



Universidad Santo Tomás

***Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria***

Wrap contracts: Manifestación de la voluntad por medios electrónicos.

ASESOR: Ricardo Duran Vinazco.

ESTUDIANTE: Yanine Carolyn Niño Velandia.

Bogotá D.C.

Contenido

TÉRMINOS DE REFERENCIA	4
INTRODUCCIÓN.....	8
I- CONTRATOS ELECTRÓNICOS	10
1- Diferenciación de la contratación electrónica e informática.....	11
1.1- Contratación electrónica:.....	11
1.2- Contratación informática:.....	11
2- Principio de la equivalencia funcional.....	12
3- Formación del contrato electrónico.....	13
3.1- Oferta:	14
3.2- Plazo de la oferta:	15
3.3- Revocación de la oferta:	15
3.4- Aceptación de la oferta electrónica:	16
4- Características de los contratos electrónicos.....	17
5- Requisitos de forma.....	17
6- Momento y lugar de la perfección.....	18
II- OFERTA ELECTRÓNICA	22
1- Concepto de oferta electrónica.....	22
2- Los requisitos de la oferta electrónica.....	22
3- Invitación a ofertar.....	24
4. Clases de oferta.....	26
4.1- Oferta electrónica ON LINE:.....	27
4.2- Oferta electrónica OFF LINE:.....	29
III- CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO.....	31
1- Aspectos tradicionales del consentimiento.....	31
1.1- Concepto de consentimiento:	31
1.2- Elementos del consentimiento:.....	32
1.3- Teorías de la eficacia del consentimiento:.....	32
1.4- El consentimiento en la oferta y la aceptación:.....	33
2- Consentimiento electrónico.....	35
3- Mensaje de datos.....	35
4- Dificultades del consentimiento electrónico.....	37

5-	Formas de expresar el consentimiento	41
5.1-	Expresa:.....	41
5.2-	Tácita:.....	42
5.3-	Escrita:	43
5.4-	Verbal:.....	43
IV-	FORMAS DE EXPRESAR EL CONSENTIMIENTO ELECTRONICO	46
1-	Concepto de wrap contracts.	46
2-	Shrink wrap.....	47
2.1-	Clases de Shrink wrap:	48
2.2-	Principales jurisprudencias estadounidenses sobre Shrink wrap:.....	48
3-	Click wrap.	49
3.1-	Clases de Click Wrap	50
3.2-	Click wrap en el mundo:.....	51
3.3-	Principales jurisprudencias estadounidenses sobre click wrap:	52
4-	Browse wrap.....	54
4.1-	Criterios del Browse wrap	55
4.2-	Principales jurisprudencias estadounidenses sobre Browse wrap:.....	56
5-	Multi wrap.....	58
6-	Problemática de los wrap contracts.....	58
V-	HIPERVINCULOS	63
1-	Autonomía privada.	63
2-	Contrato de adhesión.....	64
3-	Términos y condiciones.....	65
3.1-	Ventajas de los términos y condiciones:	66
3.2-	Desventajas de los términos y condiciones:	67
3.3-	Deber de información:	67
3.4-	Términos y condiciones en Colombia:.....	68
4-	Cláusulas abusivas.	69
5-	Hipervínculos.....	72
6-	Disclaimers	73
	CONCLUSIONES.....	75
	Bibliografía.....	78

TÉRMINOS DE REFERENCIA

EL TÍTULO:

Wrap contracts: Manifestación de la voluntad por medios electrónicos.

EL MARCO TEÓRICO:

La autonomía privada de la voluntad ha traído una gran discusión en cuanto a la intervención de un tercero referenciado, como medio electrónico, que lleva a una noción de contrato más dinámica, en razón de que el proceso de formación del contrato se puede ver permeado por un interviniente, ocasionando la variación de las formas como se manifiestan los elementos esenciales del mismo.

En un sentido concreto se hará una descripción de la manifestación del consentimiento como elemento esencial del contrato ya que presenta variantes con las nuevas tecnologías, de esta forma se desarrollan conceptos como lo son el *click wrap* o el *browse wrap*. Implicando que la formación del contrato, en esencia sea la misma pero tenga algunos cambios en cuanto a su validez, perfección o cambien algunos conceptos como lo es la oferta, cuando es manifestada por dichos medios electrónicos, generalmente internet.

A pesar que se ha visto la necesidad de regular el contrato por medios electrónicos específicamente por una codificación de tipo *Hard law*, que brinde directrices en el tema de dichos contratos, no se ha podido concretar y solo doctrinalmente con algunas aclaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, CNUDMI (CNUDMI, 2001), han tratado de dirimir el asunto. Entidades como la CNUDMI, específicamente el grupo de trabajo IV que trata aspectos del comercio electrónico, hicieron un proyecto de convención que regulara estos problemas conceptuales en el 2001. Aun así hay muchas cuestiones sustantivas planteadas sin normatividad aplicable.

En conformidad con lo anterior este escrito se analizará las nuevas formas de manifestación del consentimiento como lo son; *el click wrap*, cuando se celebra con el clickeo manual en el mouse de un computador, en un banner o aviso dispuesto en el sitio internet o el *browse wrap* cuando se celebra por el simple hecho que el navegante ingrese en el sitio e interactúe con el mismo, es decir de manera implícita, posiblemente existiendo simplemente un registro previo de datos con el fin de aumentar el grado de certeza sobre quien contrata. Estas modalidades de consentimiento llevan a la creación

de hipervínculos más conocidos como “avisos legales” o “condiciones de uso” (Valenzuela, 2003, pág. 225), que generalmente enmarcan las generalidades del contrato pero que regularmente se encuentran cláusulas ambiguas que pueden perjudicar al consumidor.

Es necesario establecer que la investigación será desarrollada bajo la tipología de negocio B2C (relación entre empresas y consumidores), ya que las nuevas formas de manifestación de la voluntad se dan principalmente en contratos de adhesión llevadas a cabo por dichos intervinientes.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Consta de dos partes: la *Descripción* y la *Formulación del problema*.

Descripción del problema:

El principal problema es la intervención de los medios electrónicos en la formación básica de los contratos. Como consecuencia de lo anterior se presentan problemas secundarios con la unificación conceptual y normativa de la oferta electrónica, los cambios que surgen comparando la formación del contrato tradicional ya sea oralmente o por documento físico, con la formación del contrato por medio electrónico.

Formulación del problema:

¿Cómo afecta al consumidor, los wrap contracts o las nuevas formas de manifestación del consentimiento según la presentación de los términos y condiciones antes de la aceptación de la oferta en medios electrónicos?

LOS OBJETIVOS:

Son de dos clases: los *Objetivos Generales* y los *Objetivos Específicos*.

Objetivos Generales:

La investigación pretende hacer un análisis principalmente descriptivo sobre el fenómeno de las nuevas formas de manifestación del consentimiento por medios electrónico, es decir, Click, Browse Wrap, Multi Wrap.

Objetivos Específicos:

Para realizar un estudio adecuado de las nuevas formas de manifestación del consentimiento se tendrán otras temáticas, como lo son:

La formación del contrato por medios electrónicos, la presentación de la oferta, su aceptación, en el momento que se entiende recibida, con el fin de determinar los cambios de la oferta tradicional.

Las clases de ofertas presentadas por medios electrónicos, ya que cada tipo de oferta se tiene una manifestación de voluntad distinta, debido al medio en el que se presenta.

Manifestación del consentimiento por medios electrónicos, con la finalidad de establecer posibles vicios y dar una panorámica general sobre el consentimiento por medios electrónicos.

Click Wrap, se pretenderá establecer su concepto, características y nombrar jurisprudencia relevante sobre su tratamiento.

Browse Wrap, se pretenderá establecer su concepto características y nombrar jurisprudencia relevante sobre su tratamiento.

Multi Wrap, se pretenderá establecer su concepto características y nombrar jurisprudencia relevante sobre su tratamiento.

Hipervínculos como vinculación con las cláusulas generales, y los contratos de adhesión que son la regularidad de este tipo de contratos.

EL DISEÑO METODOLÓGICO:

La metodología empleada para el desarrollo de este trabajo es de carácter cualitativo, que obedece a los criterios establecidos en el libro "Metodología de la investigación", de Roberto Hernández Sampieri y Carlos Fernández Collado y que se especificaran a continuación.

- El proceso es inductivo, se parte de nociones como contratación electrónica, oferta electrónicas, manifestaciones, hipervínculos, entre otros, para después obtener conclusiones generales sobre los beneficios y perjuicios del consumidor en su relación con dichas figuras.
- El marco general de referencia, está fundamentado en conceptos fenomenológicos aportados por la novedad de la tecnología en el Derecho.
- Admite la subjetividad ya que se analiza el comportamiento social ante el fenómeno de la contratación electrónica.
- La teoría basada en ley, jurisprudencia y doctrina, es un marco de referencia que permite analizar y relacionar el fenómeno de la tecnología con los postulados del Derecho.
- El análisis de datos es descriptivo y desarrolla los temas por etapas.
- Aunque se parte de una hipótesis general enunciada posteriormente en el documento, durante el estudio se generan hipótesis adicionales que se desarrollan de acuerdo a la pertinencia del tema.
- El reporte de resultados es de carácter reflexivo, con aceptación de tendencias y eminentemente subjetivo, debido a las realidades cambiantes y a la admisibilidad de posiciones contrarias.

Hipótesis:

Las nuevas formas de manifestación del consentimiento o wrap contracts, el click wrap, browse wrap, multi wrap, permiten el desarrollo de hipervínculos que contienen los términos y condiciones de la oferta, ocasionando vulneración derechos del consumidor y generalmente no expresa la aceptación por parte del consumidor de las condiciones generales de la oferta.

Recolección de información:

Se hará un despliegue de búsqueda que constara de las principales fuentes de información, es decir, normatividad, jurisprudencia y desarrollo doctrinal.

INTRODUCCIÓN

La globalización y el avance de la tecnología han sido el gran motor para el comercio electrónico en los últimos años. Las personas comúnmente utilizan páginas web, consultan sus redes sociales con regularidad y sobre todo contratan por internet de manera consciente o inconsciente. El derecho como garante de las regulaciones entre personas, trata de adecuarse a esta realidad estableciendo límites en la conducta humana en el uso de la red y específicamente en contratos realizados de forma electrónica.

La contratación electrónica es conceptualizada de forma unánime por la ley y la doctrina como la oferta y aceptación de una propuesta que se manifiesta por medio de la electrónica, en particular por el internet. Esta figura es la responsable del desarrollo masivo que ha tenido el comercio electrónico¹ regulado por la ley 527 de 1999 en Colombia.

Los debates se presentan ante la insuficiencia regulatoria de la ley 527 de 1999, creando el siguiente interrogante ¿Se debe manejar la contratación electrónica como tradicionalmente se ha regulado o hay que crear una nueva legislación que especifique estas variedades?.

“La doctrina internacional sugiere que lo más conveniente para regular el comercio electrónico sería una ley global aplicada por una cibercorte con competencia universal, lo que se denomina la *lex electrónica*, o al menos una *lex mercatoria electrónica*, es decir, una ley en sentido material, uniforme, aplicada por los comerciantes en sus transacciones. Frente a tal situación ideal, y por el momento actual, se plantea que la forma de lograr mayor seguridad jurídica es darle un alcance amplio a los instrumentos internacionales tradicionales como la CICM y la Convención de Roma.” (Peña Valenzuela, 2003, págs. 229-230)

Sin embargo, a lo largo del texto se encontrara que en los aspectos básicos del contrato como los requisitos esenciales, el concepto de oferta y aceptación, entre otros, hacen que la regulación tradicional pueda cumplir el papel regulatorio de los contratos electrónicos. La verdadera problemática se encuentra en los aspectos novedosos como las nuevas formas de manifestar el consentimiento, el momento de perfección de la oferta electrónica, los términos y condiciones de estos contratos que son de especial análisis, merecen una regulación específica que cuente con unificación conceptual y normativa de carácter global para poder prever los escenarios que se presentan en internet.

Lo que pretende el texto es identificar una de las problemáticas que han resultado más confusas y de gran vulneración para el consumidor, es decir, las nuevas formas de manifestar el contrato o el nombre que recibe internacionalmente *wrap contracts*. Estas

¹ **Artículo 49:** se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y 105 consumidores para la comercialización de productos y servicios. (Ley 527, 1999)

formas novedosas son creación de los comerciantes con el fin de agilizar las operaciones comerciales en internet y de esa forma crear contratos de manera rápida con el mayor número de personas posibles.

La investigación está basada en la siguiente pregunta problema, ¿Cómo afecta al consumidor los wrap contracts o las nuevas formas de manifestación del consentimiento (Click, Browse, multi Wrap) de acuerdo a la presentación de los términos y condiciones?. La hipótesis de la pregunta problema es: las nuevas formas de manifestación del consentimiento o wrap contracts, el click wrap, browse wrap, multi wrap, ocasionan vulneraciones a los derechos del consumidor, ya sea porque los términos y condiciones contienen extralimitaciones o la aceptación de dichos términos no cuenta con la suficiente reflexión por parte del consumidor.

Con el propósito de lograr desarrollar de forma óptima la problemática anteriormente descrita, el texto iniciara con las generalidades de la contratación electrónica, en segunda medida se establecerá la diferencia de la oferta tradicional con la electrónica, especificando la clasificación y novedades en cuanto a la presentación de esta última, como tercer presupuesto se analizaran las generalidades del consentimiento y las particularidades del consentimiento electrónico, en cuarto lugar se describirán cuales son las nuevas formas de expresar el consentimiento, click wrap, browse wrap, multi wrap, cada uno con su respectivo concepto, característica, clasificación y principales controversias, por último se desarrollaran los hipervínculos que contienen los términos y condiciones del contrato junto con las problemáticas que suscitan con la intervención de cláusulas abusivas.

I- CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Con la proliferación de los negocios en el mundo, los intercambios comerciales y el fenómeno de la globalización que está en auge, las formas de intercambiar productos se ha diversificado de gran manera con el fin de hacer transacciones ágiles, seguras, más lucrativas y con una mayor interacción de la tecnológica.

El medio que por excelencia brinda seguridad jurídica a las partes que desean vincularse en algún tipo de intercambio, sigue siendo la tradicional fuente de obligaciones, el contrato, a pesar de que este ha sido mediado por un tercero interviniente llamado tecnología sigue teniendo la misma fuerza vinculante.

“La electrónica, en definitiva, no deja si no de ser el medio de expresión de la voluntad como lo es el correo, el fax o el teléfono, por eso, la creación de la voluntad seguirá el proceso que siempre ha tenido, y lo que variará será el camino o medio para expresarla, que utilizara las vías electrónicas o telemáticas.” (Perales Viscasillas, 2014, pág. 415)

La noción tradicional de contrato² no se ve alterada por la aparición del comercio electrónico³, ya que los instrumentos tecnológicos hacen que el contrato se configure con el intercambio de informaciones concordante, es decir, un mensaje de datos⁴ que sería la materialización de un acuerdo de voluntades (Rengifo García, 2002, pág. 226). Cuando la tecnología se hace presente surgen cambios en la manifestación de la voluntad, debido a que esta se materializa de forma diferente a la concepción tradicional (oral, escrita, expresa o tácita). Lo anterior se debe a que el mundo tecnológico obedece a la agilidad de las operaciones, lo que hace que las formas tradicionales tengan que transformarse para que sean mucho más rápidas y masivas pero sin alterar la noción de contrato.

Con la finalidad de hacer una explicación integral de los contratos electrónicos se desplegaran unos subtemas que ayudaran a una mejor comprensión del tema y de esta forma determinar la particularidad de los mencionados contratos. 1- La diferencia entre la contratación electrónica e informática, 2- Principio de la equivalencia funcional, 3-

² Según Ortiz Monsalve, es la confluencia de por lo menos dos declaraciones de voluntades, provenientes de dos o más personas, en un solo consentimiento mediante el cual se crean obligaciones. En el ámbito comercial se define como un acuerdo de voluntades para constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación patrimonial. (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 41)

³ **Artículo 2, literal b:** *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 (Ley 527, 1999).

⁴ **Artículo 2, literal a:** *Mensaje de datos*. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (Ley 527, 1999).

Formación del contrato por medio electrónico, 4- Características de los contratos electrónicos, 5- Requisitos de forma, 6- Momento y lugar de la perfección del contrato.

1- Diferenciación de la contratación electrónica e informática.

1.1- Contratación electrónica:

Una de las definiciones más completas aportadas por la doctrina es:

“El contrato electrónico es el acuerdo de voluntades que tiene lugar por medios electrónicos. De esta manera, el contrato será electrónico cuando la aceptación es transportada en línea sin importar, por ejemplo, si las partes negociaron en presencia el uno del otro, o si la oferta fue enviada por correo ordinario. Es el encuentro de voluntades, que se sigue a la aceptación, lo que sitúa al contrato dentro de la categoría de contratos electrónicos.” (Fortich, 2011, pág. 350)

Para que exista un contrato electrónico debe confluir la oferta y la aceptación o solo la declaración de la aceptación realizada a través de medios electrónicos, sin que importe si las partes estén en comunicación directa (Perales Viscasillas, 2014, págs. 408-409). El medio electrónico debe tener una influencia decisiva o real, en la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación del contrato (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 439).

La importancia de estos contratos radica en que son los más utilizados en internet y en la proliferación del comercio electrónico, ya sea que estos tengan la finalidad de crear transacciones con bienes tangibles o intangibles, que se entreguen por canales tradicionales o para hacer uso virtual de ellos.

Este tipo de contratos mayoritariamente se presentan como de adhesión⁵, debido a practicidad que representan.

“En definitiva, se evidencia como gran parte de los negocios que se generan en la Red residen en los contratos informáticos, categoría que vendrá a englobar a todos aquellos que recaen sobre bienes y servicios informáticos, siendo generalmente contratos de adhesión.” (Perales Viscasillas, 2014, pág. 427)

1.2- Contratación informática:

Es la que tiene como objeto los bienes o servicios informáticos, que básicamente son los que componen el hardware, ejemplo de lo anterior es la unidad de procesamiento como

⁵ **Artículo 5, numeral 4:** Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas (Ley 1480, 2011).

un bien físico informático y elementos que proporcionen ordenes, datos o procedimientos, como un bien inmaterial o servicio informático (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 440).

2- Principio de la equivalencia funcional.

Este principio consiste en darle la misma validez, fuerza obligatoria y valor probatorio al mensaje de datos como si fuera un documento tradicional, por esta razón la contratación electrónica es vinculante para el ordenamiento jurídico.

Inicialmente las declaraciones de voluntad que hayan sido emitidas por medio de datos comunicados entre terminales de ordenador, bien sea a través de servicios y aplicaciones de internet o por otras vías, no pierden su fuerza obligatoria (Asensio , 2002, págs. 350-351).

“De acuerdo con este principio, las cláusulas contenidas en un acuerdo contractual electrónico se consideran igualmente válidas.” (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 441)

En los debates de la ley modelo de la CNUDMI, opto por una solución jurídica ante los mensajes de datos en el comercio electrónico, concluyendo identificar la función de la instrumentación sobre el papel y sus requisitos con la finalidad de reproducir la misma función en el mensaje de datos electrónico y así concederle la misma fuerza jurídica. A lo anterior llamo “el principio de equivalencia funcional” (Camacho Clavijo, 2005, pág. 45).

“No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.” (CNUDMI, 1996)

La Unión Europea en la Directiva 31 del 2000, artículo 9, numeral 1, establece el principio de equivalencia funcional así:

“Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.” (Directiva 31, 2000)

Por ultimo en Colombia, la ley 527 de 2009, en su artículo 15, describe dicho principio para darle todos los efectos a la contratación electrónica:

“*Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes.* En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.” (Ley 527, 1999)

Doctrinalmente, para que los contratos electrónicos cumplan con los requisitos de equivalencia funcional y creen efectos vinculantes en el mundo jurídico entre las partes, estos deben, al igual que cualquier tipo de manifestación de la voluntad, reunir todos los requisitos de existencia y validez descritos por el legislador (Plata López, 2014, pág. 403).

Sin embargo hay que tener en cuenta que hay cierto tipo de contratos que quedan excluidos del principio de equivalencia funcional, debido a sus formalidades o que la intermediación del medio electrónico no satisface a conformidad todos los requisitos para que pueda nacer dicho contrato, algunos ejemplos son:

A- Aquellos contratos que crean o transfieren derechos inmuebles, con excepción de los derechos de arrendamiento.

B- Aquellos contratos que por ley exige la participación de las cortes.

C- Aquellos contratos de garantías y garantías otorgados por personas que actúen para propósitos por fuera de su actividad, negocio, o profesión habitual.

D-Aquellos contratos regidos por el derecho de familia y por las leyes sucesorales.”(Rincón Cárdenas , 2015, pág. 185)

3- Formación del contrato electrónico.

Este ítem es uno de los principales intereses de la ley 527 de 1999, puesto que es la principal fuente de estimulación del comercio electrónico, es decir, el artículo 14 de la mencionada ley, se refiere a la formación y validez de los contratos electrónicos de la siguiente forma:

“En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.” (Ley 527, 1999)

La definición de la ley 527 de 1999, no difiere con la concepción clásica de la formación del contrato⁶, se tiene en cuenta la oferta y la aceptación, solo si estas son manifestadas por un mensaje de datos. La oferta y la aceptación deben contener todos los elementos esenciales del contrato, sin reservas ni modificaciones de quien manifieste su voluntad, de esta manera se puede tener libertad de forma y emplear cualquier medio para su emisión (Asensio , 2002, pág. 353).

