

Incidencia del contrato virtual en las relaciones jurídicas privadas y la teoría del riesgo contractual

Incidence of virtual contract in private legal relations and the theory of contractual risk

Incidence du contrat virtuel dans les relations juridiques privées et la théorie du risque contractuel

Impacto do contrato de assuntos jurídicos virtuais privadas e a teoria do risco contratual

Ramírez-Hernández Mónica Alexandra¹

Fecha de recepción: 30 de enero de 2015

Fecha de aprobación: 6 de febrero de 2015

Referencia para citación: Ramírez, M. (2015). Incidencia del contrato virtual en las relaciones jurídicas privadas y la teoría del riesgo contractual. *Iter Ad Veritatem*, 13, 259-281.

¹ Estudiante de Derecho, Universidad Santo Tomás-Tunja (Tunja-Boyacá, Colombia). Contacto: monica.ramirez@usantoto.edu.co

Resumen

El presente documento busca responder a la pregunta sobre si es necesario implementar una regulación normativa acorde a los parámetros fijados por las nuevas tecnologías, para la celebración válida de contratos. Después de revisar la concepción de la teoría del riesgo frente al incumplimiento en los contratos electrónicos, a partir de la legislación civil y comercial, llegamos a la conclusión de que la contratación electrónica difiere de la comúnmente reconocida, pues sus elementos le dan una especial caracterización. Frente a la teoría del riesgo como fuente de obligaciones ante un eventual incumplimiento contractual en la legislación comercial el riesgo lo soporta el deudor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibir. En cuanto a la legislación civil, no cabe duda de que la cosa perece para el acreedor a menos de que se reporte la mora por parte del deudor en entregar, entre otras. En este sentido, la normatividad existente varía según la naturaleza de la convención establecida.

Palabras Clave: Comercio electrónico, Contrato virtual, Incumplimiento y Riesgos contractuales.

Abstract

The present document aims to respond to the question about whether it is necessary to implement a normative regulation according to the parameters set by new technologies, for the valid celebration of contracts. Once, the concept of the theory of risk has been reviewed compared with the failing to fulfill in electronic contracts, observed from the civil and commercial legislation, we came to the conclusion that e-procurement differs from the commonly recognized, because its elements give a special feature. Taking into account the risk theory as a source of obligations before a possible breach of contract in commercial law risk is borne by the debtor, unless the buyer become a person in list to wait to receive. As for civil law, there is no doubt that the thing perishes for the creditor unless the default by the debtor to deliver, among others report. In this respect, the existing regulations can change according to the nature of the established convention.

Key Words: Electronic Commerce, Virtual Contract, Non-performance and contractual Risks.

Résumé

Ce document cherche à répondre à la question s'il est nécessaire d'implémenter une réglementation normative conforme aux paramètres fixés par les nouvelles technologies, pour l'exécution valable de contrats. Après avoir révisé la

conception de la théorie du risque face à la non-exécution dans les contrats électroniques, à partir de la législation civile et commerciale, nous arrivons à la conclusion de ce que l'engagement électronique diffère du couramment reconnu, car ses éléments lui donnent une caractérisation particulière. Concernant la théorie du risque en tant que source d'obligations face à une éventuelle violation contractuelle dans la législation commerciale le risque est supporté par le débiteur, à moins que l'acheteur soit en retard de recevoir. En ce qui concerne la législation civile, il n'y a pas de doute que la chose périclité pour le créancier, sauf si le défaut est livré par le débiteur, entre autres. Dans ce sens, le règlement existant varie selon la nature de la Convention établie.

Mots- Clefs : Commerce électronique, Contrat virtuel, Non-exécution et Risques contractuels.

Resumo

Este artigo procura responder à questão de saber se é necessário implementar uma regulação normativa de acordo com os parâmetros estabelecidos pelas novas tecnologias para a celebração válida de contratos. Depois de rever a concepção da teoria do risco contra o incumprimento de contratos electrónicos, a partir do direito civil e comercial, podemos concluir que a contratação eletrônica diferente do comumente reconhecido porque os seus elementos dão uma caracterização especial. Confrontado com a teoria do risco como uma fonte de obrigações antes de uma possível quebra de contrato em risco o direito comercial fica a cargo do devedor, a menos que o comprador está em atraso constitui recebem. Quanto direito civil, não há dúvida de que a coisa perece para o credor a menos que o incumprimento por parte do devedor entregar, entre outros relatório. A este respeito, os regulamentos existentes varia de acordo com a natureza da convenção estabelecida

Palavras-Chave : E-commerce, contrato virtual, violação e riscos contratuais.

Introducción

La contratación electrónica dentro del mundo jurídico goza de un reconocimiento normativo y doctrinario, ubicándola como un nuevo medio de manifestación de la voluntad en los acuerdos contractuales de orden bilateral sin constituirlos como una nueva fuente de las obligaciones. Así la conceptualización y desarrollo del mismo nos permiten: otorgarle características propias, reconocer las principales

ventajas, estudiar los principios que la regulan y finalmente referenciar los elementos que le otorgan validez y seguridad jurídica.

Una vez referenciado el contrato electrónico como fuente de obligaciones para aquellas partes que se comprometen a satisfacer los fines para los cuales fue creado, se estudia la eventualidad del incumpliendo contractual a partir de la teoría de riesgo, según la normatividad civil o comercial que responda a la naturaleza de la convención establecida.

1. Análisis del contrato virtual a partir del comercio electrónico

El fenómeno globalizante en la actualidad permea las relaciones comerciales, entabladas por los sujetos de derecho al pactar la provisión de algunos bienes o servicios mediante mecanismos electrónicos; así se abre paso a lo que -según Torres (2012)- podría entenderse como comercio electrónico, pues:

Abarca actividades muy diversas que incluyen el intercambio de bienes y servicios, la entrega en línea de información digital, la transferencia electrónica de fondos, la actividad bursátil, la contratación pública, etcétera. El comercio electrónico no se limita a Internet, sino que incluye otras aplicaciones tales como el videotexto, la videoconferencia, la telecompra o la compra por CD-ROM (p. 109).

El protagonismo de este novedoso medio de convención entre las partes surge, en el momento que se facilita el traspaso de fronteras en los temas comerciales para quienes desean realizar numerosas operaciones bursátiles ágilmente, pues “hoy en día el comercio electrónico ha adquirido mayor importancia, siendo este un medio alternativo de comercio que ha logrado reducir los costos de las transacciones comerciales tanto a nivel nacional como internacional” (Restrepo y Dovale, 2014, p. 5).

Las relaciones comerciales manejadas por medios electrónicos adquieren como ventaja el lograr grandes acuerdos económicos sin que interese la ubicación exacta de los dos extremos contractuales, por lo tanto esta “modalidad mercantil (...) permite realizar los diferentes actos comerciales ágilmente entre personas que se encuentran distantes” (Alba, 2010, p. 246).

Ante la magnitud de operaciones desarrolladas con fundamento en el comercio electrónico, es importante advertir al lector que hablaremos del comercio en

la web en sentido estricto según las apreciaciones dadas por Restrepo y Dovale (2014), bajo las cuales:

El comercio electrónico abarca transacciones que incluyan un medio electrónico para el perfeccionamiento de la compraventa de un bien o servicio, sin que el carácter electrónico del medio haga referencia exclusivamente a internet. (...), es necesario en este punto diferenciar el comercio electrónico del comercio en la web. (p.7).

Como se señaló anteriormente, el comercio electrónico no solo es una herramienta que sirve para llevar a cabo transacciones comerciales, sino que además incluyen la “prestación de servicios como asesoramiento legal on line, servicio post venta, o soporte electrónico para colaboración entre empresas. Por tanto, se pone de manifiesto que el comercio electrónico no significa necesariamente venta” (Martín, Moreno y Sáenz, 2004, p.1). Por otra parte, se entiende por comercio en la web o basado en la web como “la utilización de un explorador de comunicaciones a través de Internet para identificar los proveedores, seleccionar productos o servicios realizando un compromiso de compra y una transacción económica completa, para obtener finalmente dicho servicio” (Martín, Moreno y Sáenz, 2004, pp. 1- 8)

Precisamente, la Organización Mundial del Comercio OMC (2013) definió el comercio electrónico como:

La compra de bienes o servicios realizados a través de redes informáticas por métodos específicamente diseñados para recibir o colocar pedidos. Aun cuando los pedidos de bienes y servicios se reciben o colocan electrónicamente, no es necesario que el pago y la entrega o prestación final de los bienes o servicios se realicen en línea.

Es decir, si bien diversas actividades se concretan mediante el empleo de los medios tecnológicos, no implican necesariamente que todas las etapas del negocio jurídico se realicen por conducto de los mismos, tal y como lo reconoce la OMC.

En cuanto a la tipología del comercio electrónico, diremos que se incluyen relaciones de tipo consensual celebradas bien entre sujetos determinados o indeterminados, de manera que no podríamos canalizar todas las opciones en un solo mecanismo. Entonces, doctrinariamente resaltamos los aportes de Narváez (2009), quien los divide en:

Negociaciones uno a uno. La contratación electrónica puede revestir diversas modalidades, a través de contactos directos por correo electrónico, persona a persona, en cuyo caso estamos frente a una contratación directa en que la voluntad se expresará en momentos diferidos y luego constará en uno o más documentos (e-mail de ida e e-mail de vuelta), entendiéndose que se trata de un contrato consensual que no debe revestir otra formalidad que el acuerdo de las partes sobre los términos del contrato. (...)

Sitios punto com. Las tiendas virtuales, que hemos llamado genéricamente «sitios punto com», son el lugar o la forma más común en que los consumidores, personas naturales, realizan transacciones electrónicas para la adquisición de bienes de consumo o servicios. Es la modalidad llamada B2C business to consumer. La particularidad de este medio es que se constituyen catálogos de productos, donde si se desea adquirir se debe seguir una serie de pasos hasta solicitar la adquisición y envío, normalmente pasando primero por un registro de datos del cliente y autorizando la forma de pago. (...)

E-market places. Una tercera manera de hacer negocios en la web son los llamados e-market places o B2B, business to business, que son sitios de intercambio de bienes y servicios entre empresas, normalmente con reglas preestablecidas (p. 15).

Encontramos apropiado limitarnos a las relaciones comerciales manejadas de manera virtual según las tipologías B2C y C2C estrictamente, conceptualizadas por Restrepo y Dovale (2014) en su orden así:

B2C. Este tipo de comercio electrónico es el que se lleva a cabo entre las empresas y los consumidores. La transacción de compra se realiza electrónicamente y de forma interactiva en tiempo real.

C2C. Este tipo de comercio electrónico es el que se da entre “consumidor a consumidor” por medio de una plataforma especializada donde un consumidor pone a la venta un producto a otros consumidores. (p.16).

Se observa el empleo de los medios tecnológicos dentro las relaciones consensuales como una posibilidad abierta de evolución en el mundo comercial jurídico, posición sustentada por Narváez (2009) al decir:

La celebración de contratos mediante las llamadas “tecnologías de información” o “técnicas de comunicación”, esto es, el uso de equipos

informáticos, a través de redes electrónicas de comunicaciones : teléfono, fax, correo electrónico, ordenadores, los cuales suponen un cambio significativo en las relaciones patrimoniales entre sujetos privados, tal como ha sucedido con otras instituciones mercantiles, el marco jurídico del comercio electrónico; es fruto de usos y prácticas comerciales que progresivamente han alimentado la estructura y el funcionamiento jurídico de los negocios realizados a través de la utilización de mensajes de datos (p. 1).

Precisamente, el comercio electrónico es ahora una herramienta que viabiliza y permite la evolución del mundo mercantil, garantizando aspectos como los descritos por Restrepo y Dovale (2014) al manifestar:

El comercio electrónico ha establecido mercados que traspasan fronteras de los países, resultante en una reducción del costo operacional y de intermediación entre el usuario y las empresas, lo cual puede llegar a largo plazo a traducirse en la creación de más empresas, incentivándose así una mayor competencia en el país.

(...) en general el comercio electrónico efectivamente tiende a mejorar la calidad de la oferta de productos existentes, por las facilidades de ingreso que tienen los distintos agentes para utilizar y aprovechar el comercio electrónico como una herramienta de desarrollo y crecimiento empresarial (p. 29).

Ahora bien, ante el constante avance presentado observamos aportes relevantes que nos conducen a una convención virtual ya estructurada, con base a unos principios ampliamente reconocidos garantizando su distinción del mundo comercial tradicional, en consecuencia nos expone Narvárez (2009) lo siguiente:

Principio de equivalencia funcional. Establece que aquella tecnología que permita cumplir las mismas funciones, en las redes, que una determinada institución jurídica, debe recibir los mismos efectos. Es decir, comienza a tener importancia la función que cumpla, y no el medio que se emplee en aras de ser válido como documento contractual. (...)

Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados. Se trata de establecer que la contratación electrónica es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negócias pero no un nuevo derecho regulador de las mismas. (...)

Principio de neutralidad tecnológica. Establece que las normas jurídicas que regulen o modifiquen las instituciones jurídicas tradicionales, deben optar por dar cabida a sus homólogas electrónicas o telemáticas, las cuales deben ser neutrales desde un punto de vista tecnológico. (...)

Principio de buena fe. Constituye un principio básico en aras de interpretar y ejecutar contratos de compraventa internacional, y es uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y nacional de bienes y servicios, siendo a este efecto irrelevante que se haya llevado a cabo por medios escritos, verbales o electrónicos. (...)

Principio de libertad contractual. La no exclusión de libertad de pacto en la contratación electrónica (...)

Principio de regulación mínima. Establece la conveniencia de evitar que el comercio se regule en exceso, porque se afirma que este exceso de regulación pondrá en peligro la aparición de los nuevos negocios en Internet, impidiendo que se desarrolle la sociedad telemática. Un exceso de regulación da lugar a que la ley se convierta en una barrera al comercio electrónico (pp. 20, 21 y 22).

El resultado de emplear distintos medios fuera de los tradicionalmente reconocidos, nos lleva a resaltar el principio de la libertad de forma mediante el cual se “establece que cualquier persona puede obligarse, vincularse jurídicamente celebrando contratos mediante cualquier medio o forma” (Alba, 2010, p. 249).

Significa entonces, que la contratación telemática es ahora una herramienta jurídica multifacética y facilitadora de las transacciones comerciales, sin que por ello pudiera considerarse como fuente de un nuevo derecho. Tal y como lo argumentan Cubillos y Rincón (2002):

La contratación y el comercio electrónico representan una nueva modalidad constitutiva de obligaciones, no hablamos de una nueva fuente de obligaciones, sino de una nueva forma de expresión de la voluntad derivada de los avances tecnológicos que hoy en día facilitan la trasmisión electrónica de mensajes de datos, agilizando las transacciones comerciales (p. 151).

El protagonismo en la construcción de estos negocios jurídicos lo adquiere la oferta electrónica por el uso de los mensajes de datos, pues deberá manifestarse

mediante “la utilización de medios de comunicación, es decir, que la oferta se realice a través de internet mediante el correo electrónico y/o mediante redes de comunicaciones u on line” (Alba, 2010, p. 257).

De manera que el oferente expresa su intención dirigiéndose a un destinatario para hacer público el objeto, la modalidad y las condiciones del contrato.

Así, siendo la oferta, la base jurídica del futuro contrato electrónico a celebrarse requiere dar cumplimiento a cabalidad las siguientes características anotadas por Alba (2010) cuando afirma:

Debe esta cumplir con la manifestación de la voluntad encaminada a formar el contrato y que tan solo le hagan falta las solemnidades de dicho contrato para perfeccionarlo.

Entonces, la oferta se caracteriza por provenir del oferente y expresar una voluntad clara y decidida de concluir en un contrato. En caso de que la otra parte acepte; debe ser precisa y completa, es decir, debe contener los elementos esenciales del contrato proyectado, que tan solo se conforme la aceptación pura y simple para celebrar el contrato, de lo contrario no se consideraría como válida provista de efectos jurídicos (p. 251).

Para que la oferta electrónica sea reconocida por el comercio virtual requiere que dicha invitación a convenir contractualmente se encamine por medios electrónicos y provenga del legítimo oferente; es decir, se entenderá presentada según Alba (2010):

Cuando el mensaje de datos salga del sistema de información por parte del oferente o su representante o cuando se ha recibido por parte del destinatario, debido a que dicha comunicación electrónica no ha salido del sistema de información del oferente o de su representante (p. 259).

Justamente, la oferta requiere salvo convención entre las partes, ser expresada mediante uno o varios mensajes de datos sin que por lo anterior se le reste validez; pues es suficiente de acuerdo a Cubillos y Rincón (2002) :

La declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos, invitando a una persona a la celebración de un convención que quedará perfeccionada con la sola aquiescencia de esta (p. 160).

Circunstancia validada en la ley 527 de 1999 conocida como la norma jurídica versada en el comercio electrónico para Colombia, donde su artículo 14 recalca:

En la formación del contrato salvo acuerdo expreso entre partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

Con el lleno de los requisitos legales, la misma adquiere validez en el momento que el oferente la da a conocer y se convierte en irrevocable para las partes una vez se acepta, salvo que medie una justa causa; empero ante un retiro intempestivo se está en la obligación de reparar pues “puede configurarse dentro de la culpa precontractual” (Alba, 2010, p. 252).

Sin embargo, esta etapa precontractual requiere no solo del empleo tecnológico para ser comunicada, sino que será apropiado el cumplimiento en su sujeción de las leyes civiles vigentes. Así, lo comparte Alba (2010) al decir:

La oferta en la normatividad colombiana se establece como un acto jurídico unilateral, el cual debe ser existente, válido y eficaz, es decir, debe nacer a la vida jurídica, debe ser viable jurídicamente y tener efectos jurídicos, so pena que adolezca de inexistencia, nulidad o ineficacia (p. 253).

Finalmente, reiteramos que la novedad de la oferta en el comercio virtual radica en el empleo de algún medio electrónico que la haga pública, de manera que nos conduzca a la estructuración de los contratos virtuales; pues estos se caracterizan por ser: “1) contratos celebrados a distancia; es decir, no hay presencia física simultánea entre las partes contratantes en el momento de suscribir el contrato. 2) son contratos contruidos a través de redes telemáticas: oferta y aceptación por medios electrónicos” (Blázquez, 21 de octubre de 2011, p. 1).

Al igual que la oferta, el contrato virtual como fuente de las obligaciones reúne idénticos requisitos a la contratación tradicional para hallar validez, precisamente “Los requisitos esenciales que deben concurrir para que exista un contrato electrónico civil (...) son: 1) Consentimiento de las partes contratantes. 2) Objeto cierto posible y determinado (o determinable) materia del contrato. 3) Causa de la obligación que se establezca. 4) Forma cuando esta es exigida de la forma “ad solemnitatem” (Blázquez, 21 de octubre de 2011, p. 1).

Ante la particularidad del contrato electrónico vale la pena revisar la posición doctrinaria que lo define como un contrato de adhesión, al reconocer que en dicha relación contractual una parte predominante es quien ofrece a otra determinado servicio bajo ciertas salvedades; posición que comparte y critica el doctrinante Coello (2003), al aseverar:

El contrato electrónico es un contrato de adhesión, es decir que las condiciones se encuentran establecidas con anterioridad por el proponente; y al consumidor o co-contratante solo le queda aceptar o no, ya que no puede cambiar las condiciones (p. 207).

Es necesario destacar, que en los contratos electrónicos, las condiciones o cláusulas predispuestas, no siempre se hallan incluidas en el mismo contrato, sino que se encuentran en otro vínculo al cual hay que acudir si se las desea revisar; o si están incluidas, aparecen en letra menuda de tal manera que quien recibe la oferta difícilmente las lee, por lo que es difícil determinar hasta qué punto debe tenerse al adherente como informado debidamente de las condiciones así difundidas (p. 208).

Efectivamente, al hablar del origen del contrato electrónico, resulta indiscutible la posición que lo reconoce como un contrato de adhesión, más si se observan descripciones como las de Narváez (2009) al referirse a la etapa precontractual en los siguientes términos:

- el contrato es más obra de aquel contratante que tiene y ejerce una posición privilegiada respecto del otro;
- la oferta no puede ser discutida, (...) no se admite discusión alguna de aquéllas (cláusulas) que han sido redactadas a favor del oferente, y que es precisamente lo que le atribuye al contrato una fisonomía propia (p. 9).

Entonces, diríamos que el momento en el cual el contrato telemático se perfila como un contrato de adhesión corresponde a aquel pronunciamiento hecho por el ofertante justo cuando comunica aquellas prerrogativas a las cuales estará sometido. Al respecto Alba (2010) expresa:

Para que se forme el contrato electrónico es necesario que exista la iniciativa por parte del oferente y exponga al destinatario el objeto, las modalidades y condiciones del contrato que se pretenden celebrar; así mismo se requiere que el destinatario este conforme a lo señalado por el oferente y se configure [en] la formación del contrato electrónico,

(...) dicha manifestación se expresa y materializa mediante un mensaje de datos (p. 256). Por lo tanto, en la etapa precontractual se articula la oferta y la aceptación de la oferta, los cuales son necesarios para la validez en la formación del contrato, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del contrato de internet es de adhesión (p.258).

Son muchos los factores que le introducen a la contratación electrónica una distinción respecto de la contratación convencionalmente reconocida, pues al examinar los elementos estructurales encontramos notables apreciaciones distintivas, por ejemplo Restrepo y Dovale (2014) enumeran:

Como mínimo la participación de: 1) el comercio, que es oferente del bien o servicio; 2) el comprador, la persona interesada y adquirente del bien o servicio; 3) un gestor de medios de pagos, quien proporciona los medios por los cuales se garantiza el pago del cliente al comercio, y; 4) una entidad de verificación o certificación, encargada de validar la información de los que intervienen en la transacción (p. 11).

Precisamente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) reconoció en la ley modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, en su artículo 2 aquellas partes así:

- c) por “iniciador” de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje de datos antes de ser archivado, si es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;
- d) por “destinatarios” de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;
- e) por “intermediario”, en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;

En cuanto a los elementos que le otorgan validez y por tanto le garantizan su nacimiento a la vida jurídica, es claro, que al ser en esencia fuente de las obligaciones idéntica a la tradicional requiere contar con: capacidad, consentimiento, causa lícita y objeto lícito. Requisitos conceptualizados por Coello (2003) en su orden de la siguiente manera:

La capacidad: Es uno de los primeros elementos constitutivos de todo contrato; cualquiera que sea su naturaleza, real, solemne, consensual, unilateral o bilateral, sin capacidad de ambas partes no se podría dar lugar al nacimiento de obligaciones (p.209).

El consentimiento: Es el acuerdo de dos o más personas sobre la misma cosa, también considerado como el resultado de dos o más voluntades que se unen. (...), pero este consentimiento exige el conocimiento cabal de lo que se hace, y debe ser voluntario no forzado (p.211). Este elemento en los contratos electrónicos, se perfecciona a través de la adhesión a la propuesta por parte del aceptante, quien debe tomar o no las condiciones establecidas en el contrato (p. 212).

(...) Es además necesario que su declaración de voluntad persiga un objeto lícito, que es la materia sobre la cual versa la obligación, lo que necesariamente debe exigir, ya que la nada no genera consecuencias en derecho, y sin objeto no puede haber obligación (p. 213).

(...) La causa: Es el motivo que induce a contraer la obligación, pues nadie se compromete a dar, hacer o no hacer alguna cosa sin razón. (...) En los contratos electrónicos, la causa la constituyen las mutuas prestaciones entre el ofertante y aceptante, ya que la obligación del uno, es la causa que ha inducido al contrato a la otra parte. Así la causa para el proveedor es la de que, el que recepta la oferta ha aceptado los términos de la misma, y la causa para el aceptante es la que, el proveedor le va entregar un bien o servicio, de acuerdo a los términos del convenio *on-line* (p. 214).

Quizás osadamente incluiremos bajo el título de elementos esenciales del contrato electrónico, el hecho de manejar en todo o en parte algún medio tecnológico para la efectiva consecución del convenio entre las partes. En el caso del perfeccionamiento del contrato de internet la Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU) de España expone: “En la contratación electrónica es frecuente que se establezca un mecanismo de respuesta electrónico: en estos casos el contrato que se celebra mediante dispositivos automáticos se entiende perfeccionado cuando se manifiesta la aceptación” (p. 2).

Justamente, al tratarse de un recurso facilitador de distintos factores; como la distancia y el tiempo, es inevitable comprender que “la perfección del contrato electrónico, (...), tiene lugar cuando concurre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” (Blázquez , 7 de noviembre de 2011, p. 1).

Una vez descritos los principales tópicos de la contratación telemática en punto de los acuerdos de orden consensual, diríamos que la única “diferencia entre la contratación tradicional y la contratación electrónica es que ésta se realiza sin la presencia física y simultánea de las partes” (Torres, 2012, p. 112).

Justamente, en función del principio de inalterabilidad del derecho privado comprendemos que la esencia de la contratación electrónica no difiere de la tradicional, entonces Alba (2010) aclara: «Que por medio del principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos en materia de derecho privado, perdura la manifestación de voluntad como tradicionalmente la conocemos con la diferencia que se efectuada mediante las nuevas tecnologías de comunicación» (p.260).

La contratación electrónica, no difiere en su esencia de aquella regulada en la legislación colombiana y considerada como tradicional; por más de que en esta se sustituya el documento tangible de papel por un soporte en un medio electrónico no significa que el mismo carezca de validez jurídica. Por lo tanto, el contrato electrónico es: “un medio de expresión de la voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática y telemática” (Cubillos y Rincón, 2002, p.153).

Si sólo existe un cambio respecto del medio a emplear con el fin de manifestar la voluntad contractual; apropiado es para este tipo de convenciones consensuales el significado de los mensajes de datos y de la firma electrónica según la ley 527 de 1999 que su artículo 2 consagra:

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudiera ser, entre otros, el Intercambio electrónico de Datos (IED), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o telefax;

(...)

c) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación;

Precisamente, la enunciada ley es un excelente medio legislativo y justificador en cuanto a la seguridad jurídica ofertada para el comercio electrónico en

Colombia, a fin de comprender la validez otorgada citamos el artículo 6 que reza:

Cuando cualquier norma requiere que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, la información que este contiene es accesible para su posterior consulta.

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

Ratifica dicha postura de validez el artículo 15 de la misma disposición legislativa, al reconocer como válida cualquier tipo de expresión de voluntad que se comunique mediante el empleo de los mensajes de datos, asegura:

En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negaran efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de la voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos. Un mensaje de datos es principalmente información. Dicha información constituirá una declaración de voluntad o de ciencia en función de su contenido y de la intención de quién la genera y firma. Además la información se caracteriza por ser objeto de tratamiento por medios electrónicos, ópticos o similares, y sólo en la medida en que dicho tratamiento tenga lugar en la declaración de voluntad del emisor adquiere la categoría de MD. Si dicho tratamiento no tiene lugar, la comunicación no adquiere la categoría de MD (Del Carpio, 2009, p.10).

Así ha sido creada y vinculada al tratamiento de los mensajes de datos la firma electrónica para brindar autenticidad a los mensajes, esta es considerada según Del Carpio (2009) como :

El medio electrónico mediante el cual se atribuye origen personal cierto a un mensaje de datos y atribuye la conformidad del firmante con el contenido de lo firmado. Las funciones que ejerce son:

1. Identificación y atribución del mensaje y la información contenida en él (origen y voluntad del autor).
2. Función de privacidad (cifrado del mensaje y nombre del firmante).

3. Función de seguridad e integridad (evidencia de la apertura o alteración del mensaje) entre el momento de su emisión firmada y la llegada a su destinatario (p.10).

En conclusión, tanto el mensaje datos como la firma electrónica son elementos indispensables que garantizan la evolución de este nuevo medio de negociación. Pues dice Cárdenas (2011): El documento tradicional con soporte en papel constituye el principal obstáculo para el desarrollo de los medios modernos de comunicación, por esta razón se optó por el principio de equivalencia funcional, teniendo en cuenta las características y funciones que cumple este requisito tradicional. A través del cual se permite que el documento se pueda firmar digitalmente (p. 1).

2. Teoría del riesgo contractual en el comercio electrónico

En principio los extremos contractuales ejecutan sus voluntades con el firme propósito de llegar a la satisfacción plena de sus necesidades en cumplimiento del principio de la buena fe; sin embargo existen casos en los cuales un acto o una conducta impide el cumplimiento de lo pactado, por lo tanto la generación de un perjuicio es inevitable y conlleva a una responsabilidad contractual descrita por Vélez (2012):

Como aquella derivada del incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación derivada de un contrato. En este ámbito, podemos hablar de un deber jurídico incumplido, derivado de la ley que regula la naturaleza del contrato al que nos estemos refiriendo, o del pacto entre las partes, gracias a la autonomía de la voluntad que les concede la legislación civil (p. 35).

En la medida que se genera un incumplimiento dentro de una relación obligacional cuya fuente es el contrato, se da cabida a la determinación de responsabilidades para resarcir perjuicios, según Vélez (2012):

Se entenderá por responsabilidad civil contractual; el segundo supuesto en el que necesariamente hay daño, ya que entendemos que no cualquier incumplimiento del deudor basta para que le sea imputada una responsabilidad. El deudor puede ser responsable por el mero incumplimiento, pero no ser civilmente responsable si no ha causado ningún daño o perjuicio con dicho incumplimiento. El incumplimiento del deudor se genera por mora o por contravención de la obligación asumida. Esta última agrupa a su vez la inexecución total de la conducta, la ejecución parcial, inexacta o defectuosa (p. 36).

En conclusión, la responsabilidad contractual requiere que “el perjuicio deba originarse a causa de dos elementos vitales como son: existir un contrato válido y la violación de este contrato (se requiere que el daño surja de la inejecución del contrato)” (Meza , 2010, p.13).

Es decir, el incumplimiento a los deberes jurídicos convenidos dentro del contrato genera sin lugar a dudas perjuicios a alguna de las partes relacionadas; razón por la cual es pertinente el estudio de “la teoría del riesgo, tiene plena cabida en el comercio electrónico y deberá aplicarse siempre que se esté frente a una responsabilidad contractual o extracontractual” (García , 2004, p. 271).

Como quiera que en los contratos bilaterales se pactan deberes jurídicos correlativos entre las partes considerados de obligatorio cumplimiento. Se entiende que “el riesgo se presenta únicamente para las pretensiones que son materia de una convención y, especialmente, de un obligación de entregar” (Díaz, 2002, p. 2).

Justamente, cuando se generan daños y perjuicios en una relación contractual por incumplimiento, debe analizarse la razón que desencadenó el mismo a fin de comprender quién debe asumir los efectos dañinos del desequilibrio contractual.; entonces “en todos los casos en que no se puede cumplir una obligación contractual, (...) el asunto está precisamente en saber quién, entre el deudor y el acreedor, debe sufrir sus consecuencias nocivas” (Díaz, 2002, p.1).

Sin embargo, al presentarse una dicotomía entre la codificación civil y comercial vigente frente a los riesgos, es apropiado el aporte de García (2004) al decir:

Frente a la normatividad a aplicar en negocios realizados a través de redes informáticas, la regla general es que el contrato celebrado se rige por sus propias normas y por las cláusulas que las partes hayan acordado, así mismo, se aplicarán las normas sobre comercio electrónico y los acuerdos internacionales que se hayan celebrado con anterioridad a la celebración del contrato (p. 270).

Significa que según las tipologías del comercio electrónico recaladas en el presente artículo, en ocasiones aplicará la normatividad comercial al hablarse de la B2C (empresa a consumidor) y civil si habláramos de la C2C (consumidor a consumidor); postura respaldada por Meza (2010) al describir:

Cuando sobre una misma cuestión del contrato se establezcan soluciones diferentes u opuestas en los Códigos Civil y de Comercio, deberá atenderse en forma exclusiva a aquella solución que se derive del

régimen normativo aplicable al contrato, dependiendo de su naturaleza civil o comercial (p. 6).

Así, respecto de la teoría del riesgo para la aplicación o uso de la tipología B2C el artículo 929 del código de comercio consagra:

En la venta de un «cuerpo cierto», el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa.

En su orden diremos que en principio para “la legislación comercial, los riesgos de cuerpo cierto que se deben los soporta el deudor. En otras palabras, la cosa perece para el deudor” (Díaz, 2002, p. 9). Como quiera que “el riesgo es asumido por el vendedor y el beneficio por el comprador” (Díaz, 2002, p. 30).

Sin embargo, como se hizo mención en la norma, existe la posibilidad “para que el riesgo de la cosa lo corra el comprador, (...) cuando este se constituye en mora de recibir y la cosa se pierde o se destruye total o parcialmente, teniendo como consecuencia la obligación de pagar el precio contenido” (Díaz, 2002, p. 30).

También puede darse una resolución de pleno derecho al contrato, cuando se cumple con lo normado en el artículo 930 del código de comercio que enuncia ; “si la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de toda responsabilidad”.

Quiere decir que para la legislación comercial podrá resolver el contrato de ipso iure acarreado “la extinción de una relación obligatoria convencional, por imposibilidad sobrevenida y no imputable al deudor, (...) [que conlleva] a la extinción *in integrum* del contrato bilateral, con las demás obligaciones que de él aun dependan” (Gómez , 26 de septiembre de 2006, p. 135).

Por su parte para la tipología C2C se comparte la propuesta de Díaz (2002), según la cual en: La legislación civil colombiana los riesgos de cuerpo cierto que se deben los soportar el acreedor; es decir, el principio general aplicable en Colombia es que la cosa perece para el acreedor. Solo perecerá para el dueño cuando, respecto de la cosa, no haya una relación obligacional (p. 9).

Precisamente, el Código Civil en su artículo 1607 amplía: El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.

Quiere decir que si en la relación contractual se pactó la entrega de un “cuerpo cierto (...) objeto determinado e individualizado de características únicas e irrepetibles que, por sus rasgos particulares, evita la confusión con cualquier otro objeto por similar que este sea” (Díaz, 2002, p. 10). Y la entrega del mismo es imposible de cumplir será el acreedor-comprador quien asuma el desequilibrio contractual.

Pues tal y como se ve en la disposición normativa se consagra en cuanto a la asunción de los riesgos para cada una de las partes, según Díaz (2002):

Si el objeto se deteriora o se pierde por caso fortuito, en principio el deudor no responde por esta situación, pero está obligado a probarla. Si lo hace queda librado de su responsabilidad, y será entonces el acreedor quien corra con la pérdida o deterioro del objeto (p.13).

Es decir, que en la eventualidad del caso fortuito será necesaria la prueba que excluya de responsabilidad al deudor, pues en “las obligaciones de dar o entregar cuerpo cierto, conllevan la obligación secundaria de conservar la cosa hasta el momento de la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor” (Díaz, 2002, p.11).

Sin embargo, existen cinco eventualidades excepcionales según las cuales el acreedor-comprador no deberá asumir los riesgos, las cuales son enumeradas por Díaz (2002) así:

- a. Cuando exista una modificación convencional de la responsabilidad, asumiendo el vendedor la pérdida o deterioro causado al cuerpo cierto por caso fortuito. (Art. 1732 C.C)
- b. Cuando el deudor se hubiere comprometido con dos o más personas a entregar el mismo cuerpo cierto, por relaciones contractuales diferentes. (Art. 1607 C.C)
- c. Cuando el deudor se encuentra en mora de entregar el cuerpo cierto, a menos que compruebe que en manos del acreedor hubiere perecido

igualmente, caso en cual solo deberá pagar los perjuicios causados por la mora. (Art. 1731 inc 2 C.C)

d. Cuando se establece una sanción por parte del legislador para quien hurta una cosa. (Art. 1735 C.C)

e. Cuando se produce un caso fortuito que involucra la culpa del deudor – vendedor. (Art. 1731 C.C) (p.20).

Conclusiones

El contrato virtual es reconocido doctrinaria y normativamente como un mecanismo novedoso a través del cual se presenta la manifestación de la voluntad de forma válida, sin que posponga en su esencia de la contratación tradicional y por tanto conlleva al respeto del principio de la inalterabilidad del derecho privado.

Es decir, la contratación electrónica difiere de la comúnmente reconocida en los siguientes aspectos: no se da la presencia física de las partes en la perfección del contrato, el acuerdo no se registra en un documento físico y la manifestación de la voluntad para estos casos procede mediante el uso de los mensajes de datos.

Respecto a la teoría del riesgo en la legislación comercial es claro que el riesgo lo soporta el deudor salvo que el comprador se constituya en mora de recibir. Y en cuanto a la legislación civil no cabe duda que la cosa perece para el acreedor a menos de que se reporte la mora por parte del deudor en entregar, entre otras.

REFERENCIAS

Alba, S. (2010, enero–diciembre). Configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico. *Iter Ad Veritatem*, pp. 245 – 265.

Blázquez, C. (21 de octubre de 2011). Contrato electrónico definición y validez. Convelia. Recuperado de <http://convelia.com/contrato-electronico-definicion-y-validez>

_____. (07 de noviembre de 2011). Contrato electrónico formación. Convelia. Recuperado de <http://convelia.com/contrato-electronico-formacion>

Cárdenas, M. (18 de febrero de 2011). Informativo normativo sobre comercio electrónico Colombia. Recuperado de <http://www.usergioarboleda.edu.co/empresa/1/investigacion/Presentaci%C3%B3n%20Dr%20%20Manuel%20J%20%20C%C3%A1rdenas%20en%20la%20Paz%20Bolivia%20%20UNCTAD.pdf>

Confederación de Consumidores y Usuarios de España. (CECU). Cuestiones Básicas sobre el contrato electrónico. Recuperado de <http://www.cec.eu.es/campanas/cuadernos/contrato%20electronico.pdf>

Coello, C. (2003). El contrato electrónico. Revista Jurídica. Recuperado de http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16_El_Contrato_Electronico.pdf

Código de Comercio. Decreto 410 De 1971. Art. 930. Marzo 27 de 1971.

Código Civil. Ley 57 de 1887. Art. 1607, 1731, 1732, 1733. Agosto 15 de 1887.

Cubillos, R. , RINCON, E. (2002). Introducción jurídica al comercio electrónico. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá – Colombia.

Del Carpio, L. (2009). La contratación electrónica. Derecho y Cambio Social. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/contratacion%20electronica.htm>

Díaz, D. (5 de febrero de 2002). Teoría del riesgo: el principio por el cual las cosas perecen para el acreedor en el código civil colombiano y comparación con el código de comercio. Tesis de grado, Universidad de la Sabana. Recuperado de

<http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/5373/1/129381.pdf>

García, H. (marzo de 2014). Seguridad en el comercio electrónico. Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS24.pdf>

Gómez , C. (26 de septiembre de 2006). Riesgo contractual y extinción del contrato. Opinión Jurídica. Recuperado de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/133>

_____. (23 de octubre de 2007). El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos análisis dogmático de la normatividad vigente. Opinión Jurídica. Recuperado de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/148>

Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996. Recuperado de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y se reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Agosto 18 de 1999. Diario Oficial No. 43.673.

Mesa , L. (2010). Análisis de las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado. Tesis de Especialización, Universidad de la Sabana. Recuperado de intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/.../132307.pdf

Organización Mundial del Comercio. (O.M.C, 2013). El comercio electrónico en los países en desarrollo oportunidades y retos para las pequeñas y medianas empresas. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/ecom_brochure_s.pdf

Restrepo, D., Dovale, C. (10 de abril dde 2014). Comercio Electrónico en Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Estudios_Mercado_E-commerce.pdf

Torres, A. (2012). Principios fundamentales del comercio electrónico y su desarrollo legislativo en Colombia y Latinoamérica. Universidad de los Andes. Santa fe de Bogotá.

Vélez, P. (junio de 2012). La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación. Tesis de Maestría, Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf