



LOS CONTRATOS VIRTUALES, SUS GARANTÍAS Y PROTECCIONES

LAURA MACÍAS MÚNERA

FABIO ANDRÉS ORTEGA RESTREPO

Director:

Gloria Estella Zapata Serna

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLIN

2021

Febrero 2021

LAURA MACÍAS MÚNERA

Y

FABIO ANDRÉS ORTEGA RESTREPO

“Declaramos que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.” Artículo 92, Parágrafo del Régimen Estudiantil de Formación Avanzada”

Fabio Ortega.

Laura Macías M.

FABIO ANDRÉS ORTEGA RESTREPO

LAURA MACÍAS MÚNERA

LOS CONTRATOS VIRTUALES, SUS GARANTÍAS Y PROTECCIONES

GUARANTEES IN VIRTUAL CONTRACTS, REGULATION AND NEW CHALLENGES OF LAW

SUMARIO

1. Introducción.
2. El acto jurídico, la manifestación de la voluntad y los requisitos de existencia y validez del acto
3. Los Contratos: teoría general y análisis de una nueva concepción del contrato virtual.
4. Aplicación de los contratos virtuales, las garantías y derechos a la luz de los derechos del consumidor
5. Conclusiones.

RESUMEN

Existen grandes cambios que impactan recientemente al mundo, de los cuales, es de interés de este trabajo aquel que tiene que ver con *los contratos virtuales o tecnológicos*, esto debido a que las personas están cada vez más, realizando multiplicidad de negocios jurídicos por medio de las plataformas de virtuales, las cuales son un sistema por medio del cual se ejecutan múltiples operaciones, dando la posibilidad a los usuarios de acceder a ellas haciendo uso del internet; de ahí que se aborde la ejecución de los contratos que son celebrados por nacionales, y también cuando un consumidor nacional encuentra y perfecciona un contrato con un proveedor o una persona extranjera, desde su regulación, lo que involucraría particularmente, la Convención de Viena para la compraventa de mercaderías. A la luz del derecho, esto conlleva mucho más que una relación de consumo; es necesario percatarse que detrás del contrato hay ciertas garantías que tanto los consumidores, como los vendedores y los proveedores deben de cumplir, conocer e integrar en las cláusulas realizadas en los contratos que realicen.

Todo esto sirve para indicar los cambios en cuanto a las regulaciones y garantías que pueden tener los consumidores que adquieren un producto por medio de una plataforma virtual. ¿Será que las cláusulas tienen las mismas garantías? Aun así, teniendo las garantías... ¿las garantías se cumplen a cabalidad de la ley? ¿Es fácil el acceso a la justicia para el consumidor? ¿En caso de incumplimiento, el consumidor se ve afectado por la celebración de un negocio jurídico virtual? Se cuestiona, esto debido a que el consumidor se ve en una

posición más vulnerable, la cual puede volverse desventajosa a la hora de la ejecución de un contrato de consumo, y esto se puede convertir en un arma de doble filo para el consumidor. Lo que se busca con la investigación es verificar que las personas que intervienen en el contrato virtual tengan las mismas garantías que pueden y tienen las persona al realizar un contrato de forma física. Esto porque como se mencionó anteriormente, el mundo está cambiando y las personas encuentran otros medios para satisfacer sus necesidades y es labor del derecho ajustarse a los cambios que trae el desarrollo de la humanidad.

Palabras clave: plataformas virtuales, contratos virtuales, garantías, protección, regulación.

ABSTRACT

Reviewing the social changes that we are undergoing recently, the issue that we are interested in addressing has to do with VIRTUAL OR TECHNOLOGICAL CONTRACTS, this due to the act of people conducting multiple legal businesses through internet platforms that allow the execution of these contracts.

We are not only referring to the execution of contracts that are entered into by nationals, but also when a national consumer finds and perfects a contract with a supplier or a foreign person, from its regulation, which would particularly involve the Vienna Convention for the sale of merchandise, this is interesting as regards the regulation that covers it, since, in the execution of commercial contracts with

international parts, we can come across regulations such as the Vienna Convention for the sale of merchandise.

In law, this involves much more than a consumer relationship; It is necessary to realize that behind the contract there are certain guarantees that both consumers, sellers and suppliers must comply with, know and integrate into the clauses made in the contracts.

All this is said in order to indicate changes in regulations and guarantees that consumers who purchase a product through a virtual platform may have. Could it be that the clauses have the same guarantees? Even so, having the guarantees ... are the guarantees fully complied with by law? Is access to justice easy for the consumer? In case of non-compliance, is the consumer affected by the conclusion of a virtual legal business? This is questioned because the consumer is seen in a more vulnerable position, which can become disadvantageous when executing a consumer contract, and this can become a double-edged sword for the consumer. What is sought to obtain with the investigation is to verify that the people involved in the virtual contract have the same guarantees that people can have when making a contract physically, because, as mentioned above, the world is changing and people find other ways to satisfy their needs and it is the laws work to adjust to the changes that the development of humanity brings.

Keywords: Virtual platforms, virtual contracts, guarantees, protection, regulation.

INTRODUCCIÓN

Podemos ver cómo nuestras sociedades avanzan a ritmos frenéticos en todos los aspectos, a saber, económico, político, cultural, social, etc. Todos esos cambios traen consigo una inexorable consecuencia en el aspecto jurídico y regulatorio: pues el derecho está en la imperiosa necesidad de avanzar a la par de la sociedad y todos sus componentes.

Ahora bien, es un hecho que el derecho es una práctica mucho más rígida y reacia a la flexibilidad por la compleja tarea que implica su cambio, y en ese orden de ideas, se tienen que desarrollar estructuras teóricas que soporten ciertos cambios, es decir, las construcciones jurídicas tienen que pensarse de una manera tal, que aun así cambie la realidad social, puedan seguir las normas creadas, regulando las relaciones de las personas entre sí, de ahí su objetividad. Por ello, en una visión kelseniana¹ del ordenamiento, habría que advertir la fortaleza que eso comporta, por cuanto la concepción de un ordenamiento de este tipo nos indica claramente que no existen lagunas o zonas grises, sino que por el contrario, todo está regulado, y al operador jurídico no le queda sino ir al ordenamiento a buscar la norma (que siempre va a estar) para solucionar el conflicto que haya surgido, independientemente de cuál sea, y en consecuencia, el juez dicta sentencia o emite una providencia, y ese acto es creador de normas jurídicas, por consiguiente, relaciones análogas ya tendrán una norma para ser

¹ De su texto “teoría general del derecho y el estado”, cuando habla sobre la creación y aplicación del derecho, textualmente indica que “el derecho regula su propia creación” y afirma que todas las normas del ordenamiento remiten a la “norma fundamental”, ergo todas las normas jurídicas están dentro del ordenamiento. Aun cuando no exista norma jurídica, el juez debe tomar esa decisión, que es creadora de derecho y por tanto de normas jurídicas.

aplicada. Es una especie de ordenamiento hermético en el cual no sale nada, pero con un dinamismo interno que hace que no exista un escenario de la realidad que no pueda ser regulado.

Ahora bien, alrededor del surgimiento de nuevas formas de interacción entre las personas, que a priori el derecho no concibe, como la utilización de nuevas herramientas tecnológicas para adquirir bienes y servicios, que establecen un tipo de comportamientos que quizás el derecho y el ordenamiento no concibió desde su origen, surgen muchas preguntas orientadas a la forma en que se va a regular o a normativizar esa realidad, porque si bien no hay mecanismos creados específicamente para ello, pues no obsta ello para predicar que no ha de regularse, o que si al juez le llega un litigio surgido de un conflicto de esa naturaleza, se tenga que abstener de fallar porque el ordenamiento quizá no cuenta con las herramientas actualizadas para hacerlo. Pues sin importar qué tipo de conflicto le llegue al juez, él debe de fallar, y debe hacerlo acudiendo a las herramientas que encuentre dentro del ordenamiento (artículo 42 del Código General del Proceso).

Y esto es importante tratarlo porque las nuevas prácticas sociales nos han llevado a escenarios oscuros y grises en temas de regulación, y el operador y destinatario de la norma se confunden demasiado a la hora de solucionar problemas; pues se ha tratado de encuadrar un montón de situaciones atípicas en lo que está normativizado, y realmente es un despropósito. Es decir, parece existir un temor generalizado a catalogar ciertas prácticas como atípicas porque aparentemente eso arrojaría a un escenario de inseguridad jurídica total para la

solución de conflictos que puedan surgir en el desarrollo de estas actividades, no obstante, ese temor debe ser superado si se comprende que se cuenta con herramientas suficientes para hacerlo, es decir, no hay que catalogar un contrato de tal o cual, y decidir un régimen aplicable por pretender hacerlo de la manera más sencilla, porque como se ha dicho, el derecho (si bien debería hacerlo, pero no lo hace) no avanza al mismo ritmo que la sociedad, y los contratos nominados y regulados de arrendamiento, de mutuo, de comodato, de venta, de servicios, etc. a veces, a los operadores jurídicos (jueces, abogados, estudiantes y pensadores del derecho), pueden quedar cortos para encuadrar todas estas situaciones nuevas. Entonces se piensa que, si se cataloga una actividad dentro de un régimen, va a ser más fácil regularla, y la realidad es otro, pues se está tratando de jugar regletas con figuras disparejas, o ir a la guerra con armas totalmente obsoletas. Hay que perder un poco el temor a catalogar ciertas actividades como atípicas por creer que no se podrían regular.

En ese orden de ideas, se pretende en este trabajo construir un poco de contexto y pensamiento alrededor de los nuevos negocios, contratos y celebración de negocios jurídicos bajo las novedosas realidades de la virtualidad. Para ello, es preciso recalcar esa importancia superlativa que tiene que ver directamente con la forma en que se pretende realizar esa construcción, y es precisamente, tomar la regulación y la teoría existente para verificar con qué herramientas se cuenta a priori para poder regular esas novedosas actividades, e identificar qué hace falta para poder darle mayor seguridad jurídica a las partes que celebren ese tipo de negocios a través de canales atípicos a como se venían celebrando anteriormente:

los viejos ejemplos del caballo Satanás, por necesidad, han de ser reemplazados por otros nuevos, que serán, de ahora en adelante, los más comunes entre las personas.

CAPÍTULO I

EL ACTO JURÍDICO, LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD Y LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ.

