



Universidad  
Carlos III de Madrid

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. ESTUDIO COMPARADO DE LOS  
ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y COLOMBIANO

GRADO EN DERECHO  
CURSO ACADÉMICO 2015/2016  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

**DNI:** AP994033  
**NIA:** 100335450  
**AUTOR:** ISABELA JIMÉNEZ GÓMEZ  
**NOMBRE Y APELLIDOS DEL TUTOR:** JORGE SIRVENT GARCÍA

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....</b>	<b>4</b>
i. Concepto de contratación electrónica.....	4
ii. Contrato electrónico.....	5
iii. Elementos del contrato:.....	6
1. Partes en la contratación electrónica.....	7
2. Requisitos de validez. ....	8
Consentimiento:.....	9
Objeto: .....	11
Causa:.....	11
Forma:.....	11
iv. Documento electrónico. ....	12
<b>III. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DESDE EL DERECHO COMPARADO:.....</b>	<b>15</b>
i. Derecho colombiano regulación y normativa aplicable al contrato electrónico:.....	15
ii. Derecho español regulación y normativa aplicable al contrato electrónico: .....	17
ii.i. Algunos regímenes especiales de la contratación electrónica:.....	19
iii. Directivas europeas: .....	20
<b>IV. NORMATIVA INTERNACIONAL: .....</b>	<b>22</b>
<b>PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES</b>	
i. Cnudmi – Uncitral:.....	22
ii. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: .....	23
iii. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) y el contrato por medios electrónicos:.....	24
<b>V. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PRÁCTICA.....</b>	<b>25</b>
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>29</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>31</b>

## I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo desarrolla la figura de la contratación electrónica y su regulación normativa, frente al ordenamientos jurídico español y colombiano, resaltando sus similitudes, diferencias y *modus operandi*. En principio el presente desarrolla el concepto de comercio electrónico y cómo el contrato es la herramienta jurídica que por excelencia regula las transacciones que del mismo comercio se desprenden. Consecuentemente, trata de abordar el contrato electrónico a partir de las similitudes y diferencias con la contratación habitual, esto debido a que la contratación electrónica adquiere su normativa a partir de los parámetros establecidos en un pasado para el contrato. A partir de ahí se desprende un análisis generalizado sobre los elementos que debe tener un contrato para considerarse válido y su manifestación en el contrato electrónico. Una vez definido este instrumento jurídico, que basándose en el pasado se crea para llevar el derecho a una nueva realidad conformada por sitios web, Internet, ordenadores y un presente que cada vez más vive en una dimensión paralela. Es necesario enmarcar el contrato electrónico en el marco legislativo español, colombiano e internacional, explicando la posición que tiene el mismo para las diferentes organizaciones internacionales. Finalmente, este estudio resultaría incompleto si no se trata la realidad jurídica del comercio electrónico, los problemas y los riesgos que aquella actividad conlleva, ejemplificando los mismos a partir de jurisprudencia actual y reciente; que a fin de cuentas es la herramienta más apropiada para revelar la realidad del derecho.

De conformidad con lo anterior es necesario contextualizar al lector frente al escenario donde tiene lugar la contratación electrónica y cómo opera a grandes rasgos su normativa y régimen jurídico. El régimen jurídico de la contratación electrónica puede describirse como un marco normativo en formación, puesto que, si bien la tecnología no es una herramienta reciente esta ha mostrado avances sustanciales desde sus inicios hasta el día de hoy. Permitiendo el desarrollo de un nuevo

mercado denominado comercio electrónico o e-commerce, en honor a su ámbito de ejecución, la web, internet y la sociedad informática en sí misma. En este sentido, tanto el legislador español como el colombiano han regulado la materia tratando de adaptar el derecho a la nueva realidad, que viene con los cambios tecnológicos, sobre todo en las últimas décadas del siglo XX.

“La relación entre el régimen jurídico de la contratación electrónica y el avance de la tecnología, radica en que, la contratación electrónica requiere de un medio electrónico para ejecutarse”<sup>1</sup>. Dicho de otro modo la contratación entre las partes ha pasado de ejecutarse en un plano físico y presencial, a un plano digital llevado a cabo por ausentes o distantes; gracias a las denominadas TIC<sup>2</sup> “tecnologías de la información y las comunicaciones”. Estas tecnologías se definen por el comunicado de la comisión al consejo y parlamento europeo, del 14 de diciembre de 2001,<sup>3</sup> como:

*“El término TIC hace referencia a productos, servicios e información que se transmiten a través de medios electrónicos; los cuales acompañados de un soporte físico garantizan la comunicación, la transmisión y divulgación de información por medio de diversas tecnologías; tales como la radio, la telefonía, internet, los televisores, ordenadores, los programas informáticos y las redes entre otros.*

Partiendo de la definición anterior es pertinente aclarar que el término TIC aunque abarca la comunicación vía web, se compone de diversas tecnologías. Donde todas cumplen el fin de comunicar a las partes en la contratación, garantizando el concurso de oferta y aceptación entre contratantes distantes. Finalmente el nexo entre la contratación

---

<sup>1</sup> Arias, P, María. Concepto de comercio electrónico . Manual práctico de Comercio Electrónico, Madrid (2006): La Ley -Temas, pg 41.

<sup>2</sup> Oxford english dictionary (2016). Definición de TIC “t(ecnologías de la) i(nformación) y la c(omunicación)” – conjunto de técnicas y equipos informáticos que permiten comunicarse a distancia por vía electrónica.

<sup>3</sup> COM (2001) 770 «Tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito del desarrollo - El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo» final - no publicado en el Diario Oficial.

electrónica y las TIC, radica en que las TIC son el medio para la ejecución de los contratos electrónicos. En virtud de tal nexo la normativa reguladora de cada estado en materia de contratación electrónica, debe desprenderse del marco normativo otorgado para las TIC y el comercio electrónico. tal como hacen los países objeto del trabajo, España y Colombia. Entendido el panorama general, resultará más sencillo proceder al análisis de los conceptos que se abordan a continuación.

## II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

### i. Concepto de contratación electrónica.

El concepto de contratación electrónica se origina como respuesta a un nuevo paradigma comercial. El comercio electrónico que llega con la denominada “sociedad de la información”. El comercio electrónico se puede definir entonces como toda transacción comercial que se produce con el intercambio de bienes o servicios por alguna contraprestación en un plano digital que difiere del plano físico.<sup>4</sup> Consiste a grandes rasgos en realizar operaciones comerciales a través de medios de comunicación electrónicos.

Por regla general el contrato ha sido la figura jurídica que regula y da seguridad jurídica a las transacciones comerciales en un plano físico, por consiguiente la figura análoga que cumplirá dicha labor ha de ser el contrato electrónico, lo cual hace posible la supletoriedad normativa entre ambas figuras, tal y como lo establece el Artículo 23 de la LSSI<sup>5</sup>: *Los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.* En conclusión los contratos electrónicos se regulan por su normativa

---

<sup>4</sup> Alonso, C. Fundamentos del comercio electrónico. En Alonso Conde. *Comercio electrónico*. Madrid (2005): Dykinson. Recuperado de: <http://app.vlex.com/strauss.uc3m.es:8080/#ES/sources/588>.

<sup>5</sup> “*Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*”

específica y subsidiariamente por la legislación civil y mercantil en materia de contratos.

## **ii. Contrato electrónico**

El contrato como instrumento jurídico por medio del cual las partes pretenden constituir una relación jurídica con derechos y consecuentemente obligaciones, se rige por los parámetros normativos básicos que aporta el código civil y mercantil en materia de contratos; regulando los elementos esenciales de transacciones, compraventas y operaciones contractuales. No obstante, instrumentos como el contrato electrónico se quedan cortos a la hora de aplicar los mismos parámetros; por lo cual la figura jurídica requiere de una regulación adicional que se acople a la especialidad de dichos contratos. Es por esto que se dicta la mencionada LSSI, entre otros instrumentos legislativos que pretenden regular lo que difiere en ambos instrumentos.

Para empezar las dos figuras comparten la misma causa, podrían compartir el mismo objeto, y por supuesto ambas necesitan de un consentimiento válido sobre los elementos esenciales del negocio jurídico; ambos instrumentos nacen con la intención presente en las partes de obligarse y la concurrencia de oferta y aceptación en los elementos esenciales del negocio jurídico.

Teniendo esto claro, dónde radica la diferencia entre ambos instrumentos y cuál es la necesidad de una regulación diferente para los mismos, la principal diferencia entre ambos instrumentos jurídicos radica en la dimensión en la que se realizan; en otras palabras el mismo contrato pasa de ejecutarse de un plano físico y habitual a una dimensión distante, tecnológica o digital.

Acto seguido, la respuesta también se encuentra retrocediendo al enunciado concurrencia de oferta y aceptación. Es en la concurrencia donde difiere la regulación del comercio electrónico, puesto que para dar a conocer la oferta y consecuentemente aceptarla las partes hacen uso de medios tecnológicos, que difieren de los comúnmente utilizados en el panorama contractual. Estos medios por regla general los podemos denominar electrónicos y se ejecutan con la ayuda de un elemento

externo, la tecnología. Ésta a su vez se sirve de redes o sistemas para comunicar a las partes, instrumentos como internet, las páginas web, el correo electrónico, las apps o cualquier mecanismo que permita transmitir o almacenar información, documentos o datos para ejecutar las diferentes operaciones. Según lo expuesto, los medios electrónicos para dar a conocer la oferta y posterior aceptación podrían enmarcarse en las ya mencionadas TIC.

Otras particularidades más que diferencias se evidencian en: primero, el objeto de los mismos, más explícitamente en la entrega de los bienes o ejecución de los servicios, puesto que no todos los bienes son susceptibles de transacción, adicionalmente la entrega difiere dependiendo de la clasificación de los mismos como tangibles o intangibles. Los primeros como es obvio requieren de una posterior entrega, sea por intermediario o mediante actividad propia. Los bienes intangibles como el intercambio de información, datos, imágenes, libros o música por el contrario pueden entregarse de manera inmediata o mejor dicho instantánea,<sup>6</sup> mediante la web y gracias a los avances de la tecnología y su aptitud para intercambiar datos, archivos, documentos e información.

Teniendo las principales características en un plano común el siguiente apartado pretende abordar los elementos del contrato que a su vez comparte con el contrato electrónico, claro está con sus particularidades.

### **iii. Elementos del contrato:**

Lo primero que se debe resaltar serán las partes en la contratación electrónica, al ser los individuos que constituyen el negocio jurídico y titulares de la relación causal subyacente al vínculo contractual. Adicionalmente son las mismas partes las que ejecutan la operación a través de los dispositivos electrónicos y sobre las que recaen los

---

<sup>6</sup> Rengifo García, E, Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica. En Rengifo García. *Comercio electrónico*. Bogotá, (2000): Universidad Externado de Colombia. Pg 15,16.

correlativos derechos y obligaciones que provienen del contrato.

## **1. Partes en la contratación electrónica.**

Las partes en la contratación electrónica serán determinantes a la hora de establecer las normas reguladoras, más que todo por la protección especial de la que gozan ciertos agentes del mercado (consumidores y usuarios). Las principales categorías que se conocen según las partes son esencialmente: <sup>7</sup>

- *Contratación entre empresas o empresarios que se denomina B2B según sus siglas en inglés Business “to 2” Business.*

La contratación electrónica entre empresas “B2B” al igual que la legislación mercantil se rige por los principios de buena fe, agilidad y profesionalismo. Este último permite igualmente que la relación se lleve a cabo en condiciones de igualdad y se regule bajo la autonomía de la voluntad.

Frente al lugar de celebración del contrato el Artículo 29 de la LSSI entiende que: *Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.*

- *Contratación entre empresarios o empresas y consumidores que se denomina B2C según sus siglas en inglés Business “to 2” Consumers.*

Los consumidores son a fin de cuentas los mayores compradores de la web, durante los últimos años este mercado parece aumentar cada vez más por las facilidades que brinda. Las operaciones se caracterizan por proveer productos a un consumidor final que adquiere productos o servicios desde la comodidad de su ordenador. Estas operaciones tienen

---

<sup>7</sup> Alonso, C. Tipos de comercio electrónico según los participantes. En Alonso Conde. *Comercio electrónico*. Madrid (2005) : Dykinson. Recuperado de: <http://app.vlex.com.strauss.uc3m.es:8080/#ES/sources/588>.

por su propia naturaleza carácter masivo, lo cual dificulta la negociación libre del contrato. Consecuentemente las transacciones electrónicas con consumidores están predeterminadas en cláusulas y modelos contractuales de adhesión lo cual les brinda especial protección. Un ejemplo de ello es el Artículo 29 de la LSSI que distingue el lugar de celebración del contrato electrónico según participe en la operación un consumidor o usuario.

*Artículo 29 de la LSSI: en el contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor es decir (B2C, C2C o P2P) se presumen celebrados en el lugar de residencia habitual del mismo.*

- *Contratación entre consumidores que se denomina C2C según sus siglas en inglés Consumer “to 2” Consumer o contratación entre personas del común que se denomina P2P según sus siglas en inglés Person “to 2” Person.*

Los medios electrónicos o la web en sí misma, son medios de comunicación entre otras cosas. Por consiguiente es posible que las personas intercambien bienes, información o cualquier objeto lícito susceptible de transacción a través de este medio. La contratación entre las partes C2C o P2P se logra gracias a esta facultad, permitiendo formas alternas de llevar a cabo la contratación electrónica. Sea por la comunicación directa entre las partes o a falta de un contacto directo por la intermediación de un tercero; paginas cuyo fin es interceder en la consumación del negocio jurídico a cambio de un porcentaje de beneficio, perfeccionando así transacciones de carácter indirecto.<sup>8</sup>

## **2. Requisitos de validez.**

---

<sup>8</sup> Arrubla paucar, J. Contratación electrónica. *Contratos mercantiles, Contratos contemporáneos*, Bogotá, (2005) : Biblioteca Jurídica Diké, pg 299.

Los elementos esenciales del contrato se encuentran enunciados en el Artículo 1261 del CC español, tal como lo reconoce y aborda la **Sentencia nº 143/2013 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, del 4 de Marzo de 2013**. La misma desestima el recurso de casación interpuesto con el fin de revocar la sentencia de apelación que decide sobre la resolución de un contrato de arrendamiento por contener una prórroga que carecía de validez, con lo cual se prescinde de uno de los elementos esenciales del contrato, el consentimiento. Este como se explica más adelante debe recaer sobre los elementos esenciales del negocio jurídico y la falta del mismo será un claro incumplimiento de la legislación, impidiendo que se desplieguen los efectos debidos del contrato.

Requisitos de validez de los contratos en el ordenamiento jurídico español. **Artículo 1261 del código civil**. *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.*

Al conjunto de estos requisitos se suma lo que se podría llamar un cuarto requisito para aquellos contratos que requieren de una forma predeterminada. Dice Díez-Picazo y Gullon, que ciertos contratos requieren una forma predeterminada por voluntad de las partes o por disposición de la Ley<sup>9</sup>; en esos supuestos la forma será también un requisito de validez.

Ahora, se aplican estos requisitos al contrato electrónico objeto de estudio y de ser así cómo se ajustan?. El artículo 23 de la LSSI establece esclareciendo la duda que: *1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.*

### **Consentimiento:**

---

<sup>9</sup> Díez-Picazo, L. Y Gullon, A. La forma del contrato y sus clases. *Sistema de Derecho civil, Volumen II*. Madrid, (1992): Tecnos. Pg48.

Dicta el Art 1262 del CC. que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Tal y como se comentó, en la contratación electrónica la oferta y posterior aceptación se da a través de dispositivos electrónicos. No obstante, dice el artículo 23. 2 de la LSSI que para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Por lo que el uso de estos medios puede darse de forma espontánea.

Frente a la formación del consentimiento en la contratación electrónica, se dan tres particularidades relevantes. Primero, en la contratación de operaciones masa o contratos de adhesión, es decir B2C, C2C o P2P; el oferente realiza una única oferta y la voluntad variable es la del aceptante. Diferente de la contratación entre B2B donde se pueden presentar ofertas y contraofertas múltiples. En cualquiera de los casos ambos se consideran contratos electrónicos en la medida que la comunicación de la oferta se realice por medios electrónicos, dicta la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio en su Art 9.1 que se mencionará posteriormente.<sup>10</sup> O por el contrario sea la aceptación la que se realice por dichos medios<sup>11</sup>.

Segundo, el lugar donde se entiende celebrado el contrato. Los dispositivos electrónicos tienen la ventaja de comunicar a las personas sin importar la distancia, es por esto que los contratos electrónicos pueden ser celebrados desde todas partes del mundo, dificultando la localización de las mismas e impidiendo la determinación del lugar de perfección del contrato. Motivo por el cual se regula de manera analógica con la contratación entre ausentes, tal y como se explica a profundidad posteriormente. De igual forma establece el artículo 29 de la LSSI que el contrato celebrado por vía electrónica varía el lugar de perfección del contrato según las partes.

---

<sup>10</sup> Martínez Gómez, M (2003). El contrato electrónico y sus elementos esenciales, *Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Volumen 1. pg.3

<sup>11</sup> Moreno, Navarrete. M.A (1999). *Contratos electrónicos*. Madrid - Barcelona: Macial Pons. Pg 36.

Tercero, establece el mismo artículo 1262 una forma de aceptación automática para aquellos contratos celebrados por dispositivos electrónicos. Entendiendo que existe consentimiento desde que el aceptante marca la (x) o hace “clic” en aceptar; evitando el requerimiento de que sea notificado al oferente.

Por otro lado es importante garantizar la capacidad y el consentimiento libre de vicios en todo contrato, sin importar su particularidad como electrónico. Por ende verificando la capacidad de la persona que emite la oferta u aceptación por medio del dispositivo electrónico, la ausencia de *error, de violencia o de dolo artículo 1266 del CC*. Frente a esto es clara la dificultad probatoria que esto requiere, por ello se ha dado plena validez a los documentos electrónicos que acreditan la capacidad de los contratantes, equiparando los documentos físicos y digitales; entre otras medidas que pretenden aminorar la dificultad. El resto se deja al arbitrio de la prueba y la protección especial que recae en consumidores y usuarios.

### **Objeto:**

El art. 1271 CC. Establece que serán objeto del contrato “*todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*”. Esta disposición se aplica de igual forma al contrato electrónico.

### **Causa:**

Es la finalidad perseguida por las partes a la hora de celebrar el contrato, la cual debe existir en todo contrato y debe ser lícita.

### **Forma:**

Como se menciona al principio, el requisito de la forma puede venir de la ley o de la autonomía de las partes ya que el artículo 1261 no lo establece enunciativamente. Por ende, se puede exigir el requisito de la forma según la habilitación que otorga el artículo 1255 del CC y también

estableciendo la forma electrónica como requisito *ad solemnitatem*.<sup>12</sup> A falta de forma establecida, la presunción del artículo 1261 es la ausencia de la misma. Es por ello que el artículo 1278 del CC y el artículo 51 del Código de comercio establecen a grandes rasgos el principio de libertad de forma.

Este principio quiere decir que el contrato será válido cuando se presenten los requisitos de validez previamente mencionados, sin importar la forma. Es importante retomar lo expresado previamente en cuanto a la formación del contrato, recalcando que este se entiende válidamente celebrado una vez se produce la aceptación, por lo que ni siquiera la firma es necesaria para que se produzcan los efectos del mismo.<sup>13</sup>

#### **iv. Documento electrónico.**

La definición de documento jurídico dice José Antonio Vega<sup>14</sup> es pretoriana e inexacta puesto que cada cuerpo legislativo establece una definición sectorial; ejemplo de ello la ley 16/1985 del 25 de junio sobre patrimonio histórico español que dicta en su artículo 49.1: *se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos*. Definición acertada pero inexacta para hacer parte del contrato electrónico, pues el mismo artículo limita el ámbito de aplicación del enunciado a la presente ley. Más específicamente frente al documento electrónico se puede acudir a la Ley de sociedad de la información y documento electrónico la cual enuncia los requisitos de eficacia y compatibilidad, pero deja de lado la definición del mismo.

---

<sup>12</sup> Martínez Gómez, M. El contrato electrónico y sus elementos esenciales, *Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. (2003). Volumen 1. pg.4.

<sup>13</sup> Fernández, R. Forma de prestación del consentimiento electrónico: referencia a la firma electrónica y a la prueba de la existencia del contrato, *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*. Barcelona (2013): Bosch Editor. Pg 311.

<sup>14</sup> Vega Vega, J. A. Concepto de documento jurídico, *Derecho de las nuevas tecnologías - El documento jurídico y su electrificación*. Madrid (2014): Refus S.A. pg 43, 44.

En cuanto a la necesidad de un soporte documental escrito, la LSSI aplica el principio de equivalencia, el cual otorga plena validez a los soportes documentales electrónicos, equiparando los mensajes de datos y los mensajes físicos; principio inspirado en la normativa del CNUDMI que se aborda a continuación. El principio se puede ver ejemplificado en el siguiente artículo. *“Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”* (artículo 23.3 de la LSSI).

Finalmente, aunque el documento electrónico no se requiere para garantizar la existencia del contrato, si será el soporte probatorio por excelencia de la operación contractual.

## **1. Requisitos jurídicos del documento electrónico para constituir prueba.**

La prueba de los contratos celebrados por vía electrónica se regula en el artículo 24 de la LSSI, el cual dicta que: *1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico.*

Esto nos remite a la **Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Presentando un panorama general, el Artículo 299 de la LEC expone de manera enunciativa los diferentes medios de prueba, separando “documentos públicos”, “documentos privados” y “ los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” de los demás medios de prueba. Por ende se entiende del artículo que las reproducciones audiovisuales y los soportes informáticos constituyen medios de prueba, aunque independientes de la documental privada o

pública.<sup>15</sup>

Por consiguiente, la prueba debe cumplir los requisitos que dicta la LEC para ser admitida, tales como guardar relación con el objeto del litigio (Artículo 281), constituir prueba lícita o aclarar por cualquier medio hechos relevantes para el proceso (Artículo 299). Y en todo caso el artículo 24.2 de la LSSI reitera el principio de equivalencia al establecer que: *el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental.*

## **2. Autenticidad, certificación y firma.**

Los contratos celebrados por vía electrónica se regulan por el Artículo 3 de la **Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.** (Artículo 24.2 de la LSSI). Según la ley, la firma electrónica puede ser: *“el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante (Artículo 3.1)”*. O esta a su vez podrá ser una firma electrónica avanzada, que es *“la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (Artículo 3.2)”*. o una firma electrónica reconocida, que cumple las mismas características de la firma avanzada, pero esta se crea mediante un certificado reconocido, generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma (Artículo 3.2).

A efectos de ésta ley se considera documento electrónico el documento que esté redactado en soporte electrónico e incorpore datos firmados electrónicamente (Artículo 3.5). Sin embargo, tal y como se explica previamente no se requiere de la firma para otorgar validez al

---

<sup>15</sup> Gómez, Colomer. J.L. Fairén, Guillén. V. Rodríguez, Adrados. Antonio. La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil (Prueba documental). *Estudios sobre la ley de*

documento electrónico. Puesto que según la normativa los datos incorporados en un soporte electrónico tienen igual carácter que los datos incorporados en un soporte escrito.

La firma sin embargo es por excelencia la expresión del consentimiento contractual válidamente prestado. Consecuentemente los documentos que se encuentren firmados y certificados mediante un dispositivo seguro de creación de firma, firma certificada, se diferencian de los documentos electrónicos regulares, ya que adquieren seguridad en cuanto a su integridad, autenticidad, confidencialidad y obligatoriedad.<sup>16</sup> La integridad se traduce en la certeza de que el documento se mantenga tal y como se firmó, evitando futuras alteraciones. En cuanto a la autenticidad, se garantiza la existencia de un documento constituido de forma válida y se dota el documento de identidad en la medida que el individuo firmante será el autor del mismo. En cuanto a la obligatoriedad, se puede decir a grandes rasgos que con la firma lo que se garantiza será el no repudio de la declaración prestada. Con lo que el firmante queda obligado. Finalmente, la confidencialidad puede adquirirse por firma, sin embargo no será el único medio que proporcione esta aptitud. En otras palabras un documento certificado en principio no es accesible para un tercero, pero la mera firma no garantiza la seguridad de la información, por lo que existen otras entidades cuya labor será la protección de la información digital.

### III. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DESDE EL DERECHO COMPARADO:

#### **i. Derecho colombiano regulación y normativa aplicable al contrato electrónico:**

La regulación del contrato electrónico en Colombia es objeto de análisis debido al enfoque comparado del presente, no obstante sólo se hace referencia a la normativa principal con el fin de proporcionar

---

*enjuiciamiento civil y su práctica inicial*. Castelló de la plana (2004): Universidad Jaume I. D.L. pg 67.

<sup>16</sup> Fernández, Fernández, R. Forma de prestación del consentimiento electrónico: referencia a la firma electrónica y a la prueba de la existencia del contrato, *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*. Barcelona (2013): Bosch Editor. Pg 323.

herramientas para obtener una perspectiva general. La normativa reguladora en Colombia gira entorno a la Ley 527 de 1999 denominada ley de comercio electrónico, ley pionera en Latinoamérica sobre la materia.<sup>17</sup> Dicha ley pretende proporcionar fundamento jurídico a las transacciones comerciales desarrolladas por vía electrónica, en la medida que reglamenta el uso de mensajes de datos, firmas digitales y los medios legales para la validez de las transacciones electrónicas<sup>18</sup>. Por otra parte, la misma incorpora la ley modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico de la que hablaremos más adelante.

Los parametros que otorga la Ley 527 de 1999, se complementan por lo establecido en el Código Civil y Código de Comercio al igual que lo hace la regulación española. Establece entonces el código civil que *“el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”* (Artículo 1495). Consecuentemente el Código de Comercio dispone en su Artículo 864.1 que *“el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial”*. Que se crea mediante la concurrencia de los requisitos establecidos por el *Artículo 1502 Cc: “capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita”*. Por ende, para que el contrato celebrado por vía electrónica se entienda como válido requiere los requisitos del Artículo 1502 y concretamente la concurrencia consentida de oferta y aceptación regulada en los Artículos 845 y 864 del Código de comercio. Tal y como se mencionó previamente la contratación electrónica difiere esencialmente en la prestación de dicho consentimiento o en los medios de comunicación que se utilizan para comunicarlo, lo cual garantiza la aplicabilidad de los preceptos mencionados.

En cuanto a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones utilizadas por la contratación electrónica como canal o puente para la comunicación del consentimiento, se puede decir que estos adquieren validez en Colombia en virtud de la Ley 527 de 1999.

---

<sup>17</sup> Rico, C. La autenticidad del documento electrónico – Comercio Electrónico Internet y Derecho. Bogotá (2005): Legis, pg. 85.

<sup>18</sup> Diario Oficial Santafé de Bogotá, Sábado 21 de agosto de 1999, Ley 527 de 1999 o ley de comercio electrónico.

En la misma se legitima el uso de las TIC y garantiza que la comunicación prestada a través de las mismas se entienda válida y sea equiparada a la realizada por medios no electrónicos. Dicho de otro modo la ley otorga validez a la transacción mediante la equiparación de los mensajes de datos físicos que soportan la comunicación entre las partes y los mensajes de datos electrónicos que cumplen la misma función en un plano digital, por ende el soporte documental de las transacciones puede entenderse válido. Por consiguiente no se requiere ninguna forma determinada para darle validez al contrato, al igual que en la legislación española.

La regulación en cuanto a la prueba del contrato queda subsanada con la equivalencia funcional del mensaje de datos inspirada en la normativa del CNUDMI y las disposiciones procesales, manteniendo la misma corriente legislativa española. Esto con excepción del **Decreto 1747 de 2000** el cual reglamenta entidades específicas de certificación y firmas digitales; y la **Resolución 26.930 de 2000** que autoriza las entidades certificadoras y regula el funcionamiento de auditores.<sup>19</sup>

## **ii. Derecho español regulación y normativa aplicable al contrato electrónico:**

En España la regulación del contrato electrónico se basa fundamentalmente, en los parámetros de la contratación a distancia otorgados por el (Código de comercio de 1885 y el Código civil de 1889)<sup>20</sup> Partiendo de la regulación base del contrato el “*Art 1262 del CC*”, establece que el contrato nace con el consentimiento sobre la oferta, la aceptación, el objeto y causa del contrato. Como se comentó previamente, esta regulación aplica para aquellos contratantes que ejercen la acción tanto en un plano digital como en un plano físico, presencial y simultáneo por parte de ambas partes; de forma análoga al ordenamiento colombiano. Continuando con la normativa reguladora, afirma Barriuso que la temática debe abordarse desde los *Art 1262 del*

---

<sup>19</sup> Torres, Torres. Ana Yasmín. Principios de la contratación electrónica. *Principles of e-procurement*. Revista principia iuris (2010). No 13. Pg 15.

CC y 54 del Com<sup>21</sup>. Los cuales establecen que el consentimiento existe desde que el oferente ausente conoce de la aceptación, o desde que el aceptante remite la misma y el oferente no puede ignorarla sin faltar a la buena fe; una corriente también afín al ordenamiento colombiano.

A este tenor el plano físico es disímil del medio utilizado por la contratación electrónica, a distancia o entre ausentes, que se realiza de forma compleja en un plano digital o con la ayuda de tecnologías más antiguas, como el teléfono, el cable, la radio, medios ópticos o el burofax; siempre requiriendo de un elemento externo para ejecutarse<sup>22</sup>. Motivo por el cual la regulación subsiguiente pretende solventar el vacío jurídico generado por las partes al utilizar un medio de comunicación disímil del habitual. En este sentido el legislador español establece los primeros lineamientos en la **Ley 7 de 1996 de Ordenación del Comercio Minorista**. La cual se ve reformada en sus Artículos 12, 15, 61, 65 y en su disposición adicional 1 por la **Ley 47 del 19 de noviembre de 2002**, al transponer la **Directiva 97/7 CE** de contratos a distancia y a la que se hace referencia más adelante.

Pese a ello la importancia en la materia, la expansión de las TIC y los múltiples inconvenientes que generaban el uso de diversos medios de comunicación y, en especial internet como red de intercambio informático, ha generado la necesidad de una regulación más específica para el ámbito de la Unión Europea y consecuentemente para España. Es por esto que la **Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico LSSI**; traspone la **Directiva 2000/31/CE** denomina "**sociedad de la información**" de la que hablaremos más adelante.

Principalmente la LSSI introduce nueva regulación y modifica el régimen anteriormente previsto para la regulación del contrato electrónico, especialmente frente a los artículos *1262 del CC y 54 del Código de comercio*. que si bien podrían ser útiles a la hora de dar

---

<sup>21</sup> Barriuso, R. Regulación Legal y Validez de los Contratos Electrónicos, La contratación electrónica. Madrid (2006): Dykinson, pg. 131.

<sup>22</sup> Fernández. *Contratación y Comercio Electrónico*, Valencia, (2003): Tirant lo Blanch, pg. 242.

regulación base al contrato electrónico, carecían de las herramientas necesarias para dilucidar escenarios más complejos. En este sentido afirma Barriuso que “la LSSI otorga plena validez a los contratos celebrados por vía electrónica, desplegando plenos efectos en el ordenamiento jurídico, cuando concurren los requisitos necesarios para su validez, que en su momento mencionamos”. La ley por consiguiente no sólo otorga validez, también proporciona soluciones concretas y suple la carencia de soluciones o respuestas. Tal y como la directriz incorporada por la *Disposición adicional* cuarta de la LSSI<sup>23</sup> la cual introduce una modificación al artículo 1.262 del CC, relevante para el contrato electrónico en la medida que determinan la existencia del consentimiento para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos. Asimismo el artículo 29 de la LSSI<sup>24</sup>, establece el lugar de celebración del contrato, disponiendo procedimientos diferentes según las partes y solventando la carencia de especialidad y rigor en la materia que se sufría antes de dicha ley<sup>25</sup>. Los parámetros otorgados por la presente ley, en conjunto con las disposiciones a señalar en el siguiente apartado sobre algunos regímenes especiales constituyen un gran aporte a la hora de suplir la incertidumbre jurídica que viene con los nuevos usos y costumbres de la vida socioeconómica y especialmente de la era digital.

### **ii.i. Algunos regímenes especiales de la contratación electrónica:**

En los supuestos de contratación electrónica, donde alguna de las partes tenga la condición de consumidor o usuario, la normativa aplicable será la “**Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**”. Esto en lo relativo a los servicios de la sociedad de la información, las transacciones mercantiles y en la contratación

---

<sup>23</sup> LSSI Ley 34/2002, de 11 de julio – (Modificación de los Códigos Civil y de Comercio. Art 1262 del CC y 54 del Com).

<sup>24</sup> “El contrato electrónico se entiende celebrado donde se hizo la oferta a falta de pacto entre empresarios o profesionales y, excepcionalmente, se entiende celebrado en la residencia habitual del consumidor”.

<sup>25</sup> Art 3 de la LGCU son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

electrónica, llevadas a cabo por consumidores, usuarios o las personas cobijadas en el ámbito de aplicación de esta ley. La finalidad de la LGCU es establecer un régimen especial de protección para los consumidores y usuarios, que se encuentran en una posición vulnerable, frente a los comerciantes o profesionales; es decir B2C Business to Consumer.

Anteriormente, la regulación específica se encontraba regulada en los Artículos 38 a 48 de la LOCM, que a su vez hacía referencia a la LGCU. No obstante la **Directiva 2011/83/UE**, deroga la normativa europea sobre protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles. Principalmente en cuanto a las cláusulas abusivas de los mismos que abordan las ventas y las garantías de los bienes de consumo. Además de derogar y unificar las pasadas directivas relativas a la protección del consumidor, ésta directiva introduce aspectos novedosos; tales como la enumeración de definiciones en materia contractual (artículo 2), la enunciación de la información que debe brindarse al consumidor en los contratos de consumo (artículo 5), el mandato de aplicación de dicha normativa a las descargas on line y el establecimiento de un plazo de 14 días para ejercer el derecho de desistimiento de contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, y por ende aplicable a la contratación electrónica (artículo 9.1)<sup>26</sup>. Todo esto se traspone en la **Ley 3/2014, de 27 de marzo**, aprobada por el **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre**. La cual traspone la mencionada directiva y en consecuencia modifica el TRLGCU y otras leyes, a fin de incorporar el nuevo marco legislativo establecido por la normativa europea.

### **iii. Directivas europeas:**

Los países miembro de la UE, como España, tienen la obligación de transponer las directivas mediante una ley que se incorpore como

---

<sup>26</sup> Olán, h. s. la contratación electrónica ante la directiva de los derechos de los consumidores del año 2011: su transposición al derecho español. *revista ars boni et aequi*, (2014). 10 (2), pg 19.

derecho interno; de acuerdo a los tratados constitutivos de la unión. En consecuencia, la regulación nacional es dictada en el marco jurídico que establece el derecho de la UE, y que pretende armonizar la normativa interna de los estados miembro, mediante la emisión de directivas reguladoras de cada materia. Dicho esto las directivas que sobresalen para el tema de estudio son las siguientes:

- *Directiva 2000/31/CE: comercio electrónico en la Unión Europea. La directiva establece normas estándar sobre comercio electrónico, como se dijo previamente regulación que hace parte del marco normativo en la contratación electrónica. Se traspone a la Ley 34/2002, de 11 de julio.*
- *Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/ por la que se establece un marco de actuación comunitario en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Se traspone a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.*
- *Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Es importante a la hora de otorgar validez a los contratos soportados en documentos electrónicos. Se traspone por el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre.*
- *Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, se traspone a la Ley 34/2002, de 11 de julio.*
- *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. Se traspone por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.*

## IV. **NORMATIVA INTERNACIONAL:** PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

### i. **Cnudmi – Uncitral<sup>27</sup>:**

A la hora de hablar de comercio electrónico y por consiguiente de contratación electrónica, la Convención de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional es una organización de gran importancia. Principalmente en virtud de innovaciones legislativas como la **Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (1966)**, o La **Ley modelo sobre firmas electrónicas de (2001)**. Estos instrumentos se encargan de proporcionar normativa, que de manera discrecional se incorporan a los estados como normativa interna, facilitando la uniformidad reguladora del comercio.<sup>28</sup>

La primera de estas leyes busca “proporcionar o fortalecer la legislación en el ámbito del comercio electrónico, permitiendo el uso de vías de comunicación e información electrónicos sustitutivos de los medios físicos”.<sup>29</sup> Así como otorga validez a los datos de información que soportan las transacciones mercantiles, a través de la equivalencia funcional, que será abordada próximamente. Fundamentalmente la norma pretende equiparar, regular y por su propia naturaleza uniformar la regulación de las transacciones celebradas por medios electrónicos. Inicialmente incorpora procedimientos aptos para la ejecución de las diferentes etapas contractuales que anteriormente se desarrollaban por medios físicos y ahora gracias a la sociedad moderna, podrán desarrollarse desde una perspectiva digital, tecnológica o simplemente diferente.<sup>30</sup> A continuación, en la medida que la ley aporta normativa, también aporta principios. Entre los más destacados el “principio de equivalencia funcional, que pretende equiparar documentos, datos y

---

<sup>27</sup> Convención de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional. *United Nations Commission on International Trade Law*.

<sup>28</sup> Rico, C. La autenticidad del documento electrónico – Comercio Electrónico Internet y Derecho. Bogotá (2005): Legis, pg.76.

<sup>29</sup> (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico, 1996, pg. 2 y pg. 16)

<sup>30</sup> Véase documentos oficiales de la asamblea general de la cnudmi (*Resolución 51/162 de 16 de Diciembre de 1996 85a. sesión plenaria.*)

firmas (electrónicas) con sus equivalentes físicas; otorgando validez y eficacia probatoria a contratos en formato electrónico, firmas digitales y datos conexos a la contratación”.<sup>31</sup> Sin este principio se dificultaría de sobremanera la validez del soporte contractual, tanto en la regulación colombiana como en la española.

Queda por concluir que el objeto y principios de la ley pretenden y logran adaptar la legislación estatal a una nueva normativa contractual planteada por el Cnudmi. Normativa que adapta el nuevo panorama informático, y garantiza la validez contractual de las operaciones de comercio que se legitiman o desarrollan por medios electrónicos en los diferentes países que la adoptan.

## **ii. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales:**<sup>32</sup>

Este instrumento legislativo nace como respuesta al uso clandestino de instrumentos electrónicos, no regulados, en la utilización de prácticas mercantiles internacionales. Dicho de otro modo instrumentos tan importantes como la convención de viena de (1980), podrían verse reducidos en su efectividad a la hora de involucrar medios electrónicos a su ámbito de ejecución. Es por esto que la convención tiene como objeto regular las comunicaciones electrónicas entre estados contratantes, con el fin de incentivar el comercio, garantizando la agilidad y eficiencia como principios básicos del derecho mercantil.<sup>33</sup>

La convención, aplicando una técnica legislativa bastante acertada a mi parecer, busca regular la contratación electrónica desde bases ya establecidas y sólo en aspectos formales; por lo engorroso que resultaría empezar un régimen sustantivo totalmente distinto del que bastante inspiración ha dado a juristas y dogmáticos.

Finalmente la convención tiene carácter de tratado, motivo por el cual

---

<sup>31</sup> Rico, C. La autenticidad del documento electrónico – Comercio Electrónico Internet y Derecho. Bogotá (2005): Legis, pg.117.

<sup>32</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (New york 2007).

<sup>33</sup> (Interpretación sobre la citada convención, p.1 ).

necesita ser suscrito para su implementación a la normativa estatal; pese a ello su aplicación no requiere que ambos estados sean contratantes, basta con uno de ellos. La convención de igual forma será aplicable siempre y cuando, ambas partes se encuentren en estados distintos, y la ley aplicable al contrato sea la ley del estado contratante; según la autonomía de la voluntad o las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro.<sup>34</sup> En conclusión, la convención garantiza aplicabilidad, seguridad e identidad al nuevo régimen que busca adaptar la sociedad de un pasado cercano a la nueva era digital que con cada avance eclipsa lo hasta ahora conocido.

### **iii. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) y el Contrato por Medios Electrónicos:**

La convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías firmada el (11 de abril de 1980), se origina con la intención de agilizar el comercio y dar una regulación uniforme al contrato de compraventa internacional. Como respuesta al comercio que se veía menoscabado por el obstáculo que presentaban los diferentes regímenes jurídicos aplicables a las transacciones contractuales. La convención por ende otorga respuesta al contenido sustantivo de la compraventa internacional haciendo referencia a las obligaciones de comprador y vendedor, riesgos, definición de términos etc. La aplicabilidad de la convención de Viena al contrato electrónico está supeditada inicialmente al carácter de compraventa y consecuentemente de índole internacional, de forma independiente a los medios de comunicación utilizados para formar el mismo. Frente a esto el contrato electrónico se desenvuelve por su propia naturaleza en un contexto de carácter internacional puesto que la tecnología tiene la cualidad de conectar a las partes en la contratación sin perjuicio de su ubicación<sup>35</sup>; prueba de ello el ordenamiento jurídico español regula en parte el contrato electrónico como contratación realizada entre ausentes. En el

---

<sup>34</sup> (Interpretación sobre la “Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la citada convención” Referente a los Artículos 1 y 2 de la misma, Pg 16.)

<sup>35</sup> Requejo, I. Contratación Electrónica Internacional: Derecho aplicable – Autores, Consumidores y Comercio Electrónico. Madrid (2004): Colex pg. 275.

mismo sentido la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha propuesto el carácter de internacional a las compraventas internacionales de bienes corporales, que se realicen a través de Internet como presunción *iuris tantum*<sup>36</sup>.

Continuando con el análisis, dice la nota explicativa del CNUDMI sobre la *Convención de (Viena, 1980)*<sup>37</sup>; que dicha convención será aplicable a “la compra y venta de mercaderías que se lleve a cabo entre contratantes de diferente país”. Teniendo esto en cuenta será aplicable la convención en la medida que la compraventa revista el carácter de mercantil, y sobre aquellas compraventas que por realizarse mediante internet u otras tecnologías sean de carácter internacional.

## V. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PRÁCTICA.

Las operaciones comerciales llevan implícito un elemento de alea o riesgo puesto que se desarrollan en el diario vivir de la sociedad, del comercio y de la vida, todos estos escenarios son cambiantes, inestables y por lo tanto riesgosos. También es cierto que el comercio y el dinero son dos conceptos que normalmente van juntos, cuanto más dinero, más valor adquiere la operación y hay mayor pérdida cuando se presenta algún infortunio. Esta realidad es bien conocida por el derecho y por ende los esfuerzos legislativos que se realizan para tratar de disminuir los riesgos, son grandes. Dicho esto el presente apartado pretende desarrollar algunos riesgos que se presentan frente al comercio electrónico, utilizando jurisprudencia actual que a fin de cuentas es la mejor herramienta para describir los infortunios de la realidad jurídica.

1. La contratación por vía electrónica presenta múltiples riesgos frente a la protección, manejo y verificación de los datos aportados por las partes. Principalmente en cuanto a la veracidad y legitimidad de

---

<sup>36</sup> Uncitral, A/ÇN. 9/484, núm.101. Referenciado por (Requejo, 2004, pg. 276).

<sup>37</sup> Interpretación de la nota explicativa de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

uso frente a los mismos.

**Sentencia de la audiencia nacional, sala de lo contencioso, 11 de noviembre de 2004.** La presente sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo No.1161/02 que se presenta contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 16 de julio de 2002. La cual confirma la multa impuesta a la entidad que incumple el deber de tratar los datos personales sólo y cuando exista el consentimiento inequívoco del afectado (artículo 6 de la ley orgánica 15 de 1999.). Resuelve la audiencia desestimando el recurso y dando la razón a la agencia de protección de datos. Básicamente el litigio se centra en el incumplimiento del mencionado deber por parte de la entidad, al utilizar los datos personales de un supuesto contratante. La entidad JAZZTEL suscribe un contrato de servicio telefónico con el D. Víctor, mediante telecontratación; para lo cual el último aporta datos personales y bancarios. Posteriormente se conoce una supuesta suplantación de identidad del señor Víctor en la contratación y puesto que la empresa nunca verifica la autenticidad de los datos aportados, se discute quién es el responsable por el uso ilegítimo de los mismos.

