

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

PRINCIPLES OF E-PROCUREMENT

Ana Yasmín Torres Torres*

*Fecha de Recepción:
04 de mayo de 2010*

*Fecha de Aceptación:
18 de mayo de 2010*

RESUMEN**

Las nuevas tecnologías han modificado la forma tradicional de contratación, lo cual implica que la normatividad interna de cada país deba adaptarse a estos cambios tecnológicos, a fin de no quedar obsoletas. Por lo anterior, en el presente trabajo de investigación analizaremos los denominados principios de la contratación electrónica, los cuales se derivan de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL y han sido adoptadas por las diferentes normas latinoamericanas.

PALABRAS CLAVES

Comercio electrónico, UNCITRAL, equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, buena fe, libertad contractual, mensaje electrónico.

SUMMARY

New technologies have changed the traditional way of contracting, which means that internal regulations of each country should be adapt to these technological changes in order to avoid obsolescence. Therefore, in this research we will analyze the so-called of electronic contracting, principles which are derived from the Model Law of Electronic Commerce of UNCITRAL and these have been adopted by different Latin American standards.

* Abogada de la Universidad Santo Tomás. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente y Directora de Posgrados de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, investigadora del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Correo de contacto: anayasmint@hotmail.com

** Artículo de revisión, resultado definitivo. De la línea de investigación en Derecho Privado y actualidad de relaciones entre particulares, proyecto en principio de equivalencia funcional del documento electrónico en la legislación nacional. Vinculado al grupo de investigación socio-jurídicas, de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Metodología: Método analítico conceptual, tomando como fuentes: Doctrina especializada y Doctrina Nacional Comparada.

KEYWORDS

Electronic Commerce, UNCITRAL, functional equivalence, technological neutrality, good faith, contractual freedom, e-mail.

RESUME

Les nouvelles technologies ont changé la forme traditionnelle de passation des marchés qui signifie que les règlements internes de chaque pays doit s'adapter à ces changements technologiques afin d'éviter l'obsolescence. Par conséquent, dans cette recherche sera d'analyser les principes dits de contrats électroniques, qui sont issus de la Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI et ont été adoptées par différents normes latine américaines.

MOTS-CLÉS

Le commerce électronique, la CNUDCI, l'équivalence fonctionnelle, la neutralité technologique, de bonne foi, la liberté contractuelle, e-mail.

SUMARIO

Introducción, equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos, inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, la neutralidad tecnológica, principio de la buena fe, autonomía de la voluntad mantenida en el nuevo contexto del comercio electrónico, referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Organismos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI/UNCITRAL, desde el año 1966, conscientes del crecimiento del comercio y de la necesidad de unificar y armonizar las normas que rigen el comercio internacional, observaron la necesidad de adoptar medidas a fin de garantizar la seguridad en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional, y consideraron la necesidad de elaborar unos principios jurídicos aplicables a la formación de los contratos mercantiles internacionales por medios electrónicos, con el objeto de contribuir a colmar las lagunas jurídicas y a reducir la incertidumbre sobre esta nueva práctica mercantil. Uncitral (2009).

La CNUDMI aprobó la Ley Modelo sobre comercio electrónico, en adelante LMCUCE, en su 29º período de sesiones después de examinar las observaciones que los gobiernos y organizaciones interesadas le hicieron al proyecto de Ley. Con la promulgación de esta Ley Modelo, pretendía la Comisión ayudar de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de informa-

ción sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella. Así mismo, recomienda la Comisión que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme.

Luego de la promulgación de la LMCUCE, y gracias a la labor desarrollada por la CNUDMI, los países latinoamericanos fueron conscientes de la necesidad de regular aspectos relacionados con el comercio electrónico y con las firmas electrónicas o digitales, y fue así como iniciaron a expedir normatividad al respecto, en el mismo orden que desarrollaremos a continuación:

COLOMBIA fue el primer país en regular esta nueva materia, con la expedición de ley 527 el 18 de agosto de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, en adelante LCCE. Posteriormente, mediante Decreto 1747 de 2000 se reglamentó la LCCE en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y

las firmas digitales. Así mismo, fue expedida la Resolución 26.930 de 2000 por la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores. Remolina Angarita Nelson (2009).

PERÚ, el día 28 de mayo de 2000, expidió la Ley de Firmas y Certificados Digitales No. 27269 y posteriormente el Decreto Supremo N° 004-2007-PCM, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales. Mattñeucci Mario Alva (2002), Espinoza Céspedes (2002).

VENEZUELA, mediante el Decreto con fuerza de Ley 1204 de fecha 28 de febrero de 2001, reglamentó los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Posteriormente, expidió el Decreto N° 3.335 de 12 de diciembre de 2004, con el objeto de regular la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la creación del Registro de Auditores, así como también los estándares, planes y procedimientos de seguridad. Rodríguez Gladys (2002).

PANAMÁ cuenta con la Ley 43 del 31 de julio de 2001, por medio de la cual se definen y regulan los documentos y firmas electrónicas y las entidades de certificación en el comercio electrónico y en el inter-

cambio de documentos electrónicos. Posteriormente, no ha reglamentado aspectos diferentes a los contemplados en la ley antes citada.

ARGENTINA, el día 14 de noviembre de 2001, sancionó la Ley N° 25.506 sobre Firma Digital, en la cual se regularon aspectos como los certificados digitales, certificador licenciado, titular de un certificado digital, organización institucional, autoridad de aplicación, sistema de auditoría, Comisión Asesora para la Infraestructura de Firma Digital, responsabilidad y sanciones. Posteriormente, mediante el Decreto 724/2006 de 8 de junio de 2006 se reglamentaron algunos aspectos de la ley N° 25.506 de 2001. Es de resaltar que este país se ha preocupado por regular ampliamente la firma digital en el sector público, por lo cual es el país de Latinoamérica que más legislación ha expedido al respecto. Sin embargo, como vemos, se ha inclinado por la utilización de la firma digital.

CHILE, el 25 de marzo de 2002, expidió la ley 19/799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de dicha firma. Posteriormente, mediante el Decreto N° 181 de fecha 9 de julio de 2002, aprobó el reglamento de la Ley 19.799. E-sign (2009).

ECUADOR, mediante la Ley 67 de 27 de febrero de 2002, reguló el Comercio Electrónico, las Firmas y los

mensajes de Datos. Esta Ley fue reglamentada posteriormente, por el Decreto Ejecutivo N° 3496 de 12 de diciembre de 2002.

URUGUAY, mediante la Ley 17.243 de 29 de junio 2000, sobre servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas, reguló en dos de sus artículos, algunos aspectos relacionados con la equivalencia funcional de la firma electrónica y digital y la manuscrita. Sin embargo, posteriormente mediante el Decreto 382 de 17 de septiembre de 2003, se reglamentó más detalladamente el uso de la firma digital y el reconocimiento de su eficacia jurídica.

COSTA RICA, el día 30 de agosto de 2005, promulgó la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos N° 8454 de 30 de agosto de 2005. Posteriormente no ha expedido reglamentación al respecto. Attorneys Staff (2000).

BOLIVIA ha sido el último país de Latinoamérica en regular el comercio electrónico. Lo hizo mediante la ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico en agosto de 2007. Es de las normas latinoamericanas quizá la más completa, ya que regula aspectos no mencionados en las leyes antes citadas, como se verá durante el desarrollo de la presente investigación.

Las normas mencionadas tienen en común los principios o reglas universales que determinan los lineamientos en que deben ser celebrados y ejecutados los contratos pactados con soporte electrónico, dentro de un marco de mercado inmaterial. Estos son: la equivalencia funcional de los actos electrónicos, respecto a los autógrafos o manuales; la inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones y contratos; la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico; la exigencia de buena fe y autonomía de la voluntad o libertad contractual. Estas reglas son de aplicación general y vocación universal y tienen como propósito alcanzar un alto grado de seguridad, incluso superior al alcanzado en el comercio realizado a través de medios tradicionales.

Estos principios tienen su fundamento en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, y han sido regulados en diversas legislaciones latinoamericanas en búsqueda de la unificación del derecho mercantil internacional.

2. EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS EMPRESARIALES ELECTRÓNICOS

El principio de equivalencia funcional es considerado como la piedra angular del comercio electrónico; de

él se derivan las disposiciones fundamentales que regulan esta nueva actividad mercantil. Otazo Landínez Leonicio y Arcaya Landínez Nelly (2003).

La doctrina ha definido este principio como podemos observar a continuación: Illescas Ortiz (2001) considera que el significado de la regla de la equivalencia funcional debe formularse de la siguiente manera: *“La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto”.* (2001, Pág. 41).

Para Madrid Parra (2007) el denominado principio de equivalencia funcional supone un paso más concreto respecto del principio de no discriminación. Contiene una manifestación

afirmativa de la producción efectiva de determinados efectos jurídicos de una información que consta en soporte electrónico. Ver lo mencionado por Cruz Rivero Diego (2005) y Guisado Moreno Angela (2002).

Podemos decir entonces, que en virtud de este principio no se debe discriminar a los mensajes de datos independientemente del soporte en el que se encuentren, ya que las funciones que cumplen los documentos en papel igualmente las pueden ofrecer las consignadas en medios electrónico e incluso con una seguridad mayor a la que brindan los medios tradicionales¹.

La legislación colombiana consagra el principio de la equivalencia funcional entre los documentos escritos y los documentos electrónicos. En el artículo 5° de la LCCE, a cuyo tenor literal se expresa que “No se negará efecto jurídico, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”, entendiendo por mensaje de datos “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de

¹ Al respecto, la LMCUCE se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituye el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación, así que en la preparación de ésta ley se estudió la posibilidad de ampliar el alcance de conceptos como “escrito”, “firma” y “original” con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. NACIONES UNIDAS, ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para la incorporación al derecho interno de 1996 con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998, New York, 1999. p. 20.

Datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

El mensaje electrónico según este artículo, es un documento y participa de la naturaleza de los escritos, siempre y cuando se pueda materializar en papel escrito por los procedimientos técnicos adecuados. La fórmula negativa del artículo antes transcrito, establece claramente el principio de la equivalencia funcional entre los documentos escritos de forma autógrafa y los mensajes de datos electrónicos, pues se trata de establecer no ya la equiparación absoluta entre el soporte material y el electrónico, habida cuenta de su diversa naturaleza, sino entre las funciones comerciales y jurídicas que uno y otro puedan desempeñar. Vertlon Brandt Leopoldo (2001).

Posteriormente, el artículo 6° de la misma ley nos dice 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”*.

Así pues, la ley no trata de consagrar un equivalente informático para todo tipo de documento emitido sobre papel, sino lo que pretende es que una vez conocida la función que desempeñan los requisitos formales propios de la documentación tradicional, tratar de precisar cuáles de estos criterios permiten la atribución a este de un reconocimiento legal equivalente al de la documentación sobre papel.

El único requisito que establece la ley, a fin de equiparar los mensajes de datos a la información que conste por escrito, es que esta información sea accesible para su posterior consulta; sin embargo, no establece el término por el cual deba permanecer la información para efectos de dicha consulta.

De otra parte, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel² y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados

² Una vez promulgada la LCCE, la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre las demandas presentadas vía fax estableciendo que “Nos encontramos ante un nuevo instrumento legal, que representa un avance jurídico, ágil y acorde con la modernidad, con el desarrollo tecnológico, que se ajusta a los conceptos procesales sobre cumplimiento de los términos y a las calidades intrínsecas de un documento. Así pues, se le ha dado plena validez a los mensajes de datos, afirmando que son documentos con la misma fuerza jurídica que cualquier otro, y deben ser considerados como medios de prueba, ya que cumplen los requisitos de los escritos en papel”. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Jurisprudencia No. 13015, Magistrado Ponente: José Roberto Herrera Vergara. Diciembre 3 de 1999.

³ Como avance legislativo en la materia podemos encontrar que el Consejo de Ministros de España, el 23 de diciembre de 2005, aprobó el Real Decreto 1553/2005 por el que se regula el DNI electrónico. Este DNI electrónico cuenta con una

en la ley³.

3. INALTERABILIDAD DEL DERECHO PREEXISTENTE DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS

Se trata de una segunda pauta fundamental de disciplina del C-E. En su virtud se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el C-E no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos nacionales e internacionales, en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar.

Esta afirmación parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no un nuevo derecho

regulador de las mismas y su significación jurídica; por tanto, las relaciones obligatorias entre los ciudadanos perfeccionadas y ejecutadas por vía electrónica no tienen que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados⁴. Los códigos son así, pues, aplicables a los contratos electrónicos.

La regla expuesta tiene como objetivo principal que las nuevas normas aplicables a los aspectos electrónicos de las relaciones negociales, no alteren el derecho aplicable a las relaciones propiamente dichas con independencia del soporte mediante el cual son contraídas⁵.

Se trata de establecer que la contratación electrónica es un nuevo soporte en medio de transmisión de voluntades negociales pero no un

doble funcionalidad: en primer lugar, se le atribuyen funciones de identificación de su titular en el ámbito electrónico, así como también de firma electrónica de documentos, lo cual se consigue a través de la incorporación al documento tradicional de un chip electrónico con certificados digitales de identidad digital y claves de firma electrónica. Este nuevo documento pretende que ofrezca más seguridad en las transacciones de comercio electrónico y se considera fundamental para el desarrollo y consolidación de la administración electrónica, permitiendo así un mayor avance en la sociedad de la información. El Documento Nacional de Identidad es, en principio, un documento con soporte físico material (una tarjeta de policarbonato de alta seguridad) que mantiene sus características básicas y tradicionales: función identificativa, carácter personal e intrasferible, de obligatoria obtención a partir de los 14 años de edad, obligatoriedad de mostrarlo a los agentes de la autoridad cuando estos los requieran, etc. No obstante, el nuevo DNI se configura como un documento de naturaleza doble, porque efectivamente los apartados 4 y 5 del mismo artículo 1º, regulan la atribución del mismo de nuevas funciones: "4. Igualmente el documento Nacional de identidad permite a los Españoles mayores de edad y que gocen de plena capacidad de obrar la identificación electrónica de su titular, así como realizar la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la ley 59 de 2003". La firma electrónica realizada a través del Documento Nacional de Identidad tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

⁴ Así, de un parte, los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento y objeto, causa en los ordenamientos romanos, sus manifestaciones y defectos) y, de otra, la tipología contractual preexistentes no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del C-E. ILLESCAS ORTIZ, Derecho de la Contratación, op.cit. p. 46.

⁵ El Art. 15.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM en adelante), hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, publicado en el BOE núm. 26 de 30 de Enero de 1991), estatuye que: "la oferta surtirá efecto cuando llegue

nuevo derecho regulador de las mismas, es decir, el objeto es adaptar las nuevas normas a los aspectos electrónicos de las relaciones negociales sin alterar el derecho aplicable a dichas relaciones.

En realidad, la vigencia del principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados aplicable al Derecho del C-E, determina que la interpretación que permite en el mundo del papel la distinción entre declaración de voluntad, declaración publicitaria y declaración de ciencia, sea predicable al entorno electrónico⁶.

El comercio electrónico no implica una modificación sustancial del actual derecho de las obligaciones y los contratos, teniendo en cuenta que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones son simplemente un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales o prenegociales. Por ello, no puede modificarse el derecho preexistente referente a la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos. Sin embargo, no se puede negar que la generalización en la utilización del comercio electrónico, en relación con deter-

minados contratos, ha determinado un cambio en el derecho aplicable, esto es, como consecuencia, en muchas oportunidades, del vacío jurídico que se presenta al momento de identificar los problemas y soluciones de los aspectos más destacables del comercio electrónico.

Vemos, entonces, que lo que pretende este principio, es que la incorporación de nuevas tecnologías a la legislación nacional, no implique modificar leyes existentes sobre obligaciones y contratos y que simplemente esta normatividad otorgue la posibilidad a las partes de utilizar diferentes medios de comunicación en la formación de sus contratos, pero respetando siempre los requisitos mínimos para su validez, como son por ejemplo la capacidad, consentimiento objeto y causa lícita. Art. 1502 C.C.

4. LA NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

En relación con el principio de la neutralidad tecnológica, la doctrina ha definido este concepto como principio fundamental de la contratación electrónica, como podemos observar a continuación:

al destinatario". Es en este sentido que se postula que el derecho del C-E mantiene intacto el derecho de obligaciones y contratos preexistente.

⁶ En lo que refiere a este tema, vale la pena hacer referencia al desarrollo que ha tenido a nivel mundial el Comercio Electrónico. Entonces una posible definición de Comercio Electrónico sería "cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan electrónicamente en lugar de por intercambio o contacto físico directo" Boletín Informativo del IPCE (Instituto Peruano de Comercio Electrónico) Página de Derecho e Informática. La anterior es una definición tal vez excesivamente amplia: el comercio electrónico basado en internet abarca todo tipo de acceso a información comer-

Illescas Ortiz (2001) considera la neutralidad tecnológica como aquella aptitud que debe imperar en las nuevas normas disciplinadoras del comercio electrónico (C-E), para abarcar con sus reglas no sólo las tecnologías existentes en el momento en que se formulan, sino también las tecnologías futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación, ello, obviamente, en un horizonte cronológico razonable. Las normas reguladoras del C-E y sus contratos han de resultar aplicables al C-E y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través de soporte electrónico”; los textos jurídicos elaborados o en elaboración tanto por jurisdicciones nacionales cuanto por agencias formuladoras internacionales mantienen o aspiran a mantener vivo el principio de neutralidad tecnológica en toda su extensión⁷.

Ibáñez Parra y Rincón Cárdenas (2007) lo definen como aquel principio que propende porque las normas del comercio electrónico, puedan abarcar las tecnologías que propiciaron su reglamentación, así como

las tecnologías que se están desarrollando y están por desarrollarse, teniendo en cuenta una interpretación realista que permita que se desarrolle acorde con los hechos y las situaciones en concreto, de modo que la legislación esté conforme con el constante desarrollo de las nuevas tecnologías.

El principio de neutralidad tecnológica supone, entonces, que todas las normas que gobiernan el comercio electrónico, deben tener un cierto grado de capacidad e idoneidad para abarcar e incorporar con sus reglas o principios no sólo la tecnología existente al momento en que fueron formuladas, sino también para aquellas tecnologías que se impondrán a futuro, sin que sea necesario que tales reglas sean modificadas. De manera que ante la nueva era de la tecnología de la información entronizada en un marco de “sistema de información”, podemos decir que no es plausible crear un solo sistema, por decirlo así, cerrado, que trunque ostensiblemente toda eventual modificación que por antonomasia opera con el paso de tiempo, como quiera que, poco a poco lo que en otrora fue novedoso puede tornarse arcaico

cial, intercambio de medios digitales de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencias electrónicas de fondos, comercio electrónico de valores, contratación pública, mercadotecnia, servicios posventa directos al consumidor, certificación de identidades y transacciones, cibertribunales y formas de resolución de conflictos. En general, todo lo relacionado a internet, con implicaciones económicas y comerciales.

⁷ En tales casos las reglas aplicables a la firma electrónica abarcan o pretenden abarcar desde las tecnologías de clave única próximas a los muy utilizados PIN o Personal Identification Number hasta las estampadas conforme a tecnologías todavía muy experimentales como las biométricas o fotométricas. Illescas Ortiz, Rafael, Derecho de la contratación electrónica, op, cit, Pág. 53

ante las nuevas exigencias del mañana, ya que el objetivo del comercio es adaptar todo tipo de estructuras en que se cimientan dentro de un canal en el cual impere la agilidad o celeridad de la contratación.

El principio de la neutralidad tecnológica⁸ se establece como uno de los principios o reglas que se enmarcan dentro del derecho del comercio electrónico, como quiera que constituye uno de los lineamientos *sui generis* que deben gobernar la celebración y ejecución de aquellos contratos conformados a partir de un acuerdo de voluntades entre las partes por medio de un soporte electrónico, dentro de un marco de mercado inmaterial, donde el contacto físico entre los contratantes es cada vez más exiguo⁹.

5. PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La buena fe constituye, dentro de la legislación universal, un principio general del derecho¹⁰, como quiera que mantiene vivo el espíritu de lealtad de las partes en cualquier tipo de relación jurídica en que se hallen, lo cual apunta de manera manifiesta a que en la celebración de negocios, las partes tienen la obligación moral de cumplir a cabalidad con lo pactado¹¹.

En relación con el principio de la buena fe en la contratación electrónica, Illescas Ortiz (2001) considera que la buena fe se entroniza como un principio básico del comercio electrónico, el cual puede, a título general, verse desde tres perspectivas bien diferenciadas:

8 Este principio podría enunciarse como la exigencia de que la norma sea compatible con las diversas tecnologías existentes, pudiendo todas ellas subsumirse en la misma, sin exclusión. En la actualidad hay varias tecnologías que permiten atribuir un mensaje de datos electrónicos a su autor, y el hecho de que algunas de ellas gocen de un amplio reconocimiento internacional y, desde un punto de vista técnico sean más avanzadas, no justifica que la norma regule éstas de forma preferente. De ceñirse a una tecnología concreta, la regulación correría el riesgo de quedar obsoleta en corto tiempo, debido al rápido desarrollo que se produce en este campo. Además, podría darse la atipicidad de ciertas tecnologías que, aunque minoritarias, fueran empleadas por algunos usuarios.

9 La neutralidad tecnológica implica a título general el no favorecimiento de unas tecnologías sobre otras ya que los estándares en esta materia deben ser impuestos por el mercado y no por ley. Favorecer en un cuerpo legal una tecnología sobre otras es incorrecto, discriminatorio y por sobre todo, un error de técnica legislativa. Hacerlo implicaría la pronta obsolescencia de la ley haciendo inútil el esfuerzo y el tiempo dedicado a su creación y aprobación.

10 Los principios generales de derecho son funciones interpretativas que debemos considerar en la tradición jurídica en que nos encontramos. Nuestro sistema jurídico se encuentra dentro de la tradición romano-germánico, por lo que se requiere de principios de interpretación de un derecho formado por normas que tienden a la permanencia. Consideramos que la sociedad es una variable, en la costumbre, los cambios sociales, políticos, económicos y los avances tecnológicos. Para Sporta, los principios generales del derecho son los que emanan de la ciencia del Derecho. En otros términos, principio que recibe una aplicación general en la Jurisprudencia, en la Doctrina, en las legislaciones universales; principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional. SPOTA, Alberto G, Tratado de Derecho Civil. T.I, Vol 1, Buenos Aires, Pág. 385 y 386.

11 Frente a la buena fe se afirma que se desdobra en dos aspectos: en primer lugar, cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera; vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo lugar, cada persona tiene derecho a esperar de la otra la misma lealtad o fidelidad. En el primer caso, se trata de una buena fe activa y en el segundo caso, de una buena fe pasiva. VALENCIA ZEA, Arturo, MONSALVE ORTIZ, Álvaro, Derecho Civil, Parte General y Personas, op. cit. Pág. 185.

En primer lugar, la buena fe como principio básico del comercio electrónico, aparece como una manifestación en concreto del principio de inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica, el cual apunta de manera ostensible frente a lo estipulado por el artículo 57 del Código de Comercio español de 1885.

En segundo lugar, el principio de buena fe se configura como un postulado centrado en el concepto de confianza, la cual, dentro del marco de las relaciones contractuales de carácter comercial, presupone el efecto contrario, ya que en el campo de la praxis vemos muy a menudo que las relaciones contractuales no se llevan a cabo directamente por el empresario contratante, sino por medio de sus subalternos (empleados o agentes en el manejo de los medios electrónicos requeridos), proporcionados y mantenidos por terceras personas. En algunos casos la exigencia de buena fe se hace más latente, ya que debe afirmarse con mayor fuerza dentro de la contratación electrónica que si se trata-

se de un comercio de contratación verbal o manuscrita.

En tercer lugar, la buena fe se constituye como uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y comercial de bienes y servicios¹².

En el contexto virtual, la exigencia de la buena fe comercial se convierte en un imperativo, dadas las particularidades de los entornos virtuales, donde típicamente las partes no se conocen, operan desde distintos lugares geográficos, en ocasiones desde distintos continentes, no es posible supervisar directamente los bienes objeto de contratación, han de asumir con frecuencia las dificultades derivadas de la falta de familiarización con los modernos medios electrónicos. Es evidente que en contextos tan peculiares como los mercados virtuales, la invocación del principio de buena fe resulta ineludible desde todo punto, y su ausencia un obstáculo insalvable de cara al adecuado funcionamiento de dichos mercados y, en consecuencia, al óptimo desarrollo del comercio electrónico¹³.

12 Frente al intercambio aunado a lo expresado por Illescas Ortiz, no es relevante que la forma en que este haya sido convenido sea verbal, manual o electrónico y en tal sentido apunta el principio de que es independiente el soporte en que se funde la contratación, porque lo importante es que la ejecución del intercambio se haya realizado de buena fe entre los contratantes. Sin embargo, en caso de que exista un soporte electrónico, la buena fe ha de ser respetada con mayor razón por las partes contratantes dentro de las relaciones de carácter comercial, en cuanto persista en el ánimo de las partes ese sentimiento de parcial desconocimiento y desconfianza. Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, op, cit, pág. 54. y sgtes.

13 En concreto, y por lo que se refiere a la invocación de buena fe que se hace en la disposición adicional Cuarta de la LSSICE, entendemos que en los términos en que se planea la presencia del citado principio, difícilmente podrá servir

Por tal razón, la buena fe dentro del comercio electrónico converge en un principio jurídico fundamental que se encuentra en numerosas normas, aunque de novedosa innovación dentro del tráfico jurídico comercial, como quiera que dentro del comercio jurídico y electrónico se encuentra como expresión latente de los usos sociales y se tiene como vehículo para el moderno solidarismo económico que impregna la totalidad de las experiencias jurídicas de nuestro tiempo. Se encuentra en manifiesto contraste con los juristas clásicos que admitían la buena fe, tal como estaba expresada en los textos y literalmente; hoy en día es principio general de la totalidad del derecho con características morales y jurídicas¹⁴.

Es importante que independientemente de la celebración de los contratos en el campo civil, mercantil o contratación por medios electrónicos se aplique el principio de la buena fe en la interpretación de los contratos, determinada ésta por los

elementos de la confianza y lealtad recíprocas que debe haber entre las partes, debido en algunos casos a la falta de contacto directo entre las partes, lo cual puede crear cierta inseguridad en la perfección del negocio jurídico.

6. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD MANTENIDA EN EL NUEVO CONTEXTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El principio de autonomía de la voluntad puede definirse como aquel poder de iniciativa atribuido a los particulares, en cuya virtud pueden establecer las reglas aplicables para conseguir sus fines ya que implica dotar a los particulares de una cierta potestad normativa o reglamentadora, jurídicamente eficaz, la cual actúa en paralelo a la potestad o al poder que tienen los órganos políticamente legitimados para dictar reglas o normas jurídicas generales. En efecto, se habla de autonomía

para combatir los riesgos de inseguridad jurídica que introduce la confusa norma elegida por el legislador para determinar el momento de perfección en la contratación electrónica, y que hace extensible a la contratación a distancia en general. Guisado Moreno, Ángela. El comercio electrónico y su disciplina: ¿Un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios? /En/ Derecho de los negocios, 2002, octubre, No 145, p 42. La contratación electrónica se caracteriza, de hecho, por la desigualdad entre las partes. El desconocimiento de los aspectos técnicos relacionados con el funcionamiento de los equipos y las tecnologías generan frecuentemente un desequilibrio en perjuicio del usuario, que puede acompañarse de clausurados abusivos predispuestos como sucede en el caso de las entidades administradoras de los registros electrónico-contables del sistema de anotación en cuenta. De esta manera la desigualdad técnica suele conllevar una desigualdad jurídica, que únicamente puede ser remediada mediante la intervención del legislador. Ante esta situación de desequilibrio que genera el problema tecnológico, el principio de buena fe debe aplicarse, de manera muy especial, en el marco del comercio electrónico. Bettoni Traube, Alejandro, Las anotaciones electrónicas en cuenta y el Derecho del Comercio Electrónico en Costa Rica. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. 2005.

¹⁴ La buena fe se erige dentro de la contratación comercial como un principio general del derecho internacional, el cual está consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 26), que los Estados Partes en un tratado tienen la obligación de dar cumplimiento a éste de buena fe (pacta sunt servanda) (Opinión consultiva 16/99 del

privada, en cuanto atribución a los particulares de un poder de autorregulación o de autogobierno en las relaciones jurídicas privadas. Castañeda Agredo Juan Pablo (2008).

Madrid Parra (2007), considera que mientras en el ámbito del Derecho público prima el principio de existencia de norma habilitante, en el del Derecho privado, y especialmente en materia de contratos, rige el principio de libertad de pactos, salvo existencia de prohibición¹⁵. En consecuencia, *prima facie*, no es necesaria norma alguna habilitante para la utilización de medios electrónicos en la contratación, lo mismo que no es necesario que se disponga que se pueda utilizar un papel, una tablilla, un bolígrafo, un lápiz o un punzón¹⁶.

En lo que respecta a la LMCUCE menciona este autor que la ley quiere propiciar y facilitar el C-E, pero no imponerlo a toda costa. Se quiere respetar el principio fundamental de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho contractual.

Si las partes quieren que un acto o comunicación conste por escrito o en soporte de papel, bien porque expresamente así lo pactan o porque es la práctica comercial, se les debe permitir que así se lleve a cabo entre las partes.

Guisado Moreno (2004) denomina a este principio como libertad de pactos y establece que esta regla encuentra en la contratación electrónica inter-empresarial un escenario especialmente propicio, siendo un recurso muy utilizado en estos operadores económicos como medio para mitigar la inseguridad jurídica en sus transacciones comerciales, especialmente en el caso de operaciones transfronterizas, continuadas y/o relevantes desde el punto de vista económico.

Vemos, entonces, cómo siguiendo las directrices de la LMCUCE, la LCCE establece claramente el principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual con el fin ser útil al momento de colmar algunas

1 de octubre de 1999). De tal manera que cabe la similitud de lo que sucede en materia civil del derecho romano desde la fundación de la polis, con todos sus estructuras jurídicas en la cual desde sus inicios cuando el derecho positivo no tenía ese grado de eficacia y validez, porque imperaba la costumbre como fuente principal de las obligaciones y de los contratos, se veía en ese momento la influencia y sobre todo la importancia y el fundamento de la bona fides, la cual era más que una regla de contratación entre las partes, era una regla moral, aunada con el querer interno de las personas por ser leales frente a sus contratantes, con el ánimo de generar ese sentimiento de confianza y rectitud.

15 Así se recoge en el art. 1.255 del CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

16 Pero si es verdad que todo nuevo fenómeno genera ab initio dudas e incertidumbre. La propia inseguridad técnica inicial que acompaña un nuevo desarrollo tecnológico propicia la inseguridad jurídica. De ahí que se demanden normas que aporten certidumbre y seguridad. Así sucedió en su día con el telégrafo y más recientemente, al final del siglo XX, con las nuevas comunicaciones electrónicas. Se han dictado, pues, disposiciones en la materia, pero se ha hecho bajo ese prisma de aportación de certeza en relación con la eficacia jurídica del empleo de las nuevas tecnologías así como con máximo respeto al principio de autonomía de la voluntad en el ámbito contractual. MADRID PARRA, Agustín (Dir), GUERRERO LEBRÓN, M.a Jesús (Coord). Derecho Patrimonial y Tecnología, op, cit, p. 62.

lagunas u omisiones en las estipulaciones contractuales. Por lo tanto, la ley tan sólo fija algunas normas mínimas de conducta para el intercambio de mensajes de datos en los casos en los que no se haya concertado acuerdo alguno para el intercambio de comunicaciones entre las partes.

Podemos decir, entonces, que en ausencia de normas jurídicas imperativas que dispongan lo contrario, los particulares pueden celebrar toda clase de contratos, entre ellos los celebrados por medios electrónicos, tal como lo disponen las leyes modelo de la CNUDMI. Por ende, el sistema legal colombiano considera la posibilidad de que las partes puedan celebrar operaciones de C-E¹⁷.

La legislación colombiana proporciona todas las herramientas necesarias para permitir que las personas ejerciten de manera libre y voluntaria su consentimiento, en aras de preservar el desarrollo del

llamado principio de autonomía de la voluntad o libertad contractual, entendida esta como la manifestación de aquel aspecto volitivo del ser humano evidente en sus relaciones sociales y, específicamente, para el caso objeto de nuestro estudio, la exteriorización que realiza al momento de la ejecución de sus prácticas contractuales, dentro del campo del C-E¹⁸.

Vemos, entonces, cómo en la contratación electrónica el principio de la libertad contractual es de gran importancia¹⁹ ya que las partes deben ponerse de acuerdo previamente en la utilización de estas modernas técnicas para contratar, dejando patente el alcance que el ordenador va a tener en esa contratación. Tanto en uno como en otro caso, la formación de la voluntad ha de ser libre, y una vez formada no hay inconveniente en que la manifieste un ordenador o dicho de otro modo, se cumplirían todos los requisitos que exige la le-

17 Al respecto cabe mencionar: “Para el Argentino el comercio electrónico o digital consiste en la transformación de las transacciones y procesos basados en papel en un proceso digital en que la palabra impresa en papel es reemplazada por el lenguaje de las computadoras (unos y ceros, números binarios), para que dicho mercado global se convierta en un medio apropiado para el comercio debe existir una forma de asegurar que los emisores y receptores de dichos ceros y unos puedan ser identificados con cierto grado de certeza y que la información transmitida no sufra alteraciones. Internet constituye el ejemplo predominante y más importante de red abierta, y existe gran cantidad de negocios que se realizan sin mayores complicaciones por su intermedio. Incluso se ha dicho que este tipo de comercio florecerá en redes abiertas sin necesidad de grandes inversiones en tecnología para proveer un alto grado de certeza en la integridad de los mensajes transmitidos, seguridad y autenticación” (DEVOTO, M.; 1999, pag. 94-95).

18 Una de las manifestaciones de la voluntad, está en el llamado contrato, en el que las partes disponen de todo su potencial generador de cláusulas obligantes a efecto de que estas repercutan en el mundo jurídico, siempre y cuando se ajusten a la moral, al derecho y a las buenas costumbres.

19 Al respecto, BARRIUSO RUIZ. Establece que la autonomía de la voluntad se expresa en el momento del consentimiento, determinante de la formación del contrato electrónico, con la realización de los “facta concludentia” o actos concluyentes que en algunos casos puede ser incluso la omisión o el silencio. El contrato electrónico existirá jurídicamente desde que una o varias personas consientan en obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio, entre ellas, manifestándolo por medios electrónicos e informáticos a través del concurso de la oferta y de la aceptación, conforme a las limitaciones legales, morales y de orden público, obligando no sólo a lo pactado, sino también a todas las consecuencias

gislación civil para la contratación, cuando dos partes, previamente puestas de acuerdo, deciden que sus futuros negocios se realicen a través de una vía informática.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barriuso Ruiz, C. (1998). *La Contratación electrónica*. Editorial Dykinson. Madrid, p. 359.

Berning Prieto, A. D. *Derecho de la contratación electrónica*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com>. Recuperado el día 18 de Julio de 2008.

Carrascosa López, V. Pozo Arranz, M. A., y Rodríguez de Castro, E. P. (2000). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual, los contratos electrónicos e informáticos*. 3ª edición. Editorial Granada, Comares, p. 7.

_____, (2000). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual, los contratos electrónicos e informáticos*. 3ª edición, Editorial Granada, Comares, p. 445.

Castañeda, A. (2008) Alternativa de unificación UNIDROIT. “Revista vir-

tual vía *inveniendi et judicandi*” “camino al Hallazgo y al juicio” Tunja *inveniendi/revista/HTML/revistavirtual*.

Colombia. LCCE, *publicada en el Diario Oficial No. 43.673 del 21 de agosto de 1999*, op, cit, Artículo 2º Núm.

Cruz Rivero, D. (2005) E. Equivalente, manuscrita, antecedentes de concepto, en *Revista de la Contratación Electrónica*. Pág 11.

_____, (2005). *Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente de la firma manuscrita*, en: *Revista de la Contratación Electrónica* No 60, p. 18.

_____, (2007). *El proyecto de Ley de medidas de impulso de la sociedad de la información: comentario al capítulo primero*, en: *Revista de la Contratación Electrónica* No. 84, junio-julio 2007.

Devoto, M. (1999). *Revista de derecho y nuevas tecnologías*. Edit. Ad hoc. Buenos Aires, febrero, p. 94-95.

Guisado Moreno, A. (2002). *El comercio electrónico y su disciplina: ¿Un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?*, en: *Derecho de los negocios* No. 145, p. 28-47.

que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso, la ley y a los derechos constitucionales inherentes a la persona, utilidad pública y demás límites en interés social y general. Barriuso Ruiz, Carlos. *La contratación Electrónica*, op. cit. p 90.

_____, (2004). *Formación y perfección del contrato en Internet*. Editorial Marcial Pons, Madrid. Págs. 105, 229.

Gutiérrez Gómez, M. C. (2002). *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico en Internet*. Comercio electrónico y telecomunicaciones, Editorial Legis, p. 187.

Ibáñez Parra, O. y Rincón Cárdenas, E. (2007) *El Acto Administrativo Electrónico y las Nuevas Tecnologías de la Información*. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/Tesis/Human/Arata_S_A/www.%20Publicaciones.derecho.org/redi/%20Vlex. Recuperado el 5 de junio de 2007.

Illescas Ortiz, R. (2001). *Derecho de la Contratación Electrónica*. Civitas, Madrid. Págs. 41, 46, 51

Illescas Ortiz, R. y Perales Viscasillas, P. (2003). *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, p. 333.

Landáez Otazo, L. y Landáez Arcaja, N. (2003). La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática. Venezuela.

Los Mozos, J. L. de. (1965). *El principio de la Buena Fe*. Editorial BOSCH, Barcelona, p. 305.

Madrid Parra, A. (Dir), Guerrero Lebrón, M. Jesús. (Coord). (2007). *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Editorial Marcial Pons, Págs 62, 66.

Madrid Parra, A. (1998). *Regulación Uniforme de UNCITRAL del uso de medios electrónicos en relación con los contratos de transporte de mercancías*, en: *Derecho Uniforme del Transporte Internacional. Cuestiones de Actualidad*. Editorial Mc Graw Hill, Madrid, p. 110.

_____, (2001). *Aspectos Jurídicos de la identificación en el comercio electrónico*, en: *Derecho del Comercio Electrónico*, Madrid: La ley.

Martín Castro, M. P. (2000, julio-agosto). *Nuevas formas de documentación del contrato de transporte: la sustitución del soporte material por la documentación electrónica*, En Revista de la Contratación Electrónica, volumen No 7. p 3-63.

Moreno Navarrete, M. A. (1999). *Contratos Electrónicos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, Págs. 86, 162.

Remolina Angarita, N. (2009). La firma electrónica es esencial para los negocios. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/sales-publications/promoting.confidences.pdf>

Rico Carrillo, M. (2007). *Derecho de las Tecnologías*. Ediciones la Roca, Buenos Aires, p. 274.

Rincón Cardenas, E. (2004). *Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información*. Revista Estudios Socio-jurídicos. Universidad del Rosario, Bogotá, volumen N° 002, P. 34.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2000). *Parte General y Personas*.

Derecho Civil. Editorial Temis. Tomo I. 15^a, Santafé de Bogotá, p. 592.

<http://www.uncitral.org>. Pág 1 recuperada 13 enero.