbitos de la vida cotidiana de las personas y en los negocios¹²⁴.

No cabe duda que Internet ha revolucionado al mundo, pues cada día aumenta el número de personas que se encuentran en línea para hablar con sus amistades, leer noticias, buscar información, escuchar música, realizar transacciones financieras, contratar servicios y adquirir bienes.

El desarrollo de las empresas hacia la comercialización de bienes y la prestación de servicios en los entornos virtuales, se realiza a través del comercio electrónico (en inglés Electronic Commerce, E-Commerce, ecommerce o EC), que consiste principalmente en la distribución, compra, venta, mercadotecnia y suministro de información complementaria para productos o servicios a través de redes informáticas como Internet u otras, lo cual

¹²⁴ D'AMBROSIO, Sergio, "El Comercio a través de Internet", <http://www.gestipolis.com>

constituye una aplicación de la informática dirigida a realizar transacciones comerciales. También suele incluirse dentro de este concepto el uso de sistemas de comunicación no solo basados en Internet, sino también en otros mecanismos, tales como pedidos telefónicos, televisión interactiva, y redes electrónicas de uso privado usualmente organizadas por empresas; lo importante es que las relaciones comerciales se lleven a cabo en un medio electrónico¹²⁵.

La actividad económica de las E.V. en la actualidad esta encaminada a lo que podríamos denominar “el mercado electrónico”, es decir, aquel en que los productores, proveedores, intermediarios, y consumidores interactúan mediante la utilización de medios electrónicos, lográndose de esta manera una representación virtual de los mercados físicos o tradicionales, que comprende así mismo la realización de contratos informáticos los cuales son necesarios para las transacciones y negocios mercantiles llevados a cabo a través de la red de redes.

Esta actividad económica de las empresas virtuales, por lo tanto, resulta en la realización de comercio electrónico, el cual como ya hemos hecho alguna referencia anteriormente, puede ser de tipo B2B o comercio entre empresas (Business to Business), el cual trata de un área que comprende las relaciones mercantiles que se presentan entre la empresa virtual y otras empresas sean estas o no virtuales. B2C o comercio entre empresa y consumidor (Business to Consumer), donde se considera a la E.V. como productora, proveedora o comercializadora de un bien o servicio que proporciona a los usuarios o consumidores de Internet, los cuales son normalmente personas físicas que tienen la posibilidad de acceder a la red para obtenerlos. Comercio intraempresarial que comprende las relaciones de la actividad diaria de la empresa que se realizan por medios electrónicos, y el nuevo B2G o comercio de empresa o consumidor con la administración (Business or Consumer to Government), que trata como su nombre lo indica de actividades comerciales entre las empresas y los gobiernos¹²⁶.

Igualmente el comercio electrónico puede también ser clasificado en comercio electrónico directo e indirecto. Es directo cuando la operación es realizada íntegramente a través de Internet, esto es, tanto la solicitud de servicio o de bienes como el pago y la remisión de los bienes o la prestación de los servicios es efectuada en línea. Generalmente el comercio electrónico directo se refiere a bienes y servicios inmateriales, como software, música, videos e información. El comercio electrónico es indirecto cuando sólo la solicitud del servicio o del bien es efectuada a través de la red. La prestación del servicio o la entrega del bien adquirido es realizada fuera de Internet, como sería el caso de la compra de un computador, de discos compactos, de libros, etcétera. Los objetos comprados deben luego

¹²⁵ <http://es.wikipedia.org>

¹²⁶ SANDOVAL LOPEZ. “Derecho del Comercio Electrónico”. Op Cit 20 y 21.

ser transportados al lugar físico que se señaló en la operación¹²⁷. Comúnmente las empresas cien por ciento virtuales se centran en el primer tipo de e-commerce.

El desarrollo de la actividad económica de las E.V., en el marco del comercio electrónico, tiene diversos rasgos tales como:

La falta de requisito de presencia física de los sujetos que realizan la relación mercantil, a diferencia de lo que suele ocurrir normalmente en las relaciones jurídicas tradicionales, lo cual también trae consigo una necesidad de exigir garantías acerca de la entidad de las partes al realizar un negocio jurídico en los ámbitos virtuales¹²⁸.

La utilización de redes abiertas de transmisión de datos, que a su vez con las ventajas que representa en eficiencia y agilidad en las relaciones mercantiles, también genera ciertos riesgos con respecto a la posibilidad de interceptación y apoderamiento de la información que transita por ellas, lo cual siempre será inevitable ya que el complejo conjunto de redes que conforman Internet está expuesto constantemente a estas circunstancias¹²⁹.

Las transacciones económicas realizadas en estos ámbitos virtuales, se caracterizan por su falta de inmediatez, donde los actos y contratos se celebran a distancia, a través de la comunicación en red, lo que hace necesario igualmente darle seguridad a la emisión y recepción de dichos datos para evitar fraudes.

Por el hecho de que los sujetos se encuentran comunicados por mecanismos electrónicos, se prescinde del lugar donde ellos se encuentran situados, de manera que se le atribuye a las actuaciones económicas realizadas en la red el rasgo distintivo de carecer de territorialidad. La ausencia de territorialidad implica también que, en el caso en que los sujetos al realizar una negociación electrónica estén ubicados en diferentes países (situación que es la más común), el intercambio de bienes incorpóreos se hace sin cumplir los trámites de exportación/importación, sin pasar por aduana, con el consiguiente perjuicio para los Estados del no pago de aranceles, pero beneficioso e incentivo para el desarrollo de la economía virtual¹³⁰.

Al realizarse los negocios económicos virtuales estando las partes vinculadas en forma directa a través de los medios electrónicos, no se requiere de intervención de intermediarios, con lo cual se reducen considerablemente los costos de los productos y esto

¹²⁷ MAGLIONA MARKOVICHT, Claudio Paul, “Marco Jurídico de la Contratación Electrónica con Especial Referencia al Comercio Electrónico”, <http://www.e-global.es>.

¹²⁸ SANDOVAL LOPEZ. “Derecho del Comercio Electrónico”. Op Cit. pág. 34.

¹²⁹ Ibid. Pág. 34

¹³⁰ Ibid, pág. 35.

posibilita que en esta nueva economía participen tanto los simples particulares como las grandes, pequeñas y medianas empresas¹³¹.

Para las empresas virtuales existe un aumento considerable de la cantidad de potenciales consumidores y un aumento en la cantidad de negocios comerciales que realizan, con respecto a las empresas tradicionales, pues tienen la posibilidad de ofrecerle sus productos y servicios a toda persona en el planeta que tenga acceso a Internet, e igualmente puede realizar sus transacciones por la Web los 365 días del año, 24 horas al día sin mas limitaciones que las que impone la propia tecnología informática.

Esto igualmente desde el punto de vista del consumidor es bastante ventajoso, ya que puede tener acceso a un sin numero de ofertas de bienes y servicios, a los cuales puede acceder desde su propio hogar o desde cualquier parte del mundo y adquirirlos realizando negocios electrónicos por medio de un simple “clic”.

Internet posee un gran potencial de movilización de información de manera rápida e instantánea, lo cual facilita las telecomunicaciones y la transmisión de datos, y por ende la realización de negocios comerciales entre personas y empresas de diversos lugares del mundo, gracias a variadas herramientas tecnológicas que todo aquel que conozca Internet, ha usado frecuentemente.

Dentro de estas herramientas encontramos en primer lugar al correo electrónico (e-mail), que facilita y hace posible el intercambio de todo tipo de mensajes sin soporte material alguno, en forma casi instantánea, aunque no tan fiable, entre personas que se encuentren en cualquier parte del mundo donde halla un ordenador o cualquier otro aparato electrónico que sea susceptible de tener acceso a Internet, y claro para esto se requiere de tener el software adecuado y una simple cuenta de e-mail gratuita de los tantos servicios proveídos por empresas virtuales como Google con su servicio Gmail o Yahoo! con su servicio de Correo Yahoo, etc.. Una vez se reúnen estos elementos informáticos, los usuarios y las empresas se comunican entre sí de la misma forma que con el servicio postal convencional, con la diferencia que solo demora alrededor de 15 segundos el llegar el mensaje electrónico a su destino sin importar el punto geográfico donde se encuentre¹³².

Otra herramienta propia de Internet que puede ser utilizada para los fines del comercio en la red, es el Chat o los Servicios de mensajería instantánea, tales como el IRC, ICQ, MSN Messenger, Yahoo Messenger, Google Talk, Jabber, AIM, los cuales permiten mantener un dialogo escrito o algunos a través de voz y vídeo, en tiempo real, que puede grabarse o imprimirse. Todo aquel participante en la conversación se conecta a un servidor central que

¹³¹ Ibid, pág. 35.

¹³² Ibid, págs. 38 y 39.

brinda el servicio y lleva los mensajes, videos, y comunicaciones a los demás individuos con los que se desee tener una conversación. Estas herramientas de comunicación electrónica pueden permitir la contratación por este medio en forma equilibrada y simultanea¹³³.

En tercer lugar, como herramienta que se utiliza en Internet por las empresas, está la denominada World Wide Web, ya explicada en sus aspectos técnicos en un capítulo anterior, la cual constituye una forma muy rápida y eficiente de recibir, presentar y descubrir la información. Este mecanismo, junto con un programa denominado navegador, al cual ya hicimos referencia con anterioridad, fue lo que facilitó en gran medida y popularizó el uso de Internet, permitiendo el acceso a documentos, archivos, recursos y servicios en la red, en una interfaz o presentación visual amigable e intuitiva, fácil de usar para cualquier usuario estándar que no tenga conocimientos de tecnología e informática. Los negocios electrónicos pueden realizarse a través de una página Web, lo cual es particularmente útil para el usuario, ya que le permite navegar por la red mediante “saltos” entre un servidor y otro en cuestión de segundos; y con ello se accede rápidamente a la información o servicio que se solicite, ampliando la gama de opciones entre los consumidores del ciberespacio.

Existen los llamados “buscadores” que son una herramienta que permite al usuario encontrar un documento que contenga una determinada palabra o frase, lo cuales son sistemas que buscan en Internet (algunos buscan sólo en la Web pero otros buscan además en News, Gopher, FTP, etc.) cuando les pedimos información sobre algún tema. Las búsquedas se hacen con palabras clave o con árboles jerárquicos por temas; el resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web en los que se mencionan temas relacionados con las palabras clave buscadas; por así decirlo, son directorios automatizados que le permitirán a los usuarios de la red encontrar cualquier documento, información, bien o servicio que requieran y los links o enlaces a aquellos sitios Web que provean lo que necesitan.

La realización de actividades económicas por parte de las empresas virtuales con la utilización de todos estos medios tecnológicos, permite que estas puedan realizar una gran gama de negocios mercantiles en la red al prestar bienes y servicios virtuales a los navegantes del ciberespacio y a otras empresas, los cuales como habíamos mencionado anteriormente, pueden ser bien particulares debido a que solo tienen cabida en los entornos electrónicos. En el siguiente acápite pasaremos a observar más detenidamente, cuales son esas actividades económicas de carácter comercial que realizan nuestros entes objeto de análisis.

¹³³ Ibid, pág. 39.

Lo que hasta ahora se ha generalizado en la economía creciente de Internet es una primera fase de rehacer procesos, lo que ha supuesto utilizar la máquina de Internet como mera herramienta de comercio electrónico (e-commerce), para la mayoría de las empresas, es decir, compra venta y prestación de servicios a través de la Red. Sin embargo, el siguiente paso que virtualizara a las empresas será recrear el negocio y redefinirlo, conceptos ambos que engloban la estrategia del “e-business” y que va más allá de la mera posesión de un sitio Web, hasta llegar a “integrar Internet en todos los procesos productivos de la empresa”¹³⁴.

4.4 LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PROPIAS DE LAS EMPRESAS VIRTUALES

Pasaremos a observar en las siguientes líneas, algunas de las diversas actividades mercantiles realizadas por las E.V., y que son muy características y propias en relación con los entornos virtuales, pues son actividades que por esencia existen casi exclusivamente en Internet, y en este ambiente electrónico es donde se desarrollan.

4.4.1 Servicio de Acceso a Internet. El servicio de acceso a Internet es una actividad que posibilita acceder a la información y aplicaciones disponibles en la red Internet, es decir, es el servicio que permite ingresar a todos y cada uno de los servidores¹³⁵ y las páginas Web que se hospedan en ellos. La prestación del servicio de Internet es una relación contractual entre un ISP¹³⁶ (Internet Service provider o Proveedor de Servicio de Internet) y sus respectivos usuarios o consumidores, por medio de un Contrato de adhesión, que se rige por las normas del derecho civil, comercial y del derecho de autor.

La prestación del servicio se realiza por medio de un contrato convencional, el cual no tiene mayores complicaciones; por lo general es un modelo estándar para todos los contratos, el cual contiene una descripción general del acceso deseado, la velocidad de la comunicación, el canal de comunicación digital¹³⁷ o analógico¹³⁸, línea arrendada o conmutada, acceso a un servidor de noticias, un buzón electrónico y el costo y el método de factura entre otros.

¹³⁴ D'AMBROSIO. “El Comercio a través de Internet”, <http://www.gestiopolis.com>.

¹³⁵ El ordenador en el que se ejecuta un programa que realiza alguna tarea en beneficio de otras aplicaciones llamadas clientes, tanto si se trata de un ordenador central (mainframe), un miniordenador, un ordenador personal, un PDA o un sistema integrado.

¹³⁶ Un proveedor de servicios de Internet (o ISP por la sigla inglesa de Internet Service Provider) es una empresa dedicada a conectar a Internet a los usuarios o las distintas redes que tengan, y dar el mantenimiento necesario para que el acceso funcione correctamente. También ofrecen servicios relacionados, como alojamiento Web o registro de dominios entre otros.

¹³⁷ Los circuitos digitales, basados en el procesamiento de niveles discretos de voltaje.

¹³⁸ El circuito electrónico que trabaja con valores continuos.

Como ya se advirtió este contrato es de los llamados contratos de adhesión, en el cual el usuario se adhiere a las condiciones y parámetros establecidos por el ISP.

Uno de los principales problemas de la conformación de las ISP en el mundo, teniendo en cuenta que muchos de ellos prestan sus servicios en diferentes países, es que no existe unificación a nivel mundial en cuanto a las exigencias para su constitución y prestación del servicio. Algunos países exigen una licencia como es el caso del Reino Unido; otros por el contrario solo exigen de una simple declaración ante la autoridad de telecomunicación sobre el inicio de sus actividades, como en el caso de Alemania y Bélgica; y otros por el contrario no exigen nada, como es el caso de E.U y Canadá. Este inconveniente para la prestación de cualquier servicio de este tipo, es ineludible debido a que como ya lo hemos enunciado anteriormente, Internet no tiene más límites que los impuestos por la propia tecnología, pero el Derecho está limitado a cada Estado.

4.4.2 Operación de Sistemas en Internet. Una compañía tradicional que establece un servidor en Internet, por lo general debido a su falta de experiencia en los medios electrónicos, suele contratar a otra empresa que haga las veces de operador que realice de manera permanente todas o alguna parte de las distintas operaciones cotidianas que se requieren en el uso del contenido del servidor por parte de usuarios del mismo. El operador puede ser contratado para administrar un número específico de áreas de mensajes (grupos de interés, listservs, áreas de charla, etc.), donde actuara como moderador y editor. El operador del sistema, de manera general está autorizado para tomar acciones disciplinarias contra usuarios que no observen las reglas básicas, o contra usuarios que violen la ley, las políticas de uso del servidor, o las reglas de comportamiento. Esto suele presentarse en aquellos sitios de Internet donde se permite que los usuarios de la página Web interactuen entre si con mensajes y poniendo a disposición del publico diferentes contenidos electrónicos, para lo cual se requiere un moderador del sistema.¹³⁹

Los servicios que prestará el operador del sistema en desarrollo de esta actividad, deben ser fijados en el contrato describiéndose el área de discusión o la base de mensajes que se van a administrar, la enumeración de las distintas obligaciones del operador del sistema tales como monitoreo y control de la información, aplicación de políticas del servidor, promoción del sitio Web, etc. Se coloca normalmente una cláusula que estipule que el servicio debe prestarse personalmente por el operador del sistema. Este contrato además suele enmarcarse como un contrato de prestación de servicios¹⁴⁰.

¹³⁹ HANCE Olivier. "Leyes y Negocios en Internet", Editorial McGraw-Hill, México, México D.F., 1.997, pág. 257.

¹⁴⁰ Ibid, pág. 257 y 258.

4.4.3 Desarrollo de Productos Multimedia en Línea. Constantemente con el desarrollo de nuevas tecnologías en Internet que permiten que los cibernautas sean capaces de transferir a altas velocidades grandes cantidades de datos, la demanda de productos multimedia¹⁴¹ interactivos es cada vez mayor en la red. Esta actividad consiste en una unión entre desarrolladores de software y empresas que posean servidores en línea, con el objetivo de producir y poner a la venta a través de Internet productos multimedia, es decir, aquellos productos electrónicos donde prima el vídeo y el audio, lo cual suele ser utilizado para aplicaciones de software destinada al entretenimiento o la educación¹⁴².

Esta actividad se realiza a través de un contrato donde debe especificarse la descripción de la naturaleza y características del producto interactivo a desarrollar; determinación del campo de explotación del producto; obligación del desarrollador de software de adquirir los derechos necesarios para la elaboración del producto, tales como derechos de imágenes, textos y sonidos; desarrollo del software requerido por el desarrollador y la obligación de la empresa que proporciona el servidor de brindar espacio en sus ordenadores conectados a la red para almacenar el software; participación de cada parte en cada fase de desarrollo y explotación comercial del producto, entre otros¹⁴³.

En este tipo de contrato las dos partes suelen estar en un marco de igualdad librándose el contenido del contrato a la libre discusión entre los contratistas, aunque la empresa que hace las veces de desarrollador del software suele estar favorecida, pues es quien define el contenido del producto en última instancia y el que controla los servicios ofrecidos por el servidor en línea.

4.4.4 Distribución De Productos en Línea. Existen diversas empresas tradicionales que paulatinamente desean establecer escaparates virtuales en Internet para poner a la venta y facilitar la comercialización de sus productos, sean estos de carácter tangible y corpóreo o de carácter intangible e incorpóreo. Para llevar a cabo éste fin, las empresas que no desarrollan sus actividades normalmente en el ciberespacio pueden solicitar este servicio a una empresa virtual que haga las veces de distribuidor en Internet, la cual quedara encargada de manejar todas o parte de las operaciones que se requieran para llevar los productos hasta el consumidor utilizando como medio el Internet. El papel de este distribuidor puede ser el de un simple corredor y puede así simplemente transmitirle ordenes al fabricante provenientes de los compradores, o puede incluso administrar los inventarios y mantener registros de los productos que se tengan en existencias y aquellos que sean comercializados. La empresa fabricante del producto debe solicitarle al distribuidor un conjunto de controles específicos y garantías que permitan que los

¹⁴¹ Multimedia es un sistema que utiliza más de un medio de comunicación al mismo tiempo en la presentación de la información, como el texto, la imagen, la animación, el vídeo y el sonido.

¹⁴² HANCE. "Leyes y Negocios en Internet". Op cit. pág. 278

¹⁴³ Ibid, pág. 278 y 279.

productos se distribuirán de manera segura tanto si tal distribución se realiza por los mismos medios electrónicos, siendo esto lo mas frecuente, o si requiere de medios físicos para que el bien llegue al consumidor¹⁴⁴.

Para la prestación de este servicio debe realizarse un contrato donde se enuncie la descripción del alcance de las actividades llevadas a cabo por el distribuidor (muestra de fotografías de los productos, procesamiento de ordenes, cumplimiento de ordenes y facturación); descripción del escaparate utilizado, incluyendo la marca registrada que aparecerá en los bienes; la descripción del producto a distribuir; las partes deben especificar si la comercialización del producto será exclusiva para el distribuidor; en el caso de productos intangibles se debe estipular la autorización para reproducir, distribuir y transmitir el bien en forma electrónica por Internet; además igualmente debe especificarse la autorización para que el distribuidor haga uso de la marca registrada del fabricante y otros derechos de propiedad intelectual que puedan ser utilizados en el catalogo virtual en línea donde se exhibirán los productos; y debe determinarse la forma como se harán los pedidos de los bienes ofrecidos¹⁴⁵.

En este tipo de actividades económicas, el distribuidor al venderle el producto a un usuario debe tener en cuenta que debe crear, actualizar y distribuir una lista de preguntas frecuentes concernientes a la empresa fabricante, sus productos, precios, condiciones y pagos, además de proporcionar soporte al cliente por medio de mecanismos electrónicos como el correo electrónico o una línea de soporte telefónico con el fin de brindar un servicio continuo¹⁴⁶.

4.4.5 Mantenimiento y Desarrollo de Páginas Web. Una empresa o cualquier otra persona que desee crear una pagina en la World Wide Web para tener presencia en Internet, puede contratar los servicios de empresas virtuales especializadas para diseñar y producir páginas para un sitio Web, las cuales cuentan con expertos programadores con conocimientos en los lenguajes de programación más usuales utilizados en el ciberespacio, tales como HTML¹⁴⁷ y PHP¹⁴⁸.

Las partes deben firmar un contrato de desarrollo y mantenimiento de página Web acordando un conjunto de especificaciones del sitio a crear basadas en un documento de carácter técnico incorporado en el contrato. Aquí es de gran importancia que los

¹⁴⁴ Ibid, pág. 284.

¹⁴⁵ HANCE. "Leyes y Negocios en Internet". Op Cit. pág. 284 y 285.

¹⁴⁶ Ibid, pág. 286.

¹⁴⁷ El HTML, acrónimo inglés de HyperText Markup Language (lenguaje de marcas hipertextuales), lenguaje de marcación diseñado para estructurar textos y presentarlos en forma de hipertexto, que es el formato estándar de las páginas Web.

¹⁴⁸ PHP es un acrónimo recursivo que significa "PHP Hypertext Pre-processor" (inicialmente PHP Tools, o, Personal Home Page Tools), y se trata de un lenguaje interpretado usado para la creación de aplicaciones para servidores, o creación de contenido dinámico para sitios Web.

contratantes definan el alcance de cualquier derecho de propiedad intelectual que se pueda adquirir como resultado de la producción del “Web site”. Así mismo, el software para la realización de tal labor puede ser proporcionada por cualquiera de las dos partes¹⁴⁹.

En el contrato deben definirse los elementos que deben desarrollarse tales como contenido y número de páginas, interfase gráfica, fotografías, animación, sonido, texto, logotipos, etc.; debe describirse detalladamente el software que se utilizara para el desarrollo del sitio Web, tales como módulos de solicitud, módulos para la generación automática de paginas adicionales o actualizaciones, módulos de generación de reportes de uso, etc.; pactar la asistencia de un proveedor de acceso a Internet; detallar la forma como se le proporcionara al desarrollador la información y elementos necesarios dentro de un plazo especificado para la realización de su labor; fijación de fechas limite para la presentación de una versión preliminar y una versión final del sitio con todo sus contenidos y que sea accesible por Internet¹⁵⁰.

4.4.6 Suministro de Información Electrónica. Desde hace ya varios años, se encuentran en expansión al interior de Internet las compañías que reúnen información o que producen publicaciones impresas; pero por lo general las empresas tradicionales buscan evitar los costos que están implicados en la creación y mantenimiento de bases de datos en línea accesibles desde Internet, y por lo tanto optan por ceder los derechos de explotación por Internet a empresas virtuales establecidas en la red, las cuales actúan solo como un distribuidor de la información, sin editarla, de manera que cualquier edición o cambio sufrido por la información queda limitado por el cambio de formato de los archivos a sus versiones electrónicas por razones técnicas¹⁵¹.

Aquí se debe celebrar un contrato donde se conceda al distribuidor una licencia universal para copiar, distribuir, transmitir y proporcionar acceso a las bases de datos o a las publicaciones por Internet u otras redes similares que contengan la información; enunciar los derechos del distribuidor para reformatear los datos o su obligación de preservarlos en su formato original; definir el alcance y contenido de la licencia que se le conceda a los usuarios respecto del uso que se les permita hacer de la información suministrada por intermedio del distribuidor; debe enunciarse una descripción de los servicios que el distribuidor debe ofrecer a los usuarios incluyendo soporte técnico; descripción del contenido del contrato que se celebraran entre el distribuidor y los usuarios al brindárseles la información; estipular la obligación del distribuidor de comercializar, anunciar y promover la base de datos, entre otros¹⁵².

¹⁴⁹ HANCE. “Leyes y Negocios en Internet”. Op cit. pág. 288.

¹⁵⁰ Ibid, pág. 288 y 289.

¹⁵¹ Ibid, pág. 259.

¹⁵² Ibid, pág. 259 y 260.

Igualmente, la empresa proveedora de la información debe garantizar que sus bases de datos o sus publicaciones no infringen derechos de propiedad intelectual o cualquier otro derecho de algún tercero de la relación jurídica, y que en general todo su contenido sea legal, lo cual le quita toda responsabilidad al distribuidor por el contenido de la información que le proporcione a los usuarios¹⁵³.

4.4.7 Publicidad en Línea. Las empresas tradicionales desean poder contactar la mayor cantidad de usuarios con el fin de promover sus distintos productos y así comercializarlos con mayor facilidad y en mayores cantidades. De igual manera, las empresas que ya tienen a la venta sus productos directamente por Internet desean encontrar diversas maneras nuevas y más eficientes de atraer compradores a sus páginas Web. Estas empresas sean o no virtuales para tal fin pueden contratar con una empresa virtual especializada en publicidad para crear, desarrollar y poner en práctica en los entornos virtuales de Internet una estrategia de publicidad para explotar completamente todos los medios que puedan llevar a cibernautas de todo el mundo a adquirir los bienes ofrecidos en la red¹⁵⁴.

Las partes en la relación jurídica, de manera necesaria deben tomar en consideración el problema de la falta de armonía de la regulación publicitaria en los países del mundo, teniendo en cuenta que la publicidad de los productos que se exhibirá en las páginas Web podrá ser observada en todo el mundo. Internet le permite a los anunciantes comunicarse a través de un mensaje transmitido a muchos países pero este también llega a multiplicar la cantidad de legislaciones que pueden llegar a aplicarse a un simple mensaje.¹⁵⁵

El contrato derivado de este negocio mercantil debe contener, entre otros aspectos, la investigación de competidores en Internet; la forma como se creará y se hará el despliegue de la campaña publicitaria en la World Wide Web; la localización y arrendamiento de un espacio publicitario apropiado o la creación de nuevos espacios para difundir el mensaje del anunciante; el desarrollo de conceptos interactivos con el fin de atraer a usuarios al sitio de la empresa anunciante en Internet. Igualmente, puede acordarse que la empresa publicitaria tenga la facultad de colocar los anuncios publicitarios en otros servidores Web de otras empresas aprobadas por la empresa anunciante, y el poder de contratar a diseñadores de páginas Web¹⁵⁶.

4.4.8 Web Hosting. Actualmente con el aumento de la cobertura de Internet en todo el mundo, cualquier persona natural o jurídica, sea o no comerciante o empresario puede poner a disposición de otras personas en todo el mundo una gran cantidad de todo tipo de información de toda clase con fines comerciales, o meramente personales; para lo cual puede optar por adquirir su propio servidor de Internet para mantener sus contenidos electrónicos disponibles de manera continua, o decidir acudir a lo que se denomina el

¹⁵³ Ibid, pág. 260.

¹⁵⁴ Ibid, pág. 269.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid, pág. 269 y 270.

servicio de “Web hosting” proporcionado por una de las tantas empresas virtuales que se dedican a ello.

El denominado “Web hosting” es una actividad en virtud de la cual una empresa proveedora de servicios de Internet aloja o alberga el Web site del cliente o cualquier tipo de contenido electrónico que desee, destinando un espacio en su servidor de Internet para ello, lo cual puede darse de manera onerosa exigiéndose una retribución económica o de forma gratuita. La empresa prestadora del servicio de hosting de esta manera alquila al cliente el hardware y el software de su propiedad para distintos servicios como alojar, gestionar, mantener y actualizar la página Web del cliente y sus diversos contenidos por un tiempo determinado¹⁵⁷.

Este tipo de servicio prestado por las empresas virtuales que se desempeñan en este ramo de la actividad económica virtual, celebran un contrato electrónico de “hosting” con sus usuarios por medio del cual se obligan a albergar en sus ordenadores de Internet una página Web o diversos contenidos electrónicos tanto para uso personal como para colocarlos a disposición de cualquier cibernauta que los requiera, se enuncia el tiempo por el cual durara este arrendamiento, la cantidad de espacio en disco duro¹⁵⁸ que estará a disposición del cliente para sus archivos electrónicos, el precio en caso de ser oneroso, las limitaciones en cuanto al tipo de contenidos que se pueden almacenar en el servidor, las causas que darán lugar a la terminación del contrato unilateralmente por parte de la empresa prestadora del servicio, y los distintos componentes o herramientas de software que se pondrán a disposición del cliente para que este administre su página Web y sus demás archivos electrónicos. Dependiendo si el usuario opta por el servicio gratuito u oneroso, podrá acceder a muchos más servicios complementarios y mayor espacio en el disco duro del servidor de la empresa prestadora del servicio de Web hosting. Igualmente se debe otorgar una dirección de Internet con un dominio o subdominio la cual será utilizada para acceder a la página Web del usuario y todos sus demás archivos electrónicos.

4.4.9 Servicio de E-Mail. En los inicios de las primeras redes de ordenadores que posteriormente darían lugar al nacimiento de Internet como lo conocemos hoy en día, las cuales tenían fines eminentemente militares y científicos, se produjo una desviación de sus finalidades al comenzar a ser utilizadas como un medio electrónico para comunicaciones de carácter personal entre los individuos privilegiados que tenían acceso a estas tecnologías por aquellas épocas de los años 70s; lo cual posteriormente pasaría a ser una de las actividades económicas mas explotadas por las empresas que se desarrollaron en los entornos virtuales, pues se le permitiría a cualquier tipo de individuo que tuviera acceso a

¹⁵⁷ <http://delitosinformaticos.com>

¹⁵⁸ Se llama disco duro o disco rígido (en inglés hard disk, abreviado con frecuencia *HD* o *HDD*) al dispositivo encargado de almacenar información de forma permanente en una [computadora](#).

Internet enviar mensajes a otras persona en cualquier parte del mundo en cuestión de segundos, creándose así un servicio que se asemeja al correo postal en el mundo real, pero que ahora era electrónico, rápido y eficiente a diferencia del correo convencional.

El servicio de correo electrónico, o en inglés denominado “e-mail”, es un servicio de red para permitir a los usuarios enviar y recibir mensajes de manera casi instantánea mediante sistemas de comunicación electrónicos. Por medio de estos mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos como gráficos, videos y sonidos. Su eficiencia, conveniencia y bajo costo están logrando que el correo electrónico desplace al correo convencional para muchos de los usos habituales que le suelen dar las personas¹⁵⁹.

Este servicio se presta por medio de la realización de un contrato por adhesión con un contenido estándar, como casi todos los contratos realizados por las empresas virtuales para este tipo de servicios, donde se fija la obligación de la empresa para proporcionar una dirección y una cuenta de “e-mail” al usuario, la capacidad de almacenaje de esta, la duración de la prestación del servicio, la obligación de la empresa de no acceder a los contenidos de la cuenta de correo del usuario, los distintos servicios adicionales que se puedan proporcionar tales como análisis antivirus de los archivos enviados y recibidos, aplicaciones de software gratuitas, servicios de mensajería instantánea, servicio de Web hosting, servicio de correo de noticias, etc.

Como ocurre con el servicio de Web hosting, las empresas virtuales le dan la posibilidad a los usuarios de elegir entre una opción gratuita (la cual es la que la mayoría de personas utilizan) y una opción onerosa en la cual se debe pagar una contraprestación económica por el servicio, lo cual trae consigo el acceso a mas y mejores servicios complementarios así como mayor capacidad de almacenamiento en la cuenta de correo electrónico del usuario. Al optar la mayoría de los cibernautas por las opciones de servicio gratuito, las empresas virtuales que se dedican a esta actividad, perciben la mayoría de sus ingresos por la gran cantidad de contratos publicitarios que celebran con otras empresas para promocionar sus productos en las páginas Web donde los usuarios acceden a sus mensajes de correo electrónico.

4.4.10 Servicio de DNS. Cuando hacíamos referencia en capítulos anteriores a los mecanismos tecnológicos por medio de los cuales una persona que deseara entrar al mundo del comercio en Internet, podría establecer un sitio Web en la red, decíamos que podía optar por utilizar sus propios ordenadores personales como servidores de Internet para almacenar su “Web site” y demás contenidos virtuales, para lo cual requiere de un novedoso servicio que le permitirá obtener un nombre de dominio sin tener que realizar

¹⁵⁹ <http://es.wikipedia.org>

todos los tramites que implicaría el registro de uno nuevo; lo cual permite que cualquier persona pueda tener la posibilidad de tener su propia página Web en su propia computadora y con un nombre de dominio que posibilitara que cualquier persona en el mundo acceda a ella.

Este servicio consiste en que una empresa virtual propietaria de un conjunto de nombres de dominio, los arrienda a todos sus usuarios asignándole a cada uno un subdominio¹⁶⁰. El usuario debe instalar una aplicación de software en el ordenador personal donde tenga almacenada su página Web, el cual permitirá establecer una conexión entre su computadora y los servidores de la empresa virtual, para que todas las conexiones que vayan dirigidas al subdominio que le fue arrendado al usuario sean redireccionadas hacia la dirección IP (concepto ya explicado en capítulos anteriores) del ordenador personal donde está la página de Internet del usuario.

Este servicio se presta por medio de un contrato electrónico en el cual se especifica la obligación principal de la empresa proveedora de brindar el servicio de DNS con las aplicaciones de software y el soporte técnico que se requiera para su funcionamiento, la duración del arrendamiento del nombre de dominio, y la terminación del contrato por la no utilización del servicio por parte del usuario durante cierto lapso de tiempo.

Este servicio suele darse de manera gratuita en una versión básica o de forma onerosa con diversos servicios complementarios e incluso con Web hosting incluido donde la empresa virtual brinda espacio en un servidor de Internet para una página Web con sus respectivos contenidos, y un nombre de dominio que sea propiedad del usuario.

¹⁶⁰ En Internet se utiliza el término subdominio para referirse a una dirección Web que trabaja como un anexo o sitio relacionado de un dominio principal (<http://es.wikipedia.org>).

5. EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO VIRTUAL

5.1 EL SITIO WEB

En el presente capítulo comenzaremos por dar una breve mención sobre el concepto características y clases de los denominados “sitios Web”, para luego adentrarnos más profundamente en su análisis como parte integrante del establecimiento de comercio de las empresas virtuales.

5.1.1 Concepto. La World Wide Web, la cual es la parte comercial de la cadena de redes que componen Internet hoy en día, esta albergada por millones de paginas Web o sitios de Internet que facilitan a todas aquellas personas que tienen la posibilidad de tener acceso a este medio de comunicación informático, participar en este mundo virtual colocando en su interior una notable diversidad de contenidos e informaciones de todo tipo para darlos a conocer a cualquier navegante del ciberespacio¹⁶¹.

Las páginas, sitios de Internet o “Web sites”, debido a su gran alcance y cobertura que pueden ostentar al ser visitados por cientos de personas de todas partes del mundo, son de alguna manera, tanto la forma de presentación de las empresas virtuales en Internet, sino también la herramienta tecnológica fundamental para la realización constante y continua de sus actividades económicas en el marco de un mercado de bienes y servicios en los entornos del mundo virtual¹⁶².

En otras palabras, el sitio Web de las E.V. constituye el pilar de su establecimiento de comercio (y por tanto la parte central del factor estático de la empresa), el cual al ser una herramienta electrónica intangible al interior del ciberespacio, le daremos el calificativo de establecimiento de comercio virtual, claro sin que nada de ello obste para afirmar que las empresas virtuales también hacen uso de los demás elementos que conforman un establecimiento de comercio en las empresas tradicionales.

Un sitio Web, o también llamado en inglés “Website”, es un conjunto de páginas Web y archivos electrónicos, típicamente comunes a un dominio de Internet o sub-dominio en la

¹⁶¹ PEÑA VALENZUELA. “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”, Op cit , pág 67.

¹⁶² Ibid.

World Wide Web en Internet, formadas por documentos HTML/XHTML¹⁶³ accesibles generalmente mediante el protocolo HTTP¹⁶⁴ de Internet, y que en su conjunto constituyen una gran red de información. A las páginas de un sitio Web se accede desde una URL¹⁶⁵ raíz común llamada portada, que comúnmente reside en el mismo servidor u ordenador de Internet donde se encuentra albergado todos sus contenidos. Las denominadas URLs organizan las páginas en una jerarquía de la mas general a la mas específica al interior del Website, aunque los llamados hiperenlaces¹⁶⁶ controlan cómo los cibernautas perciben la estructura general y cómo el tráfico Web fluye entre las diferentes partes de los sitios Web.¹⁶⁷

Igualmente debemos anotar que no debe confundirse el “sitio Web” con “la página Web”, pues esta última es sólo un archivo HTML¹⁶⁸ que forma parte de todo aquello que constituye un sitio Web. Al ingresar una dirección, siempre se está haciendo referencia a un sitio de Internet, que tiene una página HTML inicial, que es lo primero que se visualiza. La búsqueda en Internet se realiza asociando el DNS¹⁶⁹ ingresado con la dirección IP¹⁷⁰ del servidor que contenga el sitio Web en el cual está la página HTML buscada (conceptos ya explicados en el capítulo 2)¹⁷¹.

Una página de Internet o página Web es un documento electrónico que contiene información específica de un tema en particular y que es almacenado en algún sistema de cómputo que se encuentre conectado a Internet, de tal forma que este documento pueda ser consultado por cualquier persona que se conecte a esta red mundial de comunicaciones y que cuente con los permisos apropiados para hacerlo, siendo esta la unidad básica del World Wide Web. Una página Web tiene la característica particular de que el texto se

¹⁶³ XHTML, acrónimo inglés de eXtensible Hypertext Markup Language (lenguaje extensible de marcado de hipertexto), es el lenguaje de marcado pensado para sustituir a HTML como estándar para las páginas Web.

¹⁶⁴ El protocolo de transferencia de hipertexto (HTTP, HyperText Transfer Protocol) es el protocolo usado en cada transacción de la Web (WWW). El hipertexto es el contenido de las páginas Web, y el protocolo de transferencia es el sistema mediante el cual se envían las peticiones de acceso a una página y la respuesta con el contenido.

¹⁶⁵ URL significa Uniform Resource Locator, es decir, localizador uniforme de recurso. Es una secuencia de caracteres, de acuerdo a un formato estándar, que se usa para nombrar recursos, como documentos e imágenes en Internet, por su localización.

¹⁶⁶ Un hiperenlace (también llamado enlace, vínculo, hipervínculo o liga) es un elemento de un documento electrónico que hace referencia a otro recurso, otro documento o un punto específico del mismo o de otro documento.

¹⁶⁷ <http://es.wikipedia.org>

¹⁶⁸ El HTML, acrónimo en inglés de Hyper Text Markup Language (lenguaje de marcas hipertextuales), es un lenguaje de marcación diseñado para estructurar textos y presentarlos en forma de hipertexto, que es el formato estándar de las páginas Web.

¹⁶⁹ El Domain Name System (DNS) es una base de datos distribuida y jerárquica que almacena información asociada a nombres de dominio en redes como Internet.

¹⁷⁰ Una dirección IP es un número que identifica de manera lógica y jerárquica a una interfaz de un dispositivo (habitualmente una computadora) dentro de una red que utilice el protocolo IP (Internet Protocol).

¹⁷¹ <http://es.wikipedia.org>

combina con imágenes para hacer que el documento sea dinámico y permita que se puedan ejecutar diferentes acciones, una tras otra, a través de la selección de texto remarcado o de las imágenes, acción que conduce a los usuarios a otra sección dentro del documento, abrir otra página Web, iniciar un mensaje de correo electrónico o transportarse a otro Sitio Web totalmente distinto a través de sus hipervínculos¹⁷².

5.1.2 Características y Clases. Los sitios Web son lugares virtuales que están escritos en lenguaje de programación “HTML” (Hyper Text Markup Language), o dinámicamente convertidos a éste, a los cuales se accede usando un software llamado navegador Web (tales como Internet Explorer, Mozilla Firefox, Opera, etc.) también conocido, desde un punto de vista más técnico, como un cliente HTTP, ya que este es el protocolo¹⁷³ que utiliza dicho software. Los sitios Web pueden ser visualizados o accedidos desde un abanico de dispositivos con disponibilidad de Internet como computadoras personales, computadores portátiles, PDAs y teléfonos móviles¹⁷⁴.

El sitio Web y sus demás contenidos electrónicos que lo constituyen, están alojado a su vez, en un ordenador conocido como servidor Web, en el cual se encuentra una aplicación de software denominada servidor¹⁷⁵ HTTP (tales como Apache e Internet Information Services), el cual pone en disposición las páginas de un sitio Web en respuesta a peticiones de los usuarios desde cualquier parte del mundo, de manera que cuando cualquier cibernauta digite en su navegador de Internet la dirección Web del sitio, el servidor HTTP le envíe el contenido de la página Web para que pueda visualizarla en la pantalla de su computadora.

Existen diversas clases de sitios Web, cada uno especializado en un tipo particular de contenido o uso, y pueden llegar a ser arbitrariamente clasificados de muchas maneras. Algunas clasificaciones pueden ser las siguientes:

- Sitio archivo: Utilizado para preservar contenidos electrónicos valiosos amenazados con extinción debido a la constante desaparición de los sitios Web. El ejemplo más significativo de este tipo de sitios es el “Internet Archive”, el cual desde 1996 ha preservado millones de antiguas páginas Web que se fueron extinguiendo con el tiempo.

- Sitio blog: Usado para registrar lecturas online o para exponer diarios online; puede incluir igualmente foros de discusión.

¹⁷² <http://www.informaticamilenium.com.mx>

¹⁷³ Un protocolo es el conjunto de reglas que especifican el intercambio de datos u órdenes durante la comunicación entre las entidades que forman parte de una red.

¹⁷⁴ <http://es.wikipedia.org>

¹⁷⁵ Una aplicación informática o programa que realiza algunas tareas en beneficio de otras aplicaciones llamadas clientes.

- Sitio de empresa: Dedicado a la actividad de las empresas virtuales y a aquellas empresas tradicionales que desean tener presencia en Internet para promocionar sus productos y servicios; ejemplos claros de este tipo son microsoft.com y yahoo.com.
- Sitio de comercio electrónico: Utilizado para la compra-venta de bienes tangibles como aquellos electrónicos; el sitio más representativo de esta clase es Amazon.com.
- Sitio de comunidad virtual: un sitio donde las personas con intereses similares en ciertos temas se comunican con otros, normalmente por chat o foros; por ejemplo MySpace.com
- Sitio de Base de datos: un lugar donde el uso principal es la búsqueda y muestra de un contenido específico de una base de datos que recopila información sobre temas específicos como puede ser la Internet Movie Database.
- Sitio de desarrollo: Utilizado con el objetivo de proporcionar información y recursos relacionados con el desarrollo de software y diseño Web, entre otros temas.
- Sitio directorio: Un sitio que muestra contenidos variados que están divididos en categorías y subcategorías para exponer información y facilitar su ubicación en Internet, como el directorio de Yahoo!, el directorio de Google y el Open Directory Project.
- Sitio de descargas: Usado exclusivamente para almacenar y descargar contenido electrónico, como software, videos, música, juegos, etc.; un ejemplo claro de este tipo es softonic.com.
- Sitio de juego: Lugar virtual dedicado al encuentro de los videojugadores o “gamers” de todo el mundo donde pueden enfrentarse entre sí en diversos juegos de computadora.
- Sitio de información: Presenta contenido que pretende informar a los visitantes sobre temas específicos, y no necesariamente con propósitos comerciales. La mayoría de las instituciones gubernamentales, educacionales y sin ánimo de lucro tienen un sitio de este tipo.
- Sitio de noticias: Utilizado exclusivamente para mostrar noticias de todo el mundo y comentarios sobre ellas.
- Sitio pornográfico: Muestra imágenes y vídeos de contenido sexual explícito.
- Sitio buscador: Sitio virtual cuyo objetivo primordial es ayudar a los cibernautas a encontrar páginas Web que posean el contenido que buscan al interior de Internet.
- Sitio shock: Dedicado a mostrar imágenes u otro material que tiene la intención de ser ofensivo a la mayoría de visitantes.

- Sitio de subastas: Realiza subastas de artículos por Internet, como es el caso de eBay.com.
- Sitio personal: Mantenido por una persona o un pequeño grupo de ellas para poner a disposición del público o para uso personal contenidos electrónicos diversos.
- Sitio portal: un sitio Web que proporciona un punto de inicio, entrada o portal a otros recursos en Internet o una intranet.
- Sitio wiki: Un sitio donde los usuarios editan colaborativamente los contenidos para proporcionar mayor información sobre distintos temas de interés, de manera que el contenido del sitio sea proporcionado por los mismos cibernautas. Claro ejemplo de este tipo es wikipedia.org, la página Web que sirvió de fuente de la información que se presenta en el presente capítulo de este estudio.
- Sitio político: Un sitio Web donde la gente puede manifestar su visión y preferencias políticas.
- Sitio de Rating: Un lugar donde la gente puede calificar a las páginas Web por su contenido, estableciéndose, como su nombre lo indica, un rating entre todas las páginas clasificadas.
- Sitio de hosting: Web dedicado a arrendar espacio en disco duro en sus servidores de Internet para el almacenamiento de contenidos electrónicos.

Aunque todas estas clasificaciones de los sitios Web se vean bastante diversas y diferenciadas unas de las otras, las empresas virtuales están inmiscuidas y relacionadas en todas y cada una de ellas pues son estos entes los que prestan toda esta diversidad de servicios que se pueden encontrar en esta gran gama de “Websites”.

A su vez, las páginas Web que constituyen gran parte del contenido de los sitios Web, tienen diversos elementos que las constituyen tales como textos, imágenes, audio, vídeo, secuencias animadas en Adobe Flash¹⁷⁶ o Adobe Shockwave¹⁷⁷, gráficas vectoriales (SVG¹⁷⁸ - Scalable Vector Graphics), hipervínculos, vínculos y marcadores¹⁷⁹; e igualmente las páginas Web.

¹⁷⁶ Software que utiliza gráficos vectoriales e imágenes ráster, sonido, código de programa, flujo de vídeo y audio bidireccional en las páginas Web.

¹⁷⁷ Es una aplicación para navegadores Web que permite la reproducción de contenidos interactivos.

¹⁷⁸ Scalable Vector Graphics (SVG) es un lenguaje para describir gráficos vectoriales bidimensionales, tanto estáticos como animados.

¹⁷⁹ Suele llamarse marcadores, conocidos también en inglés como bookmarks, a aquellos enlaces a páginas Web que hemos almacenado en nuestro navegador para su posterior visualización.

También pueden traer contenido que es interpretado de forma diferente dependiendo del navegador Web y generalmente no es mostrado al usuario, estos elementos son los scripts¹⁸⁰, meta tags¹⁸¹, y hojas de estilo¹⁸² (CSS - Cascading Style Sheets).

En el momento en que las páginas Web son almacenadas en un directorio común de un servidor Web, se convierten en un “Website”. El Website generalmente contiene un grupo de páginas Web que están ligadas entre sí. La página más importante y principal que se almacena en el servidor es la página de índice (llamada index) que será la que observen y presentara el contenido del sitio a los usuarios al momento que estos accedan al Website y así puedan navegar entre todos los servicios que proporcione.

Ya que observamos los conceptos y características de los sitios Web desde un punto de vista técnico para entender lo que son, como son y cual es su naturaleza, en los siguientes acápite de este capítulo los analizaremos como la parte integrante y constitutiva de lo que hemos denominado el establecimiento de comercio virtual y como la base del factor estático de las E.V.

5.2 EL SITIO WEB Y EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Como lo mencionamos en capítulos anteriores, de acuerdo con el artículo 25 de nuestro Código de Comercio, estamos ante una empresa, siempre que se presenten tres elementos fundamentales que constituyen los pilares de dicha figura. El tercero de ellos que lo denominábamos “factor estático” corresponde a aquel conjunto de bienes tangibles o corporales, e intangibles o inmateriales, y la fuerza de trabajo, que organiza el sujeto denominado empresario para el desarrollo del objeto y la consecución de los fines económicos que se trazaron con la creación del ente empresarial. Este conjunto de bienes, como veíamos antes, no se forma por el simple inventario físico, sino por una unidad de explotación económica, en virtud de la organización y configuración de todos los elementos para su uso coordinado en el engranaje que constituye la empresa, y que el Código de Comercio en el artículo 515, denomina Establecimiento de Comercio.

De la anterior descripción, podemos observar el papel que juega el sitio Web de las E.V. dentro de la configuración de la empresa, es decir, como parte integrante del tercer elemento sobre el cual descansa la base de nuestro ente objeto de estudio, es decir, como parte de ese conjunto de bienes que se dispusieron por el empresario para la realización de una actividad económica organizada; y el cual constituye el elemento característico de las

¹⁸⁰ En informática, un script es un guión o conjunto de instrucciones que permite la automatización de tareas creando pequeñas utilidades.

¹⁸¹ Los Meta-Tags son líneas de código HTML que se incorporan en la página principal de la Web. En estas líneas le indican a los buscadores que le indexan por que términos debe ser encontrada la página.

¹⁸² CSS hace referencia al lenguaje de hojas de estilo en cascada (Cascading Style Sheets) utilizadas para definir la presentación de un documento HTML o XML.

empresas virtuales sobre las tradicionales, en tanto que este formara lo que se denomina el establecimiento de comercio que denominaremos “virtual” sobre el cual se servirá de base para realizar una actividad comercial en el marco de la distribución de bienes o prestación de servicios en el ciberespacio, observándose así, que las E.V. fundamentan el tercer pilar de su constitución (el factor estático) principalmente sobre bienes intangibles e inmateriales.

Según el tratadista Velásquez Restrepo, "puede darse el caso de que un empresario posea un establecimiento de comercio que no tenga asiento físico en un lugar determinado, tal sería el caso del vendedor ambulante, o el corredor de seguros o el vendedor profesional de propiedad raíz quienes no precisan de un local comercial como elemento material indispensable para desarrollar sus actividades, de lo que se deduce que el local comercial no es imprescindible para que pueda existir la explotación efectiva de un establecimiento de comercio, ya que este lo conforman un conjunto de bienes materiales e inmateriales y de los que puede o no hacer parte, un determinado local comercial"¹⁸³. De esta manera es completamente aceptable que exista un establecimiento de comercio que no tenga entre sus bienes componentes un inmueble en el que se lleve a cabo la explotación económica de la empresa.

Al observar en el caso de las empresas virtuales, un establecimiento de comercio constituido por un sitio Web, debe observarse si este sería un establecimiento sin asiento físico, es decir, sin un local comercial, o si tiene dicho asiento. Ante esta circunstancia hay que observar que el asiento (domicilio), nació de la necesidad de ubicar en un espacio físico a un determinado sujeto de derecho, con el fin de dilucidar el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones en un contexto espacial, sin embargo, ante un sitio Web que es inmaterial y solo puede accederse a él a través de una red de cobertura mundial como Internet, este elemento requiere ser analizado desde la perspectiva de las características propias de los sitios Web. Según Velásquez Restrepo, la expresión local comercial no hace referencia a las cualidades intrínsecas del inmueble, sino que esta expresión debe entenderse como un bien en el que se está ejercitando la explotación de un establecimiento de comercio; de tal manera el establecimiento de comercio virtual puede fundarse en elementos incorporeales sin que esto afecte su naturaleza¹⁸⁴.

Como vimos en un capítulo anterior del presente estudio, la forma de ubicar un sitio Web es su dirección IP, la cual brindara los datos necesarios para determinar la ubicación espacial del servidor que contiene el conjunto de páginas y demás contenidos virtuales que conforman el sitio Web; entonces, puede llegar a decirse que el asiento físico, es decir,

¹⁸³ GODOY GUTIERREZ Alvaro, “Naturaleza Jurídica de los Web Sites Comerciales en el Ambito Colombiano”, Alfa-Redi N° 026, Septiembre de 2.000, Revista de Derecho Informático, en <http://www.alfa-redi.org>

¹⁸⁴ Ibid.

donde se encuentra el local comercial de las empresas virtuales es donde se encuentra el servidor Web que alberga las páginas, lo cual igualmente puede llegar a traer diversas disyuntivas propias de la naturaleza misma de Internet, al darse la posibilidad que un empresario o cualquier comerciante virtual pueda tener su sitio Web en una jurisdicción distinta a aquella en la cual realiza sus negocios mercantiles.

Como conclusión de éste breve análisis sobre este punto, diríamos que el domicilio cumple la función de ubicar al establecimiento de comercio, por que es normalmente este sitio donde se encuentra el propietario o aquel sujeto responsable de la actividad comercial; de lo dicho igualmente se deduce que se debe considerar como domicilio el de la persona natural o jurídica propietaria del sitio Web, para efectos de determinar la jurisdicción aplicable a todos los actos jurídicos que se realicen a través del sitio Web que hará las veces de local comercial “virtual”, y también la dirección IP, debe ser tenida en cuenta para todos los efectos en que sea el sitio Web el objeto de alguna medida jurídica, y en general para determinar su ubicación en la Red de Redes¹⁸⁵.

Normalmente los sitios Web están formados por los siguientes elementos:

La información incluida en el Website, la cual constituye el mensaje que quiere transmitir el empresario virtual o el comerciante al consumidor, por medio de este medio de comunicación virtual, la cual puede tener diversas presentaciones a los ojos de los usuarios o consumidores tales como textos, vídeo, imágenes, animaciones, sonidos, etc.. El Diseño Gráfico de la página Web el cual, puede ser protegido por el derecho de autor e incluso por la propiedad industrial. Los elementos estéticos que conforman una página Web son las texturas y colores de fondo (también llamados backgrounds), los botones de navegación, flechas y demás indicadores, los iconos estáticos y animados, las fotografías, los dibujos y gráficos, que conformaran un conjunto de elementos homogéneo que conforma la página Web. El código fuente el cual es un conjunto de líneas que conforman un bloque de texto, escrito según las reglas sintácticas de algún lenguaje de programación destinado a ser legible por humanos pero que debe ser convertido al lenguaje de las maquinas para formar un programa, pues estos en su forma original, tal y como fueron escritos por el programador, no es ejecutable directamente por el computador, debe convertirse en lenguaje de maquina mediante compiladores, ensambladores o intérpretes; el código fuente está escrito en un lenguaje de alto nivel comprensible por el ser humano pero no por el ordenador, mientras que el código objeto está expresado en un lenguaje que puede ser comprendido por el ordenador pero no por el ser humano, ya que es el resultado de la compilación del código objeto.¹⁸⁶ En Internet los sitios Web se hallan escritos en el lenguaje HTML, al cual ya habíamos hecho referencia, que constituye el sistema universal utilizado por los diseñadores, y que es interpretado por los navegadores de Internet (Internet

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ <http://es.wikipedia.org>

Explorer, Mozilla Firefox, etc.). Y el nombre de dominio que es aquel que se le asigna a las direcciones IP de los sitios Web, que sirve como medio para su localización en Internet¹⁸⁷.

Como pudimos observar con anterioridad, el utilizar un local comercial tradicional, no es imprescindible para la existencia y funcionamiento de un establecimiento de comercio, en el caso de las empresas virtuales o de cualquier actividad mercantil a través de la red de redes, sin embargo, para realizar una actividad económica a través de Internet es necesario el uso de un sitio de carácter comercial el cual tiene un carácter intangible, inmaterial, en nuestra figura objeto de estudio, que se desprende de todos esos elementos virtuales que acabamos de mencionar. Este conjunto de bienes primordialmente inmateriales, mantiene una estrecha relación con la dirección IP por medio del cual hace presencia en la red, y además está identificada por un nombre de dominio que hace que pueda ser ubicada y recordada por sus usuarios, y en general, el bien que se encarga de explotar económicamente al establecimiento de comercio, por lo cual el sitio Web puede ser considerado un subconjunto de bienes del establecimiento de comercio de carácter inmaterial, intangible o virtual, como se le quiera llamar¹⁸⁸.

5.3 LA PROTECCIÓN DE LOS SITIOS WEB

Según la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia “En términos elementales, una pagina Web puede ser considerada como una unidad de información, o mejor, una unidad de almacenamiento de contenidos dentro de la World Wide Web. Estos contenidos pueden consistir en textos, ilustraciones, fotografías, secuencias de sonido, secuencias de vídeo, etc. Un sitio de Internet consiste en una o varias páginas de información unidas en un paquete único. Los sitios Web pueden estar organizados de manera muy simple, en una jerarquía que va desde la información general a la específica, o pueden ser complejos, con páginas que parecen estar unidas al azar con otras páginas en el sitio”.¹⁸⁹

Según el organismo mencionado los sitios de Internet, pueden ser protegidos desde la perspectiva de los derechos de autor al analizar dos elementos para ello, es decir, observar si en este tipo de sitios virtuales alojados en el ciberespacio concurren dos situaciones, por un lado si puede un sitio Web constituir una expresión original de la creatividad intelectual del hombre, y por otro lado si esta es susceptible de ser divulgada o reproducida por medio alguno¹⁹⁰.

¹⁸⁷ GODOY GUTIERREZ “Naturaleza Jurídica de los Web Sites Comerciales en el Ambito Colombiano”, Op Cit.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, Oficio N° 4187 de 29 de Junio de 2.000.

¹⁹⁰ Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, Oficio N° 4197 de 29 de Junio de 2.000.

Con respecto al primer aspecto, el diseño propio de un sitio Web, el cual es percibido por los cibernautas que constituyen los usuarios del sitio, representa un elemento de tipo visual que equivale a una presentación gráfica de una publicación de soporte físico, en la cual claramente se expresa la creatividad de tipo artístico y original de su diseñador, que busca así mismo, crear en los usuarios una sensación estética; lo cual no desaparece por el hecho de que su elaboración y diseño por parte de su creador se haya basado en herramientas de tipo informático prediseñadas o que esta se encuentre plasmada en medios electrónicos. A su vez esta obra visual del creador del sitio Web se expresa mediante la selección y disposición de diferentes contenidos tales como textos, ilustraciones, fotografías, sonidos, videos que están incorporados en la página de Internet. Igualmente al involucrar el sitio Web una propuesta de interactividad con los visitantes o usuarios con respecto al contenido de la misma, hace que la concurrencia de estas tres características permitan dilucidar, en primer lugar que estos sitios virtuales en el ciberespacio constituyen una expresión original de la creatividad que debe ser protegida¹⁹¹.

En cuanto al segundo aspecto, relativo a la existencia de la posibilidad de divulgación o reproducción, es fehaciente que un sitio de Internet y todos sus contenidos son claramente susceptibles de ser divulgados, entendiendo por divulgación la comunicación que se le brinda al público en general, ya que por naturaleza, Internet constituye un conjunto de redes que sirve como medio de comunicación para la disposición de información electrónica digitalizada para los cibernautas. Así, se puede decir que los sitios Web y sus contenidos si pueden ser reproducidos y divulgados¹⁹².

Según lo anterior, podemos observar que los sitios de Internet son susceptibles de ser protegidos por los derechos de autor en nuestro país, aunque esta protección se ve en cierta medida inocua debido a la propia naturaleza del medio donde se encuentran los sitios Web, pues Internet al no tener fronteras permitirá que cualquier individuo en cualquier parte del mundo con buenas o malas intenciones pueda acceder y hacer uso indebido de los contenidos de los sitios virtuales que alberga Internet, pues nuevamente aquí surge el mayor inconveniente para la regulación y protección de toda actividad llevada a cabo en el ciberespacio, la cual está plasmada por los límites del Derecho, límites que no tiene Internet.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid.

5.4 EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO VIRTUAL, SUS ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS

En el presente acápite daremos una visión del concepto de establecimiento de comercio y las operaciones comerciales relacionadas con su estructura desde la perspectiva de las empresas virtuales y sus actividades económicas a través de los sitios Web, pues como ya pudimos ver anteriormente, la parte del establecimiento de comercio que denominamos “virtual”, está conformada por aquellos elementos inmateriales que estructuran y que con su engranaje adecuado forman los sitios Web.

Los sitios de Internet fueron usados inicialmente para realizar publicidad de las distintas actividades mercantiles desarrolladas por las empresas (lo cual se sigue haciendo en gran medida hoy en día), para así llevar a los cibernautas de la red las características de sus productos y servicios; pero con el desarrollo del comercio electrónico, comercio virtual, o como se le quiera llamar, los sitios de Internet se transformaron en copias virtuales de las tiendas, o centros comerciales que utilizan los comerciantes y empresarios para vender bienes y servicios a los consumidores, con la ventaja de que esto representaba lograr llevar y ofrecerlos a un mayor numero de personas por la cobertura mundial que ofrece Internet.

Como ya lo hemos reiterado constantemente, el artículo 315 de nuestro Estatuto Mercantil establece que se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa, donde una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales. La definición es completamente compatible y aplicable a los sitios de Internet dispuestos y organizados por un empresario en el entorno virtual para llevar a cabo operaciones de comercio electrónico, debido a su generalidad. Observaremos de esta manera los distintos elementos del establecimiento de comercio en nuestra legislación aplicándolos al caso concreto que nos atañe.

5.4.1 Elementos. *La enseña o nombre comercial:* Existen diversas polémicas sobre la propia naturaleza de los denominados nombres de dominio, ya que hay quienes piensan que deben analogarse a lo que sería la dirección física de una persona natural o jurídica, lo cual era valido en un principio donde la única función de éste elemento era ubicar un sitio Web en el conjunto de redes que conforman Internet; pero al aparecer en escena dentro del mundo virtual las empresas y la actividad económica mercantil en general, los nombres de dominio pasan a desarrollar además una función de carácter distintivo en el mundo de la economía de Internet facilitando a los cibernautas localizar los bienes y servicios que desean para satisfacer sus necesidades¹⁹³.

¹⁹³ PEÑA VALENZUELA. “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”. Op Cit pág. 71.

Según la definición del Código de Comercio para lo que denominamos enseña, es decir, que es el signo que identifica a un determinado establecimiento de comercio, se puede llegar a decir que el nombre de dominio cumple la función de una enseña en el mundo virtual para así poder llegar a distinguir los diversos sitios de Internet y que su uso en Internet sería constitutivo de ese derecho, ya que este se adquiere con el uso y no requiere registros para ostentar su propiedad. Este mismo raciocinio se podría aplicar al denominado nombre comercial con la distinción que de acuerdo con las normas mercantiles, el nombre comercial es el signo que identifica al comerciante.¹⁹⁴ Por tanto podemos observar que con el advenimiento y desarrollo de las actividades comerciales en Internet, se crea una nueva faceta del nombre de dominio, donde entra a formar una figura sui-generis en el mundo de la propiedad industrial, pues los consumidores del ciberespacio cada vez más tienden a relacionar a las diversas empresas virtuales del amplio mundo de Internet con determinados nombres de dominio, lo cual remarca la altísima importancia que éste adquiere como signo distintivo, e incluso ha llevado a la creación de todo un mercado alrededor de éste tipo de activos intangibles, por los altos ingresos que producen para aquellos empresarios que los poseen y comercializan con ellos¹⁹⁵.

Las marcas de productos y servicios: Los establecimientos de comercio virtuales de las E.V. utilizan, como es bastante obvio, una serie de signos distintivos para los diferentes bienes y servicios que se comercializan de forma electrónica, los cuales en el inmenso y hostil mundo económico de hoy en día tienen una importancia de altísimo nivel, donde se llega a pensar que la propiedad intelectual es más importante que la propiedad común, a lo cual la economía de Internet no podía ser ajena, pues cada día es más ostensible la importancia de las marcas en su función identificadora por excelencia de los bienes y servicios de los empresarios y comerciantes. La realidad demuestra que las marcas son fundamentalmente esenciales para el mundo del comercio en Internet como lo son en el comercio tradicional, y que en un medio tan competitivo como éste los signos distintivos son básicos para una estructura empresarial.

Como puede resultar obvio, no existen criterios ni normas uniformes para determinar la manera como deben utilizarse las marcas al interior de Internet, teniendo en cuenta la disyuntiva que se presenta ante el carácter territorial de las mismas enfrentado a la naturaleza global sin fronteras propia de Internet, ante lo cual existe una gran dificultad en el objetivo de regular ésta materia para evitar que se presenten conflictos sobre los derechos que tienen los empresarios sobre las marcas¹⁹⁶. El hecho que existan establecimientos de comercio virtuales en donde se comercialicen productos y servicios bajo marcas no registradas en Colombia, produce para el empresario un alto riesgo de que se cometan infracciones locales a dichas marcas y para el consumidor cibernauta la posibilidad de una

¹⁹⁴ Ibid, págs. 71 y 72.

¹⁹⁵ LOPEZ CASTAÑEDA, Ximena. “De los Signos Distintivos y los Nombres de Dominio en Internet”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2.001, pág. 69.

¹⁹⁶ Ibid, pág. 51.

confusión sobre el origen de producción de los bienes y servicios al momento de adquirirlos.¹⁹⁷ Igualmente si un empresario es titular de una marca registrada en Colombia, la cual utiliza en Internet, podría ésta en dado momento, ser usada por empresas virtuales de países de otras regiones del mundo en sus productos o servicios prestados en sus páginas de Internet, sin que se puedan tomar acciones legales; de ésta manera la protección que puede brindar el Derecho se muestra desbordada por el alcance mundial que se presenta al interior del mundo económico de Internet.

Las Invenciones o creaciones industriales o artísticas: Las invenciones se refieren a un objeto, técnica o proceso el cual posee un conjunto de características novedosas, las cuales pueden estar basadas en alguna idea, colaboración o innovación previa, y cuyo proceso de elaboración requiere por lo menos el conocimiento de un concepto o conjunto de métodos científicos existentes, y siendo su principal función la implementación de soluciones a problemas de carácter técnico, y que por supuesto representara algo muy útil en su aplicación a las actividades realizadas por los seres humanos¹⁹⁸. En este aspecto de la propiedad industrial, es completamente posible que un empresario, comerciante o cualquier persona que lleve a cabo una actividad económica en la red puede llegar a adquirir derechos exclusivos de patentes, según los requisitos legales, sobre las invenciones; pues existen, por ejemplo, mecanismos electrónicos de ventas electrónicas que han sido susceptibles de ser objeto de este tipo de derechos que estarían en cabeza de la persona natural o jurídica propietaria del sitio Web.

Las creaciones intelectuales hacen referencia a todos aquellos productos que son fruto de los procesos mentales del ingenio y la imaginación de los seres humanos, que se manifiestan en un conjunto de expresiones literarias, musicales y artísticas, englobados por la protección de los derechos de autor¹⁹⁹. En cuanto a las creaciones propias del intelecto, entre el Internet y los derechos de autor existe una marcada relación basada en la gran importancia que llega a tener para los distintos agentes económicos que actúan en la economía virtual los contenidos electrónicos, es decir, las obras artísticas, literarias o musicales que se presentan en un sitio Web para sus diversos fines como entretener, transmitir conocimientos o informar a los navegantes del ciberespacio. Estos contenidos virtuales de los sitios de Internet se encuentran como obras sujetas por el sistema de derechos de autor y le son aplicables sus normas para la protección y negociabilidad de sus derechos²⁰⁰.

Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración: Las mercancías se definen simplemente como todo aquello que se puede vender o comprar y que es cuantificable en

¹⁹⁷ PEÑA VALENZUELA. “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico” Op cit pág. 72.

¹⁹⁸ <http://es.wikipedia.org>.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ PEÑA VALENZUELA. “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”. Op cit págs. 72 y 73.

términos económicos²⁰¹. Las empresas virtuales que tienen sitios Web destinados para el comercio electrónico, en especial para la distribución de bienes corporales, poseen normalmente inventarios físicos de mercancías para ser despachados hacia sus destinatarios en el proceso de contratación electrónica en línea que se lleva a cabo en sus páginas Web, de tal manera que al realizarse una compra-venta de alguno de sus productos y en cuanto se reciba la aceptación electrónica sobre la transacción llevada a cabo en línea, se envían tales mercancías objeto del negocio a los consumidores que las adquirieron, en desarrollo de la economía virtual de bienes de carácter tangible. Estos productos son enviados frecuentemente por los sistemas de correo nacional o internacional con el objetivo de ser entregados a los clientes de las empresas virtuales.

Igualmente podemos decir que ante las actividades de comercio electrónico sobre bienes incorpóreos, que solo existen en los medios virtuales, se puede considerar que los archivos electrónicos que contienen software, juegos, textos, música, los cuales son comercializados en desarrollo de la economía virtual de bienes intangibles en Internet, pueden ser considerados también como "inventarios de mercancías".²⁰² Este tipo de bienes no se llevan hasta los consumidores por medio de sistemas de correo, como resulta obvio, sino a través de las mismas autopistas de información que componen el gran conjunto de redes que conforman Internet, las cuales permiten que en cuestión de minutos los bienes electrónicos lleguen a las computadoras de los cibernautas.

Los créditos: En el desarrollo del comercio virtual que realizan las empresas virtuales, las transacciones comerciales en línea a través de la red suelen llevarse a cabo por medio de sistemas de pago electrónico que realizan la transferencia de dinero entre los consumidores del ciberespacio y las empresas virtuales, al formalizar un proceso de contratación en línea, lo cual puede implicar un pago instantáneo que se consume en un solo instante de tiempo, o por el contrario, también pueden quedar saldos por pagar en su realización si se lleva a cabo el pago en línea con cuotas diferidas a través de tarjeta de crédito o moneda electrónica²⁰³.

El mobiliario y las instalaciones: Las empresas tradicionales en el ámbito de su labor económica organizada, llevan a cabo sus actividades mercantiles con ayuda de un conjunto de bienes inmuebles en los cuales se realizan diversas actividades todas encaminadas a los fines empresariales, tales como las fabricas, las oficinas, los locales comerciales, entre otros, así como una serie de bienes muebles destinados igualmente a facilitar las labores de todos los sujetos que participan en la actividad de la empresa, como la maquinaria y los vehículos; elementos que pueden llegar a estar igualmente presentes en las empresas que realizan su actividad comercial en Internet, pero que su uso se atenúa o incluso desaparece a medida que aumenta el grado de virtualización de los entes empresariales, llegando hasta

²⁰¹ <http://es.wikipedia.org>.

²⁰² Ibid, pág. 73 y 74.

²⁰³ Ibid, pág. 74.

los límites en que las empresas cien por ciento virtuales prescindan casi por completo de ellos.

Como se puede desprender de la naturaleza de las actividades económicas realizadas en los entornos virtuales, estos elementos dentro de las empresas virtuales corresponderían al servidor de Internet donde se encuentra alojado el sitio Web con todos sus contenidos electrónicos, el cual es su principal instrumento en el desarrollo de su actividad empresarial; las bodegas para alojamiento de mercancías, en el caso que se dedique a comercializar bienes corporales; centros de desarrollo y creación de software y nuevas tecnologías para ser utilizadas en Internet; así como las instalaciones inmobiliarias que sirvan como sede o domicilio del ente empresarial donde desarrolla actividades de tipo administrativo entre otras.

Los contratos de arrendamiento: Como ya pudimos observar en capítulos anteriores, el empresario virtual puede colocar su sitio Web virtual para la comercialización de sus bienes y servicios en un servidor de Internet de su propiedad, u optar por un arrendamiento de un espacio en un servidor de otra empresa virtual que proporcione este servicio para el establecimiento del sitio Web en línea, lo cual constituye un contrato de arrendamiento que en el mundo de la economía virtual se le denomina contrato de hosting.

Así mismo, el empresario virtual si lo considera necesario, puede acudir a realizar contratos de arrendamiento de oficinas, bodegas, locales comerciales, equipos computacionales, entre otros, si lo considera necesario para asegurar la efectiva y cabal realización de la actividad económica de la empresa.

El derecho a impedir la desviación de la clientela y la protección de la fama comercial: Cualquier empresario o comerciante que esté participando de la economía virtual tiene en su haber todos los derechos y está comprometido con todas las obligaciones de actuar lealmente en el comercio, tanto en los ámbitos virtuales como en los tradicionales, en cuanto atañe a que sus actuaciones en el marco de la competencia sean acordes a la buena fe comercial, y por lo tanto absteniéndose de realizar cualquier conducta que pueda constituir un acto de competencia desleal. Igualmente, si el empresario cree estar siendo perjudicado o sus derechos vulnerados por una práctica de éste tipo, puede actuar ante las autoridades pertinentes, que en nuestro país son la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), los Jueces civiles, y los Jueces especializados del comercio.

Uno de los aspectos que puede llevar a prácticas de competencia desleal, como la desviación de la clientela y el aprovechamiento de la fama comercial, está dado por la forma como los consumidores del ciberespacio buscan al interior de Internet los productos y servicios que requieren para satisfacer sus necesidades. Este mecanismo tecnológico tan usado en Internet es el constituido por los motores de búsqueda, cuya función básica es

sugerir un inmenso conjunto de sitios Web donde el usuario podrá encontrar el bien o servicio que requiere, sistema que funciona en base a dos elementos, los “keywords” o palabras clave que el cibernauta ingresa para realizar la búsqueda, y los “metatags”, un conjunto de etiquetas o rótulos constituidos por palabras, que se incorporan en los encabezados de las páginas Web con el fin de incluir información de referencia sobre el sitio de Internet, para que en base a ella los motores de búsqueda presenten los resultados a los usuarios. Así, si el propietario de un sitio de Internet altera los metatags de su página Web utilizando palabras que constituyan información falsa, errónea o marcas de otros empresarios, puede hacer que su sitio Web aparezca mejor posicionado en los motores de búsqueda y atraer un mayor número de usuarios que potencialmente pueden llegar a adquirir los bienes y servicios que ofrece; lo cual a su vez constituye una práctica de competencia desleal propia de los ámbitos de la economía virtual.

Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento: Como resulta obvio, surgirán para la persona titular de la empresa un conjunto de derechos y obligaciones, producto de las distintas transacciones que realice en el marco del desarrollo de su actividad económica organizada al interior de Internet. Estas relaciones jurídicas podrán nacer de contratos de venta o distribución de diversos productos corporales o intangibles, prestaciones de servicios en los entornos electrónicos, y contratos publicitarios, entre otros, los cuales ya observamos en el capítulo anterior.

5.4.2 Legislación Aplicable. Las anteriores anotaciones nos dejan observar que un sitio Web, especialmente si es utilizado por un empresario o comerciante para realizar transacciones de carácter mercantil, tiene todos los elementos y características de un establecimiento de comercio comprendidos en nuestra legislación.

Luego de aclarar este punto, pueden nacer diversidad de cuestiones, siendo una de las más significativas, determinar en qué casos se trata de un establecimiento comercial que opera como tal bajo la legislación de nuestro país o si se trata de almacenes virtuales que han sido establecidos fuera de Colombia y, por tanto, sin que pueda aplicárseles la ley comercial colombiana; lo cual no resulta nada claro y puede conllevar un sin fin de nuevas interrogantes e inconvenientes debido a uno de los aspectos que hemos reiterado en varias ocasiones a lo largo de este estudio, en cuanto a la limitación territorial del Derecho, limitación que Internet y por tanto las transacciones mercantiles en su interior no tienen²⁰⁴.

De tal manera existen infinidad de sitios Web alojados en un servidor de Internet fuera de territorio colombiano que llevan a cabo actividades comerciales de manera continua, repetida, constante y en masa con ciudadanos colombianos que compran sus bienes y adquieren servicios en línea. Un empresario virtual extranjero realiza incontables

²⁰⁴ Ibid, pág. 75.

transacciones con ciudadanos en Colombia ya sea sobre bienes o servicios intangibles de carácter electrónico, o sobre productos tangibles los cuales envía al país siendo para este efecto importada y entregada al consumidor final que los adquirió realizando un contrato en el sitio Web de la empresa virtual²⁰⁵.

Si observamos el concepto de nuestro Código de Comercio sobre la realización de negocios de manera permanente en Colombia, podemos ver cómo los empresarios virtuales de otros países estarían incluidos dentro de dicha definición a pesar de no tener un establecimiento físico en Colombia y tendrían, por tanto, la obligación de establecer una sucursal en nuestro territorio pues al no tener una sucursal, no podrían realizar dichos negocios virtuales permanentes en el país²⁰⁶.

Otra teoría sobre esta disyuntiva nace como efecto de la aplicación de la ley colombiana a los establecimientos de comercio virtuales, surgiendo la obligación, en cabeza del propietario de un establecimiento de comercio virtual, de registrar su establecimiento en la cámara de comercio correspondiente y llevar y registrar los libros obligatorios del comerciante²⁰⁷.

Ante este inconveniente para la determinación de aplicación de nuestra ley mercantil, podemos decir que no hay una clara solución, pues como cualquiera de nosotros lo puede observar en la actualidad, a través de Internet pueden adquirirse diversidad de productos y servicios en sitios Web de infinidad de empresas que no tienen ninguna sucursal en nuestro territorio ni conocimiento sobre nuestra legislación, ante lo cual para el desempeño de actividades comerciales por medio de establecimientos virtuales y la celebración de contratos por Internet las empresas virtuales aplican la legislación del país donde tienen su domicilio y en la que está ubicado su sitio Web sin importar donde se encuentren los usuarios que adquieren sus bienes y servicios.

5.4.3 Transacciones sobre Establecimientos de Comercio Virtuales. Existen diversas transacciones de las cuales puede ser objeto un establecimiento de comercio virtual de las cuales no existen normas particulares al respecto mas allá de las propias generales del Código de Comercio. El ítem con mas desarrollo en la practica mercantil en este aspecto, es el que se refiere a la cesión de derechos en Internet sobre los nombres de dominio, lo cual se ha analogado a una cesión de marcas y, por ello, se realiza mediante un documento privado suscrito por el cedente y el cesionario el cual se pone en conocimiento del registrador autorizado por la ICANN²⁰⁸ en el país; y además después de llevar a cabo el

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid, pág. 75 y 76.

²⁰⁸ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) es una organización sin fines de lucro que opera a nivel internacional, responsable de asignar espacio de direcciones numéricas de protocolo de

traspaso deben modificarse los datos en línea en el sitio de Internet respectivo del registrador²⁰⁹.

Otra situación diferente y más compleja es la cesión de los derechos de un sitio Web que realice transacciones de comercio electrónico y que posea los elementos de un establecimiento de comercio previstos en el Código de Comercio, ante lo cual los empresarios o comerciantes deben tener en cuenta ante la transacción que están realizando un acto jurídico que significaría una enajenación de establecimiento de comercio sujeta al capítulo segundo del libro tercero de nuestro estatuto mercantil, lo cual implica que se presume que es realizada en bloque o como unidad económica sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo constituyen. Además la enajenación de un sitio de Internet de estas características estaría sujeta a la formalidad de constar en una escritura pública o en documento privado reconocido por las partes ante funcionario competente para que produzca efectos, de lo contraria podría resultar en un contrato inexistente²¹⁰.

El comerciante o comerciante cesionario de un establecimiento de comercio virtual tendría las obligaciones propias de un enajenante de un establecimiento de comercio tradicional, y tanto el cedente como el cesionario de un sitio de Internet que reúnan las condiciones antes indicadas deben ser responsables solidariamente por todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento y que consten en los libros de contabilidad. Igualmente la transacción debería inscribirse en el registro mercantil de la respectiva Cámara de Comercio²¹¹.

En este tipo de formalidades en las transferencias de un sitio Web deben estar orientadas a determinar que cada uno de los elementos que componen el sitio de Internet, como el derecho de nombre de dominio, derechos sobre marcas, derechos de autor sobre contenidos, licencias, etc., sean de propiedad del cedente al momento de la transacción, para tener una mayor seguridad jurídica sobre los derechos y obligaciones que se deriven del establecimiento de comercio, mas teniendo en cuenta que en los entornos virtuales son mas susceptibles de ser transgredidos los derechos sobre todos los elementos que lo componen²¹².

Internet (IP), identificadores de protocolo y de las funciones de gestión [o administración] del sistema de nombres de dominio de primer nivel genéricos (gTLD) y de códigos de países (ccTLD), así como de la administración del sistema de servidores raíz.

²⁰⁹ PEÑA VALENZUELA. “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”. Op cit, pág. 76.

²¹⁰ Ibid, pág. 76 y 77.

²¹¹ Ibid, pág. 77.

²¹² Ibid, pág. 78.

5.4.4 Contratos Propios de la Estructura de los Sitios de Internet. Existen una serie de contratos que le permiten a un comerciante o empresario virtual disponer de los elementos de un sitio en Internet para tener presencia en la red de redes sea por medio de la publicidad de sus negocios o para llevar a cabo actividades de comercio electrónico.

Teniendo en cuenta que el principal desarrollo del comercio electrónico en el mundo ha sido principalmente en los Estados Unidos, es alta la influencia que llegó a ejercer el sistema legal norteamericano, en especial el denominado Common Law (el Derecho basado en la costumbre), en el diseño de los contratos sobre la estructura de los sitios de Internet, que en nuestro caso concreto constituyen el establecimiento de comercio de las empresas o comerciantes virtuales. Los contratos diseñados por los empresarios virtuales en el sistema anglosajón tienden a regular los distintos detalles, hipótesis y situaciones contractuales basados en las prácticas constantes y reiteradas llevadas a cabo en el comercio, y dándole además un gran marco de preferencia a la autonomía de la voluntad privada, ya que las leyes codificadas, es decir, el derecho positivo, no las regula en tanto que el Derecho Mercantil y en especial el anglosajón repudia los excesivos formalismos ya que atentan contra la celeridad del tráfico de bienes y servicios en masa, tan defendida por su sistema económico, por lo cual la ley codificada abarca solo algunos temas y no cubren de manera exhaustiva todas las áreas, dándole una gran libertad a los contratantes en sus negociaciones.

La aplicación y efectividad de los contratos de Internet sobre todo aquello que constituye un establecimiento de comercio virtual presenta diversos inconvenientes, entre los que se resalta el poder enmarcar tales contratos dentro de la limitada lista de negocios jurídicos enunciados al interior de nuestro ordenamiento jurídico. La tipificación de los actos jurídicos puede llegar a ser legal, si la norma jurídica llega a determinar la individualidad del contrato con sus características; puede ser doctrinaria, si ello se debe a los autores; puede ser jurisprudencial, cuando los jueces cumplen esa función en su ejercicio de administrar justicia; y es social, cuando se ha estructurado un negocio en la práctica cotidiana y reiterada en el día a día²¹³.

En el ámbito de los contratos llevados a cabo en Internet incluyendo los que versan sobre los componentes del establecimiento de comercio virtual, se podría predicar una tipificación del tipo social, más no legal, ya que los contratos que se han desarrollado en esta área provienen de la práctica comercial cada día más frecuente de los empresarios virtuales de la denominada era digital; claro que en todo caso, la tipificación social de los contratos en Internet debe estar sujeta a las normas jurídicas generales existentes que regulan las condiciones y efectos de los contratos y las transacciones por medios electrónicos²¹⁴.

²¹³ Ibid, pág. 79.

²¹⁴ Ibid, pág. 79 y 80.

Ante la interpretación e integración de los negocios atípicos, la doctrina ha establecido principalmente las teorías de la absorción, la combinación y la analogía a un negocio típico similar. En la teoría de la absorción, se debe determinar la prestación o elemento preponderante del negocio y se aplicarán las normas del contrato típico al que pertenezca dicha prestación, absorbiendo así el negocio atípico en éstas. En la hipótesis de la combinación, se usan distintos contratos típicos combinados, según el número de elementos de cada uno de ellos, que se presenten en el contrato atípico. Y en la teoría de la analogía, se busca el negocio típico más afín o parecido al atípico y se le aplican sus normas positivas. Quizá por sus características y aplicabilidad a los contratos llevados a cabo en Internet la teoría de la combinación sea la que permita la mayor certeza a los agentes económicos que participen en el marco de la economía digital²¹⁵.

Como decíamos, existen una serie de negocios mercantiles que versan sobre los distintos elementos de los sitios de Internet de las empresas virtuales o de los comerciantes digitales, es decir, sobre el establecimiento de comercio virtual, a los cuales haremos una breve mención a continuación.

Contrato para la obtención de un nombre de dominio: Como resulta obvio, uno de los primeros pasos que debe realizar un empresario virtual para poner en funcionamiento su sitio Web y que esté a disposición de los cibernautas en todo el mundo, es la obtención de un nombre de dominio (a lo cual ya hacíamos referencia en capítulos anteriores), para que su sitio virtual pueda ser ubicado fácilmente en el gran conjunto de redes que conforman Internet, a lo cual se deberá sujetar a las regulaciones impuestas por la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), organismo encargado de administrar lo concerniente al sistema de nombres de dominio (DNS), para lo cual tiene diversas entidades afiliadas alrededor de todo el mundo.

Contrato de diseño y desarrollo de un sitio de Internet: Ya que los sitios Web se transformaron de herramientas pasivas de mercadeo a importantes centros interactivos de comercio electrónico dentro de la economía virtual, cada vez es más frecuente que los comerciantes y empresarios virtuales encargan el diseño de su sitio de Internet a otras empresas creadas por grupos de profesionales dedicados al diseño de las páginas (a lo cual también ya hacíamos referencia anteriormente). Estos grupos de ingenieros y diseñadores gráficos se encargan de entregarle un producto terminado a quien lo solicita que consiste en una serie de gráficos, menús, bases de datos, textos escritos, y elementos interactivos cuya categorización desde el punto de vista jurídico es compleja²¹⁶.

²¹⁵ Ibid, pág. 80.

²¹⁶ Ibid, pág. 83.

Desde una perspectiva tecnológica, el desarrollo de un sitio de Internet comprende una serie de actividades complejas tales como: La conversión de archivos lo que comprende la transformación de documentos a un formato de archivo compatible con HTML²¹⁷ apto para las páginas Web, y el escaneo de fotografías o gráficos para guardarlos como archivos tipo GIF²¹⁸ o JPEG²¹⁹. El diseño del sitio, actividad que conlleva la construcción de la apariencia del sitio de Internet, incluyendo sus logotipos y espacios publicitarios, herramientas para navegación, presentación de la página y disposición de los distintos elementos. El desarrollo de códigos, lo cual involucra la codificación del sitio en HTML, CGI²²⁰ scripts, java applets²²¹ u otras aplicaciones parecidas. La integración del sistema donde se conjuga el sitio de Internet con una o más aplicaciones de software de terceros tales como motores de búsqueda²²², grupos de discusión y portales de comercio electrónico²²³.

Desde la perspectiva jurídica, todo contrato de diseño de un sitio de Internet deberá incluir varios elementos que definen su objeto. Primero, el acuerdo sobre la naturaleza y alcance de los servicios, describiéndose de manera detallada. Debe indicarse de manera clara el tipo de sitio que se aspira a desarrollar según su destinación, teniendo en cuenta si su objetivo es promocionar productos o mostrar información de la empresa, o si se espera usarlo para realizar transacciones comerciales. Otro aspecto relevante para las partes, es definir la propiedad de los diferentes elementos del sitio para evitar futuros conflictos.²²⁴

En el ámbito de nuestra legislación, podría tratarse de un contrato de prestación de servicios por medio del cual un contratista independiente, es decir, el diseñador acuerda la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio del empresario, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos por sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa²²⁵.

²¹⁷ HTML es el acrónimo inglés de HyperText Markup Language, que se traduce al español como Lenguaje de Marcas Hipertextuales. Es un lenguaje de marcación diseñado para estructurar textos y presentarlos en forma de hipertexto, que es el formato estándar de las páginas Web.

²¹⁸ GIF (Compuserve GIF o Graphics Interchange Format) es un formato gráfico utilizado ampliamente en la World Wide Web, tanto para imágenes como para animaciones.

²¹⁹ JPEG (Joint Photographic Experts Group) es un algoritmo diseñado para comprimir imágenes con 24 bits de profundidad o en escala de grises. JPEG es también el formato de fichero que utiliza este algoritmo para comprimir imágenes.

²²⁰ Common Gateway Interface (en castellano «Interfaz Común de Pasarela», abreviado CGI) es una importante tecnología de la World Wide Web que permite a un cliente (explorador Web) solicitar datos de un programa ejecutado en un servidor Web.

²²¹ Un applet es un componente de una aplicación que corre en el contexto de otro programa, por ejemplo un navegador Web.

²²² Un motor de búsqueda es un sistema informático que indexa archivos almacenados en servidores Web.

²²³ PEÑA VALENZUELA, DANIEL, “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”, Dupre Editores Ltda., Bogotá, 2.001, pág. 84.

²²⁴ Ibid, pág 84 y 85.

²²⁵ Ibid, pág. 85.

Contrato de licencia de software: Otros contratos accesorios al diseño del sitio de Internet son los referentes a la obtención de las licencias del software necesarias para la protección del sitio y su funcionamiento, el cual es la autorización o permiso concedido por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, al usuario de un programa informático, para utilizar éste en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas, la cual puede ser gratuita u onerosa, debe precisar los derechos de uso, modificación o redistribución concedidos a la persona autorizada y sus límites. Además, puede señalar el plazo de duración, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas que el titular del derecho de autor establezca²²⁶.

Contrato de hospedaje: Cuando las páginas de Internet terminan de ser diseñadas, se deben colocar en la red de redes para lo cual se debe celebrar un contrato de hosting, hospedaje o alojamiento de páginas de Internet al cual ya nos hemos referido constantemente en este estudio. Este contrato comprende varias relaciones jurídicas tales como: El hospedaje por medio del cual un proveedor de servicios de Internet o cualquier otra empresa dedicada a este servicio presta capacidad de su servidor y los programas de ordenador necesarios, además de la conexión a la red. En algunos casos el cliente es el único responsable por el manejo y la administración del contenido de la página; en otros, quien presta el hospedaje puede tener a su cargo el mantenimiento de la página. La colocación, la cual ocurre cuando el cliente es propietario de un servidor, coloca allí su sitio de Internet y simplemente lo pone a disposición de un ISP o proveedor de acceso a Internet para que este use sus técnicas y realice la conexión a la red mundial. En estos contratos, el empresario titular del sitio Web debe exigir la existencia de algunas cláusulas que garanticen una serie de estándares de servicio tales como la velocidad de acceso a sus páginas y una garantía sobre las condiciones técnicas que permitan el acceso simultáneo de un número suficiente de navegantes. Igualmente deberá solicitarse la garantía de que el mantenimiento del servidor no interrumpirá el acceso de los navegantes salvo por un tiempo mínimo necesario para que el servidor tenga un adecuado y continuo funcionamiento, así como para evitar efectos negativos de un caso de fuerza mayor o daño que interrumpa el servicio²²⁷.

Contrato de links o vínculos: Las páginas Web alojadas en servidores de Internet se relacionan entre ellas a través de lo que se denominan links²²⁸ o vínculos electrónicos que permiten navegar de una a otra, a través de una red casi ilimitada, lo cual hace a la navegación por Internet más interactiva, y ágil, sin embargo produce riesgos jurídicos para los distintos dueños de las páginas de Internet. En todo el mundo, el constante desarrollo

²²⁶ <http://es.wikipedia.org>

²²⁷ PEÑA VALENZUELA, DANIEL, “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”, Dupre Editores Ltda., Bogotá, 2.001, pág. 87 y 88

²²⁸ Un link (también llamado enlace, vínculo, hipervínculo o liga) es un elemento de un documento electrónico que hace referencia a otro recurso, por ejemplo, otro documento o un punto específico del mismo o de otro documento. Combinado con una red de datos y un protocolo de acceso, un hiperenlace permite acceder al recurso referenciado en diferentes formas, como visitarlo con un agente de navegación, mostrarlo como parte del documento referenciador o guardarlo localmente.

del Internet y de las transacciones de comercio electrónico, a través de este mecanismo, generan la necesidad de determinar la relevancia jurídica que tiene un *link*. En la actualidad, los links o vínculos entre las páginas son fácilmente visibles para el cibernauta que observa en la pantalla de su computadora una palabra o grupo de palabras subrayadas y puede hacer "clíck" con el ratón previamente habiendo posicionado el cursor encima de las palabras, de esa manera el navegante ingresa a una nueva página Web. Esas palabras o grupos de ellas pueden corresponder a signos distintivos de terceros, tales como marcas o nombres comerciales, o pueden generar un problema de derechos de autor en el caso que el link lleve al navegante a una obra o contenido protegido por derechos de autor de terceros, ante lo cual el empresario virtual antes de colocar un link o vínculo electrónico en su página Web debe solicitar autorización y firmar un contrato de linking donde se establezca entre el empresario virtual y los propietarios de las páginas vinculadas mediante los links, la posibilidad de que este pueda colocar en su página Web estos enlaces electrónicos dirigidos a sus páginas de Internet²²⁹.

Contrato de e-marketing: Internet permite la creación de nuevas formas de realizar negocios en el marco de la economía digital. En las etapas tempranas del desarrollo del comercio electrónico han nacido varias formas de asociación entre empresas que actúan en Internet, bajo la idea del marketing electrónico conjunto en Internet mediante el establecimiento de links, con el fin de prestar servicios diferentes pero complementarios a los consumidores del ciberespacio. Los centros comerciales virtuales son una creación de esta era digital y permiten que varios empresarios o comerciantes se unan en un portal de Internet con el objetivo de unir sus marcas y sus sitios de Internet a través de links con una determinada "enseña virtual"²³⁰.

Contratos y sistemas de pago de las operaciones de comercio electrónico: Cuando ya se encuentran establecidos los sitios Web al interior de la red de redes, se puede iniciar en muchos casos la realización de negocios electrónicos para lo cual es necesario tener un sistema o forma de pago para los cibernautas que quieran adquirir los productos o servicios que produzca la empresa virtual, para lo cual se deben tener en cuenta dos aspectos importantes²³¹.

Las entidades financieras y el Internet: En el desarrollo de la economía en Internet, los bancos son instrumentos que pueden permitir y facilitar su crecimiento, para que los consumidores de bienes y servicios a través de Internet puedan adquirirlos con facilidad y con seguridad y certeza en las transacciones para llevar a cabo operaciones de comercio electrónico. Los bancos pueden aprovechar de manera eficiente las nuevas tecnologías informáticas y convertir su negocio en un servicio integral de manejo de las finanzas de sus

²²⁹ PEÑA VALENZUELA. "Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico". Op cit pág. 89 y 90.

²³⁰ Ibid, págs. 90 y 91.

²³¹ Ibid, pág. 91.

clientes bajo criterios mucho más personalizados y al mismo tiempo reducir sus costos operativos por la disminución de personal para operaciones y actividades que puedan ser desempeñadas por medios electrónicos. El pago de las transacciones electrónicas realizadas en un sitio Web implica la utilización de la denominada moneda digital es decir de medios de pago que tienen un valor acumulado de manera digital independientemente de una cuenta bancada. Estos medios de pago se transfieren electrónicamente a través de medios digitales y telemáticos. Los medios de pago más utilizados en Internet son las tarjetas inteligentes y algunos tipos de software que permiten el pago de bienes a través de Internet sin necesidad de pasar por el sistema financiero del país donde se realiza la transacción electrónica²³².

La moneda electrónica: La mayoría de las operaciones comerciales llevadas a cabo en la red, sobre bienes de consumo se realiza a través de las tarjetas de crédito internacional de acuerdo con las condiciones y términos fijados por la entidad encargada de administrar la tarjeta de crédito y el tarjeta habiente mediando un contrato bancario tradicional. La moneda electrónica, aparece cuando existe una unidad o símbolo de valor monetario que se transmite nacional o internacionalmente a través de las diversas redes de ordenadores; y estas son compradas por los consumidores a entidades financieras debidamente acreditadas. La moneda electrónica puede ser pagada debitando de la cuenta del cliente en un banco e instalada en el computador. Luego el cliente recibe un número de identificación y una clave para transferir, cuando lo considere necesario, unidades de moneda electrónica a otros computadores que deben también estar registrados. La moneda electrónica puede ser comprada en cualquier equivalente de moneda nacional lo cual acentúa su carácter internacional y su no subordinación a los controles monetarios nacionales²³³.

²³² Ibid, págs. 92 y 93.

²³³ Ibid, pág. 94.

6. LAS PROBLEMATICAS DE LAS EMPRESAS VIRTUALES

6.1 LA PROPIEDAD EN LOS ENTORNOS VIRTUALES

Uno de los aspectos jurídicos de mayor importancia, que ha dado lugar a incontables estudios a partir de la creciente utilización de Internet en la economía, es el de la propiedad en los entornos de tipo electrónico, especialmente en lo relacionado con la propiedad intelectual, lo cual es bastante relevante para el presente estudio debido a que los derechos y obligaciones que puedan tener los titulares de las empresas virtuales al hacer uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en este tipo de medios, en desarrollo de sus actividades económicas al interior de la red de redes, se pueden ver afectados significativamente.

No es secreto que con el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), en el marco de una red de acceso mundial como lo es Internet, las obras y las patentes allí expuestas pueden llegar a transformarse en el escenario más propicio para todo tipo de vulneraciones de los derechos protegidos por la propiedad intelectual, y darse casos tales como el de la colisión de los signos distintivos tradicionales como son las marcas, las enseñas y los nombres comerciales con los nuevos signos distintivos electrónicos, denominados nombres de dominio, la violación de las obras distribuidas por la red, la piratería de software, la utilización indebida de contenidos electrónicos, etc., lo cual es casi imposible de detener por la propia naturaleza de Internet; inconvenientes que abordaremos de manera general, donde observaremos los elementos propios de los sitios Web y por tanto del establecimiento de comercio virtual que pueden ser transgredidos desde el punto de vista de la propiedad intelectual²³⁴.

Ya sabemos que un establecimiento de comercio, según el artículo 515 del Código de Comercio, se entiende como un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa, donde una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales. En tal sentido, podemos ver que el establecimiento de comercio gira alrededor de un conjunto de bienes organizados por el sujeto denominado empresario, dentro del engranaje de la empresa. De tal manera, el empresario normalmente sería el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre los elementos del sitio Web que forman parte del

²³⁴ RINCÓN CÁRDENAS, ERICK, “Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información, Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Colombia, Julio-Diciembre de 2.004, pág. 452.

establecimiento de comercio que hemos denominado virtual²³⁵.

El concepto de bienes, como es obvio, incluye tanto bienes materiales o corporales como cosas incorpóreas o inmateriales, siendo estas segundas sobre las que recaen los derechos de propiedad intelectual de los empresarios y demás dueños de los sitios Web; así por ejemplo, los nombres de dominio constituirían un bien incorporal de los más importantes en los entornos virtuales, ya que adicionalmente tiene una estrecha relación con la actividad que desarrollara el empresario en Internet por medio de su sitio Web. La adquisición de estos nombres de dominio, como lo hemos enunciado con anterioridad, se realiza a través de cualquiera de las entidades autorizadas a nivel internacional por la International Corporation for Assigned Network Names (Icann)²³⁶.

El sujeto llamado empresario que es toda persona que se dedica a desarrollar una actividad económica determinada de manera organizada para alcanzar una meta, será quien tenga en su patrimonio los derechos sobre los bienes conformantes del sitio Web, o si no fuere así los utilizara con autorización de sus respectivos titulares, pues así como todo comerciante o empresario virtual que desarrolle actividades mercantiles en Internet tiene el derecho a que se le proteja su derecho de propiedad sobre todos los elementos que conformen sus páginas y sitios Web, igualmente no debe transgredir este mismo tipo de derechos sobre bienes incorpóreos virtuales que estén en cabeza de otras personas²³⁷.

Sabemos que según lo preceptuado por el artículo 25 del Código de Comercio se entiende por empresa "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio". Dentro de estos establecimientos de comercio encontramos el sitio Web como parte del factor estático de la empresa, el que a su vez guarda gran relación con el factor dinámico o actividad económica organizada de la empresa, ante lo cual hay que notar que para efectos tributarios, y si la empresa o negocio que se monta en la red tiene por objeto la compra-venta o intermediación de algún tipo de bien o servicio, es necesario solicitar ante la administración de impuestos el número de identificación tributaria denominado NIT, para tales efectos, dándose cumplimiento a lo ordenado por el artículo 91 de Ley 633 de 2000, que establece que: "todas las páginas Web y sitios de Internet de origen colombiano que operan en el

²³⁵ Debemos anotar que existen autores que no aceptan que el sitio Web pueda analogarse a la noción del establecimiento de comercio, pues según Rodrigo Puyo Vasco "Pueden presentarse muchas otras relaciones jurídicas en los sitios Web, pero bastaría con estas alusiones sobre el contenido jurídico de las páginas o sitios Web para concluir, el que ellos, los sitios Web, son un conjunto de bienes jurídicos y que constituyen una universalidad jurídica, destinada a cumplir los fines del empresario y que por tanto podrían asimilarse a la noción de establecimiento de comercio. Sin embargo conceptualmente no es válida la asimilación con los establecimientos de comercio" (Puyo Vasco, Rodrigo, "El Establecimiento de Comercio Electrónico", en El Derecho del Comercio Electrónico, Editorial Dike, Medellín, Colombia, 2.002, pág. 110.).

²³⁶ RINCÓN CÁRDENAS, ERICK, "Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información, Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Colombia, Julio-Diciembre de 2.004, págs. 452 y 453.

²³⁷ Ibid, pág. 453.

Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiero o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro Mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera." Así del artículo 91 de la Ley 633 de 2000 se desprende una obligación especial para el empresario de un sitio Web, como es la inscripción del mismo en el Registro Mercantil que llevan las cámaras de comercio²³⁸.

De conformidad con todo lo que hemos expuesto a lo largo del presente capítulo, es bastante claro que existe un establecimiento de comercio en los denominados sitios Web, pues cualquier tipo de empresario puede poseer un establecimiento de comercio que no tenga asiento físico en un lugar determinado, como sería los casos de un vendedor ambulante, un corredor de seguros o un vendedor profesional de propiedad raíz, quienes no precisan de un local comercial como elemento material físico indispensable para desarrollar sus actividades mercantiles, de lo que se deduce que el local comercial no es imprescindible para que pueda existir la explotación efectiva de un establecimiento de comercio, ya que éste lo conforman un conjunto de bienes materiales e inmateriales de los que puede o no hacer parte un determinado local comercial. En consecuencia, la existencia de un establecimiento en el cual no estén presentes bienes inmuebles no implica que no se pueda desarrollar una actividad económica en entornos virtuales, mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y mucho menos que esto pueda llegar a afectar la propiedad sobre todos los elementos que conforman el establecimiento de comercio virtual²³⁹.

Una de las más intensas polémicas suscitadas por la expansión de Internet consiste en la idea de que la propiedad intelectual pueda llegar a verse afectada negativamente en los entornos virtuales al interior de la red de redes, debido a que las TIC no tienen las limitaciones espaciales que tiene el Derecho; lo cual obviamente tendría que llevar a un replanteamiento del derecho de propiedad intelectual, donde se pueda llegar a conciliar sanamente el derecho a la propiedad de los comerciantes, empresarios y cualquier titular de derechos de este tipo al interior de los entornos electrónicos, con el derecho de toda persona acceder a todo este tipo de información sin que esto denote un conflicto; cosa que será muy difícil de lograr por el Derecho²⁴⁰.

Las tecnologías de la información y la comunicación permiten poner a disposición del público los contenidos electrónicos digitalizados gracias a los medios de telecomunicación como el Internet, accediendo a ellos a través de los computadores que llevan a los navegantes del ciberespacio a un mundo virtual donde circulan todo tipo de contenidos, que incluyen obras, diseños y patentes que son precisamente el objeto de la propiedad intelectual, lo cual da lugar a analizar diversos aspectos al respecto de este tema:

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ibid, pág. 454.

²⁴⁰ Ibid.

– Digitalización de obras: Uno de los primeros puntos que ha desembocado en la preocupación a la violación de derechos de autor en la red de redes, hace referencia a la denominada “digitalización”²⁴¹ de las obras, es decir, el procedimiento que permite dar la posibilidad de que modifique el soporte físico en que estas se encuentran fijadas para llevarlas a los entornos electrónicos a pesar de que, en términos de su naturaleza, tanto la creación intelectual como su contenido continúen vigentes, de ahí que se cuestione si tal modificación implica una violación del derecho por los cambios necesarios que la obra debe sufrir en esta transformación²⁴².

– Acceso a las obras a través de la Internet: En este aspecto, podemos hablar de la existencia de dos tipos o formas de acceso a la red de redes Internet, aquel por medio del cual el servidor envía los contenidos automáticamente a sus destinatarios, o aquel en el que los distintos navegantes, en su búsqueda por la red, recuperan desde su computadora los contenidos que se hallan cargados en un servidor conectado a Internet. La explotación digital, que también incluye la realizada por estos mecanismos de Internet, requiere del consentimiento de manera expresa del titular de los derechos; y respecto al derecho moral a la integridad de la obra, está limitado a aquellas modificaciones o alteraciones que puedan ocasionar perjuicio a los legítimos intereses del autor o un daño irreparable a la integridad de la obra²⁴³.

– Proveedores de contenidos: Uno de los diversos mecanismos de explotación de los usos que puede brindar el Internet es la implementación de páginas Web de contenido, es decir, aquellas que almacenan altos niveles de archivos electrónicos de diversos tipos para ponerlos a disposición de los usuarios, donde en dichas situaciones, el contenido del Website se convierte en el elemento determinante al cual se entra a preocupar la regulación de la propiedad intelectual y puede ser tanto un particular, una institución, o en nuestro caso concreto, una empresa o cualquier comerciante virtual quienes se dedican a enviar el contenido a la página Web, el cual puede ser transgredido de distintas formas. La implantación de contenidos en los servidores Web constituye un acto de comunicación pública ya que permite a toda persona en general acceder a ellos, por lo cual los proveedores de contenido necesitan la autorización de las personas titulares de los derechos de propiedad intelectual para colocarlos al interior de la red de redes²⁴⁴.

La situación sobre la propiedad es tan difícil de controlar, que los proveedores de contenidos, si han obtenido los derechos de explotación digital para colocar diversos contenidos en Internet, se encuentran a su vez en el riesgo siempre inminente de una reproducción y

²⁴¹ Proceso mediante el que una imagen original se convierte en información digital que puede ser manipulada e impresa a través de un ordenador.

²⁴² RINCÓN CÁRDENAS, ERICK, “Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información, Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Colombia, Julio-Diciembre de 2.004, pág. 455.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid, págs. 455 y 456

posterior comercialización no autorizada de dichos contenidos al encontrarse estos a disposición de todos los cibernautas que accedan a sus sitios de Internet. Alrededor de el acceso a un sitio Web pueden darse diversos tipos de copias de su contenido, desde las necesarias impuestas por la naturaleza de Internet durante la transmisión de los datos para visualizar las páginas Web, donde necesariamente los contenidos expuestos en el servidor deben ser copiados y transmitidos a distintos ordenadores hasta llegar al nuestro, lo cual implica que cada vez que navegamos por un sitio Web nuestra computadora está haciendo copias de contenidos de manera temporal, que probablemente estén protegidos por la propiedad intelectual, para permitir la navegación y visualización de los mismos; hasta copias directas y deliberadas de estos contenidos con fines de uso personal, lucro, etc.²⁴⁵.

En cuanto a los contenidos a los que hacemos referencia, debemos precisar que una página de Internet tiene diversos elementos que son completamente susceptibles de ser protegidos mediante el régimen de los derechos de autor; estos son la información que contiene, el diseño gráfico empleado para su elaboración y el código fuente del sitio que debe ser interpretado por el software del navegador que se utilice para acceder a la página²⁴⁶.

En cuanto a las obras que son normalmente incluidas en un sitio de Internet, podemos encontrar, entre otras: videos en formatos AVI, MOV, MPEG, VIVO, etc.; fotografías en formatos GIF, JPEG, etc.; textos en formatos HTML, TXT, DOC, PDF, etc.; animaciones en formatos GIF animados, JAVA, MMM, ANI, etc.; sonido en formatos WAVE, Real Audio, MIDI, etc., y gráficos y dibujos en formatos GIF, JPG, etc.²⁴⁷.

En lo que se refiere al modo de obtención de las obras preexistentes, se debe tener en cuenta que debe mediar una licencia de la obra o un contrato, en el que se detalle con claridad que van a ser incluidas en una página de Internet, que debe otorgarse por escrito y contener una descripción de todas las actividades autorizadas, en la que se debe enunciar necesariamente la posibilidad de que las obras se comuniquen públicamente a través de redes de telecomunicación, su almacenamiento en un servidor Web y la posibilidad de que sean "descargadas" de la red por terceros²⁴⁸.

– Propiedad intelectual o derechos de autor sobre las páginas Web: A nivel internacional existen diversos debates respecto de la posibilidad que exista un derecho de propiedad intelectual o la posibilidad de registro del diseño de toda una página Web, pero aun ante esto, se puede afirmar que se vulneraría la propiedad intelectual si se copian elementos de una página de Internet para después instalarlos en otra, pudiendo tomarse medidas

²⁴⁵ Ibid, pág. 456.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid

legalmente teniendo como fundamento la respectiva ley de propiedad intelectual o copyright²⁴⁹.

En lo que respecta al software, los programas de ordenador también son una de las diversas formas susceptibles de ser protegidas por el régimen de la propiedad intelectual, y que a su vez al estar expuesto al alcance de millones de cibernautas en Internet, es igualmente muy fácil que se produzca la violación de los derechos que recaen sobre este tipo de aplicaciones electrónicas, lo cual ocurre cada día a cada minuto. Como lo hemos repetido constantemente, debido a la naturaleza propia de Internet como medio de telecomunicaciones masivo para la transferencia de datos a nivel mundial, la propiedad sobre el software es quizás uno de los elementos que mas se ve vulnerado por las facilidades que brinda Internet para ello, donde millones de aplicaciones comerciales para ordenador son intercambiadas pudiendo conseguirse gratuitamente gracias a que existen miles de sitios Web dedicados a distribuirlos de esta manera; las llamadas redes p2p (peer to peer) donde se distribuyen sin ningún costo todo tipo de videos, música, programas, etc; o la amenaza de los denominados “crackers” los cuales con sus altos conocimientos en la programación de software, se dedican a vulnerar los sistemas de protección de las aplicaciones de software que se distribuyen por Internet, para poder así ser utilizadas sin tener que pagar por ellas; lo cual representa una descomunal amenaza para todas aquellas empresas dedicadas a producir y comercializar este tipo de productos electrónicos²⁵⁰.

Según los criterios enunciados por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que ya habíamos mencionado con anterioridad en el presente estudio, los sitios Web, son definidos como una "colección de documentos HTML de una persona o empresa colocados en un servidor...", de esta manera, debemos entender que un sitio de Internet consiste en una o varias páginas de información unidas en un paquete único. Igualmente, por obra se debe entender, a la según las disposiciones legales vigentes, toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. Así es claro que la protección del derecho de autor se extiende sobre todas las obras literarias y artísticas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, de tal manera que, a pesar de existir una enumeración de las obras protegidas, esta tiene un carácter enunciativo, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, queda abierta la posibilidad de reconocer protección a creaciones elaboradas o expresadas por nuevos medios tecnológicos, en la medida que ellas constituyan, "obras", de conformidad con los criterios y requisitos legales²⁵¹.

Las páginas de Internet pueden obtener protección por el derecho de autor, siempre y cuando se verifiquen ciertas condiciones en el contenido de la Web, que versan sobre el

²⁴⁹ Ibid, pág. 457.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Dirección Nacional de Derechos de autor, Oficio 4197 de 29 de Junio de 2.000.

diseño estético y organizacional, el código fuente y la propuesta de interactividad existente en la página Web, para que sea susceptible de tal protección en Colombia, pero claro está, teniendo en cuenta que esto puede variar dependiendo de la legislación de cada país, y al estar expuesto el contenido de los sitios Web al alcance de todo aquel que tenga acceso a Internet en el mundo tal protección puede verse completamente menguada por los límites del Derecho²⁵².

Los contenidos que se exponen al interior de la red de redes están constituidos entre otros, por información y por obras protegidas por los derechos de autor, tales como textos con características propias de una obra literaria, como definiciones, artículos de prensa, ensayos, libros, folletos, software; imágenes como fotografías, videos, mapas, diseños gráficos, dibujos, animaciones; diferentes tipos de audio como sonidos, los efectos especiales y la voz, que en principio no tendrían protección por el derecho de autor, obras musicales propiamente dichas y compilaciones o colecciones de obras o bases de datos, como enciclopedias, antologías, y diccionarios²⁵³.

Como ya hacíamos alguna referencia con anterioridad, la Dirección Nacional de Derechos de Autor ha establecido algunos criterios de protección para las obras, que se constituyen en los criterios de protección al interior de Internet:

- La no protección de las ideas, pues el derecho de autor se fundamenta en el principio básico de que las ideas son libres y por lo tanto no son apropiables por persona alguna, aunque estas puedan ser muy novedosas, por lo cual el derecho de autor se encarga de proteger la forma como se materializan las ideas²⁵⁴.
- La originalidad pues para que una obra pueda ser salvaguardada por el derecho de autor se requiere que constituya una creación intelectual original. La originalidad es la expresión creativa e individualizada de la obra, por más mínima que pueda ser, bastando que importe un esfuerzo intelectual de características propias y que haya sido producida con el esfuerzo en particular del autor²⁵⁵.
- No importa el mérito y la destinación de la obra ya que para el derecho de autor, el valor cultural, artístico y la realización profesional que una obra posiblemente pueda poseer no

²⁵² RINCÓN CÁRDENAS, ERICK, “Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información”. Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Colombia, Julio-Diciembre de 2.004, pág. 458.

²⁵³ ORDÓÑEZ A., JAIME, “Aspectos Comerciales y Regulatorios de Comercio Electrónico en el siglo XXI”, en Revista Jurisconsulta, N° 6, Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas, Cámara de Comercio de Bogotá, 2.002.

²⁵⁴ RINCÓN CÁRDENAS. “Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información”. Op cit pág. 458.

²⁵⁵ Ibid.

cuenta al momento de que se constituya la protección; así mismo, la destinación que se le dé a la obra, sea en el campo cultural, educativo o científico, no tiene incidencia en el momento de otorgar la protección²⁵⁶.

- La ausencia de formalidades para la protección, pues una obra es salvaguardada por el derecho de autor desde el momento mismo de su creación, sin necesidad de requerir formalidad u otras exigencias adicionales²⁵⁷.

En cuanto a lo que se refiere a la información contenida en una página Web, no contara con la protección de los derechos de autor, pues textos tales como las noticias de actualidad, los datos estadísticos, las direcciones, los nombres, los precios, ya que, de acuerdo con lo conceptualizado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, carecen del elemento de originalidad y creatividad humana que se requiere para que se constituyan como obras²⁵⁸.

Los derechos de tipo moral y patrimonial que el derecho de autor le otorga a las obras de carácter literario y artístico se aplican de igual manera tanto en el medio físico como en los entornos digitales electrónicos, y según la legislación, las obras se protegen cualquiera que sea el modo o forma de expresión²⁵⁹. En el campo internacional, esta situación está definida desde la aprobación de los Tratados de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (OMPI) de diciembre de 1996, que aprobó Colombia en las leyes 545 de 1999 y 565 de 2000; de esta manera, si la obra se materializa en un formato digital para presentar al público posteriormente en una página Web al interior de Internet, su carácter literario o artístico se sigue considerando como tal y en consecuencia recae sobre ella toda la protección jurídica del derecho de autor²⁶⁰.

– Las marcas y los nombres de dominio: Existe desde hace ya varios años una confrontación de derechos entre los nombres de dominio que se utilizan en el ciberespacio y las marcas que se usan en el mundo material, lo cual constituye uno de los campos de mayor polémica e importancia en cuanto a las cuestiones legales relacionadas con la Internet, y que le concierne bastante a todo aquel que realice o quiera llevar a cabo en el futuro una actividad económica a través de la red de redes. Esto ha llevado a la aplicación de las reglas tradicionales de marcas para resolver los problemas en torno de los nombres del dominio, para dar algo de claridad sobre el tema²⁶¹.

²⁵⁶ Ibid, pág. 458 y 459.

²⁵⁷ Ibid, pág. 459.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Artículo 2, Ley 23 de 1982, artículo 1 de la Decisión Andina 351 de 1993.

²⁶⁰ RINCÓN CÁRDENAS. “Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información” Op cit pág. 459

²⁶¹ Ibid, pág. 460.

El problema comenzó con la concepción de los nombres de dominio, a partir del Sistema de Nombre de Dominio (DNS) desarrollado técnicamente por el ingeniero Paul Mockapetris en las publicaciones Request For Comments 1034 y 1035 a finales de la década del ochenta, pues con esta invención, que es muy práctica para los consumidores de la red y que facilita mucho la navegación a través de Internet, permitiendo que los cibernautas asocien un determinado sitio Web con una palabra en particular para su ubicación en la inmensa maraña de ordenadores del ciberespacio, se llegó a la conclusión que el nombre de dominio funciona como una marca, como un signo distintivo, y que, como consecuencia, cualquier tipo de utilización de éste por una persona sin autorización de su titular, resultaría en una infracción marcaría.²⁶².

El resultado de la aplicación de este sistema conduce a que se tenga la siguiente premisa en lo que respecta a este tema para evitar posibles conflictos de derechos: "No pueden existir dos nombres de dominio idénticos"; pero todas las variaciones que puede tener un nombre de dominio o similitudes con otros son causas que acrecentan este conflicto en el cual siempre estarán en primera fila las empresas virtuales para tratar de evitar la confusión que esto puede traer en el consumidor virtual²⁶³.

De la misma forma, el sistema de registro también conlleva problemáticas a nivel comercial, acarreando consigo otro factor que impulsa el problema, pues pueden existir varias personas naturales o jurídicas que consideren tener la titularidad sobre un determinado nombre de dominio, pero sólo una estar llamada a ostentarla. Así mismo, pueden existir distintas entidades con la titularidad sobre la misma marca con registros en diversos países del mundo, para las mismas esferas de negocios o para distintas; y aquí es donde nuevamente surge el problema donde el derecho se ve completamente maniatado por su territorialidad, limitación que Internet no conoce²⁶⁴.

Podemos así observar, que los factores que han comenzado y desarrollado la problemática de la propiedad en el ámbito de nuestro estudio son de índole tecnológica, y han surgido por una invención científica encaminada a hacer más fácil y cómoda a las personas la utilización y acceso de las nuevas tecnologías, pero que a su vez le dificulta mucho las cosas al Derecho, pues como tal vez lo hemos dicho anteriormente en este estudio, regular todo aquello que pueda surgir en el mundo virtual de Internet es una tarea que desborda las capacidades propias de la ciencia jurídica, por lo menos por ahora.

6.2 LOS PIRATAS INFORMÁTICOS

²⁶² Ibid.

²⁶³ Ibid, pág. 460 y 461.

²⁶⁴ Ibid, pág. 461.

6.2.1 Aproximación al Tema. El Derecho desde siempre ha regulado la conducta de los seres humanos en su entorno, sin embargo desde la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación, en especial el Internet, los seres humanos entran a interactuar ya no en un mundo real sino en uno de tipo virtual, donde las conductas desplegadas por los individuos en estos entornos, pueden causar distintos efectos que le conciernen al Derecho y afectan directamente a todo aquel que se desenvuelva en este medio “virtual”. Varias de las diversas conductas que le deben preocupar a los Estados en este ámbito son las desplegadas por los denominados “Piratas Informáticos”, también a veces mal llamados “Hackers”, los cuales en cuanto al tema que nos concierne, constituyen un gran problema de las Empresas Virtuales al interior de la red de redes, en el desarrollo de las actividades económicas desarrolladas en Internet.

Los llamados Piratas Informáticos utilizan sus altos niveles de conocimiento en tecnología para transgredir la seguridad de los sistemas informáticos, con fines que van desde el provecho económico hasta la propia satisfacción y goce personal, lo cual siempre constituye un peligro para los servidores Web de las E.V. por medio de los cuales los empresarios virtuales desarrollan su actividad comercial en particular, y para cualquier sistema informático que este conectado a la red de redes en general, comprometiéndose de ésta manera desde su funcionamiento hasta el robo de información. Normalmente la creación de normas tendientes a prevenir o reprimir la realización de estas conductas le conciernen a cada Estado en particular al interior de su legislación, lo cual dificulta la regulación de estos fenómenos en los ámbitos virtuales por las limitaciones territoriales del Derecho, y las complicaciones en enfrentar a la Ciencia Jurídica con los temas tecnológicos que tienen tantas minuciosidades técnicas, que llevan a que el Derecho tenga diversas dificultades en su enfrentamiento con la tecnología en el mundo digital.

6.2.2 La Historia de los “Crackers”. Los inicios de la denominada “cultura hacker”, que daría surgimiento posteriormente a los piratas informáticos, también llamados “crackers”²⁶⁵, se remonta al año 1961, época en que el MIT²⁶⁶ (Massachusetts Institute of Technology) adquirió la primera PDP-1 (Programmed Data Processor-1), la primera computadora que se utilizó por aquellas épocas por los mejores expertos en informática para desarrollar herramientas de programación que marcarían un inicio en las tecnologías que revolucionarían el mundo durante la segunda mitad del siglo XX. La cultura tecnológica que se desarrollo en torno a las computadoras del MIT fue la primera en adoptar el termino "hacker" que después seria utilizado para designar a todo aquel individuo que tuviera un alto nivel de conocimientos en las tecnologías de la información y

²⁶⁵ Término derivado de la expresión inglesa “criminal hacker”, creada en 1.985 para hacer referencia a aquellos individuos que utilizaban sus conocimientos avanzados en tecnología para violar la seguridad de un sistema informático con fines ilegales, en contraposición a los llamados “hackers” que utilizaban su conocimiento con fines positivos.

²⁶⁶ El Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT, del inglés Massachusetts Institute of Technology) es una de las principales instituciones dedicadas a la docencia y a la investigación en Estados Unidos, especialmente en ciencia, ingeniería y economía.

las telecomunicaciones. Este termino se utilizo por aquellas épocas debido a que los expertos en Informática del MIT hacían uso de lo que se denominaba “hacks”, una palabra utilizada para referirse a las modificaciones que se le realizaban a un programa o máquina para mejorar o alterar su funcionamiento por medio de mecanismos creativos o poco convencionales para la solución de un problema de tipo tecnológico. Los así llamados “hackers” del Tech Model Railroad Club (un grupo de expertos en informática) se convirtieron en el núcleo del Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT, el centro más destacado de investigación sobre Inteligencia Artificial de todo el mundo extendiendo su conocimiento con la puesta en marcha de la red ARPANET (la base de lo que hoy es Internet) en 1.969 en la cual participo en su desarrollo junto con el Departamento de Defensa de los Estados Unidos²⁶⁷.

Este experimento en el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, creció hasta interconectar a cientos de universidades, contratistas de defensa, y centros de investigación, lo cual facilito que investigadores de todas partes de los Estados Unidos intercambiaran información con una rapidez y flexibilidad sin precedentes, dando un gran impulso a la colaboración y aumentando la velocidad e intensidad de los avances tecnológicos por aquellas épocas. Estas autopistas de la información reunieron a hackers de toda Norteamérica constituyendo pequeños grupos aislados desarrollando distintas culturas hacia la forma de observar las nuevas tecnologías emergentes²⁶⁸.

La cultura de los hackers floreció en las universidades conectadas a la red, especialmente en sus departamentos de Informática. Entre ellos el Laboratorio de IA (Inteligencia Artificial) del MIT, el Laboratorio de Inteligencia Artificial de Stanford (SAIL) y la Universidad de Carnegie Mellon, los cuales fueron prósperos centros de informática e investigación sobre tecnología, que atrajeron a las mentes más brillantes en el tema para el desarrollo de la Informática. Los hackers de estas instituciones serían más tarde figuras clave en el desarrollo de los computadores personales y las interfaces de ventanas con ratón e iconos que hoy día conocemos, las primeras aplicaciones prácticas a gran escala de los Sistemas Expertos y la Robótica Industrial. Igualmente en el Centro de Investigación de Palo Alto (California), mas conocido como XEROX PARC, durante más de una década, desde los años 70 hasta la mitad de los 80, produjo una sorprendente cantidad de hardware revolucionario e innovaciones de software, entre ellas el ratón moderno, las ventanas y la interfaz gráfica basada en iconos se inventaron allí, también la impresora láser y las redes de área local; prácticamente la tecnología informática que utilizamos hoy en día fue ideada por los llamados “hackers”²⁶⁹.

²⁶⁷ RAYMOND S. “Breve Historia de la Cultura Hacker”, <http://sindominio.net/biblioWeb/telematica/historia-cultura-hacker.html>, pág. 2.

²⁶⁸ Ibid, pág. 3.

²⁶⁹ Ibid.

La utilización de la red ARPANET, que colocó la base de lo que posteriormente sería conocido como Internet, con fines distintos para los cuales fue creada, produjo que estos individuos esparcieran sus conocimientos tecnológicos mas con fines recreativos que científicos, lo que desembocó en la creación de una cultura que le rendía culto a la tecnología informática. Hacia los años 80 parte de aquellos individuos dedicados al estudio de las tecnologías de la información y la comunicación con fines mas personales que orientados a la investigación científica, comenzaron a utilizar sus conocimientos para la creación de medios tendientes a vulnerar la seguridad de los sistemas informáticos, seguridad que en aquellas épocas era casi inexistente, creándose de esta forma una nueva corriente de la cultura de los hackers, la de aquellos que buscan acceder sin autorización a un sistema informático con fines desviados, malignos, o económicos; a tales individuos se les denominó posteriormente “crackers”.

Las culturas creadas alrededor de ARPANET y las computadoras revolucionarias por aquel entonces crecieron en fuerza y variedad durante los años 70 para que posteriormente en los 80s se produjera este fenómeno. La creación del correo electrónico, que se había usado para fomentar la cooperación intercontinental entre grupos de intereses comunes y para compartir información con fines científicos, fueron utilizándose cada vez más con propósitos sociales y recreativos, situación ante la cual los administradores de estas redes de sistemas cada vez más crecientes, decidieron no atacar ni reprimir aunque fuera considerada una actividad no autorizada, pues se creía que este coste operativo extra era un precio que se debía pagar a cambio de atraer a toda una generación de jóvenes de talento al área de la informática para el desarrollo de la tecnología en el futuro, fin que a la postre se logro y fue muy significativo para el avance de la humanidad; pero también trajo consigo consecuencias negativas pues no todos aquellos que llegaron a poseer altos niveles de conocimiento en Informática los utilizarían con fines positivos.

Fue de esta manera como se dio inicio a la cultura de los piratas informáticos, la cual englobó a todos aquellos individuos expertos o no en informática que buscaban vulnerar, causar daño y transgredir cualquier sistema informático de computadoras que se encontrara interconectado a la naciente red de redes, poniendo en peligro la integridad de la información de cualquier servidor que se encontrara a su alcance. Esto obviamente llevo a desarrollar el campo de la seguridad informática en el ámbito de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y que claro el Derecho tarde que temprano iba a tener que entrar igualmente en escena para reprimir estas conductas que actualmente son un riesgo para la seguridad de los sistemas informáticos de todas aquellas empresas que desarrollan actividades comerciales en Internet y que son los principales blancos de los piratas informáticos.

6.2.3 Los Delitos Informáticos. Las conductas realizadas por los “crackers” se configuran en algunas legislaciones como delitos de tipo informático, en otras no existe normatividad al respecto, pero podemos definirlas como toda acción culpable realizada por un ser

humano, que cause un perjuicio a una o más personas sin que necesariamente se beneficie el autor o que, por el contrario, produzca un beneficio ilícito a su autor aunque no perjudique de forma directa o indirecta a la víctima, realizado en los entornos informáticos²⁷⁰.

En nuestros días las computadoras se utilizan como herramientas fundamentales de apoyo y auxilio a diferentes actividades humanas, entre ellas las económicas, así como medio eficaz para obtener y conseguir información, lo que las cataloga como un nuevo medio de comunicación, y mecanismo para la creación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos. La informática de esta manera se encuentra en todos los campos de la vida del ser humano en mayor o menor medida dependiendo del desarrollo de las distintas sociedades, en un proceso paulatino donde todas las ramas del saber humano se ven alcanzadas por los progresos tecnológicos, y comienzan a utilizar los sistemas de Información para ejecutar tareas muy relevantes en las aceleradas épocas actuales²⁷¹.

El gran avance de los sistemas informáticos permite hoy en día procesar y poner a disposición de cualquier persona una gran cantidad de información de toda naturaleza, así como realizar muchas actividades cotidianas en la vida del ser humano incluyendo todos los aspectos tocantes al comercio de productos y servicios en el desarrollo de la economía virtual, lo cual crece a gran velocidad, al igual que aumentan los niveles de conductas que atacan y ponen en peligro la estabilidad en la realización de actividades comerciales en Internet en particular, o cualquier otra que utilice estos mecanismos tecnológicos de la información y la comunicación en general. Esta situación crea un panorama muy complejo desde los puntos de vista científico, tecnológico y jurídico en las sociedades modernas, pues ha llegado a sostenerse que la Informática es hoy una forma de Poder Social que está al alcance de cualquiera con los conocimientos adecuados para aprovecharlos, donde se configuran un conjunto de realidades y posibilidades que se entranan en lo que podríamos denominar juegos sociales y económicos lícitos e ilícitos, en donde es necesaria la Ciencia Jurídica para regular los diversos efectos de una situación, nueva y de tantas facetas como la del mundo virtual²⁷².

El imparable y desbordado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación abre las puertas a innumerables posibilidades de conductas que tienen una alta potencialidad de transgredir, dificultar y entorpecer las actividades comerciales realizadas al interior de la red de redes. La manipulación fraudulenta de los ordenadores con el objetivo de lucro, la destrucción de programas o datos y el acceso y la utilización indebida de la información que se transmite por Internet, son algunos de los procedimientos relacionados con el procesamiento electrónico de datos mediante los cuales es posible para

²⁷⁰ LORENZO, Patricia, “Delitos Electrónicos: Conceptualización y Generalidades”, en <http://www.monografias.com>.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Ibid.

un pirata informático obtener diversos beneficios económicos o causar considerables daños materiales o incluso morales. Este tipo de conductas pueden así como ser inocuas en muchos casos, pueden igualmente provocar pérdidas económicas tanto a las empresas virtuales como a sus usuarios. En tal sentido, la informática puede ser el objeto del ataque o el medio para cometer este tipo de conductas, pues reúne un conjunto de características que la convierten en un medio muy idóneo para la comisión de tales acciones debido a que facilita él poder escapar mas fácilmente a la mano de la justicia²⁷³.

6.2.4 Conductas que atentan contra las Empresas Virtuales y sus usuarios. Aquello que ocasiona que los piratas informáticos constituyan una amenaza para las Empresas Virtuales en particular y para todo aquel que desarrolle alguna actividad a través de Internet en general, es un conjunto de técnicas ideadas para comprometer la seguridad de los servidores Web y de todo aquel sistema o conjunto de redes computacionales conectadas a Internet, las cuales pasaremos a ver brevemente a continuación.

Desde el punto de vista de los juristas y estudiosos de este tema, las conductas realizadas por los piratas informáticos que pueden afectar directa o indirectamente a las empresas virtuales pueden clasificarse de la siguiente manera.

Conductas lesivas de la confidencialidad: Se pueden diferenciar dos modalidades en este aspecto:

- El espionaje informático de tipo industrial o comercial, que se refiere a la obtención, con ánimo de lucro y sin autorización de quien tiene derecho a ello, de datos de valor para el tráfico económico en el mercado de bienes y servicios. En los comportamientos que se encuadran en este tipo de conducta lesiva para los intereses de las E.V encontramos los siguientes: la fuga de datos (Data leakage), que las empresas o entidades guardan en sus archivos informáticos; las puertas falsas (Trap Doors), consistentes en acceder a un sistema informático a través de métodos diversos a los que se utilizan normalmente dentro de los programas; las "llaves maestras" (Superzapping), que implican el uso no autorizado de programas con la finalidad de modificar, destruir, copiar, insertar, utilizar o impedir el uso de datos archivados en los sistemas de información; el pinchado de líneas (Wiretapping), que se concreta en interferir las líneas telefónicas o telemáticas, mediante las cuales se transmiten las informaciones procesadas; la apropiación de informaciones residuales (Scavenging), que consiste en la obtención de información a partir de lo que desechan los usuarios legítimos de un sistema informático²⁷⁴.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, "Delitos Informáticos: La Información como Bien Jurídico y los Delitos Informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano", en <http://www.delitosinformaticos.com>.

- El intrusionismo informático, el cual se define como la mera introducción a sistemas de información o computadoras, infringiendo medidas de seguridad destinadas a proteger los datos contenidos en los sistemas computacionales²⁷⁵.

Conductas lesivas de la integridad: Mediante estas técnicas el pirata informático se introduce a los sistemas de información con la finalidad de obstaculizar su funcionamiento, por medio de dos métodos básicos, los cuales son las bombas lógicas (logic bombs), que se introducen en un sistema informático y se activan en determinadas condiciones, para destruir o dañar datos contenidos en una computadora, y los virus informáticos que producen también destrucción o daño en el software o hardware de una o varias computadoras, pero a diferencia de las bombas lógicas, tienen capacidad de expansión y contagio a otros sistemas informáticos²⁷⁶.

Conductas lesivas de la disponibilidad: Aquí se clasifican a aquellas acciones tendientes a afectar de manera transitoria la disponibilidad de la información, sin llegar a destruirla o comprometer su integridad. Estos mecanismos que pueden impedir el acceso a un sistema de información por parte de los usuarios que tienen permisos para ello, van desde el uso de programas malignos (malware) como el uso de "spam" o el "mail bombing", que consisten en el envío de gran cantidad de mensajes de correo electrónico, no solicitados o no autorizados, para bloquear los sistemas²⁷⁷.

Desde el punto de vista de los expertos en seguridad informática, y la cual es una clasificación más detallada y técnica, estas actividades pueden clasificarse así:

Ataques de suplantación (Spoofing): Estos son ataques que utilizan lo que se denomina "engaño tecnológico". Con ello se busca básicamente hacerle creer a los usuarios víctimas que están accediendo a un recurso determinado en una página de Internet, cuando en lugar de ello está accediendo a otro recurso en donde se pueden estar capturando o interceptando datos valiosos sobre él o enviando información errónea.²⁷⁸ Aquí el principal riesgo es la posibilidad de que los piratas informáticos puedan interceptar información relevante acerca de los usuarios que accedan al sitio Web de la E.V. tales como contraseñas.

Ataques de Denegación de Servicio (DoS): Este tipo de ataques buscan consumir todo el ancho de banda disponible en una red o en otros casos consume todos los recursos del sistema. Su realización se basa en el envío de datos hacia la computadora objetivo en cantidades enormes, sin que los sistemas de detección y protección perimetral puedan evitarlos. Un tipo especial de estos ataques es el Ataque de Denegación del Servicio

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ BOLAÑOS, Fernando Arcesio, MARTINEZ, JHON EDISON, "Consideraciones Legales de la Seguridad Informática", en <http://www.acis.org.co>.

Distribuido (DDoS), que consiste en infectar múltiples equipos con un programa maligno programado para hacer que todos los equipos infectados realicen una determinada petición a un mismo servidor de Internet produciendo un ataque masivo.²⁷⁹ El efecto negativo de esta técnica sobre las E.V. se configura en posibles daños sobre sus servidores de Internet, así como la imposibilidad de los cibernautas de acceder a las páginas y archivos electrónicos de la página Web de la empresa.

Suplantación Web: Esta es una técnica muy utilizada en la que el pirata informático crea un sitio Web que a simple vista parece idéntico al del sitio Web que desea atacar; luego posteriormente coloca en otras páginas Web links o enlaces a su página falsa con el fin de que un usuario incauto e inexperto entre a ésta y crea que está en la página original, donde el cibernauta es engañado y puesto en una situación de caer en error, enviando información valiosa al sitio de Internet malicioso.²⁸⁰ Normalmente las páginas Web maliciosas de este tipo son copias casi exactas de las páginas principales de las E.V. más conocidas.

Suplantación en el DNS: Este tipo de técnica aprovecha las vulnerabilidades de los servidores de Nombres de Dominio (DNS), buscando engañar a este tipo de servidores modificando su base de datos, para que al recibir una petición de cualquier computadora para encontrar la dirección IP equivalente a un nombre de dominio, el servidor resuelva otra dirección diferente a la que el usuario solicitando; de esta manera accede a un recurso equivocado.²⁸¹ El problema que se ocasiona con esta técnica es que los usuarios del ciberespacio al intentar acceder a una página Web de alguna E.V. son redireccionados a un sitio de Internet distinto al solicitado provocando que la verdadera página sea inaccesible o que sea suplantada por otra destinada a engañar a usuarios y consumidores.

Ataques de Fuerza Bruta: Este tipo de ataque va dirigido a penetrar un sistema informático el cual requiere para su acceso de proporcionar un nombre de usuario y una contraseña preestablecidos, para lo cual el pirata informático utiliza una aplicación, que previamente programada, intenta penetrar el sistema objetivo con una combinación de nombres de usuario y contraseñas probando en diferentes intentos hasta que se logra acertar con las credenciales correctas para el acceso, lo cual puede demorar incluso varios meses²⁸². El gran riesgo para las Empresas Virtuales ante este tipo de accesos no autorizados, radica en que un pirata informático puede llegar a obtener control total sobre los contenidos de los sitios de Internet pudiendo robar información, modificar archivos electrónicos, o utilizar el servidor Web para realizar otros ataques contra otras páginas Web.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Ibid.

Suplantación de dirección IP: En la suplantación IP el pirata informático atacante logra identificarse en la red con una dirección IP que no corresponde a la que identifica a su computadora en Internet, entonces los usuarios pueden terminar visitando el sitio Web del atacante en lugar de aquel que pertenece a la E.V, lo cual igualmente tiene el fin de poder llegar a obtener información confidencial acerca de los usuarios que puede ser utilizada posteriormente en fraudes a través de Internet.

Ataques Dirigidos a Datos: Estos ataques se dividen en dos clases: ataques por desbordamiento de buffer y ataques por validación de entrada. Estos ataques, los cuales son los más comunes y los más utilizados en Internet, consisten en una situación donde un programa altera la forma como el sistema maneja los datos, permitiendo ejecución de código arbitrario programado por el pirata informático. Este tipo de técnicas maliciosas permiten que se puedan ejecutar programas malignos en los servidores Web, así como obtener acceso con privilegios de administrador al mismo, para que literalmente el pirata informático tenga acceso y control total sobre el sistema atacado²⁸³, ataque que es el más temido por las empresas virtuales.

Ataques de Ingeniería Social: Esta es quizá la técnica que ha dado mayores resultados a los piratas informáticos a través de la historia para la penetración de sistemas informáticos, entre ellos a Kevin Mitnick el más famoso de la historia por lograr tener acceso a varios de los sistemas más seguros de los Estados Unidos a principios de los años noventa, entre ellos a los de varias empresas donde tuvo acceso a información confidencial, lo cual lo llevó a ser arrestado por el FBI en 1.995²⁸⁴. Esta técnica utiliza el engaño para recolectar información del sistema víctima mediante procedimientos de seguimiento del rastro, exploración y enumeración de datos, en aras de obtener información valiosa como nombres de usuario, claves de acceso y contraseñas de red por parte del mismo usuario o administrador del sistema, para luego emplearla con el fin de conseguir vulnerar el sistema informático objetivo.²⁸⁵ Lo que caracteriza este ataque es su fundamento en el engaño, la maquinación y la inducción a error que se realiza sobre las personas pertenecientes a las empresas que tienen a su cargo el manejo de los sistemas informáticos, para llevarlos a revelar información que puede ser relevante al momento de intentar acceder a un sistema por parte de un pirata informático.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ <http://es.wikipedia.org>

²⁸⁵ BOLAÑOS, Fernando Arcesio, MARTINEZ, Jhon Edison, “Consideraciones Legales de la Seguridad Informática”, en <http://www.acis.org.co>.

6.2.5 Responsabilidad jurídica de los piratas informáticos. En la realización de las conductas criminales enunciadas con anterioridad, que son reprobables por el Derecho y que afectan tanto a las Empresas Virtuales como a sus usuarios pueden derivar en responsabilidad jurídica, la cual se puede presentar en los campos civil y penal.

La responsabilidad penal será aquella que enuncia nuestro Código Penal para este tipo de actividades ilícitas que describimos anteriormente, consistente en la imposición de una determinada pena que puede en estos casos ser privativa de la libertad o de tipo pecuniario, traduciéndose en una multa para aquel o aquellos que sean encontrados responsables de realizar alguna o varias de estas conductas existiendo tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los términos de nuestro ordenamiento penal vigente.

Este tipo de conductas bastante complejas desde un punto de vista técnico, representan un problema para cualquier Empresa Virtual que realice actividades comerciales en Internet; y en nuestro país el marco normativo que más se acerca a poder regular y reprimir este tipo de inconvenientes tecnológicos, que son difíciles de manejar por parte del Derecho por sus aspectos tan tecnológicos, son los artículos 192, 193 y 195 del Código Penal, pero estos obviamente no están plenamente diseñados para este tipo de conductas tan minuciosas y complejas.

El artículo 192 del citado código enuncia lo siguiente: Violación ilícita de comunicaciones: “El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravié, destruya, intercepte, controle, o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años.”²⁸⁶.

La descripción realizada por esta norma es bastante amplia, de manera que perfectamente puede llegar a abarcar varias de las conductas que hemos enunciado anteriormente, pues hace referencia a cualquier tipo de comunicación sin especificar un tipo determinado, lo cual llegaría a cubrir las comunicaciones electrónicas llevadas a cabo entre redes de computadoras como las que se realizan a través de Internet; y así mismo enuncia una gran cantidad de modalidades de realizar la conducta tales como sustraer, ocultar, extraviar, destruir, interceptar, controlar, o impedir la comunicación de los datos, lo cual es lo comúnmente realizado por los piratas informáticos con la información que se transmite por las autopistas electrónicas de Internet. A su vez también se enuncia en la norma el mayor nivel punitivo en la conducta si se utiliza para obtener un provecho, cosa también muy común en el ámbito de la interceptación de comunicaciones al interior de las redes, pues

²⁸⁶ Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2.000, artículo 192.

suele utilizarse la información conseguida por estos medios fraudulentos para un provecho de tipo económico causando a su vez un perjuicio ajeno.

El Artículo 193 expresa lo siguiente: Ofrecimiento, venta o compra de un instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas: “El que sin permiso de autoridad competente, ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas, incurrirá en multa siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”²⁸⁷.

Este precepto normativo se encamina a evitar igualmente el acceso a una comunicación sin autorización, pero buscando esta vez evitar que las personas puedan acceder a instrumentos que puedan utilizarse para la interceptación de comunicaciones indebidamente, lo cual igualmente puede incluir las que se realizan a través de redes de computadoras. Este tipo de norma reprimiría el ofrecimiento a través de una página Web de software que pueda servir como instrumento para interceptar una comunicación privada, como los sniffers²⁸⁸ de redes, software para ataques de fuerza bruta o contraseñas de acceso, que son instrumentos muy usados por los piratas informáticos para obtener el acceso a las comunicaciones electrónicas realizadas por Internet. Este aspecto es muy difícil de controlar por parte del Derecho ya que existen cientos de sitios Web que ponen a disposición de cualquier cibernauta, una gran cantidad de aplicaciones de software encaminadas a interceptar comunicaciones por Internet, las cuales son usadas por cualquier individuo que tenga los conocimientos suficientes en informática para utilizarlos. Igualmente cabe anotar que la norma es tan amplia que podría llegar a abarcar conductas que son lícitas por lo menos bajo otras legislaciones, ya que también existen una gran cantidad de empresas virtuales que lícitamente desarrollan y comercializan a través de sus paginas Web varios programas para la interceptación de comunicaciones electrónicas entre computadoras, claro que obviamente para que sean utilizados en fines lícitos y sobre comunicaciones a las cuales se tenga el derecho de acceder, como suele ocurrir con el control que hacen los administradores en las empresas sobre las comunicaciones electrónicas que realizan sus empleados y subalternos al interior de la red computacional de la empresa.

El artículo 195 dice así: Acceso abusivo a un sistema informático: “El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo incurrirá en multa.”²⁸⁹.

²⁸⁷ Ibid, artículo 193.

²⁸⁸ Un sniffer es un programa para monitorear y analizar el tráfico en una red de computadoras (<http://www.fortunecity.es>).

²⁸⁹ Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2.000, artículo 195.

Esta norma a diferencia de las dos anteriores, va directamente encaminada al campo exclusivo de la informática, al buscar reprimir las conductas que se encaminen a introducirse abusivamente a un sistema informático, teniendo en cuenta que por tal se entiende “un conjunto de elementos de hardware y software necesarios para la realización de aplicaciones con el fin de gestionar información”²⁹⁰, lo cual incluye como es obvio los servidores de Internet que son los principales blancos de los piratas informáticos; e igualmente cabe anotar que la norma no distingue o especifica el medio o mecanismo que se utilice para la intrusión, así como no se especifica el fin u objetivo de ella ni el provecho que pueda obtenerse, ante lo cual con la simple penetración abusiva al interior del sistema se configuraría la conducta reprochable por el Derecho. Así mismo la norma enuncia que el sistema informático atacado debe estar protegido con una medida de seguridad, lo cual podemos interpretarlo como algún mecanismo tendiente a protegerlo de intrusiones no autorizadas.

Por su parte, en lo que respecta a la responsabilidad civil, atinente al derecho privado, pretenderá conseguir sobre aquellos que realicen este tipo de conductas, una responsabilidad patrimonial de tipo pecuniario que tendría como finalidad lograr el restablecimiento del derecho afectado, ya sea intentando volver las cosas a su estado anterior o cancelando una indemnización resarcitoria. La responsabilidad civil puede ser contractual cuando se deriva de las obligaciones de un contrato celebrado entre las partes o relación jurídica preexistente, y puede ser extra-contractual cuando se deriva del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás individuos en la vida en sociedad, siendo esta segunda la que normalmente se presentara en este tipo de situaciones.

Las normas a aplicar en estos casos serian las generales previstas en nuestro Código Civil, en el título XXXIV del libro cuarto, estando su principio general consagrado en el artículo 2341 en los siguientes términos: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”²⁹¹; siendo este precepto normativo lo suficientemente amplio para abarcar la responsabilidad extracontractual en el campo de la informática.

Esta responsabilidad se basa en que todo daño cierto es resarcible, en la medida en que sea resultado de un ataque antijurídico a un interés que ante el Derecho deba juzgarse como digno de protección. En estos casos como en cualquier evento de responsabilidad civil, para que esta se produzca, deberá probarse un hecho ilícito consistente en el incumplimiento del deber jurídico genérico de toda persona en sociedad de no causarle daño a los demás individuos, o de un deber jurídico específico derivado de una relación jurídica específica como un contrato; el factor de imputación para determinar el nivel de reproche de la

²⁹⁰ <http://es.wikipedia.org>

²⁹¹ Código Civil Colombiano, artículo 2341.

conducta sea dolo o culpa; un nexo causal que relacione de forma directa el hecho ilícito del sujeto y la consecuencia dañosa que se produjo; y obviamente la demostración del daño y su cuantificación para tasar de manera clara la respectiva indemnización.

6.3 EL FRAUDE INFORMÁTICO

6.3.1 Concepto. Las conductas conocidas como fraude informático consiste en la manipulación o adulteración de manera ilícita de información electrónica, por medio de la creación de datos falsos o la alteración de los mismos al interior de sistemas informáticos, llevada a cabo comúnmente con el objetivo o finalidad de conseguir ganancias o utilidades económicas indebidas perjudicando en gran medida a los usuarios de las empresas virtuales y a estas mismas.²⁹² Los individuos que se dedican a realizar este tipo de actividades son conocidos popularmente al interior del mundo de la informática como “phishers” y su actividad como el “phishing”.

Phishing es un término informático que denomina un tipo de actividad ilícita encuadrada dentro del ámbito de las estafas, y que se comete mediante el uso de algún tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta (como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria). El estafador, se hace pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial electrónica, por lo común un correo electrónico, o algún sistema de mensajería instantánea o incluso utilizando también llamadas telefónicas²⁹³.

El comportamiento general de los defraudadores Informáticos o phishers consiste en llevar a cabo una alteración de datos automatizados directamente, sustituyendo unos por otros, o a través, de la modificación del sistema de procesamiento de los mismos, comprendiendo casi cualquier conducta defraudatoria encaminada a abusos o interferencias en el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de datos, con la intención de obtener un provecho económico, que ocasiona consecuentemente un perjuicio económico²⁹⁴.

La forma más común de realizar estas actividades fraudulentas, consiste en el envío de correos electrónicos que aparentan provenir de fuentes fiables, como entidades bancarias o empresas que comercializan bienes en Internet, las cuales resultan ser falsas, e intentan

²⁹² LORENZO, Patricia, “Delitos Electrónicos: Conceptualización y Generalidades”, en <http://www.monografias.com>.

²⁹³ <http://es.wikipedia.org>.

²⁹⁴ VALLEJO, Maria Cristina, “Derecho Informático”, en <http://www.dlh.lahora.com.ec>.

como objetivo obtener datos confidenciales de los usuarios; para lo cual el mensaje de e-mail, previamente preparado por un phisher, incluye un enlace o link que, al ser pulsado, conduce a sitios Web falsificados, que inducen a que los cibernautas erróneamente introduzcan datos confidenciales bajo una falsa creencia, llevando posteriormente a que el phisher pueda obtener con dicha información beneficios económicos en perjuicio de los usuarios engañados²⁹⁵.

Desde un punto de vista jurídico, el fraude o lo que podríamos llamar estafa informática, consiste en un provecho ilícito que obtiene un sujeto, con la producción de un daño patrimonial consiguiente, haciendo uso de artificios o engaños idóneos de tipo tecnológico, para conducir a otro u otros individuos a error, cuando estos hacen uso de un sistema informático, principalmente en la realización de una operación o transacción económica usando las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Según el Derecho Español, por ejemplo, la conducta del estafador, guiada por el ánimo de obtener un provecho económico, se dirige a una "provocación de una disposición y de un perjuicio patrimonial", pero en la que el mecanismo defraudatorio no es propiamente la provocación mediante engaño de un error de la víctima, sino la manipulación de un sistema informático, de sus datos o de su modo de procesamiento, que es lo que lleva a configurar el engaño²⁹⁶.

6.3.2 Características. Las diversas formas de realización de este tipo de conductas fraudulentas se pueden llegar a inferir fácilmente, de la manera como realizan sus tareas los sistemas informáticos: en primer lugar, es posible alterar u omitir ingresar datos verdaderos o introducir datos falsos de alta relevancia, en un ordenador. Esta forma de realización se conoce como manipulación del input. En segundo lugar, es posible que se llegue a interferir en el correcto procesamiento de la información, alterando los programas o secuencias lógicas con las que trabaja el ordenador. Esta modalidad puede ser cometida tanto al modificar los programas originales, como al adicionar al sistema programas especiales que introduce el phisher, lo cual requiere conocimientos técnicos especiales. Por último, es posible falsear el resultado del procesamiento de la información, inicialmente correcto, obtenido por un ordenador, a esta modalidad se la conoce como manipulación del output²⁹⁷.

Una característica particular de este tipo de actividades fraudulentas, interesante para el Derecho, es que en la mayoría de los casos en los cuales se presentan, la conducta ilícita es repetida continuamente un número indeterminado de veces en el tiempo, pues una vez que el defraudador descubre o genera una falla en un sistema informático, tiene la posibilidad de repetir, cuantas veces quiera, la comisión del hecho, incluso tal reiteración de la actividad ilícita puede ser automática, llevada a cabo por el mismo sistema sin ninguna

²⁹⁵ "Qué es el Phishing", en <http://www.sistemaspc.net>.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ LORENZO, "Delitos Electrónicos: Conceptualización y Generalidades" Op cit, en <http://www.monografias.com>.

participación del sujeto en el caso de utilización de aplicaciones malignas programadas previamente para tales fines²⁹⁸.

Al situarse los sistemas informáticos necesariamente conectados a una red de comunicación entre ordenadores como lo es Internet, a través de las líneas telefónicas o de cualquiera de los medios de comunicación remota de amplio desarrollo, el defraudador puede realizar estas actividades ilegales sin tener que ingresar físicamente a los ordenadores donde funciona el sistema, pudiendo llevar a cabo sus maniobras desde cualquier parte del mundo desde la cual se tenga acceso a la red de redes.

En cuanto a los objetos sobre los cuales recae la acción del fraude informático, estos llegan a ser, generalmente, los datos informáticos relativos a activos o valores, donde en la mayoría de los casos que se presentan estos representan valores intangibles tales como depósitos monetarios, créditos, etc.; y en algunos otros casos, los datos que son objeto del fraude, constituyen objetos corporales como mercadería, dinero en efectivo, etc., que obtiene el defraudador mediante la manipulación del sistema informático. En las defraudaciones referidas a datos que representan objetos de tipo corporal, las pérdidas económicas para las víctimas son, generalmente, menores ya que están limitadas por la cantidad de objetos disponibles; por otra parte, en la manipulación de datos referente a bienes intangibles, el monto del perjuicio no se limita a la cantidad existente sino que, por el contrario, este puede ser “creado” por el defraudador hasta donde lo desee²⁹⁹.

La clasificación que se le suele dar a estas actividades ilegales en el campo jurídico por parte de los estudiosos del tema es la siguiente:

1- La manipulación de los datos de entrada, también conocida como sustracción de datos, constituye el fraude informático más común, pues es fácil de cometer y difícil de descubrir, y no necesariamente requiere de conocimientos técnicos de tipo informático, pudiendo de esta manera llevarlo a cabo cualquier persona que pueda tener acceso a funciones ordinarias de procesamiento de datos, como podría ocurrir con el empleado de una empresa³⁰⁰.

2- La manipulación de programas de computadora, la cual requiere que el defraudador deba poseer conocimientos técnicos de informática, busca modificar los programas existentes en un sistema informático o insertar nuevas aplicaciones de software previamente

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ VALLEJO, , “Derecho Informático” Op cit en <http://www.dlh.lahora.com.ec>.

programadas para realizar el robo de datos confidenciales, que serán utilizados para posteriormente obtener ilícitamente un provecho de tipo pecuniario³⁰¹.

3- La manipulación de los datos de salida, la cual se realiza fijando un objetivo sobre el funcionamiento del sistema informático, para apoderarse de la información privada de tipo confidencial o financiera, cuando ésta es comunicada al usuario, es decir, en el momento en que hay una interacción entre el sistema informático y un individuo³⁰².

6.3.3 Los métodos del fraude informático. Este tipo de técnicas fraudulentas se ha ido ampliando debido a la gran gama de software y aplicaciones de todo tipo que pueden ser utilizadas para el robo de información personal o financiera, algunas de ellas de gran complejidad, haciendo que el peligro para los usuarios de Internet más inexpertos sea latente no solo al momento de consultar su correo electrónico sino en cualquier momento en el cual se encuentren navegando por el ciberespacio³⁰³.

Los medios más comunes en la realización de este tipo de técnicas fraudulentas son:

- La utilización de nombres y marcas de entidades o compañías ya existentes y que gozan de gran popularidad entre los usuarios de Internet, pues en vez de crear un sitio Web de una compañía ficticia, los phishers con intenciones fraudulentas adoptan la imagen corporativa y funcionalidad de la página de Internet de una empresa existente, gracias a su alto conocimiento en programación Web, para así confundir bastante a los receptores de los mensajes³⁰⁴.

- Pueden usar el nombre de un empleado real de una empresa para que aparezca como remitente del mensaje fraudulento, para que así la víctima, si intenta confirmar la veracidad del mensaje llamando a la compañía, desde ésta le podrán confirmar que la persona que dice hablar en nombre de la empresa trabaja en la misma, lo que puede ayudar aun mas a pasar desapercibido el fraude³⁰⁵.

- Los mensajes fraudulentos que pueden llevar a los cibernautas hacia sitios Web que imitan de forma exacta el aspecto de las páginas de Internet de la empresa, que está siendo utilizada para engañar a las víctimas, y robar la información que conduzca posteriormente a la obtención de un provecho económico; para lo cual los phishers prepararan una o varias

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Ibid.

³⁰³ “Qué es el Phishing”, en <http://www.sistemaspc.net>.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid.

paginas Web falsas que emulan en apariencia a las originales para realizar el fraude, la cual almacenara la información que introduzca la víctima en ella. Esto normalmente suele ser suficiente para que el phisher obtenga la información que busca³⁰⁶.

- Los defraudadores pueden igualmente, hacer uso del denominado factor miedo, para conseguir una respuesta de forma inmediata por parte del usuario, ya que en muchos casos, suele ser un gran incentivo para forzar a revelar información confidencial a las víctimas, amenazarlas con una pérdida de tipo económico, si no se siguen las instrucciones indicadas en el mensaje recibido³⁰⁷.

- Otro medio consta en realizar una técnica de interceptación de las telecomunicaciones que viajan por redes de computadoras, denominada “man-in-the-middle” o “hombre en el medio”, donde el atacante se sitúa en una computadora al interior de una red, entre el usuario y el sitio Web real, actuando como un proxy³⁰⁸, para ser capaz de recoger toda la comunicación realizada entre ambos. Esta técnica suele ser contrarrestada por las empresas de Internet con la utilización del protocolo seguro HTTPS³⁰⁹ en sus comunicaciones para la transmisión de datos confidenciales, pero en la actualidad ya existen técnicas y aplicaciones capaces de interceptar este tipo de comunicaciones seguras³¹⁰.

- Aprovechamiento de vulnerabilidad en la programación existentes en los navegadores de Internet de los usuarios, que permiten mediante el uso de lo que se denomina “exploits”³¹¹ falsear la dirección Web que aparece en el navegador, y de esta manera, poder redirigir a las víctimas a un sitio fraudulento, e incluso permitir la descarga y ejecución en la computadora de la víctima de aplicaciones de tipo “keylogger”³¹² que robarán información confidencial del usuario.³¹³

- Cuando el phisher no quiere depender de la influencia que pueda obtener sobre la víctima por medio de engaños, para alcanzar su objetivo, este directamente tratara de introducirse ilegalmente en el sistema informático de la empresa virtual que posea en sus bases de datos la información financiera de las víctimas y la robara, aprovechándose de vulnerabilidades

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Un proxy es un programa o dispositivo que realiza una tarea acceso a Internet en lugar de otro ordenador.

³⁰⁹ El protocolo HTTPS es la versión segura del protocolo HTTP, utilizado en las páginas Web, para establecer un sistema de cifrado más apropiado para el tráfico de información sensible a través de Internet.

³¹⁰ “Que es el Phishing”, en <http://www.sistemaspc.net>.

³¹¹ Exploit (del inglés to exploit, explotar o aprovechar) es un programa informático malicioso, o parte del programa, que trata de forzar alguna deficiencia o vulnerabilidad de otro programa (llamadas bugs) (<http://es.wikipedia.org>).

³¹² Un keylogger (registrador de teclas) es una herramienta de diagnóstico utilizada en el desarrollo de software que se encarga de registrar las pulsaciones que se realizan sobre el teclado, para memorizarlas en un fichero y/o enviarlas a través de Internet (<http://es.wikipedia.org>).

³¹³ “Que es el Phishing”, en <http://www.sistemaspc.net>.

en la programación del sistema operativo o software que utilice el servidor de Internet donde se encuentre la página Web.³¹⁴

- Otra técnica un poco más sofisticada es la que se denomina “pharming”, la cual es una táctica fraudulenta que consiste en cambiar los contenidos del domain name server, (servidor de nombres de dominio) o modificar la configuración de la computadora de la víctima con una aplicación maligna que asocie nombres de dominio con direcciones IP erróneas, para redirigir a los cibernautas a páginas falsas en vez de las auténticas cuando el usuario accede a las mismas por medio de un navegador, así cuando la víctima introduzca la dirección Web de la página de la empresa a la que se dirija, su computadora será engañada al relacionar ese nombre de dominio con la dirección IP del sitio Web del phisher³¹⁵.

6.3.4 Las problemáticas del fraude informático. Al interior de las actividades ilegales a nivel informático, proliferadas por los piratas informáticos, ésta tiene un particular nivel de importancia, pues representa un comportamiento que constituye un auténtico inconveniente en la realización de transacciones económicas a través de Internet, no solo porque causa pérdidas económicas a empresas y usuarios, sino también porque desestimula la confianza general de los individuos en la utilización de las nuevas tecnologías para realizar actividades cotidianas que antes solo se podían realizar por medios tradicionales, incluyendo claro está el comercio³¹⁶.

Los diferentes tipos de manipulaciones fraudulentas en el amplio mundo virtual de Internet, van encaminadas a conseguir un lucro en perjuicio del patrimonio de otra persona, entendiéndose el daño económico tanto en su carácter individual, como social, pues esto atenta contra la seguridad financiera del comercio en general, en los ámbitos electrónicos. De tal manera que las defraudaciones realizadas por medios informáticos llegan a lesionar intereses que van más allá del patrimonio de las personas afectadas por el mismo de forma directa; hay un interés social valioso que debe ser protegido, como lo es la confianza en el adecuado funcionamiento de los sistemas automatizados de información, de lo contrario se afectara el crecimiento del tráfico jurídico en Internet³¹⁷.

La regulación legal en Colombia sobre el tema es muy precaria al momento de poder abarcar todas estas posibilidades de fraudes de tipo tecnológico, y las pocas normas en las que se podrían encuadrar este tipo de conductas, plantean consecuencias jurídicas muy leves como la multa, además que las autoridades no cuentan con los medios para realizar

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ VALLEJO. “Derecho Informático” Op cit. en <http://www.dlh.lahora.com.ec>.

³¹⁷ Ibid.

una investigación criminalística que permita identificar a los atacantes informáticos, llevando a que en la mayoría de los casos estas conductas queden fuera del alcance de la justicia. Estas actividades ilegales en nuestro país serían resueltas en el campo penal, por medio de las mismas normas que analizamos con anterioridad, además de la norma que preceptúa el delito de estafa; y desde el punto de vista civil, igualmente cabe la responsabilidad civil extracontractual o contractual, según sea el caso, siguiendo las reglas que ya habíamos enunciado en el acápite anterior.

Como puede deducirse, la utilización de la tecnología informática para el manejo de la riqueza, ha llevado a una especie de gestión automatizada del dinero en las operaciones comerciales, en la cual las computadoras tienen un importante papel, que aunque facilita la vida de las personas, en el momento que sean afectadas por defraudadores informáticos, pueden hacer vulnerables a los consumidores o usuarios en el ciberespacio, dificultar y entorpecer las actividades mercantiles de cualquier individuo o sociedad que realice o desee realizar en el futuro una actividad empresarial utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación para ello, así como causar diversas problemáticas a las entidades financieras en el manejo del dinero producto de las transacciones electrónicas. Igualmente, la expansión de Internet como un medio de comunicación y transmisión de información masivo, influye en la facilidad de vida de los individuos, pues la información financiera es accesible desde cualquier ordenador, en cualquier parte del mundo, pero puede causar colateralmente que esta pueda ser robada o interceptada con fines ilícitos.³¹⁸ Por todos estos motivos, el fraude informático constituye una amenaza para las empresas virtuales que se desarrollan en Internet y para sus usuarios.

Debemos anotar, que existen países que cuentan con grupos especializados creados con el objetivo de rastrear y capturar a los delincuentes informáticos, tales como la Oficina de Investigaciones Especiales de la Fuerza Aérea de Estados Unidos (AFOSI), siendo uno de los más antiguos creada en 1978, y el Centro de Investigadores de la Internet de Australia, integrado por oficiales de la ley y peritos con avanzados conocimientos de informática, dedicados a recoger pruebas e informar a las agencias gubernamentales para reprimir tales actividades. Aunque a pesar de estos esfuerzos, las autoridades estatales cada día enfrentan grandes problemas para enfrentar el enjuiciamiento de los individuos que las realizan, siendo el principal de ellos, la facilidad con que sus actividades ilegales traspasan las fronteras de los distintos países, por lo que la responsabilidad jurídica de los transgresores se hace más complicada en el ámbito jurisdiccional³¹⁹.

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Ibid.

7. LA CONTRATACIÓN EN INTERNET

7.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES

En el presente capítulo pasaremos a observar de manera general, las particularidades de la realización o celebración de los contratos en los entornos electrónicos que se desenvuelven al interior de la red de redes, en tanto que ésta es la manera primordial de actuación de las empresas virtuales en el tráfico jurídico, que representa uno de sus rasgos particulares al desenvolverse en el atípico mundo económico que se desarrolla en el universo virtual de Internet; pues recordemos que el fin último de toda actividad económica organizada es el proveer de bienes y servicios a los consumidores o usuarios, en este caso los del ciberespacio, para que estos satisfagan sus necesidades, y esto claro está, se lleva a cabo por medio de los contratos, sin olvidar como ya lo mencionamos en capítulos anteriores, que en estos medios electrónicos tiene mucha fuerza y preponderancia el comercio entre empresas, el cual es el que llega a mover la mayor cantidad de riqueza en los negocios celebrados en Internet.

El ciberespacio, es un espacio electrónico creado por un sistema de redes computacionales, por las cuales se transmite constantemente información, textos, sonidos, en pocos instantes y eliminando barreras geográficas y jurídicas existentes en el mundo, entorno muy propicio para el crecimiento de los negocios mercantiles. Gracias a las redes que conforman Internet, el comercio electrónico ha evolucionado llegando a niveles considerables en la economía, pues ahora es tan común realizar un contrato prestando un bien o servicio en el mundo virtual como lo es en el mundo real, solo que en los medios electrónicos todo es más rápido y eficiente, características que son muy apreciadas por cualquier empresario, comerciante o persona en general que quiera realizar una actividad económica³²⁰.

Las características más particulares que posee el mundo de la contratación y los negocios en Internet, podemos resumirlas en los siguientes aspectos:

- Las operaciones se llevan a cabo por medios electrónicos, en el marco de una economía digital, que permitió el nacimiento del e-commerce adquiriendo éste un alto grado de importancia para el desarrollo del comercio en el mundo, pues se aprovechaba de cualquier nueva tecnología para hacer girar, crecer y expandir la economía, entorno a la cual se desarrolla la vida de las personas. De todos los medios tecnológicos existentes hoy en día,

³²⁰ OBANDO P., JUAN JOSÉ, “Los Contratos Electrónicos y Digitales”, en <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/20.pdf>, pág. 3

la gran maraña de redes que conforma Internet es el lugar, el medio de comunicación y el mundo, en este caso virtual, que más facilita las relaciones entre los individuos en cualquier parte del planeta, y el mundo del comercio obviamente estuvo allí a la expectativa para ingresar y aprovechar la gran ventaja que el universo digital significa³²¹.

- En la realización de negocios al interior de la red de redes, prácticamente se prescinde del lugar donde se encuentran las partes, en cuanto a que se pueden prestar bienes y servicios al interior del mundo digital entre empresas y usuarios que se encuentren en cualquier parte del globo que tenga acceso a Internet, siendo talvez, la barrera más importante para elló en estos momentos las limitaciones tecnológicas de los países menos desarrollados. La utilización de los medios electrónicos en las comunicaciones con objetivos comerciales, se lleva a cabo con distintos sujetos en sitios separados por millones de kilómetros y a la vez, se facilita enormemente la transmisión de las comunicaciones al ser estas prácticamente inmediatas, lo cual impulsa a las personas a utilizar este medio propicio para el intercambio de información.³²² Claro que, también esta característica que es una clara ventaja en este aspecto que hemos mencionado, suele ser un inconveniente al momento de determinar la jurisdicción aplicable a los actos jurídicos realizados en Internet, tema que veremos en párrafos posteriores.

- Para las transacciones económicas electrónicas no es necesario el soporte de un documento escrito en papel, pues en la era digital el papel pierde mucha importancia aunque ello no signifique que se deje de utilizar. En la economía empresarial del mundo electrónico los documentos serán válidos y seguros así no se encuentren impresos, pues son almacenados igualmente en medios electrónicos listos para ser requeridos cuando sean necesarios y protegidos por los sistemas que nos brinda la tecnología actual para evitar su alteración. En Internet los contratos digitales reemplazan a los contratos en papel, con las consecuencias positivas de reducciones de costos y mayor eficiencia en las empresas que desempeñan su actividad económica organizada al interior de la red de redes; pues al encontrarse digitalizada la información sobre cualquier operación jurídica, ésta puede ser reproducida de manera ilimitada, en forma exacta, y enviada simultáneamente a grandes distancias y diferentes destinatarios a través de Internet³²³.

- Al realizarse un contrato entre una empresa virtual y un usuario o consumidor de cualquier parte del mundo, teniendo como objeto la prestación de un determinado bien cuya transferencia se realice por su naturaleza en los medios digitales, como es el caso de las aplicaciones de software, los libros electrónicos, venta de información, música, videos, videojuegos, lo que podríamos llamar la importación del bien, no tiene que someterse a los tramites de aduanas propios de las transacciones económicas internacionales del mundo

³²¹ Ibid, págs. 3 y 4

³²² Ibid, pág. 4

³²³ Ibid.

real, lo cual igualmente trae unas grandes ventajas en cuanto a costos y tramites. En éste tipo de operaciones electrónicas el bien se envía hasta el usuario directamente por Internet, transmitiéndose por las autopistas electrónicas de la información sin que importen las fronteras geográficas o los controles estatales. Claro que igualmente debemos anotar, que como es obvio, este tipo de operaciones no son las únicas que se llevan a cabo en el mundo digital entre las empresas virtuales y los cibernautas, pues cuando se trate de comercialización de productos que tengan una identidad física deben ser enviados “materialmente”, por sus características naturales, utilizando los medios tradicionales, por lo que no podemos predicar que esta característica sea generalizada o absoluta en el mundo de la economía digital. Este modo virtual de realizar las transacciones mercantiles puede llegar a generar diversos conflictos e inconvenientes a los Estados, los cuales se ven atados de pies y manos al momento de poder ejercer un control efectivo a estas operaciones, en su labor de ejercer la soberanía estatal, la cual se encuentra desbordada por la tecnología de hoy en día³²⁴.

- Generalmente en el mundo de las economías a gran escala desde que se inicio la industrialización hasta hoy en día, existe un procedimiento mediante el cual los bienes o servicios pasan por toda una cadena de producción, desde aquellos entes que se dedican a extraer materias primas, los que elaboran los procesos de manufactura y elaboración del bien, hasta los que finalmente distribuyen los productos llevándolos al consumidor, característica muy propia de la economía en masa de la actualidad, pero que suele ser ajena en el campo del comercio y las transacciones electrónicas, pues en Internet se reducen de una manera muy drástica los intermediarios, ya que no hay necesidad de acudir a estas cadenas propias de la economía en el mundo real; ahora una sola empresa podría realizar todo lo necesario para llevar sus propios bienes y servicios a los usuarios del ciberespacio, situación que se facilita por las mismas herramientas tecnológicas que brinda Internet³²⁵.

A pesar de lo anterior, cabe aclarar que en los entornos virtuales del comercio digital aparecen otro tipo de intermediarios para facilitar a las empresas llevar sus productos y servicios a los usuarios, ofreciendo seguridad y confianza en las transacciones como es el caso de las Autoridades Certificadoras, o que ayudan a difundir el ofrecimiento del producto a un mercado general, como las empresas con motores de búsqueda, o aquellos que ofrecen servicios de seguridad en el envío de comunicaciones electrónicas, llamados “Value Added Networks”,³²⁶.

- En la realización de contratos a través de Internet las transacciones pueden llevarse a cabo de manera inmediata, pues la distancia geográfica entre las partes, no influye en la

³²⁴ Ibid

³²⁵ Ibid, págs. 4 y 5.

³²⁶ Redes informatizadas de transmisión de datos sobre las cuales pueden desarrollarse servicios más elaborados, con más valor que el simple transporte de datos (<http://www.n-economia.com>).

velocidad con la cual las comunicaciones son enviadas y recibidas por las partes, pues se crea un entorno donde el tiempo se reduce bastante, algo que obviamente facilita la expansión del e-commerce. En lo que se refiere a velocidad, una transacción comercial por medio de Internet puede llegar a realizarse en el mismo tiempo y con la misma rapidez, que si se llevara a cabo entre sujetos que se encuentran presentes en un mismo lugar³²⁷.

A esta forma de realizar negocios comerciales a través de los mecanismos de las Tecnologías de la Información y la Comunicación le solemos llamar e-commerce, al cual ya muchas empresas no nacidas en los entornos virtuales de Internet, han entrado a participar por las diversas ventajas que la realización del tráfico jurídico a través de la red conlleva desde una perspectiva económica y jurídica, tales como: la disminución de costos en bodega, trabajadores y cadenas, métodos efectivos y rápidos de llevar a cabo los pagos, y, el alcance prácticamente global de Internet, con la posibilidad de contactar a cualquier persona en cualquier lugar y en cualquier momento, lo cual significa servicio las 24 horas del día, 7 días a la semana y 365 días al año.³²⁸ Ante lo cual lo normal en la evolución de los entes empresariales, es que actúen tanto en el mundo real como en los entornos virtuales, y de esta manera en el futuro, no se pueda diferenciar entre las empresas tradicionales y las virtuales.

Como es obvio, las distintas sociedades han tenido que adaptarse a estos cambios en los cuales resulta más fácil su desenvolvimiento y desarrollo en los países industrializados, donde los individuos tienen mayor acceso y posibilidades de conocer y utilizar las tecnologías más recientes de la información y las telecomunicaciones. Por tanto las entidades nacionales e internacionales, gubernamentales y privadas no son ajenas ni indiferentes ante ello, manifestándose una preocupación con relación a los aspectos que requieren de una reglamentación particular que se centre en este campo, como ocurrió con el Modelo de Ley sobre Comercio electrónico de las Naciones Unidas expedido en 1.996, y la Directiva Europea de Comercio Electrónico del año 2.000³²⁹.

Igualmente existen diversos aspectos desconocidos que arrojan incertidumbre sobre los resultados que pueda presentar la realización de negocios en los medios electrónicos con respecto a las utilidades, o por la inseguridad en cuanto a la legislación aplicable a los mismos, además de los varios inconvenientes que mencionamos en el capítulo inmediatamente anterior del presente estudio. Es por lo tanto, necesario disponer de una legislación para crear una confianza suficiente en las empresas que quieran aventurarse a la economía virtual, como a los usuarios y consumidores del e-commerce, para asegurar la existencia, validez, legalidad y exigibilidad de los contratos celebrados al interior de

³²⁷ OBANDO P., Juan José, “Los Contratos Electrónicos y Digitales”, en <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/20.pdf>, pág. 5

³²⁸ GECTI, Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico Y Telecomunicaciones e Informática, “Comercio Electrónico”, Legis Editores S.A., Bogotá, Colombia, 2.005, pág. 42.

³²⁹ Ibid, pág. 43.

Internet; para ello se requiere establecer principios y normas respecto de la formación de los contratos en los medios electrónicos, se debe reconocer la validez de las firmas digitales o de otros sistemas que permitan determinar la identidad de las partes que actúan a través de Internet (como en Colombia con la ley 529 de 1.999), y garantizar una debida protección a los consumidores y a los derechos de propiedad intelectual³³⁰; lo cual resulta una ardua tarea debido a las constantes transgresiones que sufre la propiedad en Internet, como lo habíamos mencionado en el capítulo anterior.

Para el desarrollo de este tipo de comercio y alcanzar estos objetivos surge por parte de la United Nations Commission of International Trade Law (UNCITRAL) el proyecto de la Convención de Contratación Electrónica, donde se busca obtener un consenso de tipo internacional acerca de las normas que deben regular la contratación electrónica, teniendo en cuenta que se deben evitar las contradicciones o colisiones en las legislaciones de los distintos países debido a que los negocios en Internet son un fenómeno que obviamente traspasa las fronteras de las naciones y las del Derecho, debido a los límites espaciales de las normas jurídicas³³¹.

7.2 PRECEPTOS LEGISLATIVOS

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de las Naciones Unidas y su Proyecto de Convención para la Contratación Electrónica se concibió con el fin de ser acogida por la mayor cantidad de países, como medio para de alguna manera, armonizar la diversidad de legislaciones del mundo respecto a la contratación, lo cual solo se consiguió parcialmente. La ley modelo incluyó en su contenido conceptos igualmente amplios para evitar que la legislación no se vuelva obsoleta con el paso del tiempo, debido a la acelerada evolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Colombia adoptó el Modelo con la Ley 527 de 1999 e incluyó también regulación sobre firmas digitales³³².

Como se mencionó anteriormente, aunque existía el objetivo de que el Modelo sobre Comercio electrónico fuera acogido por muchos países, tal fin no se consiguió, ante lo cual se debió adoptar una Convención para lograr la uniformidad y certidumbre, como elementos básicos en el ámbito internacional para poder desarrollar el comercio electrónico sin tener muchos inconvenientes, siendo uno de los aspectos más importantes del Modelo, el reconocimiento legal de los mensajes de datos y de su aptitud y eficacia para la formación de contratos entre varias partes, estando su validez y exigibilidad consagradas en su texto, además de ofrecer seguridad en cuanto a la identidad de las partes contratantes en las negociaciones electrónicas. En cuanto a la formación de los contratos hace claridad en

³³⁰ Ibid.

³³¹ Ibid.

³³² Ibid, pág. 44.

cuanto a la forma en que deben llevarse a cabo tanto la oferta como la aceptación a través de un mensaje electrónico de datos, fase fundamental para saber cuando queda perfeccionado un contrato. Y también se establecieron reglas en lo que respecta a la localización de las comunicaciones electrónicas, debido a que estas pueden realizarse desde muchas partes del mundo³³³.

El Proyecto UNCITRAL de Convención para la Contratación Electrónica debe tomarse como un instrumento de carácter internacional con el fin de crear reglas y principios de carácter uniforme en su aplicación y en la observancia de la buena fe en la realización del comercio internacional a través de los mecanismos que nos brinda las Tecnologías de la Información y la Comunicación³³⁴.

Además de la normatividad general de carácter internacional expedida por la naciones Unidas, también tiene importancia en este campo de la contratación electrónica la Directiva Europea sobre comercio electrónico, la cual fue concebida con el objetivo de tener a disposición de los países de la Comunidad Europea una legislación armónica y uniforme para que de esta manera fuera aplicada en todos los negocios comerciales que se realicen a través de medios electrónicos en estos países europeos. La Directiva se centro en la libertad de establecimiento de los servidores de Internet, el libre movimiento de servicios, la validez de los contratos, la transparencia de los procesos contractuales, la responsabilidad de los intermediarios en Internet, y el reconocimiento legal de la firma digital. La base de la directiva fue el reconocimiento legal de la validez de los contratos celebrados a través de Internet, lo cual se considero como un presupuesto necesario para obtener un mercado europeo interno, claro sin llegar a legislar en materia de Derecho contractual, pues se creyó que se debían aplicar los principios generales del Derecho de los contratos. Así mismo, se excluyeron varias clases de contratos que no tendrían validez si son realizados a través de Internet³³⁵.

7.3 FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS EN INTERNET

Sabemos que se entiende por contrato un acuerdo de voluntades entre dos o más partes para constituir y regular entre ellas una relación jurídica de tipo patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrada en el lugar de residencia del proponente y en el momento que reciba la aceptación de la propuesta, según los preceptos contenidos en nuestro Código de Comercio³³⁶.

³³³ Ibid.

³³⁴ Convención para la Contratación Electrónica de la United Nations Commission of International Trade Law.

³³⁵ Directiva Europea de Comercio Electrónico.

³³⁶ Código de Comercio Colombiano, artículo 864.

Para la formación de los contratos en los medios electrónicos en desarrollo del e-commerce, economía virtual o como se le quiera llamar, cabe aclarar, como en cualquier contrato o acto jurídico, deben tenerse en cuenta los mínimos requisitos o presupuestos necesarios para la existencia de los actos jurídicos, tales como la manifestación de voluntad de los contratantes convergiendo en un acuerdo, por medio de las formalidades legales exigidas, y el objeto del contrato determinando las obligaciones que de él se derivan.

Según los lineamientos del derecho común, es permitido que los contratos sean formados o celebrados de diversas maneras disponibles, tales como los medios orales, los escritos, por instrumentos de comunicación como el teléfono, por fax, y obviamente por Internet, donde debido a la naturaleza propia no solo del contrato sino también del medio virtual en el que se desarrolla su celebración, suele ser por lo general de aquellos tipos de contratos que se conocen bajo la denominación de contratos estándar, con contenidos y formas preestablecidas o mas popularmente llamados contratos de adhesión, en contraposición a aquellos contratos denominados como de libre negociación, ya que la naturaleza propia de Internet y la celeridad en el trafico jurídico llevan a que se tengan que utilizar este tipo de figuras.

Normalmente el contenido contractual es creado y formulado prácticamente en su totalidad por el sujeto titular de la empresa virtual que presta el bien o servicio a través de Internet, lo cual se considera legalmente válido, siempre y cuando se dé la total aceptación del otro contratante vinculado, que es generalmente el consumidor o usuario, quien en caso de no estar de acuerdo podrá rechazarlo, y aunque no pueda discutirse el contenido contractual, el contratante igualmente podrá mantener cierta libertad en la contratación al poder elegir entre las distintas gamas de proveedores del bien o servicio que requiera, existentes en Internet.

Una preocupación alrededor de éste tema, es la referente al control del contenido de este tipo de contratos en protección de los consumidores para tratar de evitar lo que la doctrina denomina cláusulas abusivas y arbitrarias en los contratos de adhesión, las cuales pueden llegar a causar desequilibrios contractuales que puedan afectar perjudicialmente los derechos de uno de los contratantes, mas exactamente de aquel que se adhiere a las condiciones contractuales preestablecidas, para que de esta manera el consumidor o usuario sea informado claramente de manera expresa y suficiente sobre los efectos y alcances de las condiciones generales, la no posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, la prohibición de sustraerse de obligaciones contraídas, y en general buscar evitar cualquier cláusula que menoscabe los derechos del consumidor o violen normas generales respecto de los servicios prestados en desarrollo de la actividad comercial.³³⁷

³³⁷ GECTI. "Comercio Electrónico" Op cit págs. 47 y 48.

Igualmente como principio fundamental de la contratación electrónica se tiene como fundamento el principio según el cual, tienen plena existencia, validez y exigibilidad los contratos realizados por intermedio de los mecanismos tecnológicos de comunicación que nos ofrece Internet; siendo este un fundamento consagrado actualmente por la mayoría de las legislaciones referentes al e-commerce, ya que es un elemento imperativo para el desarrollo y crecimiento del comercio en general, y aun más en las grandes sociedades capitalistas del mundo moderno donde la vida y bienestar de las personas gira en torno al desarrollo de la economía.³³⁸

Como lo predica la teoría general de los contratos, sabemos que en todo contrato normalmente suele existir una etapa precontractual en la cual se conduce a la construcción y manifestación del consentimiento de los contratantes referente a la posibilidad de llegar a un acuerdo que desemboque en la creación de relaciones jurídicas para la satisfacción de sus necesidades. Lo cual solía comenzar con una etapa denominada de tratativas o negociaciones preliminares donde se discutía por las partes las probables condiciones en las que se desarrollaría un futuro contrato celebrado entre las mismas, fase casi completamente abolida, rechazada y caída completamente en desuso en los negocios mercantiles del mundo económico acelerado de hoy, y claro impensable en un contrato de adhesión como los que se suele utilizar en Internet entre las empresas virtuales y sus usuarios para la prestación de bienes o servicios. Claro a menos que la negociación sea realizada entre dos partes que gocen de similar poder económico en el mundo comercial, como podría ocurrir con un contrato celebrado entre una E.V. y otra entidad que desee aprovechar alguno de los servicios que esta preste a través de los medios electrónicos, caso en el cual esta fase si llegara a tener la importancia tradicional de otras épocas.

Después de llevarse a cabo la fase anterior si se llegase a presentar, viene quizá la etapa más importante en cuanto a lo que se refiere a la formación del consentimiento contractual y la creación del acuerdo entre las partes, la oferta y la aceptación elementos relevantes y comunes dentro de cualquier legislación para la formación de los contratos, a lo cual no son ajenos aquellos que se realizan a través de Internet; aunque claro teniendo en cuenta que los efectos de aquello que ocurra durante esta etapa respecto del surgimiento de derechos y obligaciones para las partes variara dependiendo de cada legislación.

Según nuestra legislación comercial "la oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario", entendiéndose que ha sido comunicada "cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario"³³⁹, teniendo en cuenta que esta no puede ser indefinida, por lo cual tendrá el proponente que observar la diligencia adecuada. Igualmente debemos recordar que la aceptación de la oferta, es decir,

³³⁸ Ibid, pág. 48.

³³⁹ Código de Comercio Colombiano, artículo 845.

aquella manifestacion del otro contratante en concentir en las condiciones contractuales propuestas por el oferente, debe realizarse de manera pura y simple, por un medio idoneo para ello y siguiendo los plazos convencionales establecidos en la oferta, o en su defecto los legales; de manera que el acto de adhesión a la oferta que fue dirigida debe ser completamente absoluta e incondicional debido a que un cambio en las condiciones, la transformaria en una nueva oferta y no en simple una aceptación de la propuesta inicial; así, si el contratante decide formular objeciones tendra que realizar una nueva oferta.³⁴⁰

Teniendo en cuenta que la realización de este procedimiento precontractual se lleva a cabo en los ambientes virtuales de Internet usando mecanismos electrónicos, y en razón a la aceptación de los mensajes de datos como instrumentos equivalentes a documentos escritos, se debe aplicar el principio de temporalidad de la oferta, significando esto, que no puede ser indeterminada en el tiempo. Segun las normas generales de nuestro Codigo de Comercio referentes al tema, la oferta que es llevada a cabo por escrito tiene que ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario y el proponente se encuentran en el mismo lugar; de no ser así, se adiciona el término de la distancia³⁴¹. Esto tendra aplicacion siempre y cuando no se especifiquen plazos convencionales.

En cuanto a las normas particulares de contratación electrónica al respecto, la Ley 527 de 1999 ha regulado este tema para contratos celebrados en medios electrónicos, dándole preponderancia a la consensualidad, y a falta de acuerdo se acude a normas supletivas para establecer los momentos de comunicación de la oferta y la aceptación, para lo cual las normas prevén una prueba de recibo por medio de toda comunicación del destinatario, automatizada o no, y todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos³⁴². En cuanto al tiempo de envío de un mensaje de datos se tendrá por expedido en el momento que ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste³⁴³. Y el momento de recepción del mensaje, depende del instante en el cual el mensaje electrónico de datos entre al sistema del destinatario previamente designado y si ingresa a otro, la recepción se dará en el momento que el mensaje sea recuperado. Además para la aceptación de la oferta o propuesta, ésta deberá ser comunicada de manera efectiva al otro contratante, pero tal comunicación puede ser llevada a cabo no solo por un mensaje de datos electrónico, sino también por cualquier otro medio que se prevea convencionalmente o incluso se entenderá hecha por la conducta del destinatario que haga indicar de manera inequívoca su consentimiento³⁴⁴.

³⁴⁰ GECTI. “Comercio Electrónico” Op cit, pág. 49.

³⁴¹ Código de Comercio Colombiano, artículo 851.

³⁴² Ley 527 de 1.999, artículo 20.

³⁴³ Ibid, artículo 23.

³⁴⁴ GECTI. “Comercio Electrónico” Op cit pág. 50.

Igualmente debemos observar que en materia de contratación electrónica, utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación en los ámbitos comerciales, la mayoría de los contratos en el marco de la prestación de bienes y servicios a través de Internet, que se realizan entre las empresas virtuales y sus usuarios o consumidores no implican un tedioso y complejo proceso para la expresión y formación del consentimiento contractual en aras de celebrar un contrato, pues estos se llevan a cabo entre el cibernauta y una maquina manejada por una aplicación de software programado para tal efecto, donde prácticamente no hay intervención humana por parte de la E.V. en el momento de la celebración del acuerdo, y el usuario expresa su voluntad dando “click” en un vínculo o link de una pagina Web en la cual el servidor procesara la información en un mensaje de datos donde tal acción dará por entendido que el usuario acepta todos los términos y condiciones extendidos por la E.V. para la prestación del bien o servicio y se crea un acuerdo el cual las dos partes deben cumplir, método que ha sido reconocido como completamente valido para expresar el consentimiento y generar obligaciones en el mundo jurídico, por jurisprudencia de países anglosajones.

En los sistemas legales anglosajones como el de los ingleses, la oferta o propuesta suele ser un acto jurídico donde el oferente que invita a contratar tiene un nivel de compromiso mas bajo que en los países de corriente de Derecho Romano, por lo cual una oferta formulada a un posible contratante puede ser modificada por el proponente antes que sea aceptada por su destinatario, permitiéndose la revocación. Igualmente el acto de aceptación, puede ser realizado invocando condicionamientos sin que ello implique una nueva oferta. Bajo ésta corriente anglosajona se considera que existe una oferta cuando una persona razonable puede llegar a esa conclusión por el simple contenido de la misma, sin importar la intención real del oferente, por lo cual en el marco del comercio electrónico y la contratación, se debe ser muy cuidadoso en el contenido de las páginas Web donde se anuncien bienes o servicios a los cibernautas así estos sistemas legislativos sean muy laxos con el nivel de compromiso de los oferentes. Igualmente debemos decir que bajo esta perspectiva la gran cantidad de contratos llevados a cabo a través de Internet se consideran comunicaciones directas, donde estos quedaran formados al momento en que el oferente reciba la aceptación de la oferta. Además cabe anotar que no se considera que existan intermediarios o agentes en la realización de los contratos en Internet por el hecho de que todo mensaje electrónico de datos llevado a cabo por este medio, deba pasar o ser transmitido por varios servidores de distintas empresas para llegar a su destino final, pues esta es la forma natural como funciona Internet³⁴⁵.

En el sistema alemán de contratación, el oferente o proponente queda absolutamente comprometido en su responsabilidad por las ofertas realizadas, pues éste no tiene el derecho de revocarla, y si lo hiciera, tal revocación no tendrá ningún efecto jurídico, sistema de

³⁴⁵ Ibid, pág. 51

amplia responsabilidad que llevaría a altos niveles de compromiso en el marco de los contratos y el e-commerce en el ciberespacio³⁴⁶.

En la legislación colombiana al respecto del tema, prevista en el Código de Comercio, se prevé un nivel de compromiso intermedio donde el oferente no podrá retractarse de la propuesta que realice una vez comunicada so pena de indemnizar perjuicios precontractuales al otro contratante, aunque podrá retirarla siempre y cuando no sea aceptada dentro del termino previsto para ello³⁴⁷. Esta perspectiva de esta fase de la contratación talvez sea la más razonable en su aplicación tanto en los negocios tradicionales como en los realizados por los mecanismos tecnológicos que nos brinda Internet.

Debemos anotar en este punto, que bajo la perspectiva de nuestro Derecho colombiano muchos de los ofrecimientos de bienes y servicios llevados a cabo en sitios Web de empresas virtuales, podrían no llegar a considerarse como autenticas ofertas, pues una de las exigencias que ésta tiene bajo nuestra legislación, es que debe realizarse a una o más personas determinadas, lo cual no ocurriría en estos casos donde simplemente se hacen ofrecimientos a todo aquel que visite una pagina de Internet sin que sea determinable el destinatario, para lo cual seria mas aplicable las reglas de las denominadas “policitaciones”, previstas igualmente en nuestro ordenamiento mercantil, pues a ellas corresponde lo referente al ofrecimiento de mercancías con indicación de su precio y características que tienen por destino al publico en general.

El Proyecto UNCITRAL de Convención al cual hacíamos referencia en líneas anteriores, para diferenciar entre una autentica oferta y una invitación a contratar, hizo referencia como criterio para su distinción a la intención de la persona que realiza la oferta para obligarse, intención que será útil para determinar en que momento hay una oferta o propuesta, o por el contrario una simple invitación a negociar. Por lo tanto el proyecto estipulo que "la oferta de bienes y servicios a través de un sitio de la red de Internet, ha de considerarse simplemente como una invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación"³⁴⁸.

Pasando a otro punto en el desarrollo de la formación de los contratos, en el marco de los procesos de contratación a través de Internet, existe una particularidad que se presenta en muchos de los contratos realizados entre las E.V. y sus usuarios o consumidores, a la cual ya hacíamos alguna mención en líneas anteriores, referente a que estos son llevados a cabo por medio de lo que se le ha denominado “agentes electrónicos”, es decir, la utilización de

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Código de Comercio colombiano, artículo 846.

³⁴⁸ Convención para la Contratación Electrónica de la United Nations Commission of International Trade Law.

una aplicación de software o programa informático automatizado, previamente programado por una persona, para que bajo su nombre responda o inicie una acción en un medio electrónico, en este caso, para la celebración de un negocio comercial en Internet; lo cual plantea la problemática respecto de la posibilidad de que una máquina manifieste el consentimiento de la E.V. al momento de realizar un contrato con un usuario para la prestación de muchos de los innumerables servicios que se ofrecen en los sitios Web, pues a este medio es que acuden la mayoría de las empresas que desarrollan su actividad comercial al interior de la red de redes³⁴⁹.

Incluso debe observarse que esto no es algo tan nuevo, pues desde los años sesenta con el “Electronic Data Interchange” se comenzó a demostrar que la voluntad y el consentimiento en una transacción comercial pueden expresarse en un agente electrónico. Este sistema constituyó un conjunto coherente de datos, estructurados conforme a normas, para la transmisión de mensajes por medios electrónicos, preparados en un formato capaz de ser leído por un ordenador y de ser procesado automáticamente, con el objetivo de llevar a cabo operaciones económicas entre empresas u otros organismos, con documentos electrónicos eliminando el uso del papel y automatizando el comercio, para que éste se realizara de una manera más eficiente sin necesidad de intervención humana constante³⁵⁰.

Para tratadistas como Chissick y Kelman, bajo legislaciones anglosajonas como la ley inglesa entre otras, existe una tradición de atribuir las acciones que realiza una determinada máquina a la persona que la programa para que ejecute una rutina particular; ante lo cual la responsabilidad en las transacciones por Internet utilizando agentes electrónicos, recae sobre aquellos que programan las funciones de las páginas Web y sus propietarios, en desarrollo de las actividades del comercio electrónico³⁵¹.

En cuanto a estos aspectos referentes a la fase de formación de los contratos, el proyecto UNCITRAL de Convención, preceptuó en cuanto al tipo de comunicación y sus efectos, la aplicación del principio de la neutralidad tecnológica, el cual dice que “La ley debe permanecer neutra en cuanto a los tipos de tecnología y el desarrollo de las mismas, por demás cambiantes en forma constante. La ley no debe inclinarse u orientarse a un tipo de tecnología, ni limitarse a una forma de transmitir los mensajes. Esto es de suma importancia, debido a que no sólo puede excluir tecnologías existentes, sino quedar obsoleta en un período relativamente corto”³⁵², ya que se debe contar con un nivel de flexibilidad que sirva para todo tipo de comunicaciones en el desarrollo del comercio.

³⁴⁹ GECTI. “Comercio Electrónico” Op cit pág. 59.

³⁵⁰ <http://es.wikipedia.org>.

³⁵¹ CHISSICK, MICHAEL and KELMAN, ALISTAIR, “E-Commerce. Law and Practice”, Sweet and Maxwell, Londres, 1.999, pág. 74.

³⁵² OSIO ZAMORA, Miguel "El Comercio electrónico Los Mitos de una Ley sobre la Materia", TPA: Publicaciones y Eventos, Artículos de Opinión, en http://www.tpa.com.ve/art_e_comerce.

En lo que se refiere a requisitos formales, como se puede predicar de la teoría general del acto jurídico y de los contratos, sabemos que estos deben cumplir en los casos que diga la ley con ciertas solemnidades o formalidades para su perfeccionamiento, y por lo tanto para que puedan nacer y tener la aptitud de crear relaciones jurídicas, a lo cual no escapan los contratos realizados en el vasto mundo virtual de Internet.

Algo que normalmente ha separado y diferenciado al Derecho Anglosajón de la corriente del Derecho Romano que sigue nuestro ordenamiento legal, ha sido el grado de importancia que se le suele dar a los requisitos de tipo formal, lo cual no ocurre en el caso de la contratación en desarrollo del comercio electrónico, donde existe consenso sobre la necesidad de que el acto conste por escrito así sea en un mensaje electrónico de datos, y que éste pueda ser accesible posteriormente. Esto se encuentra reflejado tanto en la Directiva Europea como en la ley Colombiana de comercio electrónico al preceptuar que “cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”³⁵³. Lo que establece esta norma se aplica en los casos en que el requisito del escrito se encuentre establecido en cualquier norma legal como una obligación para perfeccionar el acto, como en el caso en que las normas prevean consecuencias jurídicas por el hecho de no constar la información por escrito³⁵⁴.

También existe el requisito formal de la firma, el cual suele cumplirse con la utilización de las denominadas firmas digitales, las cuales en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos, constituyen un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático a un determinado mensaje o documento, lo cual además puede, asegurar la integridad del mensaje de datos. Así como ocurre con la firma autógrafa o manuscrita, puede vincularse a un documento para identificar al autor, para señalar conformidad o disconformidad con el contenido, para indicar que se ha leído o, garantizar que no se pueda modificar su contenido. Esto ayuda a darle más seguridad a las comunicaciones electrónicas realizadas en el ciberespacio³⁵⁵.

³⁵³ Ley 527 de 1.999, artículo 6.

³⁵⁴ GECTI. “Comercio Electrónico” Op cit pág. 59 pág. 62.

³⁵⁵ Ibid.

7.4 LA JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS EN INTERNET

Como puede llegar a resultar obvio, en la actualidad es prácticamente imposible determinar de forma inequívoca, cuales deben ser las normas que se apliquen a la contratación llevada a cabo por Internet de forma internacional; lo que no ocurre si los sujetos se encuentran bajo una misma jurisdicción, caso en el cual es claro que se aplicara la ley del país correspondiente a su ubicación.

Esta problemática ha llevado a que varios juristas de distintas tradiciones jurídicas, hallan formulado determinadas posiciones con el objetivo de tratar de aclarar este punto tan álgido donde se pueden llegar a enfrentar las normas de los distintos países, pues como ya lo hemos repetido constantemente a lo largo de éste estudio, el Derecho tiene límites y fronteras que Internet no tiene. Y en este punto, como suele ocurrir con todos los fenómenos a los cuales la ciencia jurídica se enfrenta, existen posiciones extremas, así como teorías intermedias que buscan proponer una solución a la determinación de la normatividad a aplicar en los negocios realizados en Internet.

Ya desde los comienzos de la década de los noventa, con el nacimiento de Internet, en Estados Unidos varios juristas comenzaron a expresar sus posturas sobre el tema de la ley y jurisdicción aplicable a los contratos realizados por medio de redes de tipo informático. Claro, cada vez que el acceso a Internet fue creciendo esta problemática también adquirió mayor importancia, y con elló la necesidad de encontrar una solución para evitar posibles conflictos en el marco del e-commerce desarrollado por las empresas en Internet. Surgieron varias posturas que se pueden agrupar en tres diferentes perspectivas sobre el tema y que pasaremos a observar brevemente a continuación³⁵⁶.

La denominada tesis de la “no intromisión” considera al conjunto de redes que conforman Internet como una especie de espacio virtual, el cual no tiene fronteras geográficas, que debe ser regulado por los gobiernos de los distintos países de la menor forma posible, es decir, abstenerse de emitir normas al respecto salvo en aspectos muy básicos, ya que por la naturaleza propia de Internet, esta no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado puede investirse de facultades de dominio y control sobre los actos y acontecimientos que se suscitan en éste mundo virtual. Para juristas estadounidenses como David Johnson y David Post, el tema de la jurisdicción y ley aplicable a la contratación en estos entornos electrónicos no debe complicarse asumiendo posiciones en las cuales los Estados deban regular y controlar, pues aunque los límites físicos para el ejercicio de la soberanía de los Estados pueden ser basados en espacios geográficos y otras consideraciones jurídicas,

³⁵⁶ OBANDO P., JUAN JOSÉ, “Los Contratos Electrónicos y Digitales”, en <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/20.pdf>, pág. 23

deben también tomarse en cuenta aspectos lógicos para determinar las bases legales bajo las cuales un gobierno pueda emitir normas vinculantes para una sociedad³⁵⁷.

Esta posición ha sido muy atacada, pues les quitaría a los Estados su facultad de regulación y control en los entornos electrónicos a su vez que dejaría a los particulares con un excesivo poder de autorregulación de sus relaciones jurídicas en el ciberespacio. Para algunos esta posición liberal crea un nuevo paradigma jurídico, donde se muestra la visión del Derecho como un mecanismo en que la creación y aplicación de las normas por parte de los particulares, está por encima de las concebidas por entidades gubernamentales centralizadas. Inclusive desde esta perspectiva, se ha esgrimido que así la operación o acto comercial fuera realizado por individuos físicamente localizados en un mismo ámbito territorial, la transacción se consideraría por sí sola como extranacional, sin que pudiera ser regulada por los gobiernos, sino por los mismos usuarios, algo que le daría una excesiva libertad a las personas en el ejercicio de su autonomía privada³⁵⁸.

La otra cara de la moneda respecto de este tema la constituye la tesis de la “intervención estatal”, la posición contraria a la anterior, la cual argumenta que el ciberespacio no es más que un nuevo medio de comunicación como el teléfono o el fax, y al igual que los demás, debe y puede ser regulado por los distintos Estados del mundo. Esta posición de intervención ha sido aplicada en varios estados de los Estados Unidos, como es el caso de Illinois y Texas, lo cual denota que en algunos lugares existe una tendencia a considerar al mundo digital de Internet como un medio más de comunicación, al cual cada gobierno puede aplicarle su propia legislación, e incluso a nivel interno regularlo por las diversas jurisdicciones existentes en una misma nación, como ocurre en el caso de los países federales como Estados Unidos, donde concurren diversas legislaciones internas en cada estado federado. Para esta posición intervencionista, la contratación realizada en el ciberespacio entre todas las empresas que actúan en el mundo de Internet y sus usuarios o consumidores, no requiere normas especiales sino que simplemente cada Estado aplicara sus normas generales de obligaciones y contratos para regular los negocios realizados en los medios electrónicos.³⁵⁹

Las teorías intermedias o eclécticas están conformadas por posturas de diversos autores, que han determinado algunas consideraciones de lo que representa el álgido tema de la jurisdicción de los actos jurídicos realizados en Internet. Ésta posición se compone de muchas manifestaciones juristas que, no han ido a posiciones extremas, y definen características importantes para la regulación de Internet, las cuales se deben observar dependiendo de cada acto en específico. Estas teorías, en resumen, promulgan que los distintos Estados sí pueden controlar y regular las actividades realizadas en Internet, pero

³⁵⁷ Ibid, págs. 23 y 24.

³⁵⁸ Ibid, pág. 26

³⁵⁹ Ibid, págs. 26 y 27.

solo respecto de lo que atañe a los efectos sobre su territorio y sus habitantes, pues este es el campo de alcance que tiene el poder regulador de cada Gobierno, sin que sus controles puedan afectar situaciones o derechos que no se encuentren en dicho ámbito.³⁶⁰

Debemos igualmente señalar que en el año 2.007, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), promulgó la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”, un compendio normativo, destinado a establecer una regulación uniforme para la realización de todo contrato que se realice por medios electrónicos, en que las partes se encuentren en distintos Estados, sin importar si son actos mercantiles o civiles, pero que su aplicación es meramente potestativa.

³⁶⁰ Ibid, págs. 28-30.

8. LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS VIRTUALES

8.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Quizá el mayor problema para la Ciencia Jurídica derivado del avance implacable de Internet, sea la falta de un marco regulatorio adecuado y uniforme, que pueda llegar a regular la actividad de los entes empresariales en desarrollo de su labor comercial realizada en todo el mundo. Esta problemática, deriva del hecho de que Internet es un conjunto de redes abiertas de cobertura global, que no distingue fronteras geográficas, ni mucho menos sistemas jurídicos, haciendo que las relaciones sean casi imposibles de regular. Este aspecto es quizás bastante paradójico, pues lo que resulta en una ventaja para la diseminación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, es un problema para el Derecho, pues entre mas se expanda y aumente el nivel de acceso a Internet a nivel mundial, la Ciencia Jurídica tiene cada vez mayores inconvenientes al enfrentarse a estos fenómenos, pues en ésta carrera evolutiva la Tecnología no tiene los límites ni las barreras que tiene el Derecho.

Esto obviamente llega a tener diversas significaciones en lo que respecta al mundo de la economía del mundo virtual; para algunos comerciantes y empresarios de los entornos digitales y para aquellos defensores de la no-regulación de los fenómenos de Internet resulta propicio que no existan regulaciones que entorpezcan la realización de los negocios en los entornos virtuales, para que tenga mayor preponderancia la libertad empresarial y la autonomía de la voluntad privada; por su parte para los defensores de la necesidad del control estatal, es un problema y una inseguridad para las relaciones jurídicas en los medios electrónicos la falta de claridad sobre las regulaciones aplicables.

La regulación de las actividades comerciales en general y de la actividad empresarial en particular al interior del vasto mundo económico de Internet, ha tenido diversas variantes desde varias perspectivas, como las que veremos a continuación.

La nueva Lex Mercatoria: Es un relativamente nuevo mecanismo de regulación, que nace basado en la existencia de diversas entidades de tipo económico a nivel privado, tales como las grandes corporaciones y las multinacionales, que actúan de forma independiente a los Estados, pues auto-regulan sus diversas relaciones jurídicas, con fundamento en el denominado principio de la autonomía de la voluntad, base del Derecho Privado, donde los gobiernos de tinte neoliberal y defensores de estas posturas, se abstienen de regular, salvo con preceptos exclusivamente destinados a la protección de los consumidores y usuarios. Algunos claros ejemplos de este tipo de autorregulación son las constituidas por los contratos internacionales que recogen un uso repetitivo general y abstracto ante

determinadas situaciones configurándose en una costumbre, el arbitraje que se produce a nivel internacional y los acuerdos internacionales de intercambio EDI; claro aunque este tipo de autorregulaciones no tendría un consenso mundial.³⁶¹ Esta forma de regular talvez se parecería a aquel proceso que sufrirían las actividades mercantiles en aquellas épocas de la edad media, en la cual el comercio apenas comenzaba a situarse como una actividad profesional de altas proporciones, donde al principio los propios comerciantes se autorregulaban en sus distintas actividades por medio de los acuerdos y costumbres que surgían y se hacían repetitivos y reiterados en el tiempo.

Los Tratados Bilaterales y Multilaterales: Los distintos Estados del mundo son sujetos del Derecho Internacional Público en base a su poder de imperium y su soberanía sobre un territorio, lo cual les permite siguiendo las reglas del Derecho de los tratados, celebrar acuerdos entre ellos, creando marcos normativos que regulen ciertas situaciones o fenómenos de los cuales se desprendan un conjunto de derechos y obligaciones internacionales, por medio de convenios de carácter bilateral (en el caso que sea entre dos Estados) o multilateral (en el caso que sea entre varios Estados); mecanismo que puede utilizarse para establecer regulaciones sobre el tema de las actividades económicas en los entornos electrónicos.³⁶² Claro está que ante un incumplimiento o diferencia, puede surgir uno de los eternos problemas del Derecho Internacional, el cual es la no-existencia de una autentica autoridad superior que tenga el poder de obligar a cumplir la normatividad, lo cual desembocaría en que se produzca solamente una responsabilidad internacional de tipo social, donde los Estados más fuertes política y económicamente tomarían represiones contra los Estados mas débiles, sin que exista una verdadera coerción al cumplimiento de las normas que pueda abarcar a todos los Estados por igual.

El Derecho Uniforme Transnacional: Este tipo de regulación estaría conformado por todos aquellos textos fruto del trabajo de determinadas organizaciones internacionales (la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la UNCITRAL, etc.) que se dedican al estudio de éste tipo de temas, a través de comisiones especiales, buscando mecanismos que faciliten las relaciones comerciales entre los Estados. Una de las tareas de estas comisiones es la creación de lo que se denomina “el Derecho Uniforme”, para tratar de evitar las discrepancias o problemáticas que se presenten entre los sistemas jurídicos de los diversos países, en el marco de propender por la facilitación de la economía a nivel mundial y armonizar dentro de lo posible las legislaciones de los Estados.³⁶³ De los estudios y trabajos de estas organizaciones se busca encontrar soluciones que sean equitativas para la mayoría de los países, y tratar de establecer un sistema normativo de carácter supraestatal, que ayudara a la regulación o determinación de

³⁶¹ RAMOS SUÁREZ Fernando “Leyes que gobiernan Internet y normativas legales a aplicar en un entorno donde no existen fronteras geográficas”, en <http://www.secretosenred.com>.

³⁶² Ibid.

³⁶³ Ibid.

normativa a aplicar en las relaciones internacionales, como son las que se llevan a cabo al interior de los entornos virtuales de Internet.

El denominado “Derecho Uniforme” es considerado como el mecanismo más efectivo que tiene el Derecho Internacional para regular éste tipo de temas, pero como es obvio, al existir siempre conflictos de intereses entre los distintos Estados, estos se tornan reservados o desconfiados al momento de aplicar o adoptar una misma normatividad que rija la actividad empresarial dentro de las compañías a nivel internacional, pues se cree que existen culturas empresariales y de mercado muy distintas y cambiantes en los diferentes países del mundo. A pesar de ello los organismos internacionales insisten en que se debe tratar de adoptar en cada respectivo sistema jurídico una ley de contenido internacional, utilizando una técnica legislativa llamada "soft law", la cual consiste en la creación de una Ley Modelo para a partir de ella proceder a la unificación del Derecho, de manera que las distintas legislaciones tomen las bases, principios y reglas generales que emanan de su contenido, debido a la necesidad de que el Derecho aplicable a estas actividades sea uniforme. Esta técnica legislativa a pesar de tener mucha fuerza, siempre depende de la voluntad de cada Estado si acata o no las directrices establecidas por las organizaciones internacionales.³⁶⁴

El Derecho Comunitario: Para superar las barreras del llamado “Derecho Uniforme” aparecen las organizaciones supranacionales a las cuales los Estados de una respectiva región del mundo, ceden parte de sus potestades, como la potestad de regulación, siendo el más claro ejemplo de ello la Comunidad Europea, la cual puede expedir normas que obliguen y sean vinculantes para todos sus miembros. Este Derecho de tipo comunitario derivado de las Directivas y reglamentos, sirven como importantes fuentes legislativas, que todos los gobiernos deben acatar, respetar y aplicar en su Derecho interno y en sus relaciones con los demás países miembros de la comunidad. Las directrices de la Unión europea vuelven uniforme la legislación de los Estados conformantes, siendo esto un factor que facilita en gran medida las relaciones y actividades mercantiles, entre ellas, las realizadas al interior del ciberespacio, siendo quizá el mejor marco regulatorio existente en la actualidad para regular estos fenómenos.³⁶⁵

Como ya pudimos observar en un capítulo anterior del presente estudio, cuando veíamos los aspectos generales de nuestra figura objeto de análisis, no existe en Colombia un marco normativo destinado a regular a las empresas que desempeñan su actividad económica organizada en el mundo virtual de Internet, ante lo cual simplemente se les llega a aplicar las normas generales del Código de Comercio de las empresas tradicionales. Esto por la poca importancia que puedan tener estas figuras relativamente nuevas en un país en vías de desarrollo como el nuestro, talvez porque no se considere necesaria una normatividad

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid

especial que regule la actividad de estos entes, o quizá por considerarse suficientes las normas de la ley 527 de 1.999 a las cuales hacíamos referencia, a pesar de que muchos consideran que esta ley no llega a ser ni siquiera una verdadera normatividad sobre comercio electrónico.

En el último capítulo de éste análisis, pasaremos a observar un compendio normativo, que quizá sea lo más cercano en el mundo de tradición del Derecho Romano, a una regulación destinada exclusiva y directamente a las empresas que actúan al interior de Internet, en el marco del desarrollo de su actividad económica prestadora de bienes y servicios en los entornos digitales. Esta normativa a la que hacemos referencia es la denominada Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) expedida en España en el año 2.002 en base a las directrices de la Directiva del Parlamento Europeo de 8 de Junio del año 2.000, un compendio normativo muy polémico, que ha sido calificado por sus detractores como un excesivo control estatal a las actividades realizadas al interior de Internet, mientras que para sus creadores es un marco jurídico necesario para que se puedan llevar a cabo al interior de la red de redes las actividades comerciales con claridad en los derechos y obligaciones que de éstas se desprenden.

8.2 LA LEY ESPAÑOLA DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO

En desarrollo del Derecho Comunitario al cual hacíamos referencia, el parlamento europeo expidió la Directiva 2000/31/CE de 8 de Junio del año 2.000 buscando conciliar y unificar las legislaciones de los países miembros de la Comunidad Europea en torno al tema de la economía desarrollada al interior del ciberespacio, ante lo cual en España se expidió en base a ésta normatividad la Ley 34 de 11 de Junio de 2.002 (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico LSSICE) , la cual busco desarrollar las directrices establecidas por la comunidad europea respecto del tema.

El impulso que llevó a la Comunidad Europea a expedir dicha directiva viene constituido por la acelerada expansión de las denominadas “redes de telecomunicaciones”, en especial Internet, pues tales mecanismos electrónicos entran a formar un medio de transmisión e intercambio de gran cantidad de información, que cada día adquiere mayor relevancia en la vida de las personas. La incorporación de estas tecnologías en la vida de los individuos llega a una perspectiva económico-social que ofrece diversidad de ventajas, entre las cuales la Directiva resalta la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Al estar una red global como Internet en la actualidad tan compenetrada en el mundo económico, surgen algunas problemáticas desde el punto de vista jurídico, que la normativa busca aclarar para dar una mayor seguridad en desarrollo del comercio digital. La regulación como objetivo último quiere dotar a Internet de las mismas garantías legales de las que goza el “mundo

real”, haciendo que la economía en el mundo electrónico tenga la misma validez que la realizada fuera de Internet y los distintos “actores” de la Red como proveedores de acceso a Internet , empresas virtuales, medios de comunicación y particulares cuenten con los mismos derechos que tendrían en el marco de la economía tradicional; pero claro, reconociendo y tomando en cuenta todas las particularidades tecnológicas que se derivan del mundo digital.

En base a ello en España se promulgo la LSSICE, la cual pretende partir de la aplicación a las actividades llevadas a cabo por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocuparse de aquellos aspectos que por su novedad o por las peculiaridades tecnológicas que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por legislaciones generales.

La Ley va dirigida a aquellos entes que realizan actividades económicas al interior de las redes de telecomunicaciones, en especial Internet, entendiéndose por tales los que denomina la normatividad como prestadores de servicios de la sociedad de la información (todo servicio prestado a título oneroso o no remunerado a distancia, por vías electrónicas a petición de los usuarios, y que constituya una actividad económica), lo cual incluye tanto a empresarios como a cualquier comerciante que desarrolle su actividad mercantil en estos entornos digitales.

Su objeto es la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios³⁶⁶. La normativa se dirige especialmente a aquellos entes que se dedican en los medios electrónicos a alguna de las siguientes actividades económicas: la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el suministro de información por vía telemática, el envío de comunicaciones comerciales, las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento de los sitios Web en servidores de información, aprovisionamiento de servicios o aplicaciones como instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, la distribución de videos bajo demanda, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios y consumidores del ciberespacio, siempre que tal actividad constituya una labor económica para el prestador que la realiza. Estos servicios son normalmente ofrecidos por las empresas virtuales tales como los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales virtuales de Internet,

³⁶⁶ Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículo 1.

los prestadores de motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en la Web por medio del cual preste un bien o servicio a los usuarios.³⁶⁷

En los artículos sexto y séptimo se recogen dos principios que se consideran de gran importancia para la realización de actividades económicas al interior de Internet, el principio de la no-sujeción a autorización previa y el principio de la libre prestación de servicios, los cuales indican que la prestación de servicios de la sociedad de la información no se encuentran sujetos a autorizaciones previas y se desarrollarán bajo un régimen de libre prestación de servicios, de manera que cualquier persona pueda entrar al mundo de la actividad empresarial al interior de los entornos electrónicos, claro está, esto puede restringirse en caso que se realicen actividades que atenten contra el orden publico.³⁶⁸

Las restricciones a la prestación de bienes y servicios en los medios electrónicos, pueden aplicarse solo en aquellos casos en que un determinado servicio de la sociedad de la información brindado por un ente empresarial o un comerciante, atente o pueda atentar contra las investigaciones penales, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de la salud pública o de las personas naturales que tengan la condición de consumidores o usuarios, el respeto a la dignidad de la persona o la protección de la juventud y de la infancia.

Los comerciantes virtuales deben efectuar la anotación del nombre o nombres de dominio de Internet que correspondan al prestador de servicios en el respectivo Registro Público para la adquisición de personalidad jurídica o para simples efectos de publicidad, con el objetivo de garantizar que la vinculación entre el comerciante prestador de servicios en Internet, su establecimiento físico y su “establecimiento virtual” o localización en la red, que proporciona su dirección de Internet, sea fácilmente accesible para cualquier usuario y las autoridades publicas; Obligación que no es necesaria si el comerciante o empresario ya ha efectuado dicho registro por realizar otras actividades mercantiles en medios tradicionales.³⁶⁹

Según el artículo 10 de la ley, los prestadores de bienes y servicios de la sociedad de la información (empresarios virtuales), están obligados a disponer de los medios que sean necesarios para permitir, tanto a los usuarios de los servicios como a la administración publica, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a una serie de información, la cual detallamos a continuación:

³⁶⁷ Exposición de motivos y anexo de la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002.

³⁶⁸ Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículos 6 y 7.

³⁶⁹ Exposición de motivos de la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002.

- Su nombre o denominación social, su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en territorio español, su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer una comunicación directa y efectiva.
- Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil a los que hicimos referencia.
- Los datos de la autorización administrativa y del órgano encargada de su supervisión, en el caso que su actividad comercial requiera autorización previa.
- Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.
- El número de identificación fiscal (lo que en Colombia se conoce como el NIT).
- Información clara y exacta sobre el precio de los productos o servicios que se ofrezcan, indicando si incluyen o no los impuestos y los gastos de envío hasta la residencia del usuario.
- Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.

La obligación de facilitar esta información se considera cumplida, si el prestador de bienes y servicios incluye en su página o sitio de Internet todos estos datos en las condiciones que acabamos de mencionar.

Los operadores de redes, los proveedores de accesos y los prestadores de servicio de alojamiento (es decir todos aquellos entes cuya actividad comercial es permitir el acceso a Internet, la transmisión de datos por sus redes, y el alojamiento de datos en el ciberespacio) deben retener los datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas por un período de tiempo relativo a 12 meses; siendo necesaria toda aquella información requerida para llevar a cabo una identificación y localización de las computadoras terminales empleadas por los usuario para la transmisión de la información, y respetando en todo momento el secreto de las comunicaciones. La finalidad de tal precepto, es facilitar una futura utilización de estos datos en el marco de una investigación de tipo penal, y la salvaguarda de la seguridad pública. Una norma de este tipo busca hacer más simple la búsqueda y puesta a disposición de la justicia, de los criminales de la red, como los piratas informáticos y los phishers a los cuales hacíamos referencia en capítulos anteriores.³⁷⁰

³⁷⁰ Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículo 12.

Igualmente, los prestadores de servicios de intermediación³⁷¹ deben colaborar para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o se retire de un sitio Web, determinados contenidos en caso de que un órgano estatal judicial o administrativo competente lo ordene, ante lo cual el empresario requerido debe suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación de datos electrónicos³⁷²; lo cual para los detractores de ésta normatividad parece un control excesivo para las actividades realizadas en los medios electrónicos.

En el artículo 13 se enuncia que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a una responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, y según las reglas particulares enunciadas en esta normatividad, las cuales son en resumen, las siguientes:

Los operadores de redes y proveedores de acceso no son responsables de la información que transmitan en ejercicio de su actividad, a no ser que originen la transmisión, modifiquen los datos o seleccionen los datos o a sus destinatarios.³⁷³

Los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, no son responsables del contenido de los datos electrónicos ni de la reproducción temporal de los mismos siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos: no modificar la información, permitir el acceso sólo a los destinatarios que cumplen con los requisitos impuestos por el destinatario cuya información se solicita, respetar las normas generalmente aceptadas por el respectivo sector económico, no interferir en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada por su sector, y retirar la información que hayan almacenado o no permitir su acceso cuando tengan el conocimiento efectivo de que esta información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que se ha imposibilitado el acceso a ella, o que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir su acceso.³⁷⁴

Los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos son responsables de la información almacenada en sus servidores a petición de los destinatarios, siempre que tengan conocimiento de que la actividad o la información comunicada es ilícita, o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y no actúen con la diligencia debida para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.³⁷⁵

³⁷¹ Servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información (Anexo de la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002).

³⁷² Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículo 11.

³⁷³ Ibid, artículo 14.

³⁷⁴ Ibid, artículo 15.

³⁷⁵ Ibid, artículo 16.

Los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda son responsables de la información que faciliten o de los instrumentos que pongan a disposición de los usuarios, siempre y cuando tengan conocimiento de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan en su sitio Web es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y no actúen con la diligencia debida para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.³⁷⁶

Estas normas van encaminadas a dar claridad sobre las obligaciones y responsabilidades de aquellos proveedores o prestadores de servicios que realizan actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en Internet, para imponer a tales prestadores un deber de colaboración que impida que determinados servicios o contenidos ilícitos se divulguen en los sitios Web. La responsabilidad jurídica que se deriva del incumplimiento de estas normas tiene efectos en los campos civil, penal y administrativo según los bienes jurídicos afectados.³⁷⁷

En lo que respecta a comunicaciones comerciales y ofertas promocionales realizados en los entornos electrónicos por los comerciantes virtuales, como principio general se estableció la prohibición de enviar comunicaciones de tipo publicitario o promocional, sin que previamente el usuario haya autorizado expresamente su envío³⁷⁸; lo cual busca evitar el tan conocido spam³⁷⁹ o correo basura, que bombardea las cuentas de correo electrónico de los cibernautas con infinidad de promociones comerciales no solicitadas. En el caso que este tipo de comunicaciones comerciales sean solicitadas por usuarios o consumidores, deben cumplir una serie de requisitos³⁸⁰:

- Indicar claramente que solamente es publicidad.
- Enunciar a la persona, natural o jurídica, en nombre de la cual se realizan los mensajes, para de esta manera conocer su emisión.
- En caso que se recabe la dirección de correo electrónico de una persona, en un proceso de contratación “on-line” (como la contratación en una pagina Web para la prestación de un

³⁷⁶ Ibid, artículo 17.

³⁷⁷ Exposición de motivos de la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002.

³⁷⁸ Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículo 21.

³⁷⁹ El spam, correo basura o sms basura, es la denominación que se le da a los mensajes no solicitados, habitualmente de tipo publicitario, enviados en cantidades masivas que perjudican de una u otra manera al receptor. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es la basada en el correo electrónico (<http://es.wikipedia.org>).

³⁸⁰ Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículos 20, 21 y 22.

bien o servicio), y se desee utilizar para el envío de comunicaciones comerciales, antes de terminar el procedimiento de contratación, se debe informar al usuario de la intención de utilizar su dirección de correo con estos fines, así como, solicitar su consentimiento para el envío de estas comunicaciones.

- Los empresarios deben establecer mecanismos simples y gratuitos para que los consumidores o usuarios puedan revocar su consentimiento de recibir comunicaciones comerciales. Así mismo, deben facilitar la información sobre los procedimientos de revocación del consentimiento.

- En el caso de que se realicen ofertas promocionales, se debe indicar que se trata de una oferta de este tipo y debe enunciarse de forma clara e inequívoca las condiciones de acceso y de participación a las mismas.

En cuanto a la contratación en Internet, la ley otorga plena validez y eficacia a los contratos celebrados de forma electrónica, los cuales están sujetos a los principios y normas generales de la legislación civil y comercial, respecto de requisitos de existencia y validez, debiendo respetar las normas de protección de los consumidores y usuarios, las normas de ordenación de la actividad comercial y los demás preceptos reguladores de los contratos. Igualmente se preceptúa que cuando una norma exija que un contrato o cualquier información que se relacione con él deba constar por escrito, ésta exigencia se entiende cumplida en los contratos realizados en los medios virtuales, si el contrato o alguna de sus informaciones se recogen en un soporte de tipo electrónico, para de esta manera facilitar su posterior consulta, pues dicho soporte es una plena prueba en un posterior litigio para la prueba del contrato. Así mismo, las partes de una relación contractual electrónica pueden llegar a pactar que un tercera parte confiable, almacene las declaraciones de voluntad que se recogen en sus contratos³⁸¹. Y en lo que respecta a los contratos, negocios o actos jurídicos, en los que la ley determina para su validez o para la producción de determinados efectos, la forma documental pública (escritura pública), o que requieran la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores o alguna otra autoridad pública, se debe realizar estas solemnidades según las normas civiles generales.³⁸²

Cuando se celebren los contratos con los consumidores y usuarios en los medios electrónicos, de manera previa a que estos manifiesten su voluntad (como en el caso de los contratos celebrados en los portales de Internet), se deben cumplir una serie de requisitos por parte de los empresarios, para dar claridad a los usuarios sobre sus derechos y obligaciones al momento que estos decidan contratar. Tales requisitos se traducen en informar de una manera clara, comprensible e inequívoca los pasos que deben seguirse para la contratación electrónica, si se archivara el documento electrónico en el que se formalice el contrato y si tal documento va a poder ser accesible, los medios técnicos que el

³⁸¹ Ibid, artículo 25.

³⁸² Ibid, artículo 23.

consumidor dispone para identificar y corregir errores en la introducción de datos en el proceso de contratación, la lengua en que se puede formalizar el contrato, y poner a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación, pues recordemos que en la prestación de bienes o servicios entre empresas y usuarios se utilizan los contratos de adhesión a condiciones preestablecidas.³⁸³

Destaca precisamente de esta normatividad, su afán por proteger los intereses de todos los consumidores y usuarios del ciberespacio, de manera que éstos puedan gozar de garantías suficientes al momento de contratar un bien o servicio por Internet. Por ello la ley impone a los empresarios virtuales la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a todo individuo que visite su sitio en Internet, el deber de informar a los destinatarios sobre los precios de sus servicios y la de permitir a éstos observar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se somete al contratar, proceso en el cual deben ser guiados con toda claridad.³⁸⁴ De tal manera, que el empresario entra a tener una gran responsabilidad al velar por que los consumidores de Internet tengan claridad sobre las actividades que lleven a cabo cuando se encuentren un portal de Internet, y se dispongan a adquirir cualquiera de las diversas gamas de productos que se ofrecen en la red.

Respecto de la salvaguarda de todos los preceptos contenidos en está regulación, la ley consagra un mecanismo judicial denominado la “acción de cesación” que podrá ejercitarse para hacer cesar la realización de conductas contrarias a la misma, que vulneren los intereses de los consumidores y usuarios, pues se considera que estos intereses son colectivos. La finalidad principal de esta acción es obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en una conducta contraria a estas normas o que se le prohíba una conducta o actividad contraria a la ley.

Para facilitar el control estatal los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar a las autoridades publicas toda la información y colaboración que sea precisa para el ejercicio de sus funciones de vigilancia; e igualmente, deben permitir a sus agentes o al personal inspector el acceso a sus instalaciones y la consulta de cualquier documentación relevante para las actividades de control³⁸⁵. Además, en España al existir un ministerio dedicado exclusivamente a los temas tecnológicos, denominado “Ministerio de Ciencia y Tecnología”, este entra a controlar el cumplimiento por parte de los comerciantes y empresarios del mundo virtual, de las obligaciones establecidas en esta normativa, en todo lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información.³⁸⁶

³⁸³ Ibid, artículo 27.

³⁸⁴ Exposición de motivos de la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002.

³⁸⁵ Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Junio de 2.002, artículo 36

³⁸⁶ Ibid, artículo 35.

El artículo 33 además ofrece la posibilidad de que los usuarios o consumidores y los comerciantes y empresarios prestadores de bienes y servicios en los medios electrónicos, puedan dirigirse a diferentes entidades publicas, para conseguir información sobre sus derechos y obligaciones, informarse acerca de procedimientos de resolución de conflictos, así como conseguir datos de otras entidades públicas o privadas donde puedan obtener información adicional o asistencia práctica respecto de estos temas de la economía del mundo digital³⁸⁷.

Finalmente, se establece una especie de régimen sancionador proporcionado, para disuadir a los prestadores de servicios del incumplimiento de lo dispuesto en la normatividad haciendo una graduación de las sanciones proporcional al volumen de la empresa, la gravedad de la falta y a la reincidencia del acto ilícito. De esta manera las infracciones³⁸⁸ pueden ser:

- Muy graves: Incumplimiento de mandatos de autoridades estatales respecto de restricciones a la prestación de servicios que sean ilegales, o no retener los datos del tráfico electrónico, o usarlos para fines distintos de los estipulados en la ley.
- Graves: El envío masivo de publicidad por correo electrónico, no informar de forma adecuada a los usuarios de las condiciones de los contratos al celebrarlos, y la resistencia a la inspección de los funcionarios públicos competentes.
- Leves: No inscribir los nombres de dominio en el registro público mercantil, no publicar los datos de identificación y actividad del servicio, no identificar claramente la publicidad, y no facilitar información sobre el procedimiento de contratación.

³⁸⁷ Ibid, artículo 33.

³⁸⁸ Ibid, artículo 38.

CONCLUSIONES

En el presente estudio se ha analizado uno de los entes empresariales más importantes y revolucionarios que han surgido en el último tiempo, el cual llega a constituir una novedosa forma de llevar a cabo actividades comerciales, en un mundo económico virtual donde no existen fronteras, más que las impuestas por la tecnología y la imaginación de los seres humanos, lo que a su vez representa una ventaja enorme para el desarrollo del comercio, y por supuesto para la generación de riqueza.

Al observar con detalle los elementos que estructuran la base fundamental de las empresas tradicionales, pudimos contrastar las características de éstas, con los rasgos particulares y bastante singulares que poseen las empresas virtuales, y así poder ver claramente las similitudes y diferencias fundamentales entre los entes que desarrollan su actividad económica organizada en forma tradicional y aquellas que actúan principalmente en los medios virtuales de Internet.

Se pudo dilucidar con claridad como el avance acelerado y estrepitoso de las tecnologías, en especial aquellas relacionadas con la información y la comunicación, fueron determinantes y decisivas, para que nuestra figura objeto de estudio pudiera nacer y desarrollarse, pues si los fenómenos tecnológicos ocurridos durante la segunda mitad del siglo XX no se hubieran presentado, no existiría Internet y las empresas virtuales nunca habrían visto la luz.

Al analizar los tres pilares sobre los cuales se fundamenta la actividad empresarial, en el marco de las empresas virtuales, se pudieron dilucidar una gran cantidad de características particulares y peculiares que las componen, es decir, vimos claramente que el factor subjetivo (el empresario) y el factor objetivo (estático y dinámico), presentan una serie de elementos muy interesantes desde el punto de vista jurídico en contraste con su aspecto técnico.

Las empresas virtuales han marcado una fuente para la creación de formas novedosas de organizar un ente empresarial, así como para la concepción de nuevos negocios y actividades mercantiles que amplían la gama de bienes y servicios que un consumidor puede llegar a adquirir, pues la reciente economía digital fundada por las E.V., crea nuevos mercados que ahora tienen la característica de ser virtuales, donde se pueden conseguir productos que nadie se hubiera imaginado que podrían llegar a existir hace solo veinte años.

Se pudo observar como es perfectamente posible que una empresa de Internet, pueda configurar un establecimiento de comercio de carácter virtual con todos y cada uno de los elementos que lo conforman según nuestra legislación, para de ésta manera matizar como se debe organizar una actividad económica organizada en los entornos virtuales, al interior de las autopistas de información de Internet.

Analizando el proceso de cambio de las empresas de los entornos tradicionales a los entornos electrónicos, se pudo concebir la forma como estos entes paulatinamente al introducirse en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, van transformándose en empresas que actúan tanto en la economía del mundo real como en la economía digital, para que en el futuro no pueda diferenciarse entre las empresas virtuales y las tradicionales, a pesar que siempre habrán algunas que solo desearan realizar su actividad comercial en alguno de los dos mundos, sea el real o el virtual.

Se observaron en el presente análisis las características y particularidades de los procesos de contratación que se llevan a cabo al interior de Internet, lo cual deja a la luz como con el avance de las nuevas tecnologías informáticas, los postulados generales de la creación de los actos jurídicos, deben ir cambiando y acomodándose a las nuevas exigencias en los procesos de transacción de bienes y servicios que se realizan entre las empresas virtuales y sus usuarios.

Así como se analizaron las ventajas de llevar cabo una actividad económica a través de una empresa virtual, también se revelaron las problemáticas más importantes que las envuelven, significando que al entrar al mundo de la economía digital, nos encontraremos con diversas ventajas, pero igualmente con una serie de inconvenientes que afectan los derechos de propiedad de las E.V., y dificultan el normal desarrollo de las actividades mercantiles, y para las cuales el Derecho debe encontrar una solución, ayudado claro está, por otras ciencias.

Al observar la falta de normativas encaminadas a regular a las empresas virtuales, vemos como la naturaleza global propia de Internet, dificulta en gran medida la creación y desarrollo de un conjunto de preceptos que puedan llegar a regular éste tipo de entes de forma uniforme; lo cual a su vez plantea la disyuntiva para la Ciencia Jurídica referente a decidir si debe regular estos fenómenos estableciendo reglas claras, concretas y específicas, o por el contrario dejar que prime la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica.

Analizando la cantidad de aspectos técnicos derivados de la ciencia informática, que rodean la creación y el desarrollo de las actividades económicas de las empresas que actúan en

Internet, se hace necesario que el Derecho en el momento de sumergirse en las entrañas del mundo virtual, debe tomar una perspectiva con un enfoque multidisciplinario, que le permita comprender los nuevos fenómenos tecnológicos, pues para poder llegar a regularlos correctamente algún día, tendrá primero que entender las particularidades del entorno informático, un mundo que es tanto o más complejo que el mundo real.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, LUIS Jaime, “Empresa y Sociedad en el Derecho Comercial”, Estudio preparado para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Noviembre 9 de 1.989, pág. 16.

BOLAÑOS, Fernando Arcesio, MARTINEZ, Jhon Edison, “Consideraciones Legales de la Seguridad Informática”, en <http://www.acis.org.co>.

BUITRAGO BOTERO, Diego Martín, “Aspectos Jurídicos de Internet y el Comercio Electrónico”, <http://www.informatica-juridica.com>

CARRILLO GAMBOA, Francisco Javier, “El Perfil emergente de la Empresa Virtual”, Transferencia, año 8, numero 31, Julio de 1.995, pp. 24-26.

CASTELLS, Manuel, “Internet y la Sociedad Red”, Lección inaugural del programa de doctorado sobre la sociedad de la información y el conocimiento (UOC), <http://www.sociologia.de>

CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, “Delitos Informáticos: La Información como Bien Jurídico y los Delitos Informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano”, en <http://www.delitosinformaticos.com>.

CHISSICK, Michael and KELMAN, Alistair, “E-Commerce. Law and Practice”, Sweet and Maxwell, Londres, 1.999, pág. 74.

DARRÉ F. Cristián, “El Ciberespacio, Los Cibertrabajadores, Las Ciberempresas y Los Cibernegocios”, <http://krammercd.tripod.com>

DAVIDOW, W.H., Mallone, M.S., “Das virtuelle Unternehmen”, Frankfurt, Nueva York: Campus, 1993.

D'AMBROSIO, Sergio, “El Comercio a través de Internet”, <http://www.gestiopolis.com>

DIVAR, Javier, “Lecciones de Derecho Mercantil: La empresa, El empresario Individual, El empresario Social”, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1.980, pág. 29-65.

FRANCO, Ingrid, “Historia de Internet”, en <http://www.monografias.com>

FISCHER, P., “Die Selbständigen von morgen: Unternehmer oder Tagelöhner?”, Frankfurt, Nueva York: Campus, 1995.

GALINDO, Fernando, “La regulación de Internet”, en <http://www.e-global.es/libros.html>

GARRIGUES, J., “Hacia un Nuevo Derecho Mercantil”, Madrid, 1.971, pág. 272.

GODOY GUTIERREZ Alvaro, “Naturaleza Jurídica de los Web Sites Comerciales en el Ámbito Colombiano”, Alfa-Redi N° 026, Septiembre de 2.000, Revista de Derecho Informático, en <http://www.alfa-redi.org>

HANCE Olivier, “Leyes y Negocios en Internet”, Editorial McGraw-Hill, México, D.F. México, 1.997, pág. 278 – 285.

KREHER, Stefan, “Empresas Virtuales y Formación Profesional”, Formación Profesional N° 23, Revista Europea, pág. 65-66.

LOPEZ CASTAÑEDA, Ximena, “De los Signos Distintivos y los Nombres de Dominio en Internet”, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2.001, pág. 69.

LORENZO, Patricia, “Delitos Electrónicos: Conceptualización y Generalidades”, en <http://www.monografias.com>.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón, “Principios de Derecho Comercial”, Novena Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2.004, pág. 162 – 190.

MAGLIONA Markovitch, CLAUDIO Paul, “Marco Jurídico de la Contratación Electrónica con Especial Referencia al Comercio Electrónico”, <http://www.e-global.es>

MERTENS, P., Faisst, W., “Virtuelle Unternehmen: Idee, Informationsverarbeitung, Illusion”. Scheer, A.- W. (ed.): 18. Saarbrücker Arbeitstagung für Industrie, Dienstleistung und Verwaltung 1997. Heidelberg: Physica-Verlag, 1997. pp. 101-135.

MORERA CRUZ, José Orlando, “El reto del Comercio Electrónico”, <http://www.wikilearning.com>

PEÑA VALENZUELA, Daniel, “Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico”, Dupre Editores Ltda., Bogotá, 2.001, pág. 15 – 72.

RIOS D. Mauro, “El Pequeño Empresario en ALC, las TIC y el Comercio Electrónico”, Trabajo realizado para el International Development Research Center (IDRC), Montevideo, Uruguay, Mayo 2.006.

RODIÈRE, René, Droit Commercial, Précis Dalloz, París, 1.970, pág. 192.

SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, “Derecho del Comercio Electrónico”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Diciembre, 2.003, págs. 15 – 34.

OBANDO P., Juan José, “Los Contratos Electrónicos y Digitales”, en <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/20.pdf>, pág. 3-23.

ORDOÑEZ A., Jaime, “Aspectos Comerciales y Regulatorios de Comercio Electrónico en el siglo XXI”, *En* Revista Jurisconsulta, N° 6, Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas, Cámara de Comercio de Bogotá, 2.002.

OSIO ZAMORA, Miguel "El Comercio electrónico Los Mitos de una Ley sobre la Materia", TPA: Publicaciones y Eventos, Artículos de Opinión, en http://www.tpa.com.ve/art_e_comerce.

RAYMOND S., ERIC, “Breve Historia de la Cultura Hacker”, <http://sindominio.net/biblioWeb/telematica/historia-cultura-hacker.html>, pág. 2.

RAMOS SUÁREZ Fernando “Leyes que gobiernan Internet y normativas legales a aplicar en un entorno donde no existen fronteras geográficas”, en <http://www.secretosenred.com>.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick. “Últimos Retos para el Derecho Privado: Las Nuevas Tecnologías de la Información, Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Colombia, Julio-Diciembre de 2.004, pág. 452 – 459.

VALLEJO, MARIA CRISTINA, “Derecho Informático”, en <http://www.dlh.lahora.com.ec>.

VIVANTE C., “Instituciones de Derecho Comercial”, Roma, 1.928, pág. 145.