El responsable según la citada ley es "el responsable del fichero o tratamiento", quien es a fin de cuentas quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos automatizado. Por ende aunque el sujeto que suplanta la identidad efectivamente incurra en un ilícito penal, no quien subsane la negligencia de la entidad. Finalmente se establece que aunque la contratación no requiere de la firma convencional, si requiere de un consentimiento válido y una aceptación inequívoca de todas y cada una de las cláusulas del contrato. Consecuentemente en los supuesto de telecontratación, se debe enviar al consumidor una copia del contrato una vez suscrito.

2. La contratación por medios electrónicos lleva un riesgo inminente, seguridad en cuanto al pago. Sea por la incertidumbre que genera

pagar por un objeto que no se tiene físicamente, por los delitos de estafa o por los posibles errores informáticos que puede tener el manejo del dinero electrónico. El pago y la entrega son variables de riesgo que vienen necesariamente con las transacciones electrónicas.

**Sentencia n° 327/2016 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo penal, del 20 de Abril de 2016.** La presente sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia que resuelve la autoría de un delito continuado de estafa. Los hechos de la misma constituyen un claro ejemplo de estafa o inseguridad en cuanto al pago y la posterior entrega que vienen con la contratación electrónica. Los hechos tienen lugar cuando el acusado Narciso Félix, realiza múltiples ofertas por la pagina “e-Bay.com”. El acusado ofertó teléfonos móviles y monitores de ordenadores, asimismo proporcionó una cuenta bancaria en la que los posibles compradores podrían depositar el dinero de la compra una vez se perfeccionara el contrato.

Los hechos son constitutivos de un delito de estafa en la medida que el oferente nunca tuvo la intención de remitir los objetos subastados a los adquirentes, quienes esperaban la posterior entrega de los bienes objeto del contrato. Las víctimas de dicho infortunio sufrieron uno de uno de los riesgos más comunes que acarrea la contratación electrónica, correspondiente a la materialización de lo pactado y el despliegue de los efectos debidos del contrato electrónico; que por su propia naturaleza es intangible y abstracto, al realizarse en una dimensión digital y ajena a la seguridad de la realidad física.

3. Incertidumbre en cuanto a la ley aplicable según el carácter internacional que reviste la contratación electrónica.

En cuanto a la Jurisdicción, ley aplicable y normativa reguladora se acude a las disposiciones del derecho internacional, dentro del

ámbito comunitario la jurisdicción se determina en el **Reglamento del Consejo 44/2001 del 22 de Diciembre de 2000**, sobre Jurisdicción y Aplicación de las sentencias en materia Civil y Mercantil, el cual a su vez contiene modificación en cuanto a la Ley Aplicable en las obligaciones contractuales; y los convenios de Bruselas y Lugano<sup>38</sup>. Frente a la ley aplicable esta será determinada por el Convenio de Roma de 1980, aplicable dentro de todo el ámbito comunitario. Estableciendo la posibilidad de determinar la Ley Aplicable por autonomía de la voluntad o a falta de autonomía de la voluntad se aplicará la ley que tenga una relación más directa con el contrato (artículo 4 Convención de Roma).

La elección de ley dice Vargas Casaseca no evita la protección imperativa frente a consumidores y usuarios. Igualmente será el proveedor de los servicios informáticos quien ha de incluir la cláusula de ley aplicable, teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos que se celebran por medios digitales o electrónicos se rigen por condiciones generales de contratación. En cuanto a la ley que aplicable según el vínculo más estrecho, será la del lugar donde se encuentre la parte operativa de la empresa que celebra el contrato electrónico o las dependencias físicas del sitio web.

**Laudo arbitral exp nº 1005/2014 Sede de la Junta Arbitral Nacional de Consumo a 15 de junio de 2015.** El laudo se celebra en virtud del convenio arbitral celebrado por las partes de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. El reclamado Ticketea, S.L se adhiere al Código Ético Confianza Online, donde se manifiesta la aceptación del presente arbitraje que resuelve la presunta infracción de las normas de dicho código. El contrato celebrado entre las partes se considera válido de acuerdo con lo establecido por el CC por lo que la parte reclamante consiente el sometimiento a la presente jurisdicción. En relación al conflicto que

---

<sup>38</sup> Vargas, Casaseca. Juan Pablo. Jurisdicción y Ley Aplicable en los contratos electrónicos. eMarket Services your guide to B2B e markets. Disponible en: [www.emarketservices.es](http://www.emarketservices.es). España: ICEX. pg 1. Consultado el 5 de junio de 2016.

resuelve el laudo, se centra en la imposibilidad del reclamante de ejercer el derecho al desistimiento contenido en los artículos 68 y ss del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. El consumidor realiza una compra de dos entradas en el sitio web Foro Unirede, confundiendo el número de personas y el número de días. Posteriormente procede a comprar de nuevo las entradas, esta vez con la fecha correcta ante la imposibilidad de realizar la compra pasada. Finalmente, se desestima la reclamación por la excepción contenida en la misma ley que imposibilita ejercer el derecho de desistimiento en los contratos de suministro y de servicios de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa a celebrar la prestación en una fecha determinada o en un periodo concreto. Puesto que las entradas adquiridas sólo pueden ser usadas en una fecha determinada y no se ha presentado ninguna cancelación o incidencia técnica por parte del prestador del servicio, el usuario no goza de fundamento alguno para utilizar el derecho.

## VI. CONCLUSIONES.

- (I.) El cambio que traen las tecnologías y principalmente las TIC, es el vínculo que determina en primer medida la existencia de la contratación electrónica, es por ello que el régimen jurídico va creciendo en la medida que avanza el actual siglo y surge la necesidad de regular una nueva sociedad cada vez más tecnológica y moderna.
- (II.) La contratación electrónica es un concepto que carece de independencia, puesto que nace a partir del concepto de contratación, el cual muta al entrar en contacto con la sociedad moderna. Lo mismo sucede con el comercio electrónico, que depende del concepto de comercio, y aunque mantenga su esencia se especializa gracias a los pequeños cambios.
- (III.) El contrato electrónico mantiene los elementos de validez del contrato, que constituyen la esencia de ambas figuras; sin embargo su principal diferencia radica en el consentimiento. Concretamente la contratación electrónica es una forma de contratar en la que el consentimiento se presta por medios de comunicación electrónicos, que difieren de los medios físicos. En

cuanto a lo demás se podría decir que se mueve por la misma corriente.

- (IV.) Las pautas que dicta la normativa en la contratación electrónica varían según las partes que constituyen la operación, especialmente en la contratación con consumidores o usuarios por la especial protección que los reviste.
- (V.) El documento electrónico adquiere su validez jurídica principalmente por el principio de equivalencia que incorporan los estados basándose en la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (1966).
- (VI.) La contratación electrónica tiene lugar en una dimensión paralela a la física, la dimensión digital. Esta a diferencia de la primera presenta un riesgo sustancial en la medida que puede ser fácilmente modificable, por lo que se tiene más confianza en los soportes documentales físicos. Sin embargo, la legislación tiende a superar el miedo, mediante la implementación de nuevas medidas que aporten seguridad a los documentos electrónicos y a las partes.
- (VII.) En materia de prueba la contratación electrónica adquiere su regulación a partir de los fundamentos básicos que las leyes procesales dictan, claro está con las particularidades y medidas que sobrevienen con las nuevas tecnologías.
- (VIII.) Los soportes digitales que se consideran auténticos sea por certificación o firma, adquieren una seguridad que aporta tres efectos fundamentales integridad, autenticidad y confidencialidad. Necesarios para garantizar la validez jurídica de los documentos digitales.
- (IX.) La regulación y normativa aplicable al contrato electrónico, tanto en Colombia como en España difiere en aspectos muy sutiles, lo cual demuestra que el derecho está avanzando cada vez más hacia una realidad deseable de unificación legislativa. Para concluir la legislación especial en materia de comercio electrónico es fijada en Colombia por la Ley de comercio electrónico 527 de 1999 y en España por la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La regulación general se encuentra determinada por sus respectivos códigos, tanto en materia civil como mercantil, en ambos países los parámetros dictados por dichos códigos se complementan con la regulación específica. Sin embargo la analogía que realiza el código civil español entre la contratación electrónica y la contratación entre ausentes, no se realiza en Colombia. *Contrario sensu* ambos países mantienen los requisitos de validez del contrato en el contrato electrónico. Finalmente ambos países basan su normativa en la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1966, integrando exitosamente el “principio de equivalencia funcional” como ejemplo de ello.

- (X.) La Unión Europea una vez más demuestra como su modelo de unión estatal pese a tantas críticas tiene múltiples virtudes, una de ellas se evidencia con las directivas y la protección que brindan a los países miembro. Directivas que no sólo armonizan la normativa de los estados, sino que también se preocupan por garantizar el buen funcionamiento de los mismos frente a los cambios sociales, dictando parámetros basados en ideales de conducta. Prueba de ello es la legislación en materia de sociedad de la información y contratación por vía electrónica.
- (XI.) La normativa proveniente de las organizaciones internacionales como la ONU y los textos legislativos que emanan de sus diferentes órganos jurídicos, son una clara muestra de avance. La sociedad y los estados están avanzando y haciendo cambios frente a los inconvenientes que trae la diversidad legislativa. Evidencian nuevas figuras jurídicas, como la contratación electrónica, el esfuerzo mundial que se está haciendo por trascender fronteras y garantizar regulaciones afines, que a su vez respeten la diversidad histórica y cultural.
- (XII.) La palabra derecho se traduce de lo que anteriormente era en latín “*directum*” que a su vez puede entenderse como “*derecho o recto*”. En palabras comunes lo que está bien o debería ser. Hoy en día la ciencia del derecho es la que regula el comportamiento humano y pretende evitar o aminorar los infortunios que desenvuelven de la vida cotidiana. Es por ello que sin conflictos no existiría el derecho y sin problemas no habría que implementar soluciones, frente a esto se concluye del último apartado que toda actividad humana implica problemas y riesgos, y la contratación electrónica no es la excepción. Por lo que conocerlos, implícitamente también es conocer la figura.
- (XIII.) Los principales problemas en la práctica son tres, el pago como contraprestación de un contrato que normalmente implica obligaciones recíprocas. La identidad de las partes que ejecutan los medios de comunicación electrónicos y la inseguridad que se desprende de su falsa identidad. Por último, la ley aplicable debido al carácter internacional que otorgan las TIC y la posibilidad de realizar transacciones electrónicas desde cualquier parte del mundo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA.

- (I.) Arias, P, María. Concepto de comercio electrónico – En Arias Pow, Manual práctico de Comercio Electrónico, Madrid, (2006): La Ley - Temas, pg 41.

- (II.) Fernández D, Clemente M, Díaz F, Fernández del P, Madrid P. Contrato celebrado o formalizado por vía electrónica - Contratación y Comercio Electrónico, Valencia, (2003): Tirant lo Blanch, pg 242.
- (III.) Barriuso, R. Regulación Legal y Validez de los Contratos Electrónicos, La contratación electrónica. Madrid, (2006): Dykinson, pg 130 – 131.
- (IV.) Escobar, M. Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico – Perspectiva presente y futura en España. Madrid, (2000): Fundación Retevisión, pg 261.
- (V.) Requejo, I. Contratación Electrónica Internacional: Derecho aplicable – Autores, Consumidores y Comercio Electrónico. Madrid, (2004): Colex pg. 275, 276.
- (VI.) Rico, C. La autenticidad del documento electrónico – Comercio Electrónico Internet y Derecho. Bogotá, (2005): Legis, pg. 85, 117.
- (VII.) Alonso, C. Fundamentos del comercio electrónico. En Alonso Conde. Comercio electrónico. Madrid, (2005): Dykinson. Recuperado de: <http://app.vlex.com.strauss.uc3m.es:8080/#ES/sources/588>.
- (VIII.) Alonso, C. Tipos de comercio electrónico según los participantes. En Alonso Conde. Comercio electrónico. Madrid. (2005): Dykinson. Recuperado de: <http://app.vlex.com.strauss.uc3m.es:8080/#ES/sources/588>.
- (IX.) Rengifo García, E. Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica. En Rengifo García. Comercio electrónico. Bogotá, (2000): Universidad externado de Colombia. pg 15,16.
- (X.) Arrubla Paucar, J. Contratación electrónica. En Arrubla Paucar, Contratos mercantiles, Contratos contemporáneos, Bogotá, (2005): Biblioteca Jurídica Diké, pg 299.
- (XI.) Martínez Gómez, M. El contrato electrónico y sus elementos esenciales, Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. (2003). Volumen 1. pg.3, 4.
- (XII.) Moreno, Navarrete. M.A. Contratos electrónicos. Madrid – Barcelona (1999): Macial Pons. pg 36.

- (XIII.) Vega Vega, J. A. Concepto de documento jurídico, Derecho de las nuevas tecnologías - El documento jurídico y su electrificación. Madrid, (2014): Reus S.A. pg 43, 44.
- (XIV.) Fernández, Fernández, R. Forma de prestación del consentimiento electrónico: referencia a la firma electrónica y a la prueba de la existencia del contrato, El contrato electrónico: formación y cumplimiento. Barcelona, (2013): Bosch Editor. Pg,311. pg, 323.
- (XV.) Gómez, Colomer. J.L. Fairén, Guillén. V. Rodríguez, Adrados. Antonio. La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil (Prueba documental). Estudios sobre la ley de enjuiciamiento civil y su práctica inicial. Castelló de la plana (2004): Universidad Jaume I. D.L. pg 67.
- (XVI.) Torres, Torres. Ana Yasmín. Principios de la contratación electrónica. Principles of e-procurement. Revista principia iuris. . (2010). No 13. pg 15.
- (XVII.) Diez-Picazo, L. Y Gullon, A. La forma del contrato y sus clases. Sistema de Derecho civil, Volumen II. Madrid, (1992): Tecnos. pg 48.
- (XVIII.) Olán, h. s. La contratación electrónica ante la directiva de los derechos de los consumidores del año 2011: su transposición al derecho español. revista ars boni et aequi, (2014). 10 (2), 19.
- (XIX.) Vargas, Casaseca. Juan Pablo. Jurisdicción y Ley Aplicable en los contratos electrónicos. eMarket Services your guide to B2B e markets. Disponible en: [www.emarketservices.es](http://www.emarketservices.es). España: ICEX. pg 1. Consultado el 5 de junio de 2016.