Para poder analizar los contratos a la luz de las nuevas formas de celebrarlo, esto es, a través de canales virtuales y de formas atípicas en comparación a como se venía haciendo generalmente, es menester revisar exhaustivamente la teoría del acto jurídico como tal, para poder identificar todos esos elementos dentro de los contratos nuevos, es decir, si las maneras novísimas de celebrar negocios jurídicos pueden adaptarse a esas teorías, si cumplen todos los requisitos, o si por el contrario, es necesaria una adaptación desde lo teórico para poder darle forma y validez a esas formas de negociación.

EL ACTO JURÍDICO

Las normas jurídicas tienen como supuesto de hecho el acto jurídico en algunas ocasiones, siempre dirigido por la voluntad y la razón humana, pues en otras ocasiones el supuesto de la norma es un hecho de la naturaleza y no un acto jurídico (Código Civil Colombiano, 1873)

El acto jurídico es entonces una manifestación de la voluntad encaminada a generar derechos y obligaciones, siempre que esa voluntad respete las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Todo acto jurídico debe estar regido por la buena fe, pues es una de las obligaciones para las partes. De no cumplirse con el principio de la buena fe puede llegar a sancionarse por abuso del derecho.²

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

Para que el acto jurídico exista se requiere que haya tanto un movimiento interno de la voluntad como una manifestación externa de la misma. Lo ideal es que las dos se correspondan, pero si no es así hay varias soluciones:

- Para garantizar la libertad debe primar el movimiento interno.
- Para garantizar la seguridad debe primar la manifestación externa.
- En Colombia se presenta un régimen mixto.

EXISTENCIA DEL ACTO

Cuando un acto jurídico no existe no hay problema alguno, pero si éste comienza a tener efecto aun siendo inexistente, se requiere acudir al juez para que, por medio de sentencia declarativa termine esos efectos. Es sentencia declarativa porque no cambia la realidad, simplemente da fe de algo que se presenta. Un acto jurídico debe tener como requisitos de existencia: consentimiento, objeto, causa, y forma para actos solemnes. (Sentencia SC 19730-2017, 2017)

El consentimiento debe estar guiado y dirigido por la voluntad, la cual debe ser libre de vicios, pues los vicios nublan y distorsionan la voluntad. Existen tres vicios: fuerza, dolo y error (Código Civil, 1873)

La fuerza es un constreñimiento exterior que amenaza con la posibilidad de un mal futuro. Puede ser resistida por el constreñido, caso en el cual no habrá acto jurídico. La fuerza debe tener varias características. (Sentencia C 993, 2006)

- Grave: La fuerza debe ser ejercida en forma tal que determinaría a todos los sujetos de un determinado ámbito situacional. Es objetiva, mira el promedio, por lo que vicia el consentimiento así no haya determinado ese sujeto específico pero hubiese determinado al promedio. La doctrina afirma que el temor de desagradar a los demás o fuerza social no vicia el consentimiento.
- Actual: Debe presentarse al momento de emitir el consentimiento, es decir, no puede haber dejado de existir antes de emitir el consentimiento.
- Injusta: La ley no debe respaldar esa fuerza, pues si la apoya es una fuerza justa y no vicia el consentimiento. Un ejemplo de fuerza justa es la amenaza “me paga lo que me debe o lo demando”.

La violencia exterior se presenta en los eventos en los cuales una de las partes se aprovecha de la inexperiencia o el apuro de la otra para celebrar un acto en el cual las prestaciones son altamente desproporcionales. En nuestro ordenamiento se considera que no hay fuerza, pero las prestaciones deben ser modificadas por presencia de un enriquecimiento sin causa. La circunstancia determinante para este enriquecimiento debe ser el apuro o la inexperiencia.

El error consiste en la no correspondencia entre lo que se cree o se tiene en mente y la realidad. Por regla general los errores no vician el consentimiento, pues

son la base de buenos y malos negocios, pero hay otros que así no sean muy graves si vician el consentimiento porque fueron determinantes al momento de dirigir y exteriorizar la voluntad.

El dolo Jurídicamente puede entenderse de dos maneras:

- La primera es la cualificación de la conducta encaminada a causar daño a otro, es una intención.
- La segunda es la que vicia el consentimiento, que aparte de la intención es un error provocado.

En este orden de ideas, el dolo es un error provocado en el que se incurre por la conducta de la otra parte, determinando así la celebración del acto. Si no fue la otra parte sino un tercero quien actuó dolosamente induciendo el error, no habrá vicio del consentimiento, pero el afectado podrá cobrar al tercero los perjuicios causados, y a la otra parte, los beneficios obtenidos con la abstención de sacar del error. (Sentencia C 993, 2006)

CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

Para el estudio de nuestro trabajo, es de trascendental importancia, diferenciar los tipos de contratos que celebran las partes, ya que, dependiendo de su naturaleza, van a ser cobijados por una u otra regulación. Y aunque es muy factible que casi todos los contratos que se celebren por medios atípicos sean de carácter mercantil (compraventas, como ejemplo por antonomasia), también es dable la posibilidad latente, que a través de estos medios atípicos, se celebren contratos de carácter civil, entendiendo que cada uno de esos contratos, como se

insiste, tiene una regulación especial y diferente. Piénsese que no es lo mismo celebrar un contrato de mutuo civil, que un contrato de mutuo mercantil, toda vez que uno es oneroso (mercantil) y otro es gratuito (civil). Por ejemplo, los efectos en las compraventas, como vamos a explicar, pueden variar, toda vez que en materia mercantil, existe una importante regulación en las etapas fuera de la ejecución del contrato (etapa pre contractual y pos contractual), mientras que en materia civil, en atención a lo dispuesto en el Código Civil, se producen obligaciones es en la sola ejecución del contrato. Es por ello que es de trascendental importancia identificar la naturaleza del contrato que se celebre para poder aplicar una u otra legislación.

No obstante existir unas diferencias marcadas que se tratarán más adelante, a ambos tipos de contratos se les aplican algunos principios, siendo el más importante y el que consideramos digno de tratar, el de la buena fe, toda vez que se convierte este principio en un propulsor de la responsabilidad cuando surgen problemas entre las partes, ya que cubre los temas desde la interpretación, hasta la ejecución misma del contrato.

Las regulaciones en ambas codificaciones es la siguiente:

Código Civil: ARTÍCULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente 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.

Código de Comercio: ARTÍCULO 835. <PRESUNCIÓN DE BUENA FE>. Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

ARTÍCULO 863. <BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL>. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo 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.

Conclusión: en el comercio el principio de buena fe aplica en la etapa precontractual, al momento de la celebración del contrato y luego al momento de ejecutarse el contrato, es decir, extiende este principio al *iter contractus*³, mientras que el Código Civil lo limita a la ejecución del contrato.

Como todo principio, el de buena fe es un mandato de optimización⁴. La buena fe no es el nombre de un principio, sino de dos principios o dos clasificaciones:

³ Expresión en latín que significa “el camino del contrato”

⁴ Siguiendo la teoría de Robert Alexy, que dice que los principios son mandatos de optimización.

Principio de buena fe objetiva: aquella norma que ordena que, dentro de la mayor medida de lo posible (por ser principio) las personas obren sin dolo. Es decir, sin la intención de lastimar a otras personas.

En materia de contratación se ha ampliado este término, la Corte Suprema de Justicia, afirma que hoy en día en materia de contratación el principio de la buena fe objetiva no solo implica para las partes el deber de cumplir lo estrictamente pactado en el contrato y así evitar causar un perjuicio a la contraparte, sino que, el principio de la buena fe hoy día obliga a las partes a buscar activamente la satisfacción del interés perseguido por la contraparte con el contrato, incluso si eso implica ir más allá de lo expresamente pactado. Es llamado principio de buena fe lealtad o buena fe probidad.

Principio de buena fe subjetiva: aquella norma jurídica que ordena que dentro de la mayor medida de lo posible se proteja la creencia no culpable que tienen las personas de estar obrando conforme al derecho. Es llamada Buena fe psicológica o buena fe creencia.

Al respecto, la jurisprudencia, indica lo siguiente

(...) La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada 'buena fe subjetiva' (creencia o confianza), al igual que en la 'objetiva' (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento

jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil' (cas. civ., 2 de julio de 2001, exp. 6146). La buena fe, se identifica, con el actuar real, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente, o sea, 'con determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres', no 'hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad', es 'realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad' y se equipara 'a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor' (Sentencia 11001-3103-002-2003-14027-01, 2012)

Esta buena fe subjetiva, a su vez desarrolla de manera importante, un subprincipio fundamental que se ha venido tratando en la jurisprudencia, incluso como un mecanismo para flexibilizar temas, como, por ejemplo, de la prescripción, es decir, se deja de aplicar la figura de la prescripción, así haya operado, en atención al principio de confianza legítima, como veremos a continuación.

Como lo pone de manifiesto la Dra. Martha Lucía Neme Villareal, evocando doctrina germánica, "... está vedado alegar la existencia de una prescripción a quien con un precedente comportamiento, haya puesto a la contraparte en una convicción de que no la objetaría, induciéndola a descuidar el cumplimiento de un cato formal de interrupción del término"

(Venire contra factum proprium. Prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima, Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, T. III, p. 20). En sentido similar, el doctrinante alemán Karl Larenz indica que bien "... puede ser opuesto al ejercicio de la excepción de prescripción la objeción de 'ejercicio inadmisibles del derecho' cuando el deudor mediante su anterior conducta aunque sea involuntaria hubiese dado motivo al acreedor para prescindir de interrumpir la prescripción acaso por presentación de la demanda..." (Derecho de Obligaciones T.I., Madrid, 1958, p. 151).

La misma opinión ya referida, en lo fundamental, es refrendada por el doctor Rubén H. Compagnucci, el que categóricamente señala que "No es posible admitir que quien actúa de una determinada manera (reconoce), utilice luego la prescripción para no cumplir. Díez-Picazo lo relaciona con el abuso de prescripción y la doctrina de los propios actos (venire contra factum non potest), pues aquel que con su conducta anterior hace que el acreedor confíe en que no usará de la prescripción, no puede contradecirla con posterioridad" (Manual de Obligaciones, Buenos Aires, 1997, p. 569). (Laudo Arbitral Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E Vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2009)

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y SUS PARTICULARIDADES ESPECIALES

Las transacciones y los intercambios comerciales a través de los medios electrónicos, si bien se han venido desarrollando en una medida importante a lo

largo del último tiempo, sobre todo con el surgimiento y el boom del internet, con el mundo reducido a la virtualidad por los efectos de la pandemia del Covid 19, se ha tornado de una mayor intensidad.

En el ordenamiento jurídico colombiano, encontramos una definición en la Ley 527 de 1999⁵ sobre el comercio electrónico así:

Comercio electrónico. 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

Como se puede ver, se identifica al contrato, como posible relación comercial electrónica, entendiendo, que, a través de estos medios, es perfectamente factible la celebración de dichos negocios jurídicos.

⁵ “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”.

Haciendo la advertencia desde el principio, que tiene que ver con que los contratos que se celebren a través de medios electrónicos, se indica que, si bien tienen sus particularidades especiales, per se, no configuran un tipo de contrato aislado ni están regidos independientemente por una legislación especial, que, dicho sea de paso, no existe. Y es que eso precisamente se da por una cuestión conceptual, partiendo de esa base, y es que en Colombia no contamos con una definición legal acerca de lo que se entiende por contrato electrónico.

Hay cuestiones importantes y elementos de trascendental importancia que se tienen que valorar: su perfeccionamiento y los medios a través de los cuales se da ese fenómeno; la manera como se han de ejecutar o de cumplir y los sujetos intervinientes.

Cuando se habla del perfeccionamiento, necesariamente, al constituirse, en general, como contratos mercantiles, la cuestión de la oferta y de la aceptación es de fundamental importancia, porque esas tratativas anteriores, dentro del derecho mercantil, son relevantes. Se podría pensar en la cuestión de la oferta y la aceptación de la siguiente manera: en los contratos en los cuales esas tratativas se dan a través de correos electrónico; en los que la oferta está dada en una información y la aceptación se hace a través de un “clic” y el cumplimiento de unos pasos específicos que disponga el vendedor o proveedor, en este caso, por ahora, el oferente.

Como en nuestro país nos encontramos con un panorama legislativo muy escaso acerca de los contratos electrónicos, es una decisión inexorable, que a los mismos han de aplicárseles las normas generales de contratos, es decir, recopilar

toda esa teoría ya expuesta anteriormente, y aplicársela a los contratos que se celebran de forma electrónica, siempre y cuando, se pongan a consideración esas particularidades que el mismo reviste, ya sea desde su perfeccionamiento y desde su ejecución o desde los sujetos que lo celebran, para determinar también evidentemente, la existencia de una posición dominante o si estamos de cara a un contrato de consumo que pueda ser protegido por las leyes para ello dispuestas, como la Ley 1480 de 2011⁶.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato electrónico hay que hacer una acotación especial y es que, a pesar de ser, generalmente un contrato mercantil, o puede serlo civil, y la regla general en aquellos es la consensualidad y que el perfeccionamiento está dado por la declaración de la voluntad, cosa diferente sucede en los contratos electrónicos, que como se indica, está revestido de unas particularidades especiales. Eso tiene que ver directamente con el tema del “clic” que se da en algún sitio web, porque parece que reducir el perfeccionamiento a ese momento puede ser peligroso, por cuanto esa acción solamente no podría constituir una declaración de voluntad, porque en muchas ocasiones, ese “clic” puede no ser voluntario. Acá hay que tener en cuenta la necesidad imperiosa de una serie de etapas que se deben agotar para poder indicar que efectivamente sí hay una manifestación de la voluntad, es decir, no reducir la acción a una sola, sino que, en cabeza del vendedor, proveedor u oferente debe existir una obligación de suministrar la información suficiente para que la voluntad de quien acepta esa oferta no se encuentre alterada, sino que debe garantizar el

⁶ Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

cumplimiento de varias etapas a fin de consolidar efectivamente ese perfeccionamiento. Se perfecciona con la oferta y su respectiva aceptación, pero esa aceptación debe estar rodeada de unas garantías de información y de varias etapas. Así mismo, se establece ese acuerdo de voluntades, vertido en una relación contractual a través de medios electrónicos.

Nótese como, incluso en los momentos de la oferta y la aceptación, la regulación se sigue por la teoría general de los contratos que se ha expuesto en el Capítulo I, no obstante, debido a que el contrato virtual o electrónico tiene unas notas especiales, se deben adecuar a esas etapas que se deben surtir, solamente como variaciones y adecuaciones, no como tipos especial y autónomos de contratos, porque como se repite, no existe una regulación especial todavía para ellos, y los contratos, por más atípicos que sean, siempre deben encontrar su regulación dentro de las teorías generales imperantes.

LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

Además del contrato y su forma de celebrarlo, que como ya se indicó, ha variado notablemente, no es menos cierto que esas operaciones tienen lugar en condiciones igualmente atípicas: ya no hay presencia de comprador y vendedor en un establecimiento de comercio tradicional. La pregunta que surge entonces tiene que ver con la localización o el lugar geo espacial y con trascendencia jurídica en el cual se celebra el contrato, ya sea una plataforma especial para ello, una aplicación o una página web, que, aludiendo a la modernidad y el cambio de concepción negocial, se erige como el llamado establecimiento de comercio en el cual tiene lugar el negocio jurídico.

Los elementos del establecimiento, definidos por Peña Valenzuela, se definen de la siguiente manera:

los elementos del establecimiento virtual pueden ser asimilados a los del establecimiento tradicional. Por ejemplo, nombres, enseñas comerciales y marcas pueden ser usados también en el ciberespacio. Así, el arrendamiento o hosting que realiza el proveedor de servicios de Internet de un espacio electrónico para almacenar la página puede ser interpretado como arrendamiento de un local comercial (Valenzuela, 2003)

Vemos entonces, cómo se sigue construyendo nuestra posición, a medida que se avanza, de que los contratos e incluso esos asuntos extra contractuales como la naturaleza jurídica de la página o la plataforma en la que se realiza el negocio, se acomoda con la regulación existente, es decir, si bien aceptamos que estamos de cara a un concepto nuevo de contratación, cada vez más presente en las relaciones y negocios jurídicos, es evidente y claro que se sigue sirviendo del ordenamiento actual para regularse. No estamos negando la necesidad imperiosa de construir una regulación especial, toda vez que sería mucho más que útil, sino que defendemos la posición de que las normas existentes, son suficientes para regular esas relaciones, con las adecuaciones normales que se deben hacer para poder atender la naturaleza de estos contratos. Por eso la conclusión indubitable de ese recuento es que a los contratos que se celebren virtualmente, se les puede aplicar, sin ningún asomo de dificultad todas las normas jurídicas que regulan los contratos en general, es decir, el derecho común y elementos como el objeto, la causa, capacidad, consentimiento, validez, eficacia, se siguen manteniendo

incólumes y tienen los mismos efectos. Son totalmente aplicables a estas modalidades de contratos, de la misma manera, toda la regulación sobre los contratos de consumo y la ley de protección al consumidor, con todas las acciones allí previstas, toda vez que esta modalidad comercial se erige como una modalidad arquetipo de negocios mercantiles y de consumo.

LAS GARANTÍAS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

La garantía se puede definir como un contrato a través del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación propia o de una obligación ajena. Se puede clasificar en una garantía real (prenda e hipoteca); una garantía personal (aval y fianza) y la obligación en cuyo respaldo se constituye puede ser propia o ajena.

Ahora bien, esa es una concepción muy general del término de la garantía, no obstante, como los contratos que hemos venido analizando tienen características muy especiales y las hemos identificado como que son contratos, generalmente de consumo por las condiciones en que son celebrados, hay que acudir, conservando la lógica que hemos venido sosteniendo, a los términos de garantías de las relaciones de consumo, aplicadas a estas modalidades contractuales. La garantía se erige como una obligación que tiene un carácter de tiempo y que es asignada solidariamente al proveedor o al productor que debe responder por el buen estado la conformidad de un bien o de un servicio, atendiendo a unos criterios específicos, a saber: seguridad, calidad e idoneidad. Entonces, los proveedores o productores de servicios que funcionen de forma electrónica deben seguir observando esas cargas previstas para las relaciones y

los contratos de consumo. Para eso necesario identificar lo que reza la ley 1480 de 2011 sobre el tema de las garantías:

ARTÍCULO 7o. GARANTÍA LEGAL. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

En este orden de ideas, consideramos que la regulación general de las garantías legales sobre los objetos contractuales y sobre los contratos en sí, debe estar bajo la óptica de las relaciones de consumo y su normatividad, en este caso, la Ley 1480 de 2011. Esto porque, como se ha venido insistiendo, las relaciones contractuales electrónicas, en su gran mayoría tienen esa nota característica: son relaciones comerciales y más específicamente, relaciones de consumo, porque hoy en día los negocios se trasladaron las redes sociales y las plataformas digitales, que se erigen como los canales a través de los cuales se celebran los negocios jurídicos. Nótese que no son negocios jurídicos nuevos o atípicos. Lo nuevo y lo atípico es la forma de celebrarlo, el canal a través del cual se hace, porque la regulación sigue siendo la misma.

CAPITULO III.

APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS VIRTUALES, LAS GARANTÍAS Y DERECHOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En el caso de los contratos virtuales, como se ha dicho, si bien tienen particularidades, la legislación colombiana consagra la misma normativa, puesto que, al ser pactados por medios electrónicos, las partes deben ser igualmente protegidas para evitar fraudes, estafas o engaños en los bienes o servicios ofrecidos. Haciendo un análisis a la luz del derecho del consumidor, es importante recalcar que la legislación colombiana, ha sido muy clara al establecer los deberes que le asisten tanto a los productores y proveedores de bienes o servicios como a los consumidores, pues si bien se ha considerado a este último como la parte vulnerable en la relación contractual, no puede desconocerse la responsabilidad del mismo.

DEBERES DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES.

En primer lugar, se exige que, de manera clara y veraz, se informe la identidad, identificación y la dirección física o electrónica para ser notificados judicialmente.

Respecto al deber de información que se exige a los productores y proveedores, la Ley 1480 de 2011, estableció que estos deben dar información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los bienes o servicios que sean ofrecidos, para que de esta manera el consumidor pueda determinar si es viable para sus necesidades adquirir lo ofrecido. Debe dar información clara, sobre los medios de pago que dispone para la celebración del contrato, así como establecer los tiempos de entrega del producto (establecer desde qué momento cuenta el término y pactar un máximo). Adicionalmente,

deberá poner en conocimiento las condiciones del contrato y poner a disposición del comprador un mecanismo para que este pueda acceder fácilmente al texto.

A su vez, se exige a los productores que se cumpla con tres garantías:

a. Idoneidad. Es aquella garantía que consiste en que una cosa sirva para lo que se compró, es decir, si a una persona le ofrecen un computador especial con el cual va a poder hacer diseños avanzados y este lo compra, se debe garantizar al comprador que el equipo cumpla con esa finalidad. b. Calidad. Se refiere a los materiales con los que fue realizada la cosa, por ejemplo, si una persona va a una joyería a adquirir una cadena de oro de 24 kilates, no pueden venderle una de 18 kilates, pues se está buscando una calidad determinada, que sin importar si cumple o no la misma función, no cumple con el material que fue solicitado por el comprador. c. Seguridad. Finalmente, respecto a esta garantía, lo que se exige al productor es que el bien no afecte la integridad del comprador o un tercero o su patrimonio o el de un tercero.

Adicionalmente, se ha establecido que los productores y proveedores son solidariamente responsables cuando del incumplimiento del deber de información se derive algún daño o perjuicio para el consumidor; cuando haya defectos en la calidad o idoneidad del bien; y cuando se afecte al comprador o a un tercero, por incumplir con la seguridad exigida del producto.

Se exige del productor y proveedor, obrar de buena fe, es decir, en la relación de consumo a pesar de obrar en beneficio propio, no puede afectar a la otra parte (consumidor), pues será una práctica desleal.

En caso que los productos, sean ofrecidos por medio de imágenes, debe indicarse en qué escala está elaborada la presentación, para que se pueda determinar las dimensiones reales del bien ofrecido.

Al momento de celebrar el contrato, debe informar al consumidor el precio del producto, incluyendo costos, gastos, impuestos y el envío o en caso que este último no sea cubierto por el valor, informar que debe pagar una cifra adicional al momento del contrato o posteriormente cuando reciba el producto.

Luego de dar la información necesaria para que el consumidor emita su voluntad, se exige que la aceptación de la transacción sea expresa, inequívoca y verificable ante la autoridad competente, para que, en caso de presentarse dificultades durante la ejecución del contrato, exista prueba que permita verificar la voluntad del consumidor, es por esto que se debe generar y entregar un recibo.

Al terminar la transacción, debe hacerse un resumen donde conste, el tipo de producto adquirido, las características del mismo, los datos del comprador y las condiciones en las que fue celebrado el negocio y a menos que las partes pacten en contrario, la entrega debe hacerse dentro de los 30 días calendarios siguientes a la compra y en caso que se exceda ese tiempo, debe hacerse una devolución del dinero.

Finalmente, como un mecanismo de control y protección al consumidor, establece que debe tener habilitado un mecanismo por medio del cual, se puedan presentar peticiones, quejas y recursos.

En caso que los productores y proveedores incumplan con sus deberes, tendrán como consecuencia una serie de sanciones y multas atendiendo a la gravedad del incumplimiento y la cuantía del mismo.

DEBERES DEL CONSUMIDOR.

En primer lugar, el consumidor tiene la obligación de identificarse con datos verídicos y actualizados, con el fin de que pueda ser contactado en caso que se presente alguna dificultad durante la ejecución del negocio o si es necesario recurrir a una autoridad por situaciones derivadas del contrato.

Le asiste el mismo deber que a los productores y proveedores: Informarse. Pues se exige al consumidor que antes de adquirir un bien, debe obtener toda la información pertinente sobre la calidad, idoneidad, para que cuando se haga la entrega material del producto, pueda corroborar que se cumpla con lo ofrecido y pueda dar un uso, consumo, conservación e instalación adecuada para que el bien pueda efectivamente cumplir con la finalidad para la cual fue adquirido.

Respecto a la publicidad, se exige a los consumidores analizar detenidamente la información que sea suministrada en vallas, publicaciones, volantes, sitios web y de esta manera tenga bases para determinar si ese bien cumple con lo que espera.

En tercer lugar, el consumidor, tiene el deber de obrar de buena fe, antes las autoridades públicas, los productores y proveedores, puesto que, si bien está adquiriendo un bien para un fin determinado, este debe estar ajustado a derecho y no debe atentar contra las buenas costumbres y el orden público.

Se exige al consumidor, que cuando ya el producto no sirva para lo que se adquirió, al momento de desecharlo, debe cumplir con las normas de reciclaje y manejo de desechos de bienes consumidos (Superintendencia de Industria y Comercio, 2021)

Finalmente, a los consumidores les asiste el deber de ajustar a derecho las transacciones de bienes y servicios.

Por su parte, el consumidor podrá adelantar la acción de protección al consumidor, que es un mecanismo por el cual los consumidores pueden acceder a los jueces o a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que estas entidades se pronuncien sobre reclamos que sean presentados como consecuencia de la vulneración de los derechos del consumidor. Esta acción podrá ser presentada a más tardar dentro del año siguiente, contado desde:

a. El momento en el que el consumidor haya tenido conocimiento de los hechos que lo llevaron a presentar la reclamación. b. La expiración de la garantía del producto que adquirió. c. La terminación del contrato.

Para la ejecución de los contratos virtuales, es necesario que a estos les sean aplicadas las disposiciones generales sobre los contratos y es necesario que la legislación se actualice, pues si bien, en principio el régimen actual, se consagró principalmente para los contratos escritos, estas protecciones, garantías, estructuras y procedimientos deben abarcar los celebrados por medios electrónicos, ya que, a pesar de no haber una manifestación de la voluntad más allá de un “clic” debe protegerse la relación contractual con el fin de prevenir la

comisión de delitos por estos medios y se pueda garantizar como un mecanismo eficaz para celebrar negocios de una manera más rápida, pero segura.

CONCLUSIONES

Teniendo como base el análisis que fue realizado sobre los contratos virtuales, se llega a concluir:

La legislación colombiana ha sido sometida a múltiples modificaciones, atendiendo a múltiples factores, pues es evidente que las relaciones humanas avanzan a la par de la economía, tecnología, ya que, si bien las bases son las mismas, la manera en la que estas serán útiles a la sociedad será de acuerdo al contexto en el que deberán ser usadas.

Es decir, la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, deben tener unas bases sólidas que deben irse adaptando al avance de la sociedad, pues si bien las normas en nuestro país son muy tradicionales, es necesario que estas nos permitan regular de manera óptima las situaciones nuevas que se van presentando, ya que se debe garantizar seguridad jurídica a las persona o de lo contrario las consecuencias serían devastadoras puesto que nos quedaríamos atados a lo que los primeros estudiosos del derecho consideraron era lo necesario para regular el comportamiento de las personas y las relaciones sociales.

En el caso de los contratos celebrados haciendo uso de medios virtuales, es necesario que se aplique la normatividad establecida para todos los contratos en Colombia, sin embargo, esto debe actualizarse o complementarse, pues si bien la mayoría de las situaciones que pueden presentarse durante la negociación o ejecución de un contrato ya están contempladas en la ley, los contratos virtuales

ameritan un análisis adicional para que se logre prevenir posibles consecuencia negativas derivadas de los mismos, ya que a pesar de la rapidez en la que son celebrados los contratos, estos deben otorgar garantías y seguridad para ambas partes de la relación contractual.

Ahora bien, la segunda conclusión a la que llegamos luego del estudio realizado es que los jueces en nuestro país en caso de presentarse una situación “atípica” deben recurrir a lo que está consagrado para casos similares y con base en las normas, doctrina y/o jurisprudencia hacer una interpretación sistemática atendiendo al contexto, a la pretensión y a cada particularidad que sea planteada. Esto es importante porque como se mencionó, los jueces deben emitir un pronunciamiento en todos los casos que sean de su conocimiento, y es importante que cuando se trate de un tema “novedoso” se busque la manera de adaptar lo antiguo a la situación particular que está siendo objeto de debate entre dos partes.

Adicionalmente, logramos concluir que los contratos celebrados por medios virtuales son necesarios pues, actualmente el mundo atraviesa por una situación que no fue prevista y esto conllevó a que las personas buscaran satisfacer sus necesidades por medios virtuales, por ejemplo, muchos debido a la pandemia del Covid-19 evitaban salir a comprar sus productos de primera necesidad, por lo que recurrían a las aplicaciones de las tiendas y supermercados para adquirirlos, entonces algo que podía ser usado por unos pocos, se volvió la tendencia de manera inesperada.

Lo anterior, nos permite identificar que en Colombia se ha logrado avanzar tecnológicamente y esto ha permitido que las relaciones comerciales lo hagan sin descuidar las garantías y protecciones que se deben dar para ambas partes de la relación de consumo, pues si bien existe voluntad de ambos para celebrar un negocio haciendo uso de un medio virtual, esto no puede generar inseguridad para las partes.

Respecto a las garantías y protecciones que son establecidas en los contratos, se logró evidenciar que en Colombia este tipo de contratos ha sido muy estudiado, pues a pesar de ser relativamente nuevo, se han consagrado garantías para los contratantes, lo que ha permitido que este tipo de contrato genere mayor confianza para celebrarlos, pues se han previsto múltiples mecanismos para ejercer un control real sobre los negocios que sean realizados por medios virtuales. Por ejemplo, en el caso de las páginas web por las que se pueden realizar compras, se exige que informen a los usuarios sobre la identificación de la empresa, la dirección para ser notificados judicialmente, entre otras, sin embargo, la exigencia más importante de todas es que deben tener un mecanismo por el cual los usuarios puedan interponer peticiones, quejas o recursos y consideramos que esta es la mejor manera en la que se protege a los consumidores, ya que es una vía directa para requerir a la entidad en caso que sea necesario.

Finalmente, desde nuestra perspectiva, la pandemia trajo consigo muchas consecuencias negativas, pero a su vez nos obligó a avanzar como sociedad, pues si bien los contratos virtuales no se crearon a consecuencia del Covid-19, si se incrementó el uso de los mismos. Adicionalmente, las protecciones y garantías

que han sido consagradas para las negociaciones virtuales han sido determinantes para que las personas continúen celebrando contratos por medios virtuales, confiando en que, a pesar de no tener una relación personal, estarán protegidos por el derecho en caso de ser necesario.

REFERENCIAS

Fortich, S. (2010). *Una nota sobre formación y formalismo del contrato electrónico*.

Bogotá.

Laudo Arbitral Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E Vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros (Tribunal de Arbitramento 5 de Marzo de 2009).

Sentencia 11001-3103-002-2003-14027-01, 11001-3103-002-2003-14027-01

(Corte Suprema de Justicia 27 de febrero de 2012).

Sentencia C 993, C 993 (Corte Constitucional de Colombia 29 de noviembre de 2006).

Sentencia SC 19730-2017 (27 de noviembre de 2017).

Valencia Zea, A. (1982). *Derecho Civil: de las obligaciones*. Bogotá: Temis S.A.

Valencia Zea, A. (1985). *Derecho Civil: de los contratos*. Bogotá: Temis S.A.

Valenzuela, D. P. (2003). *el contrato de diseño, desarrollo y hosting de un sitio de internet*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.