⁶ Existen varias formas de darle forma a un contrato, mediante una fase de tratos preliminares, por la exteriorización de una oferta, invitación a un concurso, celebración de uno o más contratos preliminares, mediante la adhesión a las condiciones establecidas por otro (Munar Cadena, 2009, pág. 377). En este escrito se establecerá solo la oferta como la concepción clásica de la formación del contrato.

Como se dijo anteriormente por el principio de equivalencia funcional y normativamente por los artículos 14 y 15 de la ley 527 de 1999 la formación del contrato por medios electrónicos no se le niega ningún tipo de validez ni de fuerza probatoria, por el simple hecho de ser conformada por las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 444).

La cuestión en debate es: ¿Cómo la oferta y la aceptación se ven modificadas por la interferencia del medio electrónico?, para darle respuesta a esta problemática se describirán la oferta y la aceptación.

3.1- Oferta:

Está definida en el código de comercio en el artículo 845 como “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra” (Decreto 410, 1971) esta debe cumplir con los requisitos de: contener los elementos esenciales del negocio, comunicarse al destinatario además de ser firme, inequívoca, precisa, completa y constituir un acto voluntario del proponente (Sala de Casación Civil, 1995).

En cuanto la oferta electrónica el concepto no difiere a profundidad, la variación es el medio de comunicación.

“Aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra a la celebración de una convención, que quedará perfecta con la sola aquiescencia.” (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 444)

La ley 527 de 1999 no desarrollo en sentido específico, reglas sobre la materia. Por consiguiente es preciso acudir a la analogía legal, en este caso serían los artículos 845 a 864 del código de comercio que establecen las condiciones de formación del contrato mercantil o si se trata de contratos internacionales se aplicara la convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 194). Para tener una mayor claridad sobre las diferencias de la oferta entre la regulación nacional, internacional y por medios electrónicos ver ANEXO 1.

Hay que tener claridad de que en la formación del contrato hay una etapa de tratos previos como las labores de orientación, información, realización de cálculos, borradores, publicidad, entre otros, que son actos permanentes en la red, pero no vinculantes (Perales Viscasillas, 2014, pág. 416). Sin embargo, para tener una oferta real este debe contener los requisitos anteriormente descritos sumados a una característica muy particular de las ofertas por medios electrónicos, que estas deben contener los términos y condiciones⁷,

⁷ Son el clausulado de los contratos que se realizan por medios electrónicos, es decir las obligaciones, especificaciones, salvedades, que realiza el productor o distribuidor.

para que el usuario pueda consultarlos antes de aceptar la oferta establecida por el comerciante.

3.2- Plazo de la oferta:

El plazo de vigencia de la oferta puede verse de dos formas:

La primera es cuando se realiza por medio de correo electrónico y el plazo de vigencia es indefinido. Este vacío queda suplido por un plazo razonable (Perales Viscasillas, 2014, pág. 431). Sin embargo lo anterior no plantea una solución eficiente surgiendo las siguientes preguntas ¿Cómo se determina el plazo razonable?, ¿En qué momento empieza el termino para determinar el plazo razonable?, en cambio si la oferta por medio electrónico es asimilable con una oferta escrita⁸, se puede decir que el plazo de vigencia es 6 días como lo determina el artículo 851 del código de comercio.

La segunda es cuando la oferta es presentada de forma on line es decir, por video llamada o chat⁹, en este caso teniendo continuidad con el criterio anterior la oferta se puede asemejar a una oferta verbal y el plazo será inmediatamente, de acuerdo al artículo 850 del código de comercio.

3.3- Revocación de la oferta:

La revocación de la oferta en Colombia ha sido causa de gran polémica, ya que el artículo 846 del código de comercio, establece que:

“La propuesta es irrevocable y una vez comunicada, el proponente no podrá retractarse...”
(Decreto 410, 1971)

Sin embargo cuando se trata de compraventas que se realizan con algún elemento internacional¹⁰, debido a que el artículo 16 de la convención de las Naciones Unidas para compraventa Internacional de Mercaderías establece:

⁸ En el capítulo de este escrito; II Oferta por medios electrónicos, se hablara el tema de la oferta electrónica por correo electrónico a profundidad.

⁹ En el capítulo de este escrito; II Oferta por medios electrónicos, se hablara el tema de la oferta electrónica on line a profundidad.

¹⁰ Es decir, que cumplan con el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, artículo 1:

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. (Convención Mercaderías, 2011)

“La oferta si puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato y si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación...” (Convención Mercaderías, 2011)

Por esta razón la revocación de la oferta electrónica es de difícil conceptualización debido que el elemento internacional es muy difícil de identificar en operaciones electrónicas y consecuentemente saber si se puede revocar o no la oferta.

Aun así, la figura de la revocación puede producirse desde el momento en que la oferta es efectiva hasta el momento de la perfección del contrato, no obstante hay que distinguir el tipo de oferta electrónica; en los casos del intercambio de las declaraciones de voluntad por vía electrónica sería posible la revocación de la oferta, enviando un mensaje de datos u otro medio de comunicación en el cual manifieste la revocación y en los casos en que la oferta es realizada por la página electrónica del vendedor, la revocación se deberá ser por el mismo medio que se dio a conocer la oferta (Perales Viscasillas, 2014, pág. 437).

3.4- Aceptación de la oferta electrónica:

“Es la declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de algún medio electrónico, de comunicación o informático, manifestando su conformidad a la propuesta emitida por el proponente” (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 40).

Debido a la intervención del medio electrónico existen dos formas distintas de manifestar la aceptación:

1. *Mediante declaraciones expresas:* Cuando se tratan de ofertas que están permanentes en la red, la generalidad es que las declaraciones se den de manera expresa, ya sea con una aceptación verbal en una videoconferencia, escrita en un correo electrónico, con una de las nuevas formas de manifestación de la voluntad como los click wrap agreements¹¹, o descargando una aplicación. (Perales Viscasillas, 2014, pág. 438)

2. *Mediante declaraciones tácitas:* Aunque autores como Perales Viscasillas no creen posible las declaraciones tácitas por medios electrónicos, con la aparición de los browse wrap agreements¹² es posible, debido a que el usuario por el solo hecho de navegar está manifestando su voluntad. Esta opción es novedosa pero está teniendo gran auge en Estados Unidos y en diferentes partes del mundo.

¹¹ “El click-wrap agreement es una forma de aceptación electrónica de los contratos que se realizan a través de la página web. El visitante de la misma se limita a aceptar mediante un click las cláusulas que previamente ha establecido el titular de la página web.” (Remolina Angarita, 2006, pág. 365).

¹² “Browse-wrap agreement se entiende que el usuario se obliga por el solo hecho de visitar la página web o por existir un aviso o botón que invita al usuario a leer los términos y condiciones de la página web sin que sea necesario que la persona acepte explícitamente dichas reglas pinchando el botón de “acepto”.” (Remolina Angarita, 2006, pág. 365).

4- Características de los contratos electrónicos.

Lo primero que hay que establecer, es que la contratación por medios electrónicos comúnmente está compuesta por contratos de adhesión o contratación masiva, lo anterior obedece a que el comercio electrónico mueve muchos intervinientes y se dificultaría discutir los términos del contrato con cada interviniente, por eso se establecen los términos y condiciones que son la descripción de obligaciones y particularidades de los contratos que se pretenden celebrar, en los cuales el consumidor solo acepta o ignora, ya que este no puede participar en la elaboración de las cláusulas.

“En el caso de la contratación masiva, se presenta cuando el empresario o el productor colocan sus bienes o servicios al alcance de todos los individuos de la comunidad, los que a su vez declaran la voluntad de contratar al adherirse a contratos predispuestos, total o parcialmente, por los empresarios o productores” (Coaguila, 2005, págs. 74-75)

En segundo lugar, los contratos por medios electrónicos deben ser categorizados como contratos entre ausentes¹³ y su declaración de voluntad en cualquiera de las etapas de formación del contrato, será equivalente a una declaración ya sea escrita o verbal (Puyo Burgos, 2007, pág. 64). No obstante lo anterior tiene una salvedad por la diversidad de formas en cómo se puede presentar una oferta en la red, en el caso del correo electrónico, el click wrap y el browse wrap, se podría decir que son contratos entre ausentes, pero el chat¹⁴ o la videoconferencia que están diseñados para ser una comunicación en tiempo real, se tendrían que catalogar como contratos entre presentes, si se tiene en cuenta el criterio sobre la inmediatez de la respuesta.

En el comercio electrónico se pueden identificar dos tipos de contratos:

“1- Los contratos en los que la comunicación de la oferta y aceptación se dan de manera simultánea, directa y en línea, coincidiendo en el tiempo, como es el caso del click wrap, la video llamada, las descargas de aplicaciones y el software.

2- Los contratos en los que la oferta y la aceptación ocurren de manera sucesiva, indirecta, off line y sin coincidir en el tiempo como es el caso del correo electrónico.” (López Polanco, 2010, pág. 33)

5- Requisitos de forma.

El contrato electrónico se considera de índole formalista, desarrollado en etapas preestablecidas, que cuentan con modelos de aceptación como el click, para afirmar el consentimiento de seguir con la siguiente etapa (se debería tener un tercero con funciones

¹³ Sin presencia física de las partes o como lo dice Arturo Alessandri, los contratos entre ausentes son aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada (Pinochet Olave, 2005).

¹⁴ Chat: un sistema que permite conversaciones entre dos o más usuarios en tiempo real. La idea básica es que lo que se escribe con el teclado aparece en la pantalla de los demás usuarios (García Vidal, 2001, pág. 105)

de certificación para la disminución de riesgos). El procedimiento anteriormente descrito crea la necesidad de las formas, para cumplir con las obligaciones de tipo informativo, para que el consumidor brinde su consentimiento de forma correcta y con la debida reflexión se obligue contractualmente (Fortich, 2011, pág. 349).

En primer lugar, los requisitos de forma en el contrato son una de las grandes problemáticas que presenta la contratación electrónica desde el punto de vista del Derecho, por el problema de la falta de tradición en la cultura de la “electrónica” o “informática” (Perales Viscasillas, 2014, pág. 366). Las personas tienen una mayor confianza en las formas tradicionales de presentación del contrato ya sea la oral o en su gran mayoría la escrita. El proceso de adaptación a la cultura de lo virtual deberá ser paulatino y unido a unos requisitos de forma que les den la certeza, confianza y seguridad a los consumidores electrónicos.

En segundo lugar, los contratos electrónicos con su respectivo clausulado debe respetar la normativa establecida en el código civil y el comercial para que brinden los efectos esperados, en otras palabras, que cumplan los requisitos de existencia y validez¹⁵. Todo lo anterior sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad y sin desconocer las normas imperativas, de acuerdo con esto si la ley exige cualquier información o requisito específico adicional a los generales, que se relacionen con el mismo y deba constar por escrito, este requisito queda satisfecho con el contenido en un soporte electrónico¹⁶ (Asensio , 2002, pág. 361), esto es muy común cuando se expide factura (ya sea por contabilidad, por obligaciones tributarias o como título valor) o en casos de protección al consumidor.

Por último, los requisitos de forma son de vital importancia en los contratos que se formalizan a través de contacto interactivo del consumidor con páginas web, dado que se debe garantizar el método de aceptación de los términos contractuales sea el indicado y puesto a disposición del consumidor de manera efectiva (Asensio , 2002, pág. 356), por esta razón la jurisprudencia estadounidense es muy enfática en que los términos y condiciones deben estar en lugares visibles, deben ser claros y con un lenguaje comprensible¹⁷, para que el consumidor tenga oportunidad de saber a qué se está comprometiendo y cuáles son las obligaciones del distribuidor o comerciante.

6- Momento y lugar de la perfección.

¹⁵ Requisitos de existencia: manifestación del consentimiento, objeto (material o jurídico) solemnidades necesarias; Requisitos de validez: capacidad, objeto lícito, causa lícita, consentimiento libre de vicios, solemnidades probatorias. (Paredes Hernández, 2009)

¹⁶ Factura o documento electrónico que permita dar constancia de la transacción.

¹⁷ Ver en: Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc¹²⁷. Et al. (1998), Register.com vs Verio Inc, Groff v. America Online, Inc¹²⁸. (1998)

El momento de la perfección del contrato es uno de los puntos más sensibles cuando se trata de las diferencias del contrato tradicional y el contrato objeto de estudio. Los contratos celebrados en internet tienen la ventaja de hacerse desde cualquier parte del mundo de forma inmediata, lo que presenta conflictos en la aplicabilidad de la legislación nacional o la internacional que establece momentos de perfección de la oferta distintos¹⁸.

En la legislación que regula los contratos internacionales, en su artículo 1.10, numeral 3 se especifica la teoría de la recepción:

“La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida”¹⁹ (UNIDROIT, 2010)

Mientras que la Convención de las Naciones Unidas, en su artículo 18, numeral 2, establece: “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente” (Convención Mercaderías, 2011). Por lo que se deduce que también acoge la teoría de la recepción.

“La convención de Viena 1980 acoge para los contratos de compraventa internacionales de mercadería la teoría de la recepción, si la aceptación se realiza por escrito (incluye los celebrados por internet) y la del conocimiento para las declaraciones realizadas verbalmente” (Perales Viscasillas, 2014, págs. 458-459).

Sin embargo el verdadero problema se presenta a nivel nacional con la discusión doctrinal de ¿Cuál teoría es la que adapta el código de comercio en cuanto al momento de perfección de la oferta?, debido a que el código de comercio trae varios supuestos con evidente contradicción, el primero es el del artículo 845 “Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario” es decir teoría de la expedición, el segundo es el del artículo 864 “se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta” lo que se entiende por ser la teoría de la recepción, el tercer supuesto es del mismo artículo en el segundo párrafo “Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851” lo cual sustituye el sistema de

¹⁸ Para determinar el momento en que se perfecciona la oferta Valencia Zea y Ortiz Monsalve establece las siguientes teorías:

“1- Teoría de la declaración privada: basta que el destinatario se informe de la oferta y la considere acorde con su querer para que se forme el consentimiento.

2-Teoría de la expedición: exige además se envíe el escrito de la aceptación para que se entienda formado el contrato.

3-Teoría de la recepción: plantea que el consentimiento se forma cuando el oferente recibe la aceptación sin importar si se entera o no de su contenido.

4-Teoría de la información: además de la recepción, se requiere el conocimiento de la aceptación por el oferente”(Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2015, pág. 122)

¹⁹A fines del artículo descrito la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención. (UNIDROIT, 2010)

la recepción por el de la expedición de la aceptación (Munar Cadena, 2009, pág. 398). Mientras que parte de la doctrina establece la teoría de la recepción sin ningún tipo de contrariedad (Ortiz Monsalve, 2013, pág. 83).

