

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LOS
CONTRATOS DE COMPRAVENTA-BUSINESS TO CONSUMERS- CELEBRADOS
EN COLOMBIA



CLAUDIA TATIANA GARCÍA ESCORCIA

CRISTIAN CAMILO GÓMEZ QUIJANO

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

Director

HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

BOGOTÁ D.C

2016

NOTA DE ADVERTENCIA

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

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1. COMERCIO ELECTRÓNICO	9
1.1 ORIGEN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA.	9
1.2. CONCEPTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	11
1.2.1 Comercio electrónico <i>business to business</i>	14
1.2.2. Comercio electrónico <i>business to consumers</i>	15
1.2.3. Comercio electrónico directo e indirecto	17
2. TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	20
2.1. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO	20
2.2. DERECHO CONTRACTUAL NORTEAMERICANO	25
2.3. LEY DE MODELO CNUDMI (CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL)	26
2.3.1 Firmas electrónicas	28
3. LA CONTRATACIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO	32
3.1 EL CONTRATO ELECTRÓNICO	32
3.1.1. Contrato de Compraventa	34
3.1.2. Partes de la relación contractual	38
3.1.3. Existencia del contrato	43
3.1.3.1. Forma del contrato	43
3.1.3.2. Formación del contrato.	45
3.1.3.2.1. Oferta y aceptación	46
3.1.4. Perfeccionamiento del contrato	48
3.1.5. Validez del contrato	49
3.1.6. Ineficacia de los actos jurídicos	53
3.2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	59
3.2.1. Autonomía de la voluntad privada	59
3.2.2. Buena fe	60
3.2.3. Equivalencia funcional	61
3.3. CONTRATACIÓN EN LA MODALIDAD BUSINESS TO CONSUMERS	63
3.3.1. Contrato de adhesión	66
3.3.2. Servicio de evaluación en el comercio electrónico	68
4. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. MODALIDAD BUSINESS TO CONSUMERS	71
4.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	71
4.1.1. Responsabilidad precontractual	75

4.1.2. Responsabilidad contractual en comercio electrónico	78
4.2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.....	81
4.2.1. Hecho ilícito.....	81
4.2.2. Factor de atribución.....	82
4.2.3. Relación de causalidad o nexo causal	84
4.2.4. El daño	86
4.3. MEDIOS DE PAGO.....	90
4.3.1. Tarjeta débito	92
4.3.2. Tarjeta de crédito.....	92
4.3.3. Plataformas de pago	93
4.4. RESPONSABILIDAD DE LOS EMISORES DE MEDIOS DE PAGO	95
4.5. RESPONSABILIDAD INVOCADA POR EL USUARIO	97
4.5.1. Programas dañinos	99
4.6. RESPONSABILIDAD INVOCADA POR EL PROVEEDOR DE ACCESO O SERVIDOR	101
5. EL RIESGO Y LA DEBIDA PROTECCION A LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	104
5.1. EL RIESGO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA NUEVA ERA	104
5.2. PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	106
5.2.1. El Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011	106
5.2.2. Protección a los consumidores	113
6. CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

La era informática y las nuevas telecomunicaciones traen consigo una corriente revolucionaria para el mundo al introducir cambios significativos en la sociedad. La denominada *Sociedad de la Información*, abarca distintas tendencias tanto políticas como económicas y sociales, de tal manera que juegan un papel importante en las múltiples actividades de la vida al permitir no solo “[...] la recolección, procesamiento, almacenamiento, recuperación y comunicación de grandes cantidades de información, sino también la celebración de actos que producen consecuencias jurídicas”.¹

Este desarrollo inminente de las telecomunicaciones ha permitido el crecimiento de la economía del siglo XXI y ha sido “el factor que atribuye a fomentar la competitividad empresarial de la PYMES y MIPYMES”² a través de la *World Wide Web* y de *Internet*.

Así, un consumidor y un oferente que se encuentran en lugares diferentes en el mundo pueden llegar a satisfacer sus necesidades comunes a través del intercambio electrónico de datos (EDI), la transferencia de fondos electrónicos, la administración de cadenas de suministro, el marketing en internet, el procesamiento de transacciones en línea (OLTP), etc. Dicha cuestión genera un cambio radical en los “conceptos o consideraciones respecto, entre otros, del tiempo y la distancia y de cualquier actividad humana y en cuanto a las formas tradicionales de hacer negocios”.³

¹ GECTI, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, 2002. .p. 4.

² Decreto 2364 de 2012

³ GECTI. Op. Cit. p. 4

El comercio electrónico comúnmente conocido como *e-commerce*, busca agilizar las relaciones comerciales existentes entre personas que se encuentran en diferentes lugares. Esta herramienta “está revolucionando los hábitos comerciales en la forma de realizar negocios y ha sido considerada como un elemento esencial en el crecimiento económico mundial,”⁴ especialmente, en las transacciones comerciales “basadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de la información”⁵, como lo son el EDI (*Electronic Data Interchange*) y el *Internet*. Tan es así, que en Colombia “la legislación proporciona herramientas útiles para el desarrollo de esta modalidad mercantil en condiciones jurídicas apropiadas”.⁶

A pesar de los avances y ventajas del comercio electrónico, dentro de este esquema se ha presenciado en los últimos años un “incremento dramático de los delitos cometidos a través de medios electrónicos”⁷, lo cual muestra “una clara alerta sobre los cambios de la criminalidad consecuente de la evolución de la tecnología y el mundo.”⁸

Dichos *riesgos*, derivados de la era digital, ha llevado a diferentes países a adoptar regímenes de responsabilidad encaminados a la protección de los consumidores de tecnología. Para ello, se han tomado medidas de *seguridad* de tal manera que generen confianza en el sistema y se

⁴Ibídem. p.7

⁵ Ibídem.p.7

⁶ Ibídem p. 176

⁷ CRAWFORD, Adam. Crime and insecurity. [Crimen e inseguridad] En: New York: Edition by Routledge. [https://books.google.com.co/books?id=wIG3AwAAQBAJ&pg=PA208&lpg=PA208&dq=POWER,+R.+\(2000\).+Tales+of+digital+crime+from+the+shadow+of+cyberspace&source=bl&ots=1ZoQChajew&sig=jT29msB50dINSaAz-dxCACnNLZM&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwicyL_M7InMAhUKFR4KHRIBkIQ6AEIHTAA#v=onepage&q=POWER%2C%20R.%20\(2000\).%20Tales%20of%20digital%20crime%20from%20the%20shadow%20of%20cyberspace&f=false](https://books.google.com.co/books?id=wIG3AwAAQBAJ&pg=PA208&lpg=PA208&dq=POWER,+R.+(2000).+Tales+of+digital+crime+from+the+shadow+of+cyberspace&source=bl&ots=1ZoQChajew&sig=jT29msB50dINSaAz-dxCACnNLZM&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwicyL_M7InMAhUKFR4KHRIBkIQ6AEIHTAA#v=onepage&q=POWER%2C%20R.%20(2000).%20Tales%20of%20digital%20crime%20from%20the%20shadow%20of%20cyberspace&f=false) [Consulta: Viernes, 8 de abril de 2016].

⁸ Ibidem

den ambientes propicios para el intercambio de la información. Así, “en la medida en que el comerciante ofrece y merece confianza del consumidor, se está favoreciendo el desarrollo de operaciones comerciales”.⁹

Una de las medidas adoptadas por los países se refiere a la *seguridad jurídica*. A través de esta se busca tener certidumbre acerca del régimen jurídico aplicable en las relaciones comerciales llevadas a cabo a través de medios electrónicos, de tal manera que el uso de las nuevas tecnologías —en general— y en la contratación —en particular—, se extienda de manera segura y sea garante de los derechos y obligaciones en el evento de que surjan conflictos de intereses”.¹⁰

Así, la seguridad jurídica sobre comercio electrónico se sustenta en una normatividad emitida por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y se adecúa al ordenamiento jurídico interno de cada país. Para el caso colombiano, esta se presenta “a través de la Ley 527 de 1999 y su decreto reglamentario 1747 de 2000, así como las reglas necesarias para disminuir la incertidumbre jurídica generada por la reiterada práctica del comercio electrónico.”¹¹

A pesar del nivel de desarrollo tecnológico en Colombia y la regulación sobre el caso, según el Ministerio de Comunicaciones el comercio electrónico presenta diferentes riesgos. Por esta

⁹ UGUETO, Joseph. **El Código Orgánico Tributario y la incorporación de uso de Internet en la gestión de los tributos**. Autopartes Jhoan Costa Oriental, 2008. <http://josephuguetto.blogspot.com.co/> [Consulta: Viernes, 8 de abril de 2016].

¹⁰ JIMÉNEZ DE PARGA, R. Para una reflexión sobre la seguridad jurídica a propósito del comercio electrónico. “El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?), citado por: CLAVIJO CAMACHO, Sandra. Derecho de los negocios. Derecho de las nuevas tecnologías. Madrid: Editorial Reus S.A.S. 2005.

¹¹ GECTI. Op. Cit. p. 176

razón, “el reto está en entender las tendencias globales y masificar el recurso técnico y humano”¹², de tal manera que se genere un mercado más competitivo y con menos barreras regulatorias.

1. COMERCIO ELECTRÓNICO

1.1. Origen del comercio electrónico en Colombia

El comercio electrónico en Colombia ha sido integrado dentro de la llamada *globalización electrónica* a través de la Ley 527 del 18 de Agosto de 1999, “la cual define y reglamenta el

¹² ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Sergio Arboleda, 2008.

acceso y el uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico [...]”.¹³ Esta Ley es reflejo de la ley modelo elaborada por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre comercio electrónico, aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 51/162 de 1996 y recomendada para ser incorporada a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares.¹⁴

En la regulación interna aún no se encuentra un estudio específico acerca de la contratación por medios electrónicos y “tampoco se ha estudiado este fenómeno frente a un contexto de DMI, en donde se cuenta con las corrientes de autorregulación, estandarización, armonización y unificación impulsadas por organismos privados e intergubernamentales como la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹⁵, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la conferencia de las Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo, entre otras. No obstante, la Ley 527 de 1999 es una respuesta al fenómeno del creciente número de transacciones comerciales a través del intercambio electrónico de datos.

Por esta razón y con el fin de introducir al país estas nuevas tecnologías generadoras de desarrollo, la Ley 527 de 1999 en su artículo 2, literal b, define al comercio electrónico como aquel que:

¹³ MARTÍNEZ NADAL, A. [Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación](#). Madrid: Editorial Civitas, 2001.

¹⁴ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. Derecho-e Derecho del comercio electrónico. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002, p.14.

¹⁵ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) www.CNUDMI.org [Consulta: miércoles, 13 de abril de 2016].

Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;

A su vez, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-662 de 2000 hace alusión a lo establecido en la ley al señalar que:

[...] La Ley de 1999 sigue los lineamientos del proyecto tipo de ley modelo sobre comercio electrónico de la comisión de las naciones unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional – CNUDMI.

En el caso colombiano fue el producto de un proceso en el que participaron los sectores público y privado que tuvieron asiento en la Comisión redactora de la que formaron también parte los Ministerios de Justicia y del Derecho, Transporte, Desarrollo Económico y Comercio Exterior [...].

Incluso, antes de expedirse la Ley 527 de 1999, en el proyecto presentado al Congreso de la República por iniciativa de los Ministerios de Justicia y el Ministerio de Industria y Comercio, se ilustraron las exigencias que el cambio tecnológico planteaba en términos de la actualización de la legislación nacional para ponerla a tono con las nuevas realidades de comunicación e interacción imperantes y para darle fundamento jurídico a las transacciones comerciales efectuadas por medios electrónicos, al igual que para darle fuerza probatoria a los mensajes de datos.¹⁶

¹⁶ ESPINOSA QUINTERO, Op. Cit.

De esta manera, con la Ley 527 de 1999 se buscó acoger las nuevas tendencias del Derecho Internacional Privado y llenar los vacíos normativos que dificultaban el uso de los medios de comunicación modernos¹⁷ para evitar la *inseguridad jurídica* del soporte informático que conduciría a altos costos de transacción y a un menoscabo de la economía nacional. Así, Colombia a través de este precepto normativo fue uno de los países pioneros en la implementación de este tipo de legislación en el mundo.

1.2 Concepto de comercio electrónico

El concepto de comercio electrónico abarca distintas interpretaciones. En la actualidad se tiene una concepción restrictiva del mismo al creer que este es equivalente a “compras por internet”. Este encasillamiento no solo limita su campo de acción sino también, conduce a interpretaciones erróneas. Por esta razón, definirlo se hace necesario.

Con la llegada de *Internet* se han creado diversos negocios a través de medios electrónicos los cuales han contribuido a la globalización de la información y, en general, al comercio al facilitar el intercambio de bienes y servicios. No obstante, esta infraestructura electrónica no ha llegado todos los rincones mundo. No de la manera esperada.

A diferencia de los países desarrollados, cierto porcentaje de la población mundial no cuenta con los recursos para acceder a este mecanismo, cuestión que deja clara la idea de que “aún no se ha alcanzado el volumen de negocio que potencialmente puede implicar. Y desde luego

¹⁷ *Ibídem.*

es muy dispar el grado de implantación de unas y otras partes del mundo —más desarrollado en Estados Unidos, menos en Europa y por comenzar en el tercer mundo—.”¹⁸

No obstante, pese a tener un alcance todavía limitado, es una realidad que cada día son más los países que empiezan a hacer uso del comercio electrónico. Por esta razón, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ya ha regulado y definido lo que es el comercio electrónico. Según la Ley Modelo CNUDMI:

“El comercio Electrónico abarca cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial, todo tipo de operaciones financieras, bursátiles o de seguros; de construcción de obras de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial y comercial, de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”. Precepto que recoge la legislación colombiana.

Así mismo, el Autor David Kosiur hace una definición completa del concepto de comercio electrónico:

Comercio Electrónico es un sistema que incluye no sólo aquellas transacciones que se centran en la compra y venta de bienes y servicios para generar ingresos, sino también aquellas transacciones que respaldan la generación de los ingresos, tales como la creación de la demanda para esos bienes y servicios, ofreciendo respaldo a las ventas y el servicio al cliente, o facilitando la comunicación entre socios de negocios.¹⁹

¹⁸ ORDUÑA MORENO, Francisco. Contratación y comercio electrónico. España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, p. 126

¹⁹ GÓMEZ PÉREZ, Víctor Iván. Realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia. (Tesis de Pregrado). PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Facultad ciencias jurídicas, Bogotá, 2004. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis21.pdf> [Consulta: miércoles, 13 de abril de 2016].

A partir de estas definiciones se podría concluir entonces, que el comercio electrónico es el intercambio de bienes, valores y servicios realizados de manera masiva, eficiente y con sentido profesional a través del uso de medios electrónicos, ópticos o similares, como lo es el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico²⁰, entre otros.

En un sentido amplio, por comercio electrónico se entiende todo tipo de transacción comercial por medios electrónicos²¹; es decir, no abarca únicamente *Internet* —aunque es el más utilizado—, sino también otros canales como el EDI (Electronic Data Interchange), entre otros. De esta manera, el *mercado electrónico* es aquel en que los productores, proveedores, intermediarios y consumidores interactúan mediante el empleo de medios electrónicos, lográndose así una representación virtual de los mercados físicos o tradicionales que comprende también los contratos informáticos.²²

1.2.1 Comercio electrónico *business to business*

La modalidad *Business to business* (B2B) *e-commerce* es la que genera un mayor volumen de transacciones en el comercio electrónico. Establecida hace algunos años, usa como medio electrónico el EDI (Electronic Data Interchange) sobre redes privadas o de valor añadido y se refiere básicamente a la compra y venta de productos o servicios entre empresas.²³

²⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho del comercio electrónico. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

²¹ ORDUÑA MORENO, Francisco. Op. Cit.

²² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Op. Cit., p. 18.

²³ ESCOBAR ESPINAR, Modesto. El comercio electrónico. Perspectiva presente y futura en España. Madrid: Fundación Retevisión, 2000, p. 22.

A los empresarios que usan esta modalidad se les considera comerciantes profesionales; es decir, son personas dedicadas al comercio, tienen toda la información de las características del producto o servicio y además manejan un importante conocimiento del mercado. Por esta razón, los negocios celebrados por ellos se manejan de manera diferente en entornos mercantiles cerrados.²⁴

Pero esta dinámica comercial no siempre ocurre entre empresarios. Debido a la versatilidad de los medios electrónicos, se ha permitido que las personas del común también puedan acceder a este mercado a través de herramientas informáticas, creándose así un negocio que se conoce como *Business to consumer* (B2C).²⁵

1.2.2. Comercio electrónico *business to consumers*

La modalidad *Empresa a consumidor (business to consumers o B2C)* es una de las áreas del comercio electrónico en donde se regulan las relaciones entre el proveedor o el oferente de los bienes y servicios y el consumidor o comprador de ellos. Aquí se elimina a los intermediarios en el proceso de circulación de los bienes y servicios, generando así una reducción de los precios.

El B2C es utilizado como una estrategia por parte de las empresas para acceder directamente a los clientes a través de una página web sin acudir a los intermediarios online —proveedores

²⁴ ROA DÍAZ, Fernando Alonso. Protección a los consumidores en negocios Business to Consumers (B2c) en Colombia. Revista In Vestigium Ire. Vol. 5, 2012. p. 76 – 84.

²⁵ Ibídem. p. 78

de acceso, prestadores de servicio de certificación, entidades de dinero electrónico—, los cuales actúan como facilitadores de las transacciones entre compradores y vendedores.

A diferencia de estos intermediadores que usualmente reciben una contraprestación económica por el valor de la transacción —encareciendo el precio de los productos—, a través de B2C no se cobra por este servicio. Si bien este aspecto parecería ser más tentador para el consumidor, existen casos como el de *Amazon y Priceline* —quienes ostentan calidad de intermediarios Online— que han puesto en aprietos a los dueños de las compañías B2C. Estas empresas ofrecen productos atractivos para los clientes tales como las facilidades en las transacciones a la hora del pago, lo cual hace que muchas veces los compradores prefieran a los intermediarios para realizar la búsqueda del producto —cuando no se tiene claro por parte del comprador la marca seleccionada— y la posterior compra, dejando tanto a los vendedores directos como a los intermediarios *online*, en categorías propias del *Business to consumers*.

Uno de los retos más grandes de las empresas que utilizan el B2C es generar confianza y fidelidad de los clientes frente a los productos que se están comercializando, toda vez que a través de los sistemas electrónicos se pueden presentar diferentes riesgos.

Internet constituye un medio para ingresar en un nuevo sistema económico en el que los consumidores podrán adquirir bienes o servicios, desde su propia casa u oficina, sin necesidad de desplazarse hacia la sede del proveedor. Sin embargo, la implementación masiva de este sistema requiere la creación de mecanismos de pago electrónico seguro, dentro de un sistema de comunicación que es inseguro, porque en él participa toda clase de sujetos, que pueden interceptar la información que circula y emplearla con fines delictivos.²⁶

²⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Op. Cit., p. 21

Así, para brindar seguridad a estas transacciones comerciales, el ordenamiento jurídico de cada país entra a regular, proteger y sancionar aquellas conductas que contravengan la confianza de los negocios B2C.

1.2.3 Comercio electrónico directo e indirecto

El comercio electrónico en la modalidad B2C se divide en *comercio electrónico directo* y *comercio electrónico indirecto*, de acuerdo a unas características diferenciadoras entre uno y otro.

El comercio electrónico directo “implica la forma de expresión de la voluntad contractual, la formación del contrato como intercambio y coincidencia de voluntades en forma de oferta y aceptación y la ejecución del objeto del mismo o de las prestaciones derivadas de él, en cuanto al pago y la entrega del bien o servicio, que ‘corren u ocurren’ simultáneamente a través de medios electrónicos, incluyendo por excelencia a Internet”²⁷ y a las aplicaciones a través de móviles.

Este tipo de operaciones se pueden denominar también como *contratos on-line*; es decir, en estos se ve la incidencia del medio electrónico para la realización de este tipo de negocio debido a que “las partes, por lo general, ni se ven, ni se conocen; no obstante, celebran contratos. Toda la operación se concreta en un ambiente inmaterial, tecnológico, de diálogo entre ordenadores, incluso, con mecanismos automáticos de generación de oferta y

²⁷ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Op. Cit., p. 81.

aceptación en el que la voz de expresión del consentimiento se sustituye por un silencioso *click*".²⁸

De esta manera, el intercambio electrónico aquí tiene por objeto comercializar productos intangibles o bienes incorpóreos que pueden ser digitalizados y enviados por una red de comunicación de datos, como por ejemplo, la música, los vídeos, los programas de computación o *software*, los documentos, las reservas de pasajes de alojamiento, etc.²⁹

Ahora bien, respecto del *comercio electrónico indirecto*, Perales Viscasillas señala:

[...] existe el conocido comercio electrónico indirecto, donde la perfección del contrato se logra también por esta vía de comunicación —generalmente sobre una página Web o mediante la utilización del correo electrónico— pero se requieren vías tradicionales de ejecución contractual, ya por imperativo de la propia naturaleza del bien (productos analógicos), ya por voluntad de las partes contratantes (por ejemplo, la exigencia del pago contra reembolso).

En este tipo de contratación se genera una ruptura del esquema contractual electrónico ya que si bien una parte de ella se da a través de los medios virtuales —expresando la voluntad de las partes—, la otra se da a través de esquemas tradicionales de contratación en donde se requiere la presencia física y no únicamente virtual, pasando así de un escenario “de comercio electrónico *directo* al escenario calificado como *indirecto*”.³⁰

De este modo, cuando en una negociación a distancia se requiere la circulación de bienes corporales o tangibles; es decir, el traslado físico de los productos al domicilio del adquirente

²⁸ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia. Los servicios financieros bancarios electrónicos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 59-60

²⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. (2003), Op. Cit.

³⁰ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Op. Cit., p. 83

—para lo cual habría que recurrir a empresas de transporte o de mensajería—, se hablaría específicamente de la contratación por medios electrónicos indirectos.

En cierta medida este vendría siendo el lunar del comercio electrónico al no poder dejar atrás aquellas formas tradicionales utilizadas para los negocios y, en cambio, sí generar vacíos e incomodidades a la hora de querer contratar a través de estos medios.

2. TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

2.1 Derecho contractual europeo

La contratación por medios electrónicos fue un reto para el derecho europeo y en general para el mundo, especialmente, en la búsqueda de uniformidad de reglas aplicables. Debido a la diferencia que existía entre los sistemas jurídicos, la dificultad frente a la interacción de ordenamientos en materia contractual era evidente; no obstante, la tecnología entendida como el pilar fundamental de esta nueva ola de discusiones dogmáticas y pragmáticas del derecho, llevó a una aproximación de los derechos privados nacionales.³¹

La idea de tener un marco jurídico estable y previsible cuya seguridad de los operadores transnacionales y la legalidad de las transacciones comerciales³² lograran superar el estatismo nacionalista para promocionar a través del aspecto político y económico una superestructura como lo es el de la Unión Europea,³³ se basó principalmente en la elaboración de un código sustentado en dos aspectos: i) el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio vigente en todos los países y el ii) el reconocimiento de la impronta romana presente en mayor o menor medida en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros.³⁴

Conceptos como la autonomía de la voluntad privada, la consensualidad, *Pacta sunt servanda*, la excesiva onerosidad, la rescisión por lesión, la cláusula *Rebus si stantibus*, la

³¹. Ibídem p.114.

³² Ibídem. p. 114.

³³ Ibídem. p. 115.

³⁴ Ibídem. p. 116.

Restitutio in integrum, así como los principios de buena fe, *Ex fide bona*, la libertad de contratación y libertad de forma, son nociones y principios de unificación que rompen la barrera cultural e idiomática al tener un tronco en común —el Derecho Romano— y concilia las fuentes fundamentales de la unificación jurídica, incluso, las que existen entre el *Common Law* y el *Civil law*.³⁵

La identificación del núcleo común de la institución contractual y de su función como elemento clave en la armonización de los marcos jurídicos genera un mercado único³⁶ el cual propone un derecho uniforme. No obstante, esta unificación y armonización se sustenta bajo dos grandes modelos: el primero es el *Restatements* del *American Law Institute* cuya metodología consistente en la identificación de los principios que imperan en la jurisprudencia de los conceptos, y el segundo, propicia la unificación mediante una ley con eficacia vinculante y obligatoria.³⁷

De Los Mozos, bajo un acertado argumento, manifiesta su crítica al modelo de los principios al afirmar que:

Dios nos libre de los principios, pues la seguridad jurídica desaparecería, disuelta en el arbitrio judicial, al que solo puede poner límite una regla legal concreta encilla y clara, no algo tan difuso como pueden ser, en la práctica, los principios aplicados por los jueces de muy distinta formación y mentalidad, no solo en consideración con los distintos sistemas, sino incluso dentro de un mismo sistema jurídico.³⁸

³⁵ *Ibíd*em, p. 119

³⁶ *Ibíd*em, p. 121

³⁷ *Ibíd*em, p. 127

³⁸ *Ibíd*em, p. 128

A su vez, el CEC (Código Europeo de Contratos) reduce notablemente los supuestos de remisión a la discrecionalidad del juez, no por desconfianza, sino porque se ha querido evitar a toda costa la renacionalización del futuro derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los tribunales en los distintos Estados miembros”.³⁹

Pero más allá de la identificación de los principios jurídicos y de la terminología jurídica común pretendida en el espacio europeo en relación con el derecho contractual, también juega un papel importante el *soporte papel* versus el *soporte digital*. La realidad tecnológica no da más espera y por esta razón es importante que las diferentes iniciativas sobre el particular trabajen con fundamento en esta herramienta y dediquen tiempo para identificar los cambios jurados que ella silenciosamente ha ido propiciando.⁴⁰

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la red es común a todos y no un espacio territorial específico, es importante rescatar lo señalado por De Miguel cuando se refiere a los intereses en internet. Según él, hay dos grandes clases de intereses: i) los de un primer grupo constituido por el interés de regular lo correspondiente a la arquitectura o estructura de la Red, al igual que los estándares técnicos y ii) los del segundo grupo que pretenden construir el marco regulatorio legal o jurídico de las actividades que fluyen o se desatan a través de la Red.⁴¹

Del grupo de carácter técnico surge la idea sobre el *Ciberderecho penal sancionatorio*, un *e-poena* que se impone a través de medios técnicos, como por ejemplo, el negar el acceso al

³⁹ *Ibíd*em, p. 134

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 137

⁴¹ *Ibíd*em, p. 139

servidor o excluirlo de la red sin intervención de tribunales nacionales.⁴² Esto equivale a un derecho o sistema sancionador técnico diferente a lo que se conoce como sanción jurídica.

Una solución a las deficiencias de los marcos jurídicos regulatorios de las NTIC (Nuevas Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones) se verían compensadas por la opción o posibilidad técnica de imponer *e poenas* las cuales pueden llegar vía PCAV (Principios Comunes de Aplicación Voluntaria). Esta alternativa permite a las partes contractuales diseñar su propio esquema sancionatorio, de carácter extralegal, o referir la situación especial a uno ya existente. Todo esto podría generar una mayor eficiencia cuando se encuentra en manos de organismos calificados o técnicos de naturaleza gremial, intergubernamental o eminentemente especializados en la temática propia del mundo virtual.⁴³

Así, con el fin de evitar una regulación de sector por sector o caso por caso, sería conveniente apuntar hacia un sistema de los PCAV (Principios Comunes de Aplicación Voluntaria) vía autonomía conflictual. Así mismo, podría hablarse de una especie de sistema de precedentes ya no propiamente jurisprudenciales, sino “negociales” o con fuente directa en donde las partes pacten previamente un marco legal de referencia destinado a regir su contrato.

La aplicación de estos marcos de referencias pueden ser elaborados por organismos especializados en los temas que involucre la discusión contractual, teniendo en cuenta que al tratarse de contratación a través de medios electrónicos o mediante el empleo de las NTIC

⁴² *Ibíd.*, p. 125

⁴³ *Ibíd.*, p. 126

(Nuevas Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones) se está frente a terrenos aptos para lo técnico y lejos de la acción de parlamentos y congresos nacionales.⁴⁴ Esto conlleva a un desplazamiento de la competencia legislativa en este sector y se encamina hacia un campo en el que la autorregulación y la creación de estándares internacionales propician la puesta en marcha de mecanismos de sanción de los que disponen determinados actores de internet.⁴⁵

Por lo tanto, ya no solo se debe armonizar y unificar el lenguaje jurídico del derecho contractual, sino además, su lenguaje y efectos tecnológicos de manera que “el carácter abierto de internet, la ausencia de un organismo con poder para controlar la Red y la carencia de una regulación adecuada de la contratación electrónica en la actividad mercantil ha dificultado la ordenación de los conflictos de interés en ese marco y la identificación de las concretas normas aplicables”.⁴⁶

Finalmente, se está, por un lado, frente a una metodología de unificación jurídica jurisprudencial por una vía de *Common law* y por el otro, frente a una metodología normativa propia del *Civil Law*, sin ser recíprocamente excluyentes. En últimas, lo que se requiere son soluciones similares a problemas comunes.⁴⁷ Así, si bien autores como Sánchez ponen en duda la conveniencia de una codificación regional que puede resultar contradictoria con una codificación global⁴⁸; hay otros como Shcule y Zimmermann que piensan acertadamente que

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 131

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 138

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 139

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 141

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 118

este fenómeno no es algo excluyente, sino por el contrario, implica la unificación europea con la internacional.⁴⁹

2.2. Derecho contractual norteamericano

Antes de estar cobijado bajo el sistema jurídico del *Common Law* —Derecho Anglosajón—, el comercio electrónico en Estados Unidos tuvo sus primeras manifestaciones jurídicas de manera local. La ley emitida en mayo de 1995 sobre firmas digitales en el estado de Utah, conocida como *Utah Digital Signature Act*, sirvió como base para los principios y directrices de la CNUDMI y fue usada, a su vez, como referencia para la expedición de la ley colombiana en lo concerniente a las firmas digitales y entidades de certificación.

Hoy por hoy, Estados Unidos es referente en la construcción regulatoria del comercio electrónico. Por ejemplo, a través del ABA —Comité de Seguridad de la Información, de la División de Comercio Electrónico de la *American Bar Association*— se emitió la *Guía de Firmas Digitales* en agosto de 1996; en la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Derecho Estatal Uniforme (NCCSL) —llevada a cabo el 15 de Agosto de 1997— se elaboró el borrador de lo que es la *Uniform Electronic Transactions Act* —cuya aprobación se realizó el 30 de julio de 1999—, y el 30 de junio el 2000 se emitió la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*.

Así mismo, la ley de Estados Unidos (*S791 to facillitate the use of electronic records and signatures in interstate or foreing commerce Act of 2000*), al igual que la ley colombiana

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 129

sobre comercio electrónico (ley 527 de 1999) tienen similitudes en su contenido. En ambas se reconoce la validez jurídica y la fuerza obligatoria de documentos en forma electrónica al consagrarse la obligación de proteger al consumidor y ofrecerle las condiciones apropiadas para obtener su consentimiento voluntario y la posibilidad de su retracto sin causarle multas o sanciones.⁵⁰

2.3 Ley de modelo CNUDMI (Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

La ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación de datos fue aprobada en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En cumplimiento de su mandato de fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, a través de este precepto normativo se buscó eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias de los derechos internos que afectan al comercio.⁵¹

Conforme a lo establecido por la CNUDMI, se ha entendido por *armonización* el proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del derecho interno de los Estados para conferir previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas; y por *unificación*, el proceso donde los estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las operaciones mercantiles internacionales.

⁵⁰ GECTI, Op. Cit., p. 209

⁵¹ *Ibíd.*, p. 180

Los instrumentos jurídicos adoptados representan cada una de estas funciones: a través de una ley modelo o guía legislativa se busca armonizar el derecho interno; mientras que por medio de una convención, entendida como un instrumento internacional al que lo Estados dan su aprobación oficial, se pretende unificar en el ámbito internacional ciertas esferas de su derecho interno.⁵²

Así, las labores de la CNUDMI otorgan una importante credibilidad y certeza jurídica al lograr que sus gestiones se realicen a partir de grupos de trabajo cuyas herramientas jurídicas se acogen por consenso y no por mayoría o por cualquier otro medio de imposición política.⁵³ Esto, gracias a la influencia del derecho americano y europeo acerca de la armonización del derecho de los contratos gestados a iniciativa.⁵⁴

La Ley modelo sobre comercio electrónico está compuesta por dos partes: la primera, regula el comercio electrónico de manera general; en cambio, la segunda, lo hace de manera particular al referirse, por ejemplo, al contrato de transporte de mercancías desde la perspectiva del comercio electrónico.⁵⁵

A través de esta ley se le ofrece al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que elimina algunos obstáculos jurídicos del comercio tradicional o de soporte de papel. Esto, con miras a construir un marco jurídico para un desarrollo más seguro

⁵² ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. Derecho Internacional de los Negocios. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.74.

⁵³ *Ibíd.*, p. 75

⁵⁴ ESPINOSA QUINTERO, Op. Cit., p.102.

⁵⁵ *Ibíd.* p. 182

de las vías electrónicas de negociación —bajo el modelo del comercio electrónico—y para brindar las soluciones contractuales sobre una nueva economía globalizada.⁵⁶ Por ello, es necesario entender a la contratación electrónica como un *método de contratación* y no como un tipo especial de contrato, ya que los contratos electrónicos no son diferentes en esencia a los contratos basados en papel.⁵⁷

2.3.1. Firmas electrónicas

La firma electrónica se encuentra definida en los artículo 2, 7 y 28 de la Ley 527 de 1999 y en el Decreto 2364 de 2012 como: “métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permiten identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma”.

Las firmas digitales se vienen desarrollando desde hace algunos años; sin embargo, su progreso se ha visto afectado por la falta de un patrón de tratamiento uniforme al haber un sinnúmero de *software* con sus propios parámetros. Así, si un comerciante considera necesario aplicar firmas digitales para todas sus actividades comerciales, debe pagar e instalar programas diferentes con relación a cada una de las partes con las cuales desea negociar.

⁵⁶ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Op. Cit., p.103.

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 102

La *International Standards Organization* (ISO) ha insistido en llegar a un consenso sobre este tema en particular, pero no ha podido. Por esta razón ante dicha necesidad, la ley modelo por la CNUDMI se refirió de manera independiente sobre el tema.⁵⁸

Antes de expedirse la ley modelo, se dio inicio a las deliberaciones en la CNUDMI. El grupo de trabajo partió de la base que en un entorno electrónico, un mensaje original no se puede distinguir de una copia. Como la firma no está manuscrita y no figura en un papel, las posibilidades de fraude son altas por la facilidad de interceptar y alterar datos en versión electrónica.⁵⁹

Así, teniendo en cuenta que la finalidad de las firmas electrónicas es la de proporcionar equivalentes funcionales de las firmas manuscritas y otros tipos de mecanismos de autenticación empleados en el soporte de papel tales como sellos, las huellas, etc.⁶⁰, se llegó a la conclusión de que una firma es fiable —de acuerdo con la ley modelo de firmas digitales— si los datos de creación de la firma están bajo control exclusivo del firmante y si la firma es sustento de la integridad de la información a que corresponde.

Esto, a su vez, necesita estar bajo los deberes del firmante, del prestador de servicios de la certificación y el proceder de la parte que confía en el certificado;⁶¹ sobre todo, si se cuenta con la calidad de los sistemas de equipo, de los programas informáticos, los procedimientos

⁵⁸ ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. Op. Cit., p. 81.

⁵⁹ GECTI, Op. Cit., p.183

⁶⁰ *Ibidem*. p. 183

⁶¹ ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. (2003). Op. Cit., p.82

para la tramitación del certificado, las solicitudes de certificados y la conservación de registros.⁶²

Así mismo, el prestador de los servicios de certificación está en la obligación de utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos confiables; debe proceder de conformidad con las normas o prácticas, y necesita actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el certificado expedido, sean exactas y cabales.⁶³

Luego de las deliberaciones y una vez obtenidas las conclusiones, se llegó a la guía para la incorporación de la Ley modelo de firma electrónica de la CNUDMI. A través de esta se mencionan las infraestructuras de clave pública ICP que implican, aunque no necesariamente, la interacción de las relaciones entre tres tipos de partes distintas: i) los titulares de las claves; ii) las entidades certificadoras y iii) los terceros que confían en el certificado. Sin embargo, también se da la posibilidad de que existan otras entidades que permitan i) identificar a una persona; ii) proporcionar certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto que firma y iii) vincular a esa persona con el contenido de un documento para que puedan cumplir en un entorno electrónico.⁶⁴

⁶² *Ibidem.*, p. 83

⁶³ GECTI, *Op. Cit.*, p.184

⁶⁴ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. *Op. Cit.*, p.105.

3. LA CONTRATACIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

3.1. El contrato electrónico

El comercio electrónico, entendido como toda actividad que conlleva a una operación comercial a través de medios electrónicos, nace como una necesidad de comunicación y luego se convierte en una práctica mercantil internacional que permite a los agentes económicos expresar su voluntad, de manera rápida y eficiente, a través de la participación en mercados electrónicos.

Gracias al rápido crecimiento de esta dinámica, los estados empiezan a regular este tipo de actividades comerciales y tecnológicas de manera tal que desarrollan una reglamentación para brindar la suficiente seguridad jurídica a este tipo de operaciones comerciales internacionales, específicamente, en todas aquellas transacciones realizadas por medios electromagnéticos difíciles de controlar.

Para llevar a cabo una relación “negocial” entre dos partes interesadas en satisfacer necesidades mutuas, es necesaria la celebración de un contrato el cual consiste en un “supuesto de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos, dispositivos

de intereses patrimoniales, con consecuencias jurídicas, celebrados por dos o más personas⁶⁵ y cuyo objetivo es ser “el principal vehículo de las relaciones económicas entre las personas”.⁶⁶

El Código civil y el Código de Comercio Colombiano también definen al contrato:

Código Civil,

ARTICULO 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Código de Comercio,

ARTÍCULO 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (...).

Conforme a estas definiciones, cuando se está frente a una relación contractual cuya realización se da a través de un medio electrónico idóneo como lo es la red global internet, redes móviles, aplicaciones, correo electrónico, entre otros, es necesario que las partes den su consentimiento al momento de contratar para poder perfeccionar el mismo. De esta manera, los agentes económicos que participen en mercados electrónicos y expresen su voluntad negocial, se encuentran dentro del llamado *Contrato electrónico*.⁶⁷

La Ley de Comercio Electrónico Española define al contrato formalizado por vía electrónica como “el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radios o medios ópticos o

⁶⁵ BOHORQUEZ Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Volumen 1, segunda Edición. p. 12.

⁶⁶ MADRID PARRA, Agustín. El contrato por medios electrónicos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 151.

⁶⁷ RIPPE, Siegbert. Comercio electrónico: análisis jurídico multidisciplinario, Editorial B de F, 2003, p. 134.

electromagnéticos”.⁶⁸

Al hablar de contratación por medios electrónicos, se hace referencia a un contexto nuevo y contemporáneo y se embarca en una forma novedosa de realizar actos jurídicos cuya finalidad es producir efectos. La diferencia con el método tradicional es que aquí la relación se lleva a cabo a través de un medio intangible como lo son las redes magnéticas; sin embargo, su realización produce la misma validez en el mundo jurídico. De esta manera, las partes pueden prestar el consentimiento y ser acreedoras de obligaciones contractuales, y a la vez, cobijarse por la responsabilidad civil contractual al estar presente un vínculo jurídico previo.

3.1.1. Contrato de Compraventa

El contrato de compraventa consagrado en el artículo 1849 del Código Civil, establece que: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

Este contrato requiere esencialmente de un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, cada una de las cuales puede estar constituida por una o por varias personas. El acuerdo de voluntades debe versar, ante todo, sobre dos prestaciones recíprocas, esenciales a ese contrato, de lo contrario no puede subsistir como compraventa o degenera en otro distinto.

⁶⁸ LLANEZA GONZALEZ, Paloma Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación. Madrid, Bosch, 1999.

Las prestaciones son: para una de las partes, que se llama vendedor, la obligación de dar a la otra una cosa; para la otra, que se llama el comprador, la obligación de pagar en dinero el valor de la cosa que recibe; es decir, el precio de esta.⁶⁹ Tanto la cosa como el precio, son las características fundamentales del contrato de compraventa.

De la definición del artículo 1849 del Código Civil también se deduce que en el ordenamiento colombiano la compraventa solo genera obligaciones entre las partes; es decir, apenas es fuente de derechos personales —al igual que ocurría en el derecho romano—. Y contrario a lo que sucede en otras legislaciones, a través de la compraventa no se adquiere el dominio, lo cual implica que el vendedor queda obligado a hacerle entrega de la cosa vendida al comprador y este último adquiere el derecho personal correlativo solo hasta que se verifique la entrega.

De esta manera, en la compraventa como resultado de la *teoría del título y el modo*, se produce una verdadera metamorfosis jurídica: celebrado el contrato, el comprador adquiere un derecho personal que consiste en que el vendedor le transfiera el dominio de la cosa vendida. Cumplida dicha obligación por el vendedor, el derecho personal del comprador desaparece como de su patrimonio para transformarse en un derecho real de dominio.

En síntesis, en Colombia la compraventa es apenas el momento inicial de un proceso evolutivo que normalmente culmina con la adquisición, por el comprador, del derecho de

⁶⁹ GÓMEZ ESTRADA César. De los principales contratos civiles, Ed. Temis S.A., 1999, p. 3.

dominio sobre la cosa vendida. Así, la compraventa es el antecedente causal del modo de la tradición.⁷⁰

Al igual que la legislación civil, la comercial no difiere mucho en el tratamiento de la compraventa. Según el Artículo 905 del Código de Comercio Colombiano: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obligan a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero”.

Ahora bien, es imperioso para el caso en concreto, determinar el momento de la celebración de la compraventa para fijar cuándo las partes se encuentran sujetas a las condiciones del contrato y, por ende, a los derechos y obligaciones que de ella emanen. Para este fin, se entenderá celebrado el contrato cuando se haya hecho efectiva la aceptación del contrato de compraventa.

La doctrina ha establecido distintas teorías sobre el tema. En el artículo 864 del Código de Comercio se entiende que la declaración se da cuando el oferente recibe la aceptación — *sistema de recepción*—, pero se presume que se recibe con *la remisión*. Este es un sistema mixto donde en últimas rige el sistema de remisión.

Si bien la teoría de la recepción ha sido generalmente adoptada en el campo del comercio internacional, la misma que ha sido propuesta en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.⁷¹

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ SANTANDER RENGIF, Antonio José et al CARBAJAL TORRES, Nicolás Efraín. SILVA DEL CARPIO, Cruz Lisset. VILLANUEVA RAMOS, María Briseida. Compraventa por internet y situación del consumidor en el Perú. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/compraventa.pdf> [Consulta: lunes, 11 de abril de 2016]

Por ejemplo, en el caso de una operación comercial electrónica, teniendo en cuenta que el contrato de compraventa se perfecciona al aceptar la orden de compra, la compañía financiera de la tarjeta de crédito se debe comunicar con el banco correspondiente para procesar la transacción. Procesada esta, la tienda virtual expide el acuse de recibo o el estado de la orden con la cual se comunica si ha sido procesada con éxito.⁷² El proceso, entonces, culmina de manera satisfactoria cuando las partes cuentan con la distancia para celebrar el negocio o simplemente cuando la compra se da a través de una red móvil o red de Internet.

La desventaja de este tipo de acuerdos radica en que la mayoría de los contratos de compraventa por Internet (*Business to Consumer*) son contratos de adhesión; por lo tanto, el consumidor no tiene plena libertad de elegir y no tiene la capacidad de negociar con el vendedor para determinar la ley aplicable.

Las grandes tiendas virtuales como *Amazon.com* y *BestBuy.com*, señalan cuál es la ley aplicable al interior de sus términos y condiciones contractuales. *Amazon.com* somete las disputas que puedan surgir en la relación contractual a las leyes del estado de Washington; mientras que *BestBuy.com* aplica las leyes del estado de Minnesota. Sin embargo, existen otras tiendas virtuales que no hacen alusión al tema, lo cual se puede aplicar otros criterios para determinar el régimen jurídico aplicable.⁷³

3.1.2. Partes de la relación contractual

⁷² ibídem.

⁷³ ibídem.

Las partes en el contrato de compraventa generalmente se refieren al comprador y vendedor. Para el tema en cuestión, también es importante mencionar a aquellos que hacen parte de esta cadena de relaciones comerciales en la red.

El primero de ellos es el *consumidor*. La ley 1480 de 2011 (Ley de Protección al Consumidor) lo define como: “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.

Sin embargo, la normatividad comunitaria europea no tiene una única definición de consumidor. Según Guillermo Palao: “la inexistencia de un concepto global no significa una total despreocupación por parte del legislador comunitario, sino que tales aproximaciones han tenido un carácter puntual con relación a cada texto”.⁷⁴

Las definiciones sobre consumidor contenidas en la normatividad comunitaria tienen como común denominador el hecho de clasificar a estos como personas que contratan con propósitos diferentes a su actividad profesional o comercial. En otras palabras, consideran consumidor a la persona que adquiere para satisfacer necesidades personales o familiares.

⁷⁴ PALAO MORENO, Guillermo. La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo. En: Derecho privado de consumo. (María José Reyes, coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Igualmente, se refieren a ellos solo como personas físicas, es decir, excluyen de la aplicación de la norma y de la noción de consumidor a las personas morales.⁷⁵

El segundo es el *productor*. La norma nacional de protección al consumidor la define como: “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.”

El tercero es el *proveedor o expendedor* que bajo la misma norma es “quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.” Quienes tendrán que soportar un grado de responsabilidad más alto, cargas y obligaciones adicionales en sus relaciones comerciales con el consumidor sobre todo en los negocios B2C en el comercio electrónico, así como lo considero la corte constitucional “principio de conmutatividad, propio del derecho privado, en virtud del cual se genera una obligación a cargo del vendedor de un bien o servicio de asegurar que “la cosa comprada reúna las calidades esperadas y valga lo que paga [el comprador] por ella”.⁷⁶

El cuarto son *los intermediarios Online*. Estos son agentes que facilitan o realizan transacciones para terceras partes en Internet. En este sentido, los intermediarios realizan en las diferentes capas en que se estructura la red, actividades múltiples las cuales posibilitan

⁷⁵ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. Grupo de Derecho Privado, Línea de Investigación sobre Derecho Económico y de los Negocios, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (cider) de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, 2009. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf> [Consulta: lunes, 18 de abril de 2016].

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1141-00 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, agosto treinta (30) de dos mil (2000)

las comunicaciones entre los extremos de la red Internet donde se encuentran los usuarios finales.

Todas estas actividades van mucho más allá de la construcción de infraestructuras físicas de comunicación y del servicio de acceso a Internet. También abarca a los proveedores de servicios de *hosting*, procesamiento de datos y entrega de información, al igual que a los proveedores de servicios de pagos *online*, navegadores, motores de búsqueda, mensajería de correo e instantánea, plataformas de *e-commerce* y plataformas colaborativas —redes sociales—. ⁷⁷

El quinto son los *proveedores de servicios de internet* (ISP) quienes transmiten la información a la red. Entre estos se encuentra:

1. Proveedores de Acceso a Internet (IAP, *Internet Access Provider*): son quienes proveen el acceso a Internet y transmiten los datos. Este acceso puede, sin embargo, asumir múltiples modalidades. En su nivel más básico consistirá únicamente en la posibilidad de “navegar” en la Red y disponer de una casilla de correo electrónico.
2. Proveedor de Red (NSP, *Network Service Provider*): brinda la conexión técnica y proveen la infraestructura: *rotures*, cables, “switches” que permiten o facilitan la transmisión de información desde un punto a otro.

⁷⁷ MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. Los intermediarios de Internet como agentes normativos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2015 http://wwc.wxx.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502015000100002&script=sci_arttext [Consulta: martes, 19 de abril de 2016].

3. Proveedores de Servicio de Alojamiento (*Hosting*): servidor en cuyo sistema informático se encuentra alojada la página Web. Permite almacenar a los usuarios la información que queda guardada en los servidores.

4. Proveedores de localización o Proveedores de Acceso Lógico, Motores de Búsqueda: son los buscadores como *Google, Yahoo o Altavista*.

5. Los operadores de *Bulletin Board System (BBS)* o Sistema de Tablón de Anuncios, salas de chat y *newsgroups*: estos permiten a los usuarios conectarse al sistema a través de Internet y realizar funciones tales como descargar software y datos, leer noticias, intercambiar mensajes con otros usuarios, disfrutar de juegos en línea y leer los boletines.⁷⁸

El sexto es la *Autoridad de Certificación o Prestador de Servicio de Certificación* quien es una entidad pública o privada que emite certificados digitales o presta servicios con relación a la firma electrónica.⁷⁹ Esta puede ser una entidad nacional o extranjera como *VeriSign*.⁸⁰

⁷⁸ MARTÍNEZ, Adriana y PORCELLI, Adriana Margarita. Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/alcances-de-la-responsabilidad-civil-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet.pdf> [Consulta: martes, 19 de abril de 2016].

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ DOMINGOS SANCA, Fernandinho. (2013). Comercio electrónico y pago mediante tarjeta de crédito en el ordenamiento jurídico español: una propuesta para su implementación en el ordenamiento jurídico de Guinea-Bissau. (Tesis doctoral) http://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16963/Fernandinho_Domingos_Sanca_tesis.pdf?sequence=1 [Consulta: martes, 19 de abril de 2016].

En B2B, el servicio de intermediación facilita la prestación o utilización de otros servicios, al igual que el acceso a la información; es decir, se encarga de la provisión de acceso a Internet, la transmisión, el alojamiento y el acceso o recopilación de datos o de enlaces a otros sitios web. Este claramente es el canal o medio propicio y eficiente que permite la conexión de la relación jurídica entre los vendedores y compradores que, en últimas, son los consumidores y productores, lo cuales a su vez, hacen parte de los fines del comercio electrónico.

Por último, se encuentra *la entidad emisora* que es la encargada de facilitar el pago de las transacciones electrónicas de la red. Generalmente se trata de una entidad financiera que proporciona el método de procesamiento de pagos a un titular que comúnmente es el usuario o consumidor final de la relación contractual electrónica. Visto desde un punto más formal, según Domingos Sanca:

Es emisor de la tarjeta la persona jurídica que, en el marco de su actividad, emite la tarjeta de pago (propia o con marca de propiedad de otra entidad), poniéndola a disposición de sus clientes en virtud de un contrato suscrito con ellos para que éstos la utilicen como medio de pago en la adquisición de bienes o servicios, quedando obligada frente al establecimiento que facilita los bienes o servicios al pago del importe de la factura correspondiente.⁸¹

Este método de pago también dependerá de la relación contractual y del objeto que surja entre la entidad emisora y el titular del medio de pago debido a que existen varios medios distintos a la tarjeta de crédito como: tarjetas prepago, dinero electrónico basados en software como las *Bitcoins*, *PSE*, *Paypal*, entre otros.

⁸¹ Ibídem 109

De esta forma, entender a las partes en la relación contractual al momento de realizar una compra vía red electromagnética es esencial ya que al comprenderlas tanto el comprador como el vendedor, pueden determinar hasta dónde llega el límite de responsabilidad de cada una y así poder reclamar en caso de incumplimiento.

3.1.3. Existencia del contrato

3.1.3.1. Forma del contrato

Cuando se hace referencia a la forma del contrato, no hablamos en sí de la aceptación implícita de la oferta de un individuo a otro, sino de la exteriorización de la voluntad individual de la persona bajo la condición determinada por la ley o por las partes para la válida constitución del contrato. Es entonces, “el cauce necesario para manifestar la voluntad contractual⁸².”

La forma es la idónea para llevar a manifestar todo sentimiento e intención de la vida jurídica al mundo exterior. Según Díez Picazo, el concepto de forma: “es todo aquello que pueda servir de vehículo a la exteriorización y, por tanto, todos los contratos son formales, pues todos necesitan de alguna forma para celebrarse y aparecer en el mundo del derecho.”⁸³

Al hablar de lo que se conoce como *documento escrito*, en el ordenamiento colombiano este

⁸² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Editorial Thomson/Cívitas, 2012, p. 248.

⁸³ *Ibidem*. P. 248.

documento brinda mayores facilidades, debido a que su característica de tangible genera cierta seguridad entre las partes. Sin embargo, “la forma responde a circunstancias de orden empírico, tales como el efecto psicológico que produce la forma en los contratantes, ya que cuanto más formalismo haya, parece que la vinculación es mayor”.

De la misma manera, “por la forma se determinan concretamente los elementos y el contenido del contrato, sin mezclarse con los tratos preliminares,”⁸⁴ generando entonces, un medio probatorio de los negocios contractuales celebrados por medios electrónicos o informáticos.

Ahora bien, surge la duda de si por este medio pueden llegar a cumplirse los requisitos formales de validez de un contrato ya que queda claro que una de las condiciones esenciales es la permanencia en el tiempo o la prueba en si del negocio. Así, mientras se cumpla con la condición de “la posibilidad de consulta ulterior de la información y la disponibilidad de la misma”,⁸⁵ el requisito de la forma quedará cumplido de manera satisfactoria en los contratos hechos a través de medios electrónicos a distancia.

3.1.3.2. Formación del contrato

El comercio electrónico o más conocido como el *contrato entre ausentes*, es un contrato consensual por cuanto requiere de un elemento fundamental como lo es el consentimiento de las partes para la formación del contrato. Sin embargo, este tipo de contratación cuenta con una problemática ya que al existir sujetos ausentes sobre todo en la *oferta* y la *aceptación*,

⁸⁴ *Ibidem.*, . 249-250.

⁸⁵ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 38.

deja un vacío jurídico en el caso de presentarse un conflicto contractual, teniendo en cuenta que tanto la una como la otra no están dadas para generarse de manera simultánea y de presentes.

La profesora María del Pilar Perales afirma que: “la formación del contrato se refiere a su nacimiento mediante el intercambio de las voluntades de las partes en forma de oferta y aceptación.”⁸⁶ Por ello, y con el fin de mejorar esos vacíos jurídicos, la legislación comercial colombiana ha tratado el tema a través de los artículos 824, 845, 851, 852 y 864 del Código de Comercio.⁸⁷

Hoy en día, el Contrato Electrónico en Colombia es manejado bajo la teoría general del contrato en donde *la oferta y la aceptación* son elementos fundamentales para el perfeccionamiento del contrato, cuestión que ha permitido el desarrollo negocial a través de *contrato entre ausentes* cuando se generan relaciones jurídicas sobrepasando fronteras; es decir, contratación por medios electrónicos.

3.1.3.2.1. Oferta y aceptación

Dentro de la formación del contrato por medios electrónicos, la *Oferta electrónica* es un elemento fundamental que puede definirse como “una declaración de voluntad emitida *por medios electrónicos* por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato.”⁸⁸ A su vez, “ha de contener todos los elementos del contrato, de

⁸⁶ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Comercio electrónico y protección a los consumidores. Editorial La Ley, 2001, p. 369.

⁸⁷ GÓMEZ PÉREZ, Víctor Iván. Op. Cit.

⁸⁸ MORENO NAVARRETE. Op. Cit.

tal modo que si recayera la aceptación del destinatario o destinatarios, el contrato quedaría concluido sin necesidad de nuevas manifestaciones por el proponente u oferente”.⁸⁹

Desde el punto de vista práctico, tanto la oferta tradicional como la oferta electrónica son figuras similares, salvo por la forma o el medio de realización. Así, el negocio jurídico por medios electrónicos es “un acuerdo de voluntades entre personas distantes mediante el cual una parte se adhiere a lo estipulado por la otra”⁹⁰ a través de un medio electrónico al momento de proponer o sacar al mercado un producto o servicio.

Al observar específicamente la modalidad de *Empresa a consumidor o Business to consumers*, la oferta en sí va a estar dirigida al público en general. “La indeterminación del destinatario (*quivis e populo*) se conoce desde el punto de vista del oferente como oferta *in certam personam*; es decir, a persona incierta pero con una sola.”⁹¹

Ahora bien, cuando se hace referencia a *la aceptación electrónica*, ésta puede ser definida como “una declaración de voluntad que emite el destinatario *de forma electrónica* de una oferta dando su conformidad a ella”⁹². El contrato, entonces, para tener el carácter de electrónico no requiere únicamente una oferta por este medio, sino que, debe existir una aceptación. Y aun cuando la oferta no siempre se requiera de manera electrónica, la aceptación sí lo debe ser ya que “la forma de la aceptación ha de ser siempre electrónica”.⁹³

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, Op. Cit., p. 249.

⁹⁰ MORENO MORENO NAVARRETE. P. 91- 92.

⁹¹ ibídem. p. 92

⁹² ibídem. p. 36

⁹³ ibídem. p.37

3.1.4. Perfeccionamiento del contrato

Como se señaló anteriormente y conforme a la doctrina tradicional, para la perfección de un contrato se requiere el acuerdo de voluntades. Mientras no coincidan la oferta y la aceptación no hay contrato.

Antes de analizar cuándo se da este perfeccionamiento, es necesario tener en cuenta que en la contratación electrónica se presentan dos situaciones: la primera, se da cuando el contrato se lleva a cabo entre dos partes presentes y, la segunda, cuando las dos están ausentes. Si bien ya se había mencionado que la mayoría de la contratación por medios electrónicos se efectuaba con las partes ausentes, en este trabajo también se hará referencia a los casos en donde hay partes presentes.

La contratación entre las partes presentes se efectúa hay “interactividad o simultaneidad en la comunicación, al modo como sucede en el caso de la contratación por teléfono, o la videoconferencia, el chat o cualquier otro tipo de comunicación en “tiempo real”, aun cuando la “simultaneidad” entre las partes fuese relativa al mediar alguna pequeña diferencia de tiempo entre las comunicaciones mutuas”⁹⁴. Por el contrario, la contratación entre ausentes se lleva a cabo cuando no hay interactividad entre las partes y no se encuentran dentro del mismo tiempo real al momento de la contratación.

Ahora bien, para entender cuándo se considera que un contrato está perfeccionado, es necesario remitirse al artículo 1262 del Código Civil el cual afirma que la perfección del

⁹⁴ *Ibidem.* 48-49

contrato tendrá lugar al momento en que el oferente conoce la aceptación. No obstante, este artículo difiere del artículo 54 del Código de Comercio por cuanto éste afirma que la perfección del contrato se produce antes; es decir, en el momento de envío de la aceptación, sin esperar siquiera que llegue a su destino.

“En el ámbito del derecho uniforme impera el criterio de la recepción. Así sucede en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías o en la ley modelo sobre comercio electrónico. Actualmente, según Puig Brutau, el criterio seguido es el de la expedición — frente a la emisión de la declaración, de conformidad con la anterior doctrina del tribunal supremo, y la recepción o el conocimiento que posteriormente se han promulgado—.”⁹⁵

Por otra parte, en Colombia a través de los artículos 24 y 25 la ley 527 de 1999 se hace referencia al tiempo de recepción del mensaje de datos. Allí, apuntan al principio de la recepción de la aceptación como el punto para que se perfeccione el contrato por medios electrónicos; es decir, cuando llega el mensaje de aceptación es que nace a la vida jurídica el contrato por medios electrónicos.

3.1.5. Validez del contrato

Tal cual lo mencionan los artículos 1502 del Código Civil y el 822 del Código de Comercio colombiano, para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que:

“1. Sea legalmente capaz

⁹⁵ JULIA BARCELÓ, R. Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico. Valencia. p. 335.

2. Que consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio
3. Que recaiga sobre un objeto lícito
4. Que tenga una causa lícita.”

Así mismo, el artículo 1741 del Código Civil afirma:

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Por su parte, el artículo 899 del Código de Comercio afirma:

ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Conforme a estas normas, es necesario realizar una breve comparación de la Ley 527 de 1999 con la normatividad civil y comercial vigente, a fin de ver qué tan afines se encuentran ambas normas, en el caso, por ejemplo, de que haya un conflicto contractual.

En cuanto a *la declaración de voluntad*, la Ley 527 de 1999 en su artículo 14 señala que: “salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrá ser expresadas por medio de un mensaje de datos, sin que se niegue validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensaje de datos.” A su

vez, de conformidad con lo estipulado en el artículo 824 del Código de Comercio “[...] los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente por escrito o por cualquier otro modo inequívoco”. Esto “Ha de entenderse que el enunciado *cualquier modo inequívoco* incluye los mensajes de datos”⁹⁶. De esta manera, aquí la legislación comercial empata con la Ley 599.

Ahora bien, respecto de la *capacidad legal frente a la creación de un mensaje de datos*, la Ley 527 de 1999 no regula como tal el tema; sin embargo, abre campo a las situaciones en donde se podría aplicar la nulidad por falta de la capacidad legal para contratar. Se afirma, entonces, que “el actual ordenamiento jurídico colombiano no ofrece resistencia ni levanta barreras artificiales al empleo de la formación del contrato, específicamente a la capacidad legal del creador (destinatario o indicador) del o de los mensajes de datos involucrados.”⁹⁷

El *consentimiento o declaración sobre el acto*, es contemplado en la Ley 527 de 1999 en los artículos 16 y 17 de esta manera:

ARTÍCULO 16. Atribución de un mensaje de datos. Se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando éste ha sido enviado por:

1. El propio iniciador.
2. Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje, o
3. Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

ARTÍCULO 17. Presunción del origen de un mensaje de datos. Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando:

1. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste, o
2. El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una

⁹⁶ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. (2008). Op. Cit., p. 344

⁹⁷ *Ibidem*. 345

persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.

Sin embargo, aunque se haga referencia a medios electrónicos, “estos están sujetos al error, en especial, por la falta de concordancia entre los mensajes enviados y los recibidos; construyendo la obligación legal a cargo del destinatario, no solo de conformarse al método convenido con el indicador, sino además, a la obligación de actuar con la debida diligencia”, entendida en la Ley 527 de 1999 como la de un buen hombre de negocios.

Los demás elementos contenidos en el artículo 1502 del Código Civil no son contemplados en la Ley 527 de 1999 y por ende, debe entenderse que están cobijadas bajo la modalidad de nulidad absoluta del contrato.

En conclusión, tanto la normatividad interna como la Ley 527 de 1999 (Ley del Comercio Electrónico en Colombia) son afines en lo que se refiere a los elementos necesarios para que se dé la validez del contrato y para que este nazca a la vida jurídica. Si bien hay algunos vacíos en la ley, estos se deben complementar con las normas del Código Civil, Código de Comercio y demás normas afines.

Sin embargo, es claro que la ley se queda corta comparada con la rapidez con la que crecen los medios de comunicación de las personas, cuestión que en un futuro, necesitará regulación.

3.1.6. Ineficacia de los actos jurídicos

Cuando se está frente al comercio electrónico *B2C*, se hace necesario preguntar qué sucede cuando son menores de edad los que participan como partes intervinientes dentro del contrato electrónico.

Lo primero que hay que señalar es que los niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico colombiano son considerados como sujetos de especial protección a tal punto que los derechos de los menores de edad siempre prevalecerán sobre los demás. Así lo disponen varios pronunciamientos jurisprudenciales⁹⁸ y el artículo 9 del Código de Infancia y Adolescencia:

Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Esta protección también abarca a las relaciones de consumo sobre comercio electrónico, ya que si se remite al Estatuto del Consumidor en su artículo primero numeral 5, se dispone lo siguiente: “La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.”.

El precepto anterior permite inferir que la ley otorga la calidad de consumidores a los menores de edad, brindándole automáticamente la protección de sus derechos como

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias C-1064 de 2000, C-796 de 2004 y C-061 de 2008.

consumidores, pero en un grado mucho mayor porque estos prevalecerán sobre los demás. Como lo cataloga el Doctor Jaramillo: serán *consumidores especiales*.⁹⁹

De esta manera, solo queda determinar si la ley cuenta con otras prerrogativas cuando se está frente a estos consumidores especiales y se va a contratar. Por ello, la misma ley de protección al consumidor en su artículo 52 consagra la “Protección de los niños, niñas y adolescentes en comercio electrónico. Cuando la venta se haga utilizando herramientas de comercio electrónico, el proveedor deberá tomar las medidas posibles para verificar la edad del consumidor. En caso de que el producto vaya a ser adquirido por un menor de edad, el proveedor deberá dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción.”

Esta protección especial a los niños se da gracias a como lo señala el doctor Jaramillo: “por su acendrada vulnerabilidad, aunada a su connatural curiosidad propia de la edad, pueden sucumbir más fácil a las tentación y riesgos de la red, desventuradamente, sin generalizaciones desmedidas, en ocasiones un campo minado para ellos, circunstancia que exige la adopción de una serie de salvaguardas de diversa naturaleza que impidan, en lo posible que sus derechos y su dignidad sean vulnerados o arrasados”.¹⁰⁰

De acuerdo con datos recientes estudiados por Nelson Remolina, el 17,8% de los menores entre 10 y 16 años han sido objeto de perjuicio económico (estafas, fraudes, etc) con su

⁹⁹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La compraventa en el derecho al consumo Internet. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, 2015, p. 406

¹⁰⁰Ibidem., p. 407

smartphone¹⁰¹. Lo que afectaría no solo los menores de edad sino al mismo tiempo a sus padres o representantes.

De esta manera, la última duda que surge en torno al tema de la eficacia o no de la contratación con menores se refiere al hecho cuando estos suplantan a sus mayores en la contratación. Respecto a este tema de la suplantación, es bien sabido que poder verificar eficazmente la edad de los consumidores en la red es muy difícil, más aún cuando es desconocida la persona que está usando el medio electrónico. Así, como bien señala en su crítica el doctor Jaramillo:

Hay pues una dosis significativa de ingenuidad de la ley patria, pues el primero de los señalados deberes en muchos casos, no pasara de ser una exigencia retórica, desprovista de efectividad real. Tanto que deja en manos de los vendedores la adopción de las medidas pertinentes, pero sin indicar cuáles deberían adoptarse, como mínimo, para tales propósitos, sabemos que bienhechores, pero de compleja- e improbable- realización en términos efectivos.¹⁰²

A su vez, el Doctor Jaramillo resalta cómo se ha tratado el tema en el derecho comparado cuando observa la ley orgánica primera de 1996 de España y otras. En estas se consagran deberes específicos de información respecto a los menores, concretamente, en materia de publicidad o de mensajes que a ellos se dirijan con el fin de que no sea vean vulnerados sus derechos, así como los de sus padres y de los mayores de edad que velen o respondan por ellos. Estos deberes de información se refieren especialmente a los bienes que por sus características y primordiales destinatarios, les suelen interesar más a los niños, niñas y adolescentes; es decir, juegos, tecnología, utensilios deportivos, música, esparcimiento, etc.¹⁰³

¹⁰¹ REMOLINA, Nelson. FLOREZ, María Lorena. Consumidor y comercio electrónico, Op. Cit., p.374

¹⁰² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. Cit.

¹⁰³ *Ibidem.*, p.411

Así mismo teniendo en cuenta el derecho comparado, en países como Perú: “la problemática relacionada con la contratación *online* con menores de edad —incapaces absolutos o relativos— es trabajada a través del Código Civil peruano que castiga con la nulidad el contrato celebrado con persona menor de dieciséis años de edad. Los actos serán anulables cuando el agente sea mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho, siempre que haya sido realizado sin la autorización necesaria. En estos supuestos parecería que el menor o sus padres podrían alegar la nulidad de dicho contrato; sin embargo, al haberse procedido con mala fe, ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del mismo, se les niega dicha posibilidad teniendo que soportar sus efectos. Por tanto, en el ordenamiento peruano un supuesto de compraventa celebrado entre un menor de edad y una tienda virtual, tendrá plenos efectos jurídicos, siempre y cuando la nulidad no sea alegada por la tienda ni por algún tercero con interés. Lo usual en situaciones como la descrita anteriormente es el uso de la tarjeta de crédito de los padres por el hijo menor de edad y, si bien los padres están impedidos para alegar la nulidad, un tercero afectado por el uso de su tarjeta de crédito podría hacerlo en virtud de su legítimo interés. A su vez, en el ordenamiento francés los padres quedan obligados por el contrato en virtud de la teoría de la apariencia, ya que el menor aparenta capacidad al poseer una tarjeta de crédito y en los Estados Unidos el menor puede revocar el contrato en exceso de lo que está permitido por ley.”¹⁰⁴

En Colombia el vacío jurídico en el ordenamiento es evidente; por esta razón, es necesario remitirse a la teoría general de los contratos. Si se sigue esta teoría, se debería viciar el acto jurídico y sancionarlo con nulidad absoluta o relativa según la calidad del menor: impúber o

¹⁰⁴ SANTANDER RENGIF, Antonio José et al. Op. Cit..

púber; es decir, solo se vicia de nulidad absoluta cuando el contratante es impúber ya que carece absolutamente de capacidad legal para contratar según el artículo 1741 de Código Civil. Y como tal, no es subsanable en atención a un interés de orden público del ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, debe existir una debida observancia de la diligencia tanto del representante legal del incapaz como del ataque publicitario del proveedor de bien o servicio que haya propiciado dicha contratación. Por esta razón, se generara la responsabilidad en virtud de la especial protección que tienen los menores de edad en el comercio electrónico. Esto permite inferir, entonces, que será el proveedor el responsable y el indemnizador, si diera a lugar, en virtud de las consecuencias jurídicas y económicas que devengan de dicha nulidad, sin desmeritar la posible responsabilidad que pueda recaer al representate legal si falla en su deber objetivo de cuidado del impúber.

Caso contrario ocurre cuando el menor de edad es púber. Aquí su incapacidad legal es relativa lo cual genera nulidad relativa cuando contrata. No obstante, en nuestra legislación civil puede ser saneada. Así lo señala el Doctor Cubides:

Se llama ratificación a la manifestación de voluntad, unilateral o bilateral según la especie del acto jurídico, que tiene por objeto subsanar el vicio que adolece el acto. Puede ser expresa o tácita. La primera requiere para su validez las mismas solemnidades a que debió sujetarse el acto que ratifica. La segunda no es más que la ejecución voluntaria de las obligaciones del acto. Suelen decir los doctrinantes que la confirmación o ratificación tacita equivale a renunciar a la acción de nulidad; por ello los hechos con los cuales se cumplen las obligaciones deben significar inequívocamente la intención de ratificar. Ninguna de las dos especies de ratificación, ni la expresa ni la tacita, cabe tratándose de nulidad proveniente de objeto ilícita. Y esto es porque el orden público está interesado en la invalidez de un acto

cuyo objeto es ilícito y por qué la ratificación estaría marcada, a su vez con la ilicitud.”¹⁰⁵

Esto obliga a hacer un estudio más detallado cuando se quiere interponer dicha nulidad y sobre todo cuando se quiere determinar quién es el que debe soportar las consecuencias jurídicas y económicas de dicha sanción. Este puede ser el representante del menor, salvo que *a-posteriori* de la contratación éste llegare a prestar manifestación de voluntad, pues en ese caso, se podrá sanear ratificando el acto o simplemente renunciando a la acción de nulidad según sea el caso específico. O puede ser el proveedor cuyo ataque publicitario afectó de una manera u otra al púber para la obtención a toda costa del bien o servicio.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano no desconoce la importancia y relevancia del consumo por parte de menores de edad, aún falta un desarrollo legal profundo y específico que haga más eficaz dicha protección, toda vez que si nos remitamos a la teoría general de los contratos para solucionar los distintos problemas que puedan surgir, las nuevas tecnologías hacen palpable la necesidad de proteger con mayor profundidad a los menores de edad.

3.2.Principios generales de la contratación por medios electrónicos

3.2.1. Autonomía de la voluntad privada

La autonomía de la voluntad privada es un principio esencial al momento de hablar de contratación electrónica, toda vez que se trata del reconocimiento que hace el Estado para

¹⁰⁵ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Colección profesores. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012, p. 271.

que las partes de manera libre convengan sus intereses y así se conceda eficacia jurídica a los actos que de allí nazcan. Dicha voluntad contractual es definida como “la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.”¹⁰⁶

El artículo 11.1 de la Ley modelo sobre comercio electrónico dispone que en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, 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 un mensaje de datos. En efecto, “el principio de la autonomía de la voluntad determina la razón de ser de los contratos por medios electrónicos y la vinculación de las partes a los mismos, en el uso de las nuevas herramientas tecnológicas para la formación y validez de los contratos, por ello se mantiene la primacía de la voluntad declarada por los contratantes”.¹⁰⁷

3.2.2. Buena fe

En toda relación comercial se encuentra implícita la buena fe como un principio fundamental a la hora de contratar, lo cual también incluye a la contratación por medios electrónicos, toda vez que en este tipo de contratos las partes no tienen contacto físico, razón que podría dificultar las cosas. El doctrinante Ospina Fernández afirma al respecto que: “los actos

¹⁰⁶ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Bogotá, 1998, p. 301.

¹⁰⁷ ZUBIETA URIBE, Hermann. El contrato por medios electrónicos. Bogotá, Colombia: Universidad Externad, 2003, p. 155.

jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada que obedece su celebración”.¹⁰⁸

En la legislación colombiana el artículo 871 del Código de Comercio consagra que “los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solamente a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” Así mismo, el Código Civil plasma el principio de la Buena fe en su artículo 1603 de la siguiente manera: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, en consecuencia obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

En ese orden de ideas, el principio de la buena fe se enmarca dentro de la ética como base principal de la contratación. Aquí se le exige a las partes una conducta recta y honesta respecto del acto se lleva a cabo. Sin embargo, es claro que a la ley colombiana le falta trabajar temas como un régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y desarrollar de manera más profunda el principio de la buena fe encaminado a interpretar y ejecutar contratos de compraventa internacional.

3.2.3. Equivalencia funcional

¹⁰⁸ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo y OSPINA ACOSTA Eduardo. Op. Cit., p. 331.

Este principio es uno de los más importantes a la hora de hablar de comercio electrónico ya que busca equiparar o dar igualdad a los documentos digitales respecto de los documentos escritos. Dicho en otras palabras, “este principio tiene como fundamento el análisis de los propósitos y funciones exigidos tradicionalmente para el documento con el fin de determinar de qué manera esas funciones y objetivos se pueden cumplir por el documento electrónico.”

109

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (LMUCE) aborda cinco aspectos específicos de la equivalencia funcional: el documento, la firma electrónica, originales y copias, el problema de la prueba y la conservación de los mensajes de datos. Esta, a su vez, define este principio en el artículo 5 como aquel que: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensajes de datos”.

La noción de mensaje de datos también se encuentra en esta ley en el artículo 1 a): “Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Para equiparar “los efectos de los mensajes de datos con los que produce un documento tradicional, se exige como condición *sine qua non* que la información se encuentre en un

¹⁰⁹ PEÑA VALENZUELA Daniel. Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico. Bogotá: Duré editores, 2001, p. 132.

soporte que pueda ser consultado con posterioridad a la emisión, envío o recepción del mensaje, especialmente cuando deba producirse como medio de prueba.”¹¹⁰ De esta forma, el principio de la equivalencia funcional lo que busca en últimas es facilitar el medio electrónico como el idóneo para la realización de contratos, inclusive con un punto a favor: la facilidad y rapidez de las operaciones y el ahorro en los recursos, entre otros.

No obstante, este principio tiene ciertas excepciones. Algunas de ellas son: “a) la equivalencia es solo respecto del documento escrito o declaración oral privada, ya que la equivalencia no llega al documento solemne, público o notarial. b) La equivalencia no es un impedimento para que el ordenamiento jurídico interno regule casos en los que no sea sostenible y sea habilitada la exclusión del sometimiento a determinados documentos y firmas —inmobiliarias, sucesiones, familia—. c) El soporte electrónico de una declaración viciada no produce el saneamiento de la misma, al igual que el papel escrito.”¹¹¹

3.3. Contratación en la modalidad *Business to Consumers*

El comercio electrónico entendido como toda transacción que se realiza a través de medios electromagnéticos, en donde tanto el oferente como el aceptante se encuentran en distintos países, cuenta con distintas modalidades. Una de ellas, la que interesa para este caso, es la modalidad de *Business to consumer* o *B2C*. A través de esta se “permite a las empresas comercializar sus productos directamente a través de Internet para ofrecerlos a los usuarios

¹¹⁰ RICO CARRILLO, Mariliana. Derecho de las nuevas tecnologías. Ediciones La Roca, 2007, p. 275.

¹¹¹ BERNING PRIETO, Antonio. Derecho de la contratación electrónica. Bogotá D.C. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4382-derecho-de-la-contratacion-electronica/>. [Consulta: Martes, 24 de abril de 2016].

finales, mediante el establecimiento de una tienda virtual u otro medio en la red para exponer su oferta y un sistema de medios de pago que facilite la realización de pedidos y transacciones comerciales. De este método, las empresas son capaces de ampliar su potencial de clientes, creando un canal alternativo de comercialización.”¹¹²

Hoy en día estas relaciones contractuales no solo se realizan vía *Online*, también se dan a través de las aplicaciones de los teléfonos celulares que le permiten a los usuarios comunicarse, realizar trámites, entretenerse, orientarse, aprender, trabajar, informarse y realizar una serie de tareas de manera práctica. Estas aplicaciones pueden ser, por ejemplo, los portales de redes sociales o de sitios de noticias para el servicio de Internet, los sistemas de menús telefónicos cuando se llama a un banco para el servicio de telefonía móvil o la banca móvil para el servicio de SMS.¹¹³

El Gobierno colombiano actualmente está impulsando la industria de las aplicaciones móviles. El Ministerio TIC promueve la generación de contenidos digitales en el país a través de Apps.co, un programa que hace parte de su iniciativa Vive Digital. Y al igual que ellos, los operadores móviles en Colombia ofrecen un portafolio amplio de aplicaciones y contenidos para el mercado. Tanto así que cuentan con un equipo importante de desarrolladores propios y/o alianzas estratégicas donde ofrecen soluciones a la medida y específicas a las necesidades del cliente.¹¹⁴

¹¹² CARDENAS, Manuel José. ¿Cuál es la situación del comercio electrónico en Colombia? Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda, 2009, p. 75.

¹¹³ MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, COLOMBIA. <http://www.mintic.gov.co>. [Consulta: Martes, 24 de abril de 2016].

¹¹⁴ Ricardo E. Desarrollo y evolución de las aplicaciones móviles, [Mensaje en un blog], 2012 :<http://aplicacionesmovilescolombia.blogspot.com.co/2012/10/desarrollo-y-evolucion-de-las.html>. [Consulta: Martes, 24 de abril de 2016].

La ley 1341 de 2009, sin perjuicio de las leyes referentes al comercio electrónico y el *habeas data*, dispone el reconocimiento, desarrollo y promoción en la prestación de servicios a través de contenidos y aplicaciones que usan Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. A través de esta se garantiza la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones a través de la formación de talento humano en estas tecnologías, recalcando la debida protección a los usuarios de dichos servicios.

Así mismo, esta ley obliga a las entidades del orden nacional y territorial, la coordinación y ejecución de planes, programas y proyectos tendientes a garantizar el acceso y uso de la población, incentivando el desarrollo de infraestructura, contenidos y aplicaciones, así como la ubicación estratégica de terminales y equipos que permitan realmente a los ciudadanos acceder a las aplicaciones tecnológicas que beneficien a los ciudadanos, en especial, a aquellos que viven en zonas marginadas del país y en situación de vulnerabilidad.

A su vez, designa a la Comisión de Regulación de Comunicación (CRC) como la encargada de imponer de oficio o a solicitud de parte, las servidumbres de acceso, uso e interconexión; las condiciones para utilizar las instalaciones esenciales, los recursos físicos y los soportes lógicos necesarios; señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes; fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso, uso e interconexión; determinar la interoperabilidad de plataformas y el “interfuncionamiento” de los servicios y/o aplicaciones, y tener la competencia para resolver las controversias —en el marco de sus competencias— que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Así pues,

ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.

Vale aclarar que las aplicaciones en general brindan un servicio al usuario. Este usuario se entiende como el consumidor de un servicio tecnológico, lo cual permite inferir que dichas aplicaciones quedan no solo bajo el régimen legal de la ley 1341 de 2009, sino también ante la ley de protección al consumidor, la ley de *habeas data* sobre protección de datos personales, y demás normas que puedan tener relación con el servicio que presta la aplicación, tales como las de arrendamiento, compraventa y demás afines.¹¹⁵

3.3.1. Contrato de adhesión

El contrato como tradicionalmente se conoce, difiere del contrato de adhesión toda vez que este último es “un particular mecanismo de la formación contractual y debilitación de la sustancia consensual, lo que hace que en algunas ocasiones se anule de hecho la propia libertad de los contratantes,¹¹⁶ cuestión que no sucede en el contrato propiamente dicho, pues en este, siempre cuenta con tratos preliminares, discusiones, y en general todo tipo de acuerdos hasta que se ve reflejada la voluntad de ambas las partes.

En la modalidad de *Business to consumers- B2c* se “utiliza el contrato-tipo preestablecido o formulario por el cual el contratante se adhiere pacíficamente a lo estipulado por el otro, sin

¹¹⁵ MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, COLOMBIA. <http://www.mintic.gov.co> Op. Cit.

¹¹⁶ MORENO NAVARRETE, Op. Cit, p. 48.

negociación o trato preliminar alguno. Es lo que se ha denominado crisis de la justicia conmutativa del contrato.” Sin embargo, se trata de un contrato bilateral porque requiere el consentimiento y voluntad de ambas partes.

Así, en el caso del contrato electrónico se dice que es un contrato de adhesión, “pues el concurso de la voluntad contractual se establece mediante la adhesión pacífica a la oferta, sobre todo cuando una de las partes es un consumidor.”¹¹⁷

Este tipo de contratación si bien es usado en contratos por medios electrónicos, no quiere decir que sea el contrato ideal ya que acarrearán distintos problemas en cuanto a la inferioridad que tiene una de las partes y el poder de la otra, toda vez que el que se adhiere no tiene la posibilidad de discutir las condiciones por las cuales va a contratar. Para ello, “los ordenamientos jurídicos modernos crean unos mecanismos compensatorios como: i) la regulación de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de contratación y ii) la protección de los consumidores y usuarios”¹¹⁸.

3.3.2. Servicio de evaluación en el comercio electrónico

Es común ver cómo en los portales *web* donde se ofrecen bienes y servicios exista un acápite de comentarios para que los usuarios den sus opiniones frente a la empresa, el producto, la atención al cliente y demás aspectos, con el fin de servir como referencia para posteriores compradores del portal. Esto genera en los compradores unas cargas al momento de hacer una compra para evitar futuros problemas.

¹¹⁷ *Ibidem.*, p. 48.

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 48.

Conforme al régimen jurídico colombiano, es necesario remitirse a una de las cargas con las que cuenta la autonomía de la voluntad privada, es decir, la carga de sagacidad y diligencia la cual debe estar integrada por un actuación prudente y diligente que evite la responsabilidad sin necesidad ¹¹⁹ o, como se establece en el artículo del doctor Hinestrosa: “para evitar, luego, que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos, incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía, que el derecho le reconoce, desde luego, en su favor, pero también a su propio riesgo. La parte que lo emplea se ve obligada a soportar, ella sola, el daño de la inercia o negligencia propia; en cuanto le es imputable ('autorresponsabilidad').¹²⁰

Así, esto no es más que un deber objetivo de cuidado al momento de contratar, lo cual implica una autorresponsabilidad o formalmente una culpa exclusiva de la víctima cuando el consumidor adquiere bienes de un portal web aun sabiendo que estos tienen comentarios desfavorables. No obstante, esta responsabilidad tiene una excepción cuando es la empresa quien oculta la información en la página web. Aquí cambia la cuestión porque ya no solo implicaría la infracción de normas civiles sino penales.

3.4. Contratos excluidos de la contratación por medios electrónicos

Hay ciertos contratos que por exigir determinadas formalidades especiales no pueden

¹¹⁹ MAZO PARRADO, Diana. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. Bogotá, Colombia: Estudios socio-Jurídicos, 2007.

¹²⁰ HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. Revista de Derecho Privado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, n. ° 26, enero-junio de 2014. p. 5-3.

desarrollarse dentro del marco de la contratación electrónica o dentro de la Ley 527 de 1999. Por ello, “los contratos que requieran la intervención de notario, tribunales, autoridades públicas, oficinas de registro de propiedad, que para la perfección no se encuentren incluidos dentro de la Ley modelo y decretos posteriores, tendrán que ser excluidos de la contratación por medios electrónicos.”¹²¹

De esta manera, se podría decir que no todos los contratos celebrados son susceptibles de ser llevados a cabo por un medio electrónico y por ende, no todos los negocios realizados internacionalmente pueden nacer a la vida jurídica.

¹²¹ ZUBIETA URIBE, Hermann. Op. Cit., p.173.

4. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. MODALIDAD BUSINESS TO CONSUMERS.

4.1. Responsabilidad civil contractual

Al hablar de responsabilidad contractual se deben distinguir dos momentos a la hora del juicio de responsabilidad: una de ellas es “la valoración de la previsibilidad de los daños que tiene ocurrencia al momento en que nace la obligación y la segunda, es el juicio de causalidad entre el incumplimiento y el daño, la cual solo se da cuando efectivamente se produce este último.”¹²² De esta manera, para situarse dentro de la llamada responsabilidad contractual, es necesario que exista un vínculo jurídico previo, cuyo incumplimiento genere perjuicios a favor de una de las partes, de tal manera que se encuentre dentro de un retardo injustificado o simplemente que se encuentre frente a un cumplimiento defectuoso derivado de un acuerdo contractual previo entre estas.

Según la Corte Constitucional, la responsabilidad contractual:

Ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1008/10.

las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.”¹²³

La responsabilidad civil en los medios electrónicos toma en cuenta al *daño*, entendido como uno de los elementos esenciales al momento de determinar la responsabilidad, y lo define como el detrimento ocasionado por un determinado evento que sufre una persona en los intereses que hacen parte de la órbita de su actuar lícito e intencional.

En cuanto al daño hecho por algún medio electromagnético, más específicamente el denominado *daño informático*, hay que señalar antes que “a partir de la Ley 1273 de 2009 se tipificaron en Colombia como delitos: el acceso abusivo a un sistema informático (modificado del Código Penal); obstaculización ilegítima del sistema informático o red de telecomunicación; interceptación de datos informáticos; daño informático; uso de software malicioso; hurto por medios informáticos y semejantes; violación de datos personales; suplantación de sitios web para capturar datos personales y transferencia no consentida de activos.”¹²⁴

Ahora bien, la pregunta que surge es cómo se maneja la responsabilidad frente a este tipo de delitos, toda vez que estos afectan el patrimonio económico de la persona a través de la banca virtual, *phishing*, *key loggers*, falsas páginas, venta a través de portales de compra y venta, falsos premios, entre muchas otras modalidades.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1008/10.

¹²⁴ BOLAÑO MANJARRÉS, Iván. Caracterización de los delitos informáticos en Colombia. <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/viewFile/126/149>. [Consulta: Jueves, 28 de abril de 2016].

Para eso, es necesario determinar el riesgo, entendido como la situación jurídica que se presenta cuando una de las partes involucradas en un contrato se encuentran en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del mismo. También es imperativo determinar si el *Internet*, conocido como aquel medio idóneo utilizado entre las partes para su información, comunicación y finalmente compra, se le consagra como una actividad peligrosa, cuya afirmación generaría responsabilidad civil extracontractual.

Pues bien, el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo define la actividad peligrosa como “aquella que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento genera más probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar, por sí solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozamiento que tienen sus elementos”.¹²⁵

Respecto a este tema hay distintas opiniones toda vez que a pesar de que el artículo 2356 del Código Civil no trae una lista taxativa, existen “ciertas actividades que se han estudiado y desarrollado durante años y que hoy en día son consideradas por unanimidad como peligrosas. Tal es el caso del transporte, la manipulación de armas de fuego, la explotación minera, entre otros, pero hay otras actividades que debe el juez analizar más detenidamente y de luz al contexto en que ocurrió la situación”.¹²⁶

¹²⁵ GÓMEZ PÉREZ, Víctor Iván. (2004). Op. Cit.

¹²⁶ *Ibidem*.

Así, la utilización del *Internet* se consideraría como peligrosa ya que “en el momento en que genera una multiplicidad de campos a los cuales se aplica la necesaria automaticidad de los procesos en que interviene, la natural aptitud de generar daños de toda índole, bien sean, contractuales, extracontractuales, a bienes, a personas, etc.”,¹²⁷ convierte a esta actividad en potencialmente peligrosa. Así mismo, dicha actividad puede llegar a provocar daños a terceros por fallas atribuidas al hardware, al software, a la gestión de banco de datos, etc., en donde ya no nos encontraríamos dentro del campo contractual sino del extracontractual.

En conclusión, al momento de presentarse una controversia futura generada por un vínculo jurídico previo, es necesario determinar si la actividad encuadra dentro de los elementos de la Responsabilidad civil; es decir, si existe el hecho ilícito, el daño y el nexo causal entre el uno y el otro. Y también se debe reconocer los factores para saber si se encuadra dentro del ámbito de una actividad peligrosa ya que esto dirá si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual y si efectivamente se está ante la culpa probada o culpa presunta de la que denota la responsabilidad cuando no existe un vínculo jurídico previo. De esta manera, solo podrá librarse de responsabilidad en tres casos: culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito o la intervención de un elemento extraño.

En la Responsabilidad civil contractual del daño informático es indispensable determinar el “riesgo o peligro a la situación jurídica que se presenta cuando las partes de un contrato, o una de ellas, se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones o sus prestaciones debido a una causa extraña que no le es imputable”¹²⁸; es decir, cuando un

¹²⁷ RODRIGUEZ, Gladys Stella. Seguridad informática: alcances de la responsabilidad en el marco de la actividad informática. p.7. www.ulpiano.org.ve. [Consulta: Jueves, 28 de abril de 2016].

¹²⁸ VIEGA, Maria José. La responsabilidad civil en el ámbito de Internet. <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/ResponsabilidadCivilInternet.pdf>. [Consulta: Jueves, 28 de abril de 2016].

tercero sea el autor del daño o del perjuicio ocasionado, motivo por el cual la causa de ese incumplimiento no es imputable a la parte principal. Peor también es importante saber si por el contrario la responsabilidad se deriva de una de las partes contractuales, cuestión que activaría de manera inmediata la función preparatoria de la Responsabilidad civil.

4.1.1. Responsabilidad precontractual

En materia de tratos preliminares al contrato, es indispensable referirnos a las tesis de Rudolph von Ihering que establece tque “era posible que una persona sufriera algún daño como consecuencia de una acción culposa realizada por otra, en el período previo a la formación del contrato, cuando se estaba contrayendo la relación contractual. A cuya tesis le dio el nombre de *culpa in contrahendo*.”¹²⁹ Para el presente caso, es importante determinar si en un contrato realizado por algún medio electromagnético se aplica dicha tesis.

Antes de esto, se debe establecer a partir de qué momento se considera el periodo precontractual entre las partes. Para eso se necesita revisar nuevamente el concepto de *culpa in contrahendo*. Esta consiste en la obligación de diligencia que nace antes de la celebración del contrato con el fin de “evitar que cada futuro contratante sea víctima de la negligencia del otro. Este período previo a la celebración del contrato nace con la emisión de la oferta y acarrea el deber de reparar el llamado *daño al interés negativo*; esto es, el daño sufrido a raíz

¹²⁹ BORDA, ALEJANDRO. La buena fe en la etapa precontractual, 129 Vniversitas, 2014, p. 65. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11945/9780> [Consulta: Jueves, 28 de abril de 2016].

de haber creído en la validez del negocio y que, por tanto, no habría sufrido si hubiese sabido que no era válido,¹³⁰ teoría la cual es actualmente acogida en Colombia.

De igual manera, en materia de responsabilidad precontractual es menester tener en cuenta ciertas instituciones como lo son los deberes secundarios y la buena fe; sin embargo, algunos doctrinantes mencionan algunos de los deberes genéricos de conducta que se desprenden de la obligación de actuar de buena fe en los tratos preliminares, entre ellos, el deber de información.

Según una reciente publicación en materia de autorregulación del comercio electrónico¹³¹, el deber que surge entre los comerciantes en un contrato desarrollado por medios electromagnéticos es el deber de la información porque el “consumidor padece un déficit de información, ya que únicamente tiene conocimiento de los bienes y/o servicios ofertados a través de la presentación comercial que de los mismos hace el empresario o profesional en virtud de catálogos, imágenes televisivas o sitios Web. Así, puede sufrir un déficit de información, en la medida de que la oferta le llega fuera de los canales habituales de contratación. Por ello, se habla de una relación contractual asimétrica, en la que los consentimientos de ambas partes —empresario o profesional y consumidor o usuario— no son, en modo alguno, homologables.”¹³²

¹³⁰ BORDA, ALEJANDRO. Op. Cit., p. 66.

¹³¹ LÓPEZ JIMENEZ, David. LA AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CHILE. Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427543196009.pdf>. [Consulta: Viernes, 29 de abril de 2016].

¹³² *Ibidem.*, p. 7.

Este suministro de información es considerado una salvaguarda del consumidor ya que “los deberes precontractuales de operar cierta información representan una sugerente manifestación del suministro de información como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada por la concurrencia de determinadas asimetrías informativas.”¹³³

En Colombia, el deber de información básicamente responde a la “obligación de las partes negociantes a brindar y a recibir toda la información pertinente sobre el objeto del negocio, con el fin de que estas tengan todas las herramientas para establecer si quieren o no contratar bajo ciertas circunstancias.”¹³⁴ La Corte en sentencia del 4 de abril del 2001 manifestó que:

[...] dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten.

Así mismo, La Corte en sentencia del 13 de Diciembre del 2001, ha hecho referencia a los derechos del consumidor afirmando que:

El Decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público “deberá ser veraz y suficiente”, razón por la cual se priven las leyendas y la propaganda comercial que “...no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, en consecuencia, que todo productor “... es responsable por las marcas y

¹³³ *Ibidem*. P. 11

¹³⁴ LOPEZ QUIENTERO, Jorge Iván y AZUERO, OÑATE, Carlos. (2012). La aplicación teórico-legal del régimen de responsabilidad precontractual en Colombia. universidad icesi, facultad de derecho y ciencias sociales. Santiago de Cali, p.60 https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/72969/1/aplicacion_teorico-Legal.pdf. [Consulta: Viernes, 29 de abril de 2016].

leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor”;

”y se prevé, además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto esta comprende, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados”¹³⁵.

De esta forma, se puede concluir que en materia de contratación a distancia es notoria la importancia de los tratos preliminares al negocio jurídico, pues de ellos depende la validez del mismo y la satisfacción de las partes. Para ello, es indispensable que las partes una vez presentada la oferta tengan claro que cualquier actuación que exista hasta el momento de la celebración del contrato, es generadora de daños y puede ser reparada por concepto de responsabilidad precontractual.

4.1.2. Responsabilidad contractual en comercio electrónico

Con el fin de responder las dudas que surgen alrededor de la responsabilidad derivada de aquellos vínculos jurídicos existentes entre las partes por vía electrónica, es menester mencionar que existen varias relaciones contractuales en un mismo acto.

La primera relación contractual que surge es la que se produce entre el usuario y el proveedor de acceso o intermediario. En esta relación habitualmente el proveedor responde ante el usuario cuando éste no puede ingresar a la red o cuando no le proporcionan la adecuada

¹³⁵Ibíd. p. 25.

protección a su información personal; sin embargo, en el contrato suscrito entre las partes se puede delimitar la responsabilidad, sin perjuicio de las normas de orden público como lo son las de protección al consumidor.¹³⁶

La segunda relación contractual es entre el servidor y proveedor de acceso. En dicha relación puede entrar a responder el proveedor por aceptar páginas web de otro servidor sin la autorización debida.¹³⁷

La tercera relación contractual es la que existe entre el productor y un servidor. Esta relación está dada por la información que almacena el productor en el servidor, cuya responsabilidad esencial se basaría en los derechos que emanan de la información almacenada, así como la responsabilidad por almacenar datos corruptos.¹³⁸

La cuarta relación existe entre los servidores, productores y usuarios, cuya responsabilidad se fundamenta en la revisión de la información difundida en internet.¹³⁹

La quinta relación es la que existe entre autores y productores y esta consiste en la difusión en internet de cierta obra, siendo responsable por cualquier violación a los derechos de propiedad intelectual.¹⁴⁰

¹³⁶ HOCSMAN, Heriberto. *Negocios en Internet*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, p. 306.

¹³⁷ *Ibidem*. p. 306

¹³⁸ *Ibidem*. p. 307

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

La sexta relación se da entre los usuarios que puede celebrar contratos a través de la red basados en los presupuestos de la contratación electrónica, vistos anteriormente.¹⁴¹

Ahora bien, una vez delimitadas aquellas relaciones que puedan surgir es indispensable conocer las obligaciones, determinar los derechos personales entre el sujeto activo — acreedor— y el sujeto pasivo —deudor—, así como saber si las obligaciones son de medio o de resultado, toda vez que en este tipo de contratación “existe una obligación de seguridad en cuanto a la certeza, complejidad y oportunidad del servicio o información al cual se obliga el prestatario. Esta obligación de seguridad es una obligación de resultado.”¹⁴²

Así mismo, es necesario determinar la validez y límites de las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad, las cuales no podrán ir en contra de las normas nacionales de protección al consumidor y demás pronunciamientos internacionales como las directivas europeas sobre defensa del consumidor.

4.2. Presupuestos de la responsabilidad contractual del comercio electrónico

4.2.1. Hecho ilícito

El derecho de la Responsabilidad Civil considera al hecho ilícito como un elemento estructural de la responsabilidad civil. Así lo confirma la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 16 de Septiembre de 2011¹⁴³.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² BERGEL Salvador Darío. Informática y responsabilidad civil. Op. Cit., página 167.

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. COLOMBIA. Sentencia nº 1900131030032005-00058-01 del 16 de Septiembre de 2011. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

El hecho ilícito es entendido como toda conducta humana contraria al ordenamiento jurídico que es culpable por intención, impericia o por negligencia. La ilicitud está presente bien sea en la conducta o en el resultado; sin embargo, es necesario determinar si la *antijuridicidad* se determina en la conducta o en el resultado, toda vez que hay casos en donde el comportamiento es ajustado a derecho, pero la víctima o sobre quien recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo como lo son las actividades peligrosas.

Para que se configure el hecho ilícito debe haber una verificación de éste y una ausencia de alguno de los eximentes de responsabilidad tales como factor extraño, fuerza mayor o caso fortuito, o alguna causal de justificación como la legítima defensa, la orden legítima de autoridad competente, el cumplimiento de un deber legal, el consentimiento del perjudicado, ya que todos estos conducen a que se elimine la antijuridicidad necesaria para la existencia de una obligación reparatoria. Así, si se presentan alguna de estas causales, el daño sería tolerado por el derecho y no habría hecho ilícito.

El hecho ilícito debe hallarse bien sea dentro de la acción o de la omisión —omisión existiendo el deber jurídico de actuar, omisión en la actividad, omisión simple—, ya que una vez determinada ésta, se entraría a analizar los demás elementos de la responsabilidad civil.

4.2.2. Factor de atribución

Sobre el criterio de atribución de la Responsabilidad Civil se debe responder a la pregunta: ¿Cuál es la razón para que una determinada persona deba asumir la obligación indemnizatoria?

En un principio quien debe asumir los gastos y riesgos derivados de esto es el titular de los bienes; es decir, el comprador del bien o servicio. Sin embargo, puede llegar a existir causas jurídicas que permitan trasladar esa responsabilidad a un tercero, caso concreto del caso fortuito o fuerza mayor. Para ello hay que determinar si basta con un factor de atribución objetivo basado en el riesgo creado, o si es necesario un factor de atribución subjetivo basado en la culpa o el dolo.¹⁴⁴

En Colombia, la regla general es aplicar el criterio de imputación subjetiva toda vez que este parte del reproche a la conducta de la persona responsable del daño; es decir, que el comportamiento del sujeto no cumple con el ideal de conducta reglamentado en el ordenamiento y por tanto se cuestiona. En ese sentido, la culpabilidad puede ser generada tanto a título de dolo como de culpa y para ello el sujeto debe ver tanto la previsibilidad y evitabilidad del acto con el fin de eludir un daño futuro.

Por el contrario, cuando la ley lo establece de manera expresa se está bajo el criterio de imputación objetiva en donde se presume la culpa por factor extraño; es decir, se desvirtúa la causalidad. Un ejemplo de esto son las actividades peligrosas. En el 2010 la Corte ratificó que las actividades peligrosas responden por responsabilidad objetiva, culpa presunta.

¹⁴⁴ *Ibíd.* P. 310

De manera general y bajo la concepción de la jurisprudencia en materia de responsabilidad contractual, la clasificación del factor de atribución objetiva y subjetiva se ve anclada al pacto de obligaciones de medio y de resultado que tiene como consecuencia que el factor de atribución sea subjetivo cuando las obligaciones pactadas sean de medio y sea objetivo cuando las obligaciones pactadas sean de resultado.

La Corte Constitucional se ha pronunciado frente al tema en su sentencia C-1141 de 2001. En este pronunciamiento, la Corte acude a la teoría del riesgo e incluso va más allá hablando del riesgo empresarial, aquel que se da cuando el empresario se beneficia de unos riesgos connaturales a la actividad económica que realiza. La Corte definió que el factor de imputación en la responsabilidad del fabricante es el simple hecho de poner en circulación o de mantener en circulación un producto defectuoso. Esto hace pensar que en las relaciones de consumo se aplica un régimen de responsabilidad objetivo donde no hay lugar a la discusión de la culpa y donde el responsable solo puede exonerarse alegando causa extraña —art. 16 del Estatuto del Consumidor—.

Al referirse específicamente sobre los daños ocasionados por medios electromagnéticos es necesario determinar si la actividad se encuadra o no dentro de una actividad peligrosa, toda vez que éste podría generar un riesgo para la sociedad. Si es así, se daría lugar a una imputación objetiva al autor, como por ejemplo el instalar aplicaciones no autorizadas; sin embargo, puede ser que exista es un reproche a la conducta del autor, bien sea por imprudencia, impericia o negligencia, caso en el cual, se imputaría de manera subjetiva y el sujeto tendría que entrar a probar la diligencia de la actuación.

4.2.3. Relación de causalidad o nexo causal

El nexo causal es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre el hecho ilícito y el resultado dañoso. Para que un sujeto sea responsable es necesario que éste sea quien causó el daño. No se puede responsabilizar a quién no causó el daño o como lo especifica Tamayo: “puede suceder que una persona se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultánea un tercero haya sufrido un perjuicio. En tales circunstancias, no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita mientras dicha persona no haya sido el causante del perjuicio sufrido por la víctima.”¹⁴⁵

Para explicar el nexo causal han surgido muchas teorías. Entre esas están la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente y la teoría de causa adecuada. No obstante, en relación con las diferentes teorías que han tratado de explicar el nexo causal en la responsabilidad civil, Tamayo ha señalado que “la práctica judicial nos enseña que, necesariamente, la teoría que se aplica es la de la causalidad adecuada, la cual se basa en la experiencia y en el análisis de probabilidad haciendo un análisis retrospectivo que le permita determinar al juez, cual fue la causa más adecuada para producir el daño; así por el contrario en los fallos se afirma la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones”.¹⁴⁶ Hay que mencionar que esta teoría de la equivalencia de condiciones se basa en la experiencia. Para eso hay que determinar todos los antecedentes del hecho y saber si todos ellos tienen incidencia y se consideran condiciones para el daño.

¹⁴⁵ TAMAYO JARAMIYO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, 2009, p. 248.

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p. 380.

Lo anterior conduce a pensar que no hay teoría causal absoluta; por lo tanto, se tiene que tomar el suceso y verificar si a la luz de las máximas de la experiencia ese suceso es idóneo para causar el daño, salvo que sea un asunto técnico.

Así mismo, en las relaciones de consumo basta con señalar que el producto o servicio defectuoso tiene relación directa con el proveedor, así sea de manera electrónica, para que de acuerdo con la teoría del equivalente funcional se pruebe el nexo causal y se responsabilice al proveedor o quien haya incurrido en el hecho ilícito.

4.2.4. El daño

Para que exista responsabilidad civil es preciso que el demandante haya sufrido un daño. Este es entendido como el menoscabo de las facultades jurídicas que tienen una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.¹⁴⁷ Es decir, que en el daño debe necesariamente afectarse un interés —valor relativo que tiene el sujeto sobre la cosa que le permite satisfacer necesidades— ya que en últimas lo que le importa a la Responsabilidad Civil es a quien afectó y en qué medida.

Así, para que el daño sea resarcible será necesario que este sea: *personal* en cuanto a su interés propio; *cierto*, es decir, real y verificable nunca hipotético; *directo*, por cuanto debe estar relacionado con el hecho ilícito, e *Injusto*, ya que quien sufrió el daño no tenía el deber

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 247.

jurídico de soportarlo. Una vez verificados estos requisitos, existe efectivamente el daño y por ende hay cabida para la responsabilidad civil.

Existe una serie de daños que se dan en el tráfico electrónico y que pueden llegar a afectar directa o indirectamente al consumidor en sus relaciones. Este es el caso del daño que afecta la información almacenada que se puede cometer alterando “no solo el *hardware*, sino el *software* o los datos contenidos en un soporte lógico, que no son más que impulsos electromagnéticos o lumínicos susceptibles de apropiación y de ser decodificados por los ordenadores y convertirlo de tal modo accesibles a la lectura humana.¹⁴⁸” Dentro de estos están:

“los daños causados por virus que están determinados en distintos grados:

- a. Molesto: muestra mensajes en la pantalla pero no hace daño.
- b. Inofensivo: muestra mensajes en pantalla e impide el funcionamiento de algunos mensajes pero deja intactos los demás datos.
- c. Dañino: destruye los datos del programa infectados pero deja intactos los demás datos.
- d. Destructivo: destruye todos los datos e impide que funcione la computadora.”¹⁴⁹

Ahora bien, en cuanto al daño causado por productos defectuosos es necesario remitirse al artículo 6 de la ley 1480 de 2011:

“Artículo 6°. Calidad, idoneidad y seguridad de los productos. Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estos podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.

¹⁴⁸ HOCSMAN, Heriberto. Op. Cit., p. 318.

¹⁴⁹ *Ibidem*. p. 318.

2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.”

Entonces, con el hecho de demostrar que se le ha otorgado un producto defectuoso basta con probar el daño que ha sufrido el consumidor para que sea responsable tanto el fabricante como el distribuidor. Así lo expresa el artículo 20 de la misma norma el cual reza lo siguiente:

Responsabilidad por daño por producto defectuoso. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

Una vez identificado el daño o perjuicio existente se determina, entonces, para efectos de la reclamación judicial, si es procedente el “cumulo de responsabilidades” o si por el contrario, se acoge la tesis restrictiva del artículo 1616 CC en donde se admite una responsabilidad contractual por lo cual solo es indemnizable el perjuicio previsto o previsible a la hora de celebrar el contrato, salvo que se pueda imputar dolo al deudor.

Sin embargo, cuando se está frente a la materia extracontractual, son indemnizables, según la doctrina, todos los perjuicios que haya sufrido la víctima, pues el artículo 2341 del Código Civil dispone, sin más, que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. En consecuencia, la reparación del daño extrapatrimonial solo tendría cabida en aquellos casos en donde no exista un vínculo jurídico previo porque no es previsible que un daño de esa clase se produzca al interior del contrato,

que es, conforme a esta postura, una institución destinada a regular los intereses pecuniarios de las partes”.¹⁵⁰

De esta manera, no es posible incluir dentro de la reparación del perjuicio ocasionado a aquellos daños considerados de la órbita personal y afectiva de la persona, como lo es el daño moral o la vida en relación, sino únicamente daños de contenido puramente económico como lo es el daño emergente y el lucro cesante.

Hoy en día en Colombia, “la doctrina y la jurisprudencia comparadas han encontrado que defender de una manera tan rígida las categorías tradicionales que integran la responsabilidad civil pondría en peligro el desarrollo sustancial de esta institución, que debe tener como centro la búsqueda de una tutela integral de la persona humana. En ese sentido se ha resaltado que el derecho privado ha sufrido una transformación importante, debida al redimensionamiento que el valor del ser humano ha adquirido para esta rama del derecho, asumiendo así el carácter de una regulación que tiene por objeto no solo relaciones reconducibles a la lógica del mercado, sino principalmente vínculos complejos que tienen incidencia sobre las decisiones personales, los estilos de vida y la realización de la persona”.

Si se hace énfasis en aquella relación contractual que surge entre las partes al momento de realizar una compraventa electrónica, se tendría entonces que preguntar si efectivamente en materia de comercio electrónico cabrían daños personales o responsabilidad extracontractual al momento de existir un daño. Pues bien, para responder a la pregunta es necesario analizar el hecho de que si bien la doctrina y la jurisprudencia están cambiando, es fundamental ver

¹⁵⁰ DOMÍNGUEZ, CARMEN. El daño moral. Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, 2000, p. 156.

si dentro de los pocos fallos de la Corte se encuentra la contratación por medios electrónicos como las pocas excepciones a la regla. Sin embargo, se puede “notar que la mayoría de los fallos proferidos después de 1971 deciden controversias alrededor del incumplimiento de contratos que tienen por objeto la salud, la vida y la integridad de la persona humana, y reconocen, luego de declarar o confirmar la existencia de los respectivos contratos, el derecho de las víctimas a ser reparadas por los daños extrapatrimoniales que les fueron ocasionados por sus deudores incumplidos.”¹⁵¹

De manera, teniendo en cuenta lo que ha ocurrido hasta ahora, pasará mucho tiempo antes de que la Corte a través de alguno de sus fallos llegue a considerar al comercio electrónico como uno de los pocos contratos en donde cabe la responsabilidad extrapatrimonial. Aun así, es necesario ver el caso concreto debido a que si la compra afecta directamente un derecho personalísimo del comprador, se podría entrar a mirar la materia.

4.3. Medios de pago

Hoy en día los medios para realizar cualquier pago se hacen a través de medios electrónicos al brindar mayor agilidad y eficiencia. “Las empresas, por su parte, buscan realizar las operaciones tradicionales a través de sistemas operativos que permitan tener un mejor control y una mayor eficacia de los recursos,”¹⁵² y de esta manera, los consumidores finales puedan

¹⁵¹ JARAMILLO SIERRA, Camila & ROBLES BACCA, Paula. La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana, 2014. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3809/4047> [Consulta: Viernes, 29 de abril de 2016].

¹⁵² GARCIA SANTIAGO, Héctor José. Estudios jurídicos sobre comercio electrónico. Bogotá, Colombia: Cámara de comercio de Bogotá, 2006, p . 192.

tener la oportunidad de obtener su bien o producto requerido solamente accediendo a través del celular o el *laptop*.

Existen dos medios de pago que se clasifican como “el sistema de pagos a gran escala, como las operaciones del banco central y los bancos privados, y los pagos que pueden denominarse individuales, que son los llamados tarjetahabientes”¹⁵³, cuestión última que concierne para el presente trabajo.

Cuando se hace referencia a los medios de pago a nivel individual existen distintas formas de clasificarlo: “*el dinero*, y, el *cuasi dinero*. *El dinero* en sí mismo el cual involucra la moneda, el papel, el oro y la plata. Por su parte, el *cuasi dinero* comprende todo aquel medio que represente o sustituya al dinero, con capacidad propia de pago, como los bonos, la letra, el cheque, la tarjeta débito, la tarjeta de crédito o las tarjetas inteligentes,”¹⁵⁴ entre otras.

La diferencia principal entre una y otra es el tiempo ya que cuando se realiza un pago con dinero se realiza la obligación de dar de manera inmediata. Contrario sensu, cuando se está pagando con alguna tarjeta las entidades con posterioridad realizan la transferencia de los recursos; es decir, no se da en el mismo instante.

4.3.1. Tarjeta débito

¹⁵³ *Ibidem.*, p. 192.

¹⁵⁴ *Ibidem.*, p. 195.

La tarjeta debito se define como “el objeto plástico dotado de una banda magnética que se le expide al cliente que la haya solicitado, en virtud del vínculo con una entidad bancaria a través de una relación contractual —contratos de cuenta corriente y / o contratos de cuentas de ahorro—, cuyo fin primordial consiste en la disposición de los depósitos bancarios, mediante el uso de los servicios que la entidad ofrece por intermedio de la tarjeta débito, como son, entre otros, retiros, consultas, pagos, sobregiros y transferencia de fondos a través de cajeros automáticos, así como la adquisición de productos en establecimientos de crédito”.

Con la tarjeta debito también se pueden realizar pagos a través de *Internet* en cualquier página Web de un producto o servicio. Así, un consumidor interesado puede realizar la transacción desde Colombia a cualquier parte del mundo solo con la tarjeta. Por ello es considerado un medio de pago utilizado en la modalidad B2C.

4.3.2. Tarjeta de crédito

La tarjeta de crédito “es el medio más utilizado para los pagos por *Internet* ya que existe gran cantidad de poseedores de tarjetas VISA y MasterCard y casi todos ellos son usuarios de Internet. Sirve para hacer pagos internacionales fácilmente. El comprador ve cargada su cuenta en su propia moneda nacional y el vendedor recibe el abono en la suya.”¹⁵⁵

Así, la tarjeta de crédito representa también una operación ideal al momento de realizar un pago por medio electrónico a través de la red tradicional de medios de pago permitiendo a los consumidores satisfacer su necesidad con tan solo un *click*.

¹⁵⁵ CARDENAS, Manuel José. Op. Cit., p. 166.

4.3.3. Plataformas de pago

Además de las redes tradicionales de pago, hoy en día existen diversas opciones para los compradores Online. Una de ellas son las plataformas de pago las cuales proporcionan determinada confianza al consumidor por cuanto no sugieren que los mismos introduzcan sus datos sino que “vincula el pago a una tarjeta de débito o crédito o a una cuenta bancaria, de modo que solo se tenga que introducir la clave de la cuenta de usuario de la misma plataforma. Algunas opciones son *Paypoll*, *Google Wallet* o *Paymill*”.

En cuanto a la plataforma *Paypoll*, es un método innovador y reciente por medio del cual circula dinero vía Internet de la manera más rápida y eficiente, pues el comprador debe registrarse gratis en la página *www.paypal.com* y a partir de ese momento obtiene ciertos servicios como la suscripción a pagos periódicos, pagos desde una cuenta bancaria o incluso depósito del dinero en la cuenta de *PayPoll*.

Este es un método confiable para los consumidores ya que en ningún momento esta plataforma debe enviar al comercio la información financiera o de la tarjeta de crédito; sin embargo, esto tiene un pequeño costo por concepto de cobro de comisión al comercio, pero no al consumidor Online.¹⁵⁶

¹⁵⁶ DEL REAL MARTÍN, Juan. Medios de pago por Internet: cuáles son, ventajas e inconvenientes, 2015: <http://www.consumoteca.com/economia-familiar/medios-de-pago/medios-de-pago-por-internet-cuales-son-ventajas-e-inconvenientes/> [Consulta: Viernes, 29 de abril de 2016].

A su vez, *Google Wallet* es una plataforma que se realiza a través de la descarga de la App *Google Wallet*. Aquí solo se puede acceder con un PIN determinado para los pagos. De esta manera si el celular se extravía o es robado, solo es cuestión de remover el acceso de manera inmediata a través de la Página Web. *Google Wallet* es, entonces, una de las plataformas más seguras en cuanto al pago vía internet o envío de dinero a otros lugares del mundo.

Existen además nuevas formas de transferencia Online. Una de ellas es a través del *Trustly*, *Trasferencia bancaria directa*. A través de ésta el banco mediante un mensaje de texto o con una tarjeta de coordenadas para la confirmación de la transferencia, envía al comprador las claves de modo que se aporta el importe sin salir del proceso de compra. “Se trata de un mecanismo que no almacena información del usuario y solo se produce si el comprador confirma a través de las claves que le proporciona la entidad.”¹⁵⁷

Otro tipo de transferencia es el *pago contra-reembolso*, considerada como una de las modalidades más seguras para el comprador pues basa su funcionamiento en el pago tradicional de manera que el transportista de la mercancía incluye el costo del producto al lugar acordado.

Así, estas y otras modalidades demuestran el constante crecimiento que ha tenido el comercio electrónico. Según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), “la facturación total del comercio electrónico durante el segundo trimestre de 2014 fue un 22,2% mayor que el año anterior, incrementándose también el número de compras en un 24,1%.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ VALERO, María. ¿Cuáles son los medios de pago Online más seguros? 2015 http://economia.elpais.com/economia/2015/05/05/actualidad/1430849127_139850.html [Consulta: Sábado, 30 de abril de 2016].

¹⁵⁸ *Ibíd.*

4.4. Responsabilidad de los emisores de medios de pago

En el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad derivada del fraude electrónico en medios de pago se enmarca dentro de la Responsabilidad Civil Contractual. Esto gracias a que el incumplimiento de una de las obligaciones estipuladas en el contrato por alguna de las partes —emisor, titular o establecimiento de crédito— genera responsabilidad por la parte incumplida.

En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-122 de 1999 ha expresado que:

(...) La actividad bancaria, dada su característica y trascendencia dentro del marco de organización jurídico política propia del Estado social de derecho, es un servicio público, pues está ligada directamente al interés de la comunidad, que reclama las condiciones de permanencia, continuidad y regularidad que le son inherentes (...) por estar relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, lo cual justifica que el artículo 335 de la Constitución Política haya calificado dicha actividad como de interés público (...).

Así mismo, los negocios desarrollados a través de medios electrónicos pueden llegar a ser considerados como actividades riesgosas, “de forma que el prestador de servicio soporta el riesgo y consecuentemente asume las consecuencias en el acaecimiento del mismo. En este caso, se presume la culpa del prestador del servicio en cuanto desarrolle negocios a través de redes telemáticas,¹⁵⁹ y como consecuencia, recae en el prestador del servicio la carga de la prueba en donde debe demostrar responsabilidad exclusiva del titular de la tarjeta.

¹⁵⁹ GARCIA SANTIAGO, Héctor José. Op. Cit., p. 238.

Lo anterior entraría dentro de la denominada responsabilidad objetiva. Sin embargo, “la posibilidad de obligar a las entidades financieras al pago de la indemnización derivada de los fraudes electrónicos al tenor de la responsabilidad objetiva se ha cimentado en las teorías del riesgo que se han estructurado ya no bajo la órbita de la responsabilidad contractual, sino de la extracontractual.

Teniendo en cuenta que en el presente trabajo se pretende desarrollar la responsabilidad contractual, es menester explicar que se estaría sin duda alguna frente a una responsabilidad subjetiva la cual “se basa o tiene su fundamento en la noción de *culpa*; es decir, en la intención de inferir daño por parte de su causante, o el grado de impericia o de negligencia que genera tal daño.”¹⁶⁰

De esta manera, recaería en cabeza de la entidad emisora del medio de pago la obligación de probar que actuó de forma diligente “por lo que al titular de dicho medio de pago solo le incumbe afirmar que sus perjuicios derivaron del incumplimiento contractual de parte de la entidad financiera. En otros términos, teniendo en cuenta que la responsabilidad contractual parte de presumir la culpa, se invierte la carga de la prueba y entonces no corresponde al titular del medio de pago probarla, sino al emisor acreditar su diligencia.”¹⁶¹

Por ello, solo bastaría con la manifestación hecha por parte del titular del medio del pago acerca del incumplimiento del contrato para que la entidad bancaria entre a responder por la

¹⁶⁰ RODRIGUEZ ZÁRATE, ALEJANDRO. Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional, 128 Universitas. doi: 10.11144/Javeriana. VJ128, 2014, p. 292. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a10.pdf>. [Consulta: Sábado, 30 de abril de 2016].

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 294

causación de perjuicios derivados de éste, sin olvidar que por ser una entidad bancaria tendría que demostrar el máximo de diligencia exigido sin garantizar ningún tipo de resultado, pues se estaría dentro de la responsabilidad objetiva para eximirse de responsabilidad.

4.5. Responsabilidad invocada por el usuario

Al ser la tarjeta electrónica la más usada en la actualidad, es necesario mencionar la responsabilidad ya no de los emisores, sino del propio titular de la cuenta, toda vez que a éste “le incumben varias obligaciones cuya finalidad es prevenir el uso fraudulento de la misma por personas ajenas o un tercero no autorizado.”¹⁶² De esta manera, el titular de la tarjeta tiene el deber de informar al emisor en los siguientes casos:

- Por la demora en la notificación al emisor de la tarjeta de su pérdida, robo, extravío o sustracción.
- Por el uso negligente o doloso de la misma
- Por la utilización indebida o fraudulenta de la tarjeta de crédito
- Por la utilización indebida por parte de un tercero con el consentimiento del titular de la tarjeta.¹⁶³

Así, al momento de sufrir algún evento descrito anteriormente, el titular tiene la obligación de comunicar a la entidad emisora/gestora de la tarjeta, de lo contrario, las operaciones realizadas se llevarán a cabo conforme a normalidad por cuanto el emisor creará que se trata de una operación común. “De este modo, cuando concurra esta situación o supuesto, de no comunicar a la entidad emisora/gestora la pérdida o sustracción de la tarjeta, el titular será responsable de los gastos efectuados con la misma, en la tienda virtual (Internet) hasta el

¹⁶² DOMINGOS SANCA, Op. Cit., p. 325.

¹⁶³ *Ibidem.*, p. 322.

momento en que se notifiquen algunas de las circunstancias mencionadas, siempre y cuando dicha notificación se produzca sin “excesiva demora” o “sin demora”.

Cabe entonces mencionar que el titular se exime de responsabilidad “si el proveedor de servicios de pago no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, por tanto, el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta”.¹⁶⁴

Al igual que con la tarjeta de crédito, aquellos que tengan otros medios de pago también tiene la obligación de verificar los estados de cuentas durante los próximos meses siguientes a la compra, esto con el fin de denunciar compras no realizadas por el titular y evitar este tipo de fraudes en la red.

Cuando se está, por ejemplo, frente a suscripción de contratos por adhesión los cuales en materia electrónica son la mayoría, se debe entonces decir que el deber del comprador es leer y entender las condiciones que se están aceptando al momento de la compra para no tener ningún problema al momento de la entrega. Sin embargo, el gran inconveniente aquí es que en la legislación colombiana existen muchos vacíos respecto de las responsabilidades del usuario de la tarjeta, motivo por el cual es necesario acoger la doctrina que se pronuncia al respecto.

4.5.1. Programas dañinos

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 325.

El virus es considerado como uno de los principales daños informáticos al afectar la seguridad y los datos informáticos. El virus al entrar en un programa tiene la capacidad de auto duplicarse y de transmitirse a otros computadores cuando se comparten ciertos datos. Los más comunes son la “bomba”, la “trampa”, los “troyanos”, los “gusanos”.¹⁶⁵

Los daños que produce el virus se traducen en la destrucción de la información contenida en el ordenador que en muchos casos, es de suma importancia ya que puede llegar a borrar un sistema operativo por completo o todo el disco rígido de la computadora.¹⁶⁶

En cuanto al virus, es inevitable adentrarse dentro de la discusión acerca de si cabe aquí la responsabilidad objetiva o subjetiva en el sentido de si solo con el daño por virus informático es suficiente para atribuir la responsabilidad de acuerdo con la causalidad adecuada, o si hay que tener en cuenta la negligencia y la imprudencia como especies de la culpa para imputar el daño al agente presuntamente responsable.

El argumento más contundente en lo referente a este tema lo plantea Ribas quien sugiere que no debería entrar a responder quien actúa con diligencia, sobre todo, cuando existe una relación de confianza en el intercambio de información. Razón por la cual, el sistema que debe regir es el de responsabilidad subjetiva que exonere de responsabilidad cuando se actúa con alta diligencia y que se excluya en términos generales de responsabilidad cuando se haya

¹⁶⁵ HOCSMAN, Heriberto. (2005). Op. Cit., p. 300.

¹⁶⁶ *Ibidem.*, p. 301.

adquirido un programa antivirus que se actualiza mensualmente, de manera que no pueda prevenir esa situación.¹⁶⁷

4.6. Responsabilidad invocada por el proveedor de acceso o servidor

Hoy en día son más los proveedores de acceso existentes en el mercado debido a la amplia gama de productos y/o servicios y a las facilidades de pago. El proveedor de acceso es la persona física o jurídica que ofrece sus productos o servicios en su página web a cambio de una contraprestación hecha con tarjeta. Ese pago es gestionado por su entidad financiera — adquirente— a través de una “pasarela de pagos”.

Aquí se da una relación contractual con el proveedor y la entidad emisora que obliga a aquel a aceptar la tarjeta como medio de pago. Y, tanto la entidad emisora como el proveedor pueden, en ciertos casos, ser la misma persona.¹⁶⁸

Es por esto que “al proveedor de bienes o servicios le corresponden una serie de obligaciones relacionadas con el pago con tarjeta, ya sea presencial o no”, de manera tal que recaerá sobre él una responsabilidad “de bienes o servicios cuando existe cargo fraudulento o indebido mediante el uso del número de una tarjeta de pago en el comercio electrónico a través de Internet.”¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Ibidem.*, p. 302.

¹⁶⁸ DOMINGOS SANCA, Fernandinho. *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁶⁹ *Ibidem.*

Teniendo en cuenta el *riesgo* que representa realizar operaciones a través de internet o de aplicaciones, es necesario plantear la pregunta de: “¿quién debe soportar el riesgo de aquellas operaciones llevadas a cabo en Internet en las que se utilizaron tarjetas de crédito, cuyo número de identificación, aun siendo correcto, no ha sido facilitado por su legítimo titular sino fraudulentamente por terceros que, aparentando serlo, lo obtuvieron de manera ilícita e indebida?”¹⁷⁰

Lo primero aquí es determinar la obligación a cargo del verdadero titular de la tarjeta, por cuanto, si hubo pérdida y este no la reportó, es posible que haya negligencia y en este caso le sea atribuible la culpa y se exonere al proveedor del servicio. Sin embargo, “cuando el importe de una compra hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, sin el consentimiento del titular, éste podrá exigir la inmediata anulación del cargo y en tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y *reabono* en las cuentas del proveedor y del titular, se efectuarían en la mayor brevedad.”¹⁷¹

De esta manera, se establece una tutela automática y una expectativa del titular de la tarjeta que fue usada fraudulentamente. Esto lleva al comerciante a que “anule inmediatamente, sin poder discutir, en principio, si tal anulación es o no pertinente, si el comprador es o no titular de la tarjeta, si hubo o no utilización fraudulenta o si el fraude fue posible por razón imputable o no negligente del titular.”¹⁷²

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 336.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 336.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 332.

El doctor Fernandinho Domingos Sanca afirma que: “el riesgo de la utilización fraudulenta o no autorizada derivado del uso de la tarjeta como medio de pago en las ventas a distancia, debe atribuirse al comerciante —proveedor de bienes y servicios—”. Así mismo, señala que el riesgo económico derivado de las tres operaciones de venta fallidas —en una de la cuales, la de mayor valor económico, no resulta siquiera acreditado que se haya entregado la cosa objeto de la misma al pretendido adquirente o comprador— debidas a un uso fraudulento de tarjetas de crédito utilizadas como medio de pago y que constituyen el fundamento de la acción de reclamación de cantidad ejercitada por la entidad recurrente, sería a cargo del establecimiento, sin poder trasladarlo a la entidad financiera demandada. Es decir que dicho riesgo es imputable al proveedor de bienes o servicios a través del comercio electrónico sin poder trasladarla a la entidad financiera demandada.¹⁷³

¹⁷³ *Ibidem.*, .p. 336.

5. EL RIESGO Y LA DEBIDA PROTECCION A LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

5.1. El riesgo como elemento esencial en la nueva era

En el origen del comercio electrónico “surge la necesidad imperiosa de reglarlo para dar seguridad jurídica, la cual se reflejaba en la confianza entre los comerciantes y no comerciantes que participaban de este tipo de negocios. Se pensó, y no sin razón, que haciendo del comercio electrónico una opción segura y digna de confianza se daría un uso masivo de esta alternativa comercial. Bajo este marco, se inició el estudio de esta modalidad comercial adelantada por organismos internacionales que pretendían la minimización del riesgo que generaba la incertidumbre.”¹⁷⁴

A medida que el Internet fue teniendo éxito, fueron más los usuarios compradores por vía electrónica, pero también mayores sus riesgos. Hoy estos *riesgos* son inherentes al comercio electrónico ya que “da a sus usuarios la oportunidad de consumir en un mercado más amplio y competitivo, pero también fomenta la contratación en masa, el consumismo y el riesgo para los consumidores de sufrir abusos y fraudes por parte de las empresas; en definitiva, todo aquello contra lo que las asociaciones de consumidores han venido trabajando a lo largo de los años.”¹⁷⁵

¹⁷⁴ GÓMEZ PÉREZ, Víctor Iván. Op. Cit.

¹⁷⁵ FACUA. <http://www.facua.org> [Consulta: Sábado, 30 de abril de 2016].

Los “riesgos que se derivan de no poder examinar la calidad del producto que se compra, de un posible incumplimiento del plazo de entrega, de que el producto llegue deteriorado a causa del transporte, de que se dificulten las reclamaciones si el vendedor es de otro país o no proporciona un domicilio físico de la empresa o que el vendedor cobre el dinero y no envíe el producto,”¹⁷⁶ son generadores de la desconfianza por parte de los usuarios de la red.

En la actualidad existen otros riesgos. Estos son: i) El desconocimiento de la empresa. En muchos casos no se sabe si están constituidas legalmente en su país de origen. ii) La forma de pago. A pesar de los avances todavía no hay una transmisión de datos segura. iii) Intangibilidad. En la modalidad B2C es importante para el comprador del bien o servicio mirar y tocar a la hora de realizar la compra, pero a través de internet o de aplicaciones es difícil saber la talla exacta, el tipo de material, las especificaciones, entre otras. iv) El idioma. En muchas ocasiones resulta ser una barrera a la hora de la compra; sin embargo, hoy en día las páginas web utilizan traductores para sus compradores extranjeros. v) Atención post y pre-venta. Muchas veces el pedido no llega conforme a las especificaciones de la página. Para eso, el comprador necesita acudir a algún lugar post-venta en donde lo puedan ayudar. vi) Privacidad y seguridad. La mayoría de los usuarios no confía en la Web como canal de pago. Son muchas las compras que se realizan utilizando el número de la tarjeta de crédito o simplemente haciendo entrega de información personal sin saber siquiera la identidad del vendedor a quien le está depositando los datos.¹⁷⁷

¹⁷⁶ TALLER DE CONSUMO: COMERCIO ELECTRONICO. IRUM, Escuela de comercio eficiente. Recuperado de: <http://www.irun.org/omic/down/escuela/consumocomercioelectronico.pdf> [Consulta: Sábado, 30 de abril de 2016].

¹⁷⁷ Anónimo. <http://es.slideshare.net/luisorralesarias/tema-3-desventajas-usos-y-riesgos-del-comercio-electrnico-40641198> [Consulta: Sábado, 30 de abril de 2016].

Si bien hoy en día los riesgos son más controlados, en Colombia se hace necesario que se regule a través de una ley de comercio electrónico, aspectos jurídicos acerca de la sociedad de la información, así como se ha venido desarrollando en otros países como España a través de Ley 34 de 2002 —Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, LSSI—. De esta manera, se evitarían conflictos a la hora de contratar electrónicamente a nivel internacional. Y en el evento de que se tuviera que reclamar por vía judicial un posible perjuicio por incumplimiento contractual, se adoptaría la ley colombiana.

5.2. Protección a los consumidores en la contratación electrónica

5.2.1. El Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011

La importancia de la protección al consumidor es derivada de la desconfianza que tiene éste frente al tráfico comercial. Cuando se trata de comercio electrónico, la parte débil de la relación contractual y comercial está bajo la incertidumbre de no tener certeza si la oferta es verídica o si, por el contrario, hace parte de prácticas engañosas, fraudulentas o desleales.

Por esta razón, para saber el tratamiento que se le da al consumidor frente al comercio electrónico, es necesario remitirse primero al artículo 46 de la ley 527 de 1999. En este se establece la: “Prevalencia de las leyes de protección al consumidor. La presente ley se aplicará sin perjuicio de las normas vigentes en materia de protección al consumidor.”

Como se puede observar, la intención del legislador es darle una especial protección al consumidor aun cuando se trata de comercio electrónico. No obstante, hay que resaltar que

esto proviene de un mandato constitucional consagrado en el artículo 78 de la Constitución Política de 1991 que reza lo siguiente:

Vigilancia a producción, bienes y servicios.

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

En virtud de ese mandato constitucional y la especial remisión que hace la Ley de Comercio Electrónico sobre la prevalencia de las normas de protección al consumidor, es necesario hacer referencia a la ley de protección al consumidor, la Ley 1480 del 2011.

El Estatuto del Consumidor incorpora una serie de innovaciones tales como: la protección ante cláusulas abusivas, garantías frente a productos defectuosos, protección del consumidor en el comercio electrónico, entre otros.

El capítulo VI de esta ley, a su vez, impone a los proveedores y productores ciertas obligaciones entre las que se encuentran: (i) informar su identidad, identificación, notificación judicial; (ii) suministrar información cierta y fidedigna de los productos que ofrezcan: tamaño, peso, material, uso, propiedades; (iii) indicar en qué escala está elaborada la presentación si los productos se muestran con imágenes; (iv) informar los medios que disponen para los pagos y el tiempo de entrega del bien; (v) dar el precio total del producto

—incluyendo impuestos, costos y gastos—; (vi) publicar las condiciones generales del contrato para que sea de fácil consulta y descarga; (vii) presentar al consumidor al finalizar la transacción un resumen del bien adquirido con todos los datos relacionados con la compra; (viii) aceptar la transacción por parte del consumidor de manera expresa, inequívoca y verificable ante la autoridad competente, por lo que se debe generar y entregar un recibo; (ix) Brindar en el mismo medio de comercio electrónico un mecanismo de peticiones, quejas y reclamos, y (x) salvo pacto en contrario, entregar el bien dentro de los 30 días calendario. En caso de exceder este tiempo, se deberá devolver el dinero o sino al no cumplirse con las obligaciones, se generarán consecuencias tales como sanciones y multas al momento en que se incurra en dichas prácticas.¹⁷⁸

Por otra parte, el estatuto del consumidor en los artículos 47 y 51 incorpora acciones que tratan de equilibrar la relación entre consumidor y proveedor cuando existen controversias sobre un producto defectuoso, o cuando es trasgredido el usuario en el pago. Estas son: *la acción de retracto y la reversión del pago*.

Al comprar un bien o servicio el consumidor puede a través de su *derecho de retracto* hacer por lo menos dos cosas: la primera, que luego de reflexionar sobre la transacción realizada se dé cuenta que no puede cumplir sus obligaciones dinerarias; la segunda, que no le guste el bien o servicio adquirido¹⁷⁹. Esto quiere decir, que el consumidor se puede retractar por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, con la única consecuencia de pagar los gastos de devolución del bien o servicio.

¹⁷⁸ CALDERÓN DÍAZ, Carlos Eduardo y ROCINES FRANCO, David. contratos por medios no convencionales en las relaciones mercantiles virtuales: nuevo estatuto del consumidor, p. 36.

¹⁷⁹ REMOLINA, Nelson & FLOREZ, María Lorena, Op. Cit., p. 12.

No obstante, Nelson Remolina critica que *el derecho de retracto* no está bien implementado al estar limitado en su alcance. Así:

La nueva ley restringe el derecho de retracto solo a los casos en que el consumidor utiliza los instrumentos de pago que le provee el productor o proveedor, habría una limitación mayor para ejercer este derecho y sería, además, discriminatorio e inconstitucional concederlo sólo a quien paga con la tarjeta de crédito XXX del empresario XXX y no a quien emplea la tarjeta YYY para pagarle al empresario XXX.¹⁸⁰

De esta forma, esta crítica es acertada ya que la ley contempla varios casos en que no se puede ejercer el *derecho de retracto*. Tan es así, que excluye al proveedor de ejercer su derecho y omite lo que el derogado Decreto 3466 de 1982 contemplaba: la irrenunciabilidad de éste.

Por otra parte, el *derecho de reversión* difiere del *derecho de retracto*. El *derecho de reversión* consiste en la facultad de deshacer el pago en determinadas circunstancias que impone la ley tales como: i) la venta de bienes mediante mecanismos de comercio electrónico como internet, PSE, call center, televenta o tienda virtual. O ii) cuando sea objeto de fraude, operación no solicitada, no recibo del producto adquirido, producto entregado que no corresponde a lo solicitado, producto defectuoso y contratos de cumplimiento periódico.

Dicha facultad puede ser ejercida por parte del consumidor para reversar el pago dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo noticia de los presupuestos anteriores. Así, la consecuencia más evidente con la que cuenta la reversión es la devolución del dinero al respectivo comprador.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 14.

Recientemente el gobierno colombiano cumplió su deber de reglamentar la *reversión* a través de decreto, materia que el legislador le encargó en la ley 1480 del 2011 en su artículo 51. En este se aduce la imperiosa necesidad de determinar los deberes particulares del proveedor para hacer efectiva la reversión del pago, la incorporación de los demás participantes del proceso de pago precisando el alcance de los derechos del consumidor y la implementación de un procedimiento claro y expreso a la hora de la reversión.

Este decreto limita los efectos jurídicos del tráfico de bienes o servicios que se hubieren realizado a través de mecanismos de comercio electrónico. Delimita expresamente la aplicación territorial de la norma al disponer que solo será aplicable para las operaciones en las cuales el productor o expendedor y la entidad emisora del instrumento de pago electrónico se encuentren domiciliados en Colombia. Así, siguiendo la misma línea de la Superintendencia de Industria y Comercio: “los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios que se encuentran en territorio de otro Estado no estarán sometidos a las normas contenidas en la Ley 1480, Estatuto de Protección al Consumidor, salvo estipulación expresa en el contrato celebrado.”¹⁸¹

Así mismo, este precepto normativo aclara la facultad de reversión parcial, la reversión de pagos de cumplimiento periódico, reglamenta el procedimiento de quejas e incorpora un margen sancionatorio por incumplimiento normativo. De esta manera, impone determinadas cargas a las partes involucradas en el tráfico comercial electrónico al regular el procedimiento

¹⁸¹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. COLOMBIA. Concepto: 2013-N0076270_20131227

de queja en donde se le impone al consumidor el deber de presentarla con unos requisitos mínimos —como la indicación de la causal que sustenta la petición, identificación de la cuenta bancaria, tarjeta de crédito o instrumento de pago al que fue cargada la operación, etc.— en un término de 5 días hábiles desde que conoció el hecho causal de reversión. También debe notificar al emisor del instrumento de pago electrónico, la procedencia de la devolución, la constancia de la queja al proveedor, entre otros.

La norma advierte, además, que en caso de que exista mala fe por parte del consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).

Del mismo modo, a través de este decreto se exige al proveedor tener a disposición del consumidor, en su sitio web o por cualquier medio idóneo, un formulario de solicitud de reversión del pago, sin perjuicio de que el consumidor pueda presentar la solicitud de reversión de pago en otro documento que cumpla con los requisitos establecidos. Dicho formulario contendrá expresamente las causales que dan lugar a la reversión, las cuales serán señaladas por el consumidor según sea el caso.

Ahora bien, en cuanto a devolución del bien, el decreto afirma que el emisor del instrumento de pago se sujetará a lo manifestado por el consumidor acerca de la devolución. Sin embargo, en caso en que el consumidor del bien o servicio no sea el mismo titular del instrumento de pago, procederá la reversión solo si la notificación al emisor de dicho instrumento es presentada por titular del producto financiero.

Así mismo, le exige verificar por una sola vez la existencia de fondos en la respectiva cuenta y procederá a efectuar los descuentos de acuerdo con el orden cronológico en que fueron presentadas las notificaciones y si no existieran fondos, el reembolso tendrá que hacerse directamente entre proveedor y consumidor.

En todo caso este decreto les da a los participantes del proceso de pago un término de quince (15) días hábiles para hacer efectiva la reversión si esta es procedente.

5.2.2. Protección a los consumidores

Al hablar del consumidor es necesario remitirse a la definición legal de la ley 1480 de 2011:

Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. A diferencia de la directiva europea que excluye a propósito a las personas jurídicas (subrayado por fuera del texto).¹⁸²

El consumidor bajo esta normatividad tiene los siguientes derechos: i) Recibir productos de calidad. ii) Seguridad e indemnidad, iii) Recibir información. iv) Recibir protección contra la publicidad engañosa. v) Protección contractual, vi) Derecho a la participación, vii) Derecho a la elección. viii) Derecho a la representación, ix) Derecho a informar. x) Derecho a la educación sobre sus derechos. x) Derecho a la igualdad.

¹⁸² RINCÓN CÁRDENAS, Erik. Contratación electrónica. p.78.

De la misma manera, los consumidores deberán bajo esta ley informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación. Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas. Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.

Sin embargo, es necesario señalar que la ley 1480 de 2011 no es la única norma que protege al consumidor. También es necesario remitirse a la regulación colombiana del *habeas data* sobre el tratamiento de los datos de los consumidores —ley 1581 de 2012—la cual plasma que el uso y divulgación de datos no debe tener una finalidad diferente o incompatible con la autorizada inicialmente por el titular de la información, así como el ser informado previamente sobre el tratamiento que se le puede dar a esto.

Ahora bien, dentro del ámbito del comercio electrónico el aspecto de mayor importancia para la protección del consumidor es el relacionado con los *spam*. A través de estos hay un envío indiscriminado de información comercial no solicitada. Por esta razón, con la ley de *habeas data* se abre la posibilidad de sancionar a través de una queja ante las SIC el uso no autorizado de los datos. Sin dejar de mencionar la interesante previsión del proyecto de ley 142 de 2004 sobre el derecho de indemnización que se concede a los sufridores de estos.

6. CONCLUSIONES

El comercio electrónico a lo largo de los años se ha convertido en una forma de contratación mercantil a través del cual los agentes económicos participan en los llamados mercados virtuales. En éste existe una amplia gama de productos y/o servicios y facilidades al momento del pago, logrando así, acceder a cualquier mercado del mundo.

Debido a la gran acogida, pero a la vez a los múltiples abusos, los Estados han empezado a regular este tipo de actividades con el fin de generar seguridad jurídica a aquellas personas interesadas en ingresar al mercado. A través de la expedición de normas, se busca armonizar y unificar el lenguaje jurídico del derecho contractual de diferentes ordenamientos internos para evitar futuros conflictos contractuales entre las partes que quieran imponer las normas de su país de origen.

Para ello, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1996 aprobó la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación de datos la cual sirvió como referente para el desarrollo de la ley colombiana de comercio electrónico: la ley 529 de 1999. A través de esta última, se adaptó el ordenamiento jurídico colombiano a las tendencias modernas del Derecho Internacional Privado.

Ahora bien, cuando se hace referencia específicamente a la compra y venta de productos, bienes o servicios a través de la red de Internet o de aplicaciones, se debe hablar de la modalidad de comercio electrónico denominada *Business to consumers* o B2C. Aquí, a través de una página web o una aplicación descargada por los usuarios, el oferente da a conocer sus productos o servicios y el adquirente los obtiene a cambio de un precio. Este vínculo se efectúa a través de un contrato de compraventa en donde las partes se obligan recíprocamente: uno a pagar el precio —a través de algún medio de pago— y el otro a entregar lo estipulado.

Para el presente trabajo, se hizo un análisis de los efectos jurídicos de los contratos celebrados en Colombia que usan mecanismos del comercio electrónico sobre las operaciones en las cuales el productor o expendedor y la entidad emisora del instrumento de pago electrónico se encuentren domiciliados en Colombia; sin embargo, también se realizó un breve recorrido de cómo este tema se maneja en el ámbito internacional a través de contratos de adhesión, los cuales señalan la ley aplicable al interior de sus términos y condiciones.

En el ordenamiento jurídico colombiano cuando un contrato cuenta con los elementos de la teoría general del contrato —como lo es el consentimiento de las partes al momento de la formación del contrato, la oferta y la aceptación, indispensables para el perfeccionamiento— y éste se incumple, se genera lo que se conoce como responsabilidad civil contractual. Para analizar cómo se aplica esta responsabilidad a los contratos celebrados por medios electrónicos cuando existe un daño como consecuencia de un hecho ilícito generador del retraso injustificado, fue necesario abarcar las distintas modalidades de responsabilidad, compararlas y escoger la que más adecuada para este tipo de contratos.

Por otra parte, dentro de la modalidad de B2C la mayoría de los oferentes son grandes empresas que celebran contratos con sus clientes a través de los conocidos contratos de adhesión; es decir, “el contrato-tipo preestablecido o formulario por el cual el contratante se adhiere pacíficamente a lo estipulado por el otro, sin negociación o trato preliminar alguno, el cual traería, en principio, algunas dudas respecto del consentimiento de las partes al momento de contratar, pues la parte débil de la relación no cuenta con la misma libertad con la que cuenta el contratante”.

Si bien estos contratos son los más usados en temas de comercio electrónico en países como Estados Unidos, esto no quiere decir que sean los ideales, toda vez que puede generarle al consumidor ciertos inconvenientes al ser la parte débil de la relación.

Pero los problemas derivados de los contratos de adhesión no son a los únicos que se debe enfrentar el consumidor en el comercio electrónico. Existen diversos riesgos que han llamado la atención de los países por su gravedad. Colombia ha sido uno de los que ha dispuesto una especial protección a los compradores que usan medios electrónicos.

A través del Estatuto del Consumidor se incorpora un régimen de responsabilidad especial encaminado a la protección de éste cuando se está frente al comercio electrónico. Para ello, trata de equilibrar la relación entre consumidor y proveedor cuando existen controversias sobre un producto defectuoso o cuando es engañado el usuario en el pago. Esta protección se da a través del uso de figuras como el *derecho de retracto* y la *reversión del pago*.

Pero no solo el Estatuto del Consumidor protege al consumidor. La ley sobre el *habeas data* — ley 1581 de 2012— le da un trato especial en lo referente al tratamiento de los datos de los consumidores en donde se establece que el uso y divulgación de estos no debe tener una finalidad diferente o incompatible con la autorizada inicialmente por el titular de la información.

Así, tanto el Estatuto del Consumidor como la ley de *Habeas Data* han sido un gran aporte para para la regulación del comercio electrónico al manejar de manera acertada la protección de los consumidores en cuantos a sus derechos y deberes a la hora de adquirir productos; sin embargo, esto no es suficiente.

Son muchos los fraudes y engaños que se realizan a través de la red y gran parte están sin resolver por la falta de claridad del procedimiento que se debe realizar en caso de estafa electrónica, especialmente internacional, toda vez que si es una compra realizada a través de una página web extranjera todavía no es clara la jurisdicción que debe aplicarse al momento del incumplimiento por parte del oferente. Así mismo, actualmente se presentan una cantidad considerable de robos provenientes de la clonación de tarjetas de crédito, de información personal no autorizada o de los distintos medios de pagos que son utilizados hoy en día.

De esta manera, en Colombia todavía es necesaria una mayor intervención en temas relacionados con la contratación bancaria electrónica, la responsabilidad civil y el sistema y procedimiento de reclamos en compras internacionales. Esto, con el fin de ponerse al nivel de otros países como España y Estados Unidos, quienes cuentan con una reglamentación

completa acerca de la sociedad de la información y del comercio electrónico en compraventas internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia. Los servicios financieros bancarios electrónicos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

BERGEL, Salvador Darío. “Informática y responsabilidad civil”.

BERNAL-FANDIÑO, Mariana. Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor. Vniversitas.

BERNING PRIETO, Antonio. Derecho de la contratación electrónica. Bogotá D.C. [Citado el 24 de abril de 2016]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4382-derecho-de-la-contratacion-electronica/>

BOHORQUEZ Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Volumen 1, segunda Edición.

BOLAÑO MANJARRÉS, Iván. Caracterización de los delitos informáticos en Colombia. [Citado el 28 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/viewFile/126/149>

BORDA, ALEJANDRO. La buena fe en la etapa precontractual, 129 Vniversitas, 2014. [Citado el 28 de abril de 2016]. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11945/9780>.

CALDERON, Carlos, & ROCINES, David. Contratos por medios no convencionales en las relaciones mercantiles virtuales: nuevo estatuto del consumidor. (Tesis de Pregrado). Universidad ICESI Facultad de derecho y ciencias sociales, SANTIAGO DE CALI, 2013. Disponible en: https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76510/1/contrato_medios_mercantiles.pdf.

CÁRDENAS, Manuel José. ¿Cuál es la situación del comercio electrónico en Colombia? Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda, 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Colombia.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley1480 de 2011. Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1747 de 2000.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2364 de 2012.

CLAVIJO CAMACHO, Sandra. Derecho de las nuevas tecnologías. Madrid: Editorial Reus S.A.S., 2005.

CRAWFORD, Adam. (2002). Crime and insecurity. New York: Edition by Routledge. [Citado el 8 de abril de 2016]. Disponible en: [https://books.google.com.co/books?id=wIG3AwAAQBAJ&pg=PA208&lpg=PA208&dq=POWER,+R.+\(2000\).+Tales+of+digital+crime+from+the+shadow+of+cyberspace&source=bl&ots=1ZoQChajew&sig=jT29msB50dINSaAz-dxCACnNLZM&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwicyL_M7InMAhUKFR4KHRIBkIQ6AEIHTAA#v=onepage&q=POWER%2C%20R.%20\(2000\).%20Tales%20of%20digital%20crime%20from%20the%20shadow%20of%20cyberspace&f=false](https://books.google.com.co/books?id=wIG3AwAAQBAJ&pg=PA208&lpg=PA208&dq=POWER,+R.+(2000).+Tales+of+digital+crime+from+the+shadow+of+cyberspace&source=bl&ots=1ZoQChajew&sig=jT29msB50dINSaAz-dxCACnNLZM&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwicyL_M7InMAhUKFR4KHRIBkIQ6AEIHTAA#v=onepage&q=POWER%2C%20R.%20(2000).%20Tales%20of%20digital%20crime%20from%20the%20shadow%20of%20cyberspace&f=false)

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). Ley modelo sobre comercio electrónico, aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 51/162 de 1996. [Citado el 13 de abril de 2016]. Disponible en: www.CNUDMI.org

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-662 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1064 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1141-00 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, agosto treinta (30) de dos mil (2000)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-796 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-061 de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1008 de 2010.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Colección profesores. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012.

DEL REAL MARTÍN, Juan. Medios de pago por Internet: cuáles son, ventajas e inconvenientes, 2015. [Citado el 29 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.consumoteca.com/economia-familiar/medios-de-pago/medios-de-pago-por-internet-cuales-son-ventajas-e-inconvenientes>

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Editorial Thomson/Cívitas, 2012.

DOMINGOS SANCA, Fernandinho. Comercio electrónico y pago mediante tarjeta de crédito en el ordenamiento jurídico español: una propuesta para su implementación en el ordenamiento jurídico de Guinea-Bissau. (Tesis doctoral), 2013. [Citado el 19 de abril de 2016]. Disponible en: http://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16963/Fernandinho_Domingos_Sanca_tesis.pdf?sequence=1

DOMÍNGUEZ, CARMEN. El daño moral. Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, 2000.

ESCOBAR ESPINAR, Modesto. El comercio electrónico. Perspectiva presente y futura en España. Madrid: Fundación Retevisión, 2000.

ESPAÑA. Ley 34 de 2002. Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Sergio Arboleda, 2008.

FACUA. [Citado el 30 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.facua.org>

GARCIA SANTIAGO, Héctor José. Estudios jurídicos sobre comercio electrónico. Bogotá, Colombia: Cámara de comercio de Bogotá, 2006.

GECTI, Universidad de los Andes. Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, 2002.

GÓMEZ ESTRADA Cesar. De los principales contratos civiles, Ed. Temis S.A, 1999.

GÓMEZ PÉREZ, Víctor Iván. Realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia. (Tesis de Pregrado). PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Facultad ciencias jurídicas, Bogotá. 2004 [Citado el 13 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis21.pdf>

GUTIÉRREZ TOBAR, Edimer. Impacto del comercio electrónico en las grandes y medianas empresas de la ciudad de Sogamoso Boyacá, Colombia, 2015. Disponible en: http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_latinoamericanos_administracion/volumenXI_numero20_2015/09_E-comercio_Vol-XI-Num-20.pdf

HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. Revista de Derecho Privado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, n. ° 26, enero-junio de 2014.

HOCSMAN, Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

J. MÉLICH-Orsini, La responsabilidad civil por hechos ilícitos. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La compraventa en el derecho al consumo Internet. Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

JARAMILLO SIERRA, Camila & ROBLES BACCA, Paula. (2014). La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. [Citado el 29 de abril de 2016]. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3809/4047>

JULIA BARCELÓ, R. Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico. Valencia.

LÓPEZ, Iván & AZUERO, Carlos. (2012). La aplicación teórico-legal del régimen de responsabilidad precontractual en Colombia. (Tesis de pregrado). Universidad Icesi. Facultad de derecho y ciencias sociales. Santiago de Cali. [Citado el 29 de abril de 2016]. Disponible en:

https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/72969/1/aplicacion_teorico-Legal.pdf

LÓPEZ JIMÉNEZ, David. La autorregulación del comercio electrónico en Chile. Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016. [Citado el 29 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427543196009.pdf>.

LLANEZA GONZALEZ, Paloma. Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación. Madrid, Bosch, 1999.

MADRID PARRA, Agustín. El contrato por medios electrónicos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MANJARRÉS, I & JIMÉNEZ, F. Caracterización de los delitos informáticos en Colombia, 2012. Pensamiento Americano. Disponible en: <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/viewFile/126/149>.

MARTÍNEZ, Adriana. PORCELLI, Adriana Margarita. Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación. [Citado el 19 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/alcances-de-la-responsabilidad-civil-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet.pdf>

MARTÍNEZ NADAL, A. Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

MAZO PARRADO, Diana. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Bogotá, Colombia: Estudios socio-Jurídicos, 2007.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. Derecho-e Derecho del comercio electrónico. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.

MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. Los intermediarios de Internet como agentes normativos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [Citado el 19 de abril de 2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502015000100002&script=sci_arttext

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES. Aplicaciones. [Citado el 24 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.mintic.gov.co/portal/vivedigital/612/w3-propertyvalue-632.html>

NAVIA ARROYO, Estudio sobre el daño moral. Editorial ANIF.

ORDUÑA MORENO, Francisco. Contratación y comercio electrónico. España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Bogotá, 1998.

PALAO MORENO, Guillermo. La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo, en Derecho privado de consumo. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

PARRA MADRID, Agustín. Derecho del comercio electrónico. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PEÑA VALENZUELA Daniel. Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico. Bogotá: Duré editores, 2001.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Comercio electrónico y protección a los consumidores. Editorial La Ley, 2001.

REMOLINA, Nelson. FLOREZ, María Lorena. Consumidor y comercio electrónico.

RICARDO E. Desarrollo y evolución de las aplicaciones móviles [Mensaje en un blog], 2012, [Citado el 24 de abril de 2016]. Disponible en: <http://aplicacionesmovilescolombia.blogspot.com.co/2012/10/desarrollo-y-evolucion-de-las.html>.

RICO CARRILLO, Mariliana. Derecho de las nuevas tecnologías. Ediciones La Roca. 2007.

RINCÓN CÁRDENAS, Erik. Contratación electrónica. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

RINCÓN CÁRDENAS, Erik. Derecho del comercio electrónico y de internet. Edición: Legis, 2015.

RIPPE, Siegbert. Comercio electrónico: análisis jurídico multidisciplinario. Editorial B de F, 2003.

ROA DÍAZ, Fernando Alonso. Protección a los consumidores en negocios Business to Consumers (B2c) en Colombia. Revista In Vestigium Ire. Vol. 5.

RODRIGUEZ ZARATE, ALEJANDRO. Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional, 128 Universitas. doi: 10.11144/Javeriana. VJ128, 2014. [Citado el 30 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a10.pdf>

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho del comercio electrónico. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

SANTANDER RENGIF, Antonio José. CARBAJAL TORRES, Nicolás Efraín. SILVA DEL CARPIO, Cruz Lisset. VILLANUEVA RAMOS, María Briseida. Compraventa por internet y situación del consumidor en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. [Citado el 11 de abril de 2016] Disponible en: <http://www.alfaredi.org/sites/default/files/articles/files/compraventa.pdf>

TAMAYO JARAMIYO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, 2009.

TURRIAGO RODRIGUEZ, Omar. Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, Universidad de los Andes, 2002.

UGUETO, Joseph. El Código Orgánico Tributario y la incorporación de uso de Internet en la gestión de los tributos. Autopartes Jhoan Costa Oriental, 2008. [Citado el 8 de abril de 2016]. Disponible en: <http://josephuguetto.blogspot.com.co/>

VALERO, María. ¿Cuáles son los medios de pago Online más seguros?, 2015. [Citado el 30 de abril de 2016]. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2015/05/05/actualidad/1430849127_139850.html

VIEGA, Maria José. La responsabilidad civil en el ámbito de Internet. [Citado el 28 de abril de 2016]. Disponible en: <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/ResponsabilidadCivilInternet.pdf>.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. Grupo de Derecho Privado, Línea de Investigación sobre Derecho Económico y de los Negocios, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (cider) de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>

ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. Derecho Internacional de los Negocios. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ZUBIETA URIBE, Hermann. El contrato por medios electrónicos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado, 2003.