Lo anterior al ser aplicado al caso de los contratos por medios electrónicos, presenta dificultades, lo que ha hecho que la doctrina se pregunte si se debe aplicar la territorialidad para determinar el momento de la perfección del contrato o si se debe crear una regulación independiente.

“En el marco de los contratos electrónicos, ya sean civiles o comerciales, el momento de perfección será determinado por la teoría de la recepción” (Perales Viscasillas, 2014, pág. 459)

El mismo autor hace referencia a la distinción sobre el momento de perfección del contrato en diferentes países, de la siguiente manera:

Common law	Davies, Chissck y Kelman, describen que hay oscilaciones entre la teoría de la emisión, expedición y recepción.
Italia	Alverto Maria Gambino sostiene que los contratos por e-mail se perfeccionan con la teoría de la recepción.
México	El artículo 80 del código de comercio Mexicano, se establece para medios electrónicos la teoría de la recepción.

Información tomada de (Perales Viscasillas, 2014, pág. 463)

Respecto al lugar de formación del contrato, será la ley que lo rija, el artículo 864 del código de comercio establece que dicho lugar debe ser considerado como la de residencia del oferente. Sin embargo la ley 527 de 1999 en el artículo 25 establece sobre el lugar de envío y de recepción lo siguiente:

“Lugar del envío y recepción del mensaje de datos. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.” (Ley 527, 1999)

El mencionado artículo tiene dos aclaraciones en los literales subsiguientes, el primero se refiere a el iniciador o destinatario que cuenta con varios establecimientos, en este caso se entenderá que el lugar de recepción es el que tenga una relación más estrecha con el negocio y la segunda dicta que si el iniciador o destinatario no tiene establecimiento de comercio, se entenderá la residencia del mismo como lugar del contrato.

Para concluir este capítulo se debe establecer que se pretendió especificar los aspectos básicos de la contratación electrónica, la importancia de establecer que la noción tradicional del contrato sigue intacta con la interferencia del medio electrónico, debido a que en el comercio de este tipo, el principio de equivalencia funcional le da igual fuerza probatoria y validez a los mensajes de datos que son el medio de comunicación de los

negocios descritos. También se describió la formación de los contratos por medios electrónicos asemejándolo a la contratación tradicional, solo difiere en que el medio electrónico que presenta algunas dificultades en cuanto a la innovación haciendo que los requisitos de forma deban ser más estrictos para darle confianza a las partes. En el momento de perfección del contrato y la revocación de la oferta, las teorías no cuentan con unanimidad y varían según el concepto de territorialidad.

II- OFERTA ELECTRÓNICA

En el capítulo anterior se realizó una descripción generalizada sobre el contrato electrónico y sus principales elementos, dentro de ellos está la oferta electrónica en donde se especificaron aspectos como el concepto, la aceptación, revocabilidad, tiempo de duración, momento de la perfección y lugar de la perfección, entre otros. Lo descrito son generalidades que no especifican las diferencias entre la oferta tradicional y la oferta por medios electrónicos, por lo tanto este capítulo tiene la finalidad de describir las particularidades que hacen de la oferta electrónica un concepto diferente y único.

Para lograr el propósito de este artículo se trataran subtemas que mencionaran las particularidades de dicha oferta. 1- Concepto de oferta electrónica, 2- Requisitos de la oferta electrónica, 3- Invitación a ofertar, 4- Clases de oferta.

1- Concepto de oferta electrónica.

Doctrinalmente el concepto de oferta por medios electrónicos no varía sustancialmente²⁰, se trata de una declaración de voluntad unilateral que se expresa por medio de un sistema electrónico, puede ser internet, sistema EDI y telefax, entre otros y se acepta generalmente de manera automática pero de distintas formas, ejemplo de esto puede ser al dar un click o por el hecho de navegar en una página web²¹. Aun así es importante resaltar que por presentarse de esta manera, la oferta no pierde ningún tipo de validez (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 192).

“Aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos, invitando a otra persona a que la celebración de una convención quedará perfecta con la sola aquiescencia de esta”. (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 39); (Páez Vásquez, 2007, pág. 52).

Otra definición establece que esta oferta no se diferencia a profundidad de la concepción de la oferta tradicional, solo que dicha oferta se presenta por medio de un mensaje de datos. (Ovidio Salgueiro, 2002, pág. 263)

2- Los requisitos de la oferta electrónica.

Estos son de trascendental importancia ya que dichas características brindan al consumidor cierto grado de seguridad y son una pieza fundamental en el desarrollo del comercio electrónico.

²⁰ El concepto tradicional de oferta es: “una propuesta firme de celebrar un contrato determinado en las condiciones igualmente determinadas.”/ “ un proyecto acabado de contrato” (Hinestrosa, 2015, pág. 758)

²¹ Página web: es conocida como un documento de tipo electrónico, el cual contiene información digital, la cual puede venir dada por datos visuales y/o sonoros, o una mezcla de ambos, a través de textos, imágenes, gráficos, audio o vídeos y otros tantos materiales dinámicos o estáticos.

En Francia, para brindar una seguridad mayor al consumidor la ley del 21 de junio de 2004²², se le obliga al oferente incluir menciones obligatorias en la oferta, con la finalidad de obligar a suministrar información de carácter necesario sobre el contrato que se pretende celebrar y de esta forma brindar mayor protección (Fortich, 2011, pág. 351).

En Colombia la ley 527 de 1999 no hace mención específicamente de los requisitos de la oferta por medios electrónicos, aun así doctrinalmente se han desarrollado una serie de características para la oferta electrónica, con la finalidad de brindar seguridad al consumidor, sin embargo esto no quiere decir que haya un vacío legal ya que el código de comercio en el artículo 845 establece dos requisitos (los elementos esenciales del negocio y que debe ser comunicada al destinatario).

La Corte Suprema de Justicia establece algunos requisitos adicionales de carácter obligatorio, entre los que están, los elementos esenciales del negocio, los requisitos de existencia y validez, ser comunicada al destinatario, constituir un acto voluntario del proponente y ser firme, inequívoco, preciso, completa (Sala de Casación Civil, 1995).

Lo anterior sin desconocer que se debe entender que los requisitos o disposiciones de la oferta por medios electrónicos quedan regulados por normas que sean aplicables, con fundamento en el principio de la inalteración del derecho preexistente de las obligaciones y los contratos (Oviedo Albán, 2009, pág. 319).

En la oferta electrónica es necesario que sea establecido de forma clara y veraz la intención del oferente de quedar obligado por dicha manifestación, porque en internet la proliferación de información y de engaños es más recurrente, por lo que se hace necesario establecer más requisitos con la finalidad de garantizar un mayor grado seguridad a los consumidores. Doctrinalmente se desarrollaron los siguientes criterios adicionales:

“1. La oferta debe ser completa de manera que el destinatario pueda limitarse simplemente a aceptar.” (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 178)

Esta situación es más gravosa cuando se trata de negocios celebrados por internet ya que en la mayoría de los casos el consentimiento del consumidor es presentado por un click o por navegar en la página web, sin la posibilidad de cambiar el clausulado de la oferta porque generalmente este tipo de contratos son de adhesión.

“2. La oferta debe ser precisa y cumplir con todos los elementos esenciales del tipo de contrato que se desea llevar a cabo. En el caso de contratos por internet se deben cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sobre ventas a la distancia.”²³

²² Es el equivalente de la ley de comercio electrónico en Francia.

²³ Ver Decreto 1499 de 2014. “Por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia”

3. La oferta debe tener un plazo de duración. Esto con el objetivo de que la propuesta sea firme evitando modificaciones de carácter unilateral a las condiciones contenidas en la página web, correo electrónico entre otros.” (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 178)

3- Invitación a ofertar.

La invitación a ofertar es uno de los temas más sensibles en la contratación electrónica ya que es constante la inclinación a confundir esta figura con la oferta, que tienen efectos totalmente distintos, mientras que la oferta cuenta con un contenido vinculante, la invitación a ofertar no, debido a que su finalidad es publicitaria.

La información acerca de productos o servicios, sus características, el precio, detalles y dimensiones, entre otros, que son normalmente establecidos en la página de internet del comerciante, cuentan como una actividad publicitaria que incorpora datos de carácter general, son considerados como invitaciones a hacer ofertas (Asensio , 2002, pág. 355). Por esta razón la información que se difunde por internet no necesariamente tienen que ser ofertas, sino una indicación descriptiva que se puede considerar como publicidad en sentido legal (Perales Viscasillas, 2014, pág. 421).

“La invitación a ofertar- invitatio ad offerendum – por medio de la cual una persona le solicita a otra para que le haga una oferta. En este caso, el consentimiento no se puede conformar mediante una simple aceptación del contenido de la propuesta, pues quien invita a plantear las ofertas se ha reservado la decisión sobre la conclusión del contrato.”²⁴ (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 169)

Por el contenido eminentemente informativo de la invitación a ofertar el presupuesto para diferenciar la declaración de voluntad que se presenta en la oferta con la invitación son:

- “1. La presencia en la página o en el mensaje electrónico de los elementos esenciales para el nacimiento del contrato, requisito indispensable para que se presente una oferta.
2. Que de la propia página electrónica se derive la posibilidad de contratar” (Perales Viscasillas, 2014, pág. 420).

Los contenidos publicitarios fueron también permeados por los medios electrónicos, se crearon nuevas formas de hacer masiva y eficiente la publicidad interfiriendo en algunos casos con la tranquilidad o los derechos del consumidor. Para tener claridad sobre este tema es necesario hacer una descripción de los nuevos fenómenos de la publicidad.

Primero, está el spam, que es un contenido eminentemente publicitario y se define de la siguiente manera:

²⁴ Se acude a la figura de invitación a ofrecer cuando no se tienen aún definidos algunos aspectos fundamentales del contrato, o este, sabiéndolo bien, desea buscar y obtener mejores condiciones para la operación contemplada. (Hinestrosa, 2015, pág. 761)

“El spam es también conocido como correo no deseado o correo basura, es un correo electrónico no solicitado, enviado de forma masiva. Suelen proceder de remitentes desconocidos” (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 201)

Aunque este contenido publicitario no sea deseado por el consumidor, debe cumplir cierto tipo de características, entre las que están:

“El envío masivo a personas determinadas o no de una comunicación publicitaria, que el envío no ha sido autorizado previamente por el destinatario” (Hernández Martínez, 2012, pág. 183). “Que no hayan sido solicitados, que sea anónimo, y que sea masivo” (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 202).

En lugares como España el uso de los spam no ha sido completamente aceptado por la regulación, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en el artículo 21 establece la siguiente prohibición:

“Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.” (Hernández Martínez, 2012, pág. 183)

Segundo, está el mailing, que es una modalidad publicitaria utilizada principalmente en el marketing por medio del correo electrónico y se define de la siguiente forma:

“El mailing o correo directo es una nueva modalidad de marketing directo que han encontrado las empresas de mercadeo para dar a conocer sus productos basándose en el uso de las comunicaciones electrónicas que ofrece Internet.” (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 202)

Las características del mailing se presentan por su connotación de mensajes masivos, que cuentan con consentimiento porque nunca es anónimo, en lo que se diferencia notablemente de los spam (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 203). La forma más práctica de visualizar este tipo de publicidad, es en las páginas web, el consumidor diligencia un formato con la finalidad de acceder a alguna información o a la compra de algún bien o servicio y cuando va aceptar, por lo general en la parte inferior de la página web hay un recuadro en el que solicita autorización para que el comerciante pueda enviar publicidad sobre futuros productos.

Un ejemplo para plasmar el contenido de la invitación a ofertar por medio electrónico son las páginas web de productos o servicios que contienen formularios que deben ser completados por el consumidor, por tratarse de una invitación a ofertar, el titular de la página web puede alterar los precios o no contratar con el consumidor. Él también establece una excepción en el caso de las subastas en línea, basado en la providencia del tribunal alemán, el “Bundesgerichtsgof”, que ha decidido que las subastas en línea son ofertas y no invitaciones a ofertar (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 187).

En América Latina, un proveedor de servicios llamado Open English, utiliza la invitación a ofertar de forma muy dinámica, en su página web, se requiere llenar unos datos entre los que están el número de teléfono, el consumidor envía la información y un especialista se comunica con el usuario y le plantea una gama de ofertas que él puede aceptar o rechazar según sus necesidades.

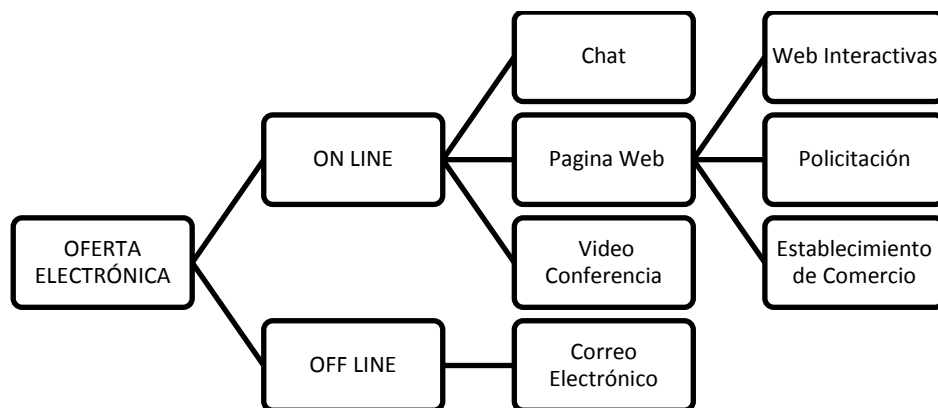
En los sistemas anglosajones del common law específicamente en Estados Unidos, respecto a las transacciones en línea se parte de la idea de que solo el hecho de contar con una página web es una invitación a hacer la oferta y cuando se realiza efectivamente él envió, se constituye una oferta, la cual se perfecciona con la aceptación por el proveedor que exterioriza su voluntad al aceptar la solicitud del consumidor (Perales Viscasillas, 2014, pág. 429). En Inglaterra se tiene un concepto muy afín con el estadounidense, debido a que el mailing se considera una invitación a ofertar, los productos que se ubican en un establecimiento de comercio virtual²⁵ o webstore²⁶, por cuanto el consumidor escoge el producto manifestando su interés de obligarse, se considera que esa acción es una oferta, teniendo la posibilidad al comerciante de aceptarlo o rechazarla (Perales Viscasillas, 2014, pág. 428).

4. Clases de oferta.

El internet por ser uno de los medios más rápidos y eficaces para comunicar la información, interactuar con las personas e intercambiar datos, entre otras funciones, crea oportunidades para el desarrollo del comercio electrónico, haciendo que la oferta se transforme para llegar a cualquier tipo de público, diversificándose de la siguiente manera:

²⁵ La definición del establecimiento de comercio esta descrita en el artículo 515 del código de comercio en donde especifica "Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa.", lo que no difiere con la concepción de establecimiento de comercio virtual solo se hace la salvedad de que todos los medios en los cuales se manifiesta este establecimiento serán intangibles por medio de la tecnología. Peña Valenzuela establece que "es aplicable a un sitio de Internet dispuesto por un empresario en el mundo virtual para realizar operaciones de comercio electrónico. La generalidad de la definición no deja duda de su posible aplicación al mundo del internet" (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 149)

²⁶Una tienda virtual o Webstore es un sitio web que vende productos o servicios y por lo general tiene un carro de compra en línea asociado a ella. (Web Economicas, s.f.)



Cuadro de autoria propia.

4.1- Oferta electrónica ON LINE²⁷:

Las ofertas On line son las que están regularmente en internet y se tiene acceso en el proceso de navegar por la red, con la salvedad que estas no llegan de forma directa a los ordenadores de los consumidores, por el contrario hay que acceder a ellas visitando algunas páginas web. Este tipo de ofertas se constituyen a personas indeterminadas (Rincón Cárdenas, 2006, págs. 39-40). Sin embargo, en los casos que la oferta se presenta por los medios de comunicación en tiempo real también constituye una oferta On line, como ofertas a personas determinadas, en cuyo caso los contratos se entenderán como entre presentes, son ejemplos de estos tipos la videoconferencia, el chat, entre otros (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 181).

Las ofertas On line son particulares porque su contenido solo puede ser visible si interfiere una conexión de internet, es decir, el consumidor para poder interactuar con los contenidos de las páginas web²⁸ que presentan las ofertas, debe estar conectado a la red, ya que la característica principal de las ofertas On line es la comunicación simultánea.

La constitución de la oferta a personas determinadas o indeterminadas o la denominación de contratos entre presentes y ausentes está estrechamente ligada a como se presenta la información en la página web y a la clasificación de las ofertas On line.

Oferta mediante chat o Internet Relay Chat (IRC): Es un sistema de conversación en tiempo real de forma escrita o de texto, que permite la interacción de dos o más personas

²⁷ On line: Se dice que algún contenido o aplicación está disponible online (en línea), cuando es necesario acceder a una red (y en especial a internet) para poder acceder o ver dicho contenido. No existe ninguna copia local en la computadora a la que podamos acceder, debemos recurrir sí o sí a una red. (Alegsa, On line, 2016)

²⁸ Las páginas web a que se referencia este apartado no se refieren necesariamente a la página oficial del empresario, hay plataformas ajenas al producto ofertado que ofrecen el servicio de sola comunicación, medio por el cual puede ser posible la manifestación de la oferta, como es el caso de Skipe, en ofertas por video llamada, o whatapp en ofertas por chat.

simultáneamente en diferentes lugares, la propuesta se asimila entre presentes por su forma inmediata de respuesta al ser percibida o leída. Este tipo de oferta a la del artículo 850 del código de comercio, es decir, la propuesta verbal en cuanto a su aceptación o rechazo inmediato (López Polanco, 2010, pág. 34), no obstante este tipo de oferta crea problemática entre la normatividad del código del comercio ya que puede verse como una oferta telefónica (artículo 850 del código de comercio) o como una oferta escrita (artículo 851 del código de comercio), aun así el autor acoge el criterio del proceso de comunicación ininterrumpida, conforme el cual existirá contrato entre presente (Puyo Burgos, 2007, págs. 68-70).

Oferta por video conferencia o VoIP, voice over IP: Es un medio de comunicación que permite que las partes hablen de manera simultánea en audio y video, sus características son muy afines a los de oferta telefónica, al ser una oferta entre presentes, por lo que se debe aceptar o rechazar inmediatamente (López Polanco, 2010, pág. 35) y el régimen aplicable es la normatividad que rige los contratos telefónicos (Perales Viscasillas, 2014, pág. 410).

Ofertas por páginas web: Son ofertas que están en un sitio web o página web, es decir están realizadas en la Word Wide Web²⁹, la cual es considerada como la herramienta principal del desarrollo del comercio electrónico.

“Este es el caso de las ofertas permanentes, la aceptación del destinatario de la oferta seguirá el procedimiento que le marque el propio oferente. Por ello, salvo el escaso margen que le conceda este, por ejemplo en razón a la cuantía del producto o la forma de pago, resultara que el destinatario de la oferta no podrá discutir ninguno de los términos del contrato.” (Perales Viscasillas, 2014, pág. 406)

En este tipo de ofertas cuando no permiten manifestación de la voluntad sea de manera inmediata o en tiempo real, se cambia el concepto de contrato entre presentes como se evidencio en las anteriores clasificaciones, para volverse un contrato entre ausentes (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 181).

Un aspecto importante en las ofertas por páginas web es que deben ser identificadas claramente, ya que no todas las páginas web contienen ofertas. Por esta razón se clasifican de la siguiente forma:

- **Páginas web interactivas:** Son páginas que se estructuran de tal forma que el prestador del servicio de la página web da a conocer los términos generales para la celebración del

²⁹ Word Wide Web: Un sistema de documentos de hipertexto que se encuentran enlazados entre sí y a los que se accede por medio de Internet. A través de un software conocido como navegador, los usuarios pueden visualizar diversos sitios web (los cuales contienen texto, imágenes, videos y otros contenidos multimedia) y navegar a través de ellos mediante los hipervínculos. (definicion.de, s.f.)

contrato, las cuales deben contener todos los requisitos de la oferta electrónica para que esta tenga un carácter vinculante (López Polanco, 2010, pág. 35).

- Policitación en páginas web: Son páginas web que brindan al consumidor publicidad sobre bienes y servicios, siendo esto una simple invitación a ofertar (López Polanco, 2010, pág. 36).
- Páginas web como establecimientos de comercio³⁰: Por la estructura de las páginas, que de manera interactiva exhiben sus productos, con fotografías, iconos de aceptación, medios de pago, promociones, catálogos, se puede asemejar a la oferta que realiza un comerciante en las vitrinas o mostradores (López Polanco, 2010, pág. 37).

4.2- Oferta electrónica OFF LINE³¹:

Son ofertas que no necesitan conexión de internet para poderse efectuar, con la finalidad de que llegue directamente al destinatario y normalmente son las realizadas por correo electrónico, télex³², fax o por teléfono.

Oferta por correo electrónico: es asimilable a la contratación por vía telefónica, son contratos considerados a distancia entre presentes, se equipara a la oferta o propuesta por teléfono regulada en el artículo 850 del código de comercio (Puyo Burgos, 2007, págs. 64-68).

La oferta por correo electrónico tiene la problemática de ser fácilmente confundida con el mailing, como se ha explicado anteriormente es una invitación a ofertar sin carácter vinculante, esto se debe a que en la mayoría de casos el usuario es el que solicita esta información al suscribirse a las páginas web que solicitan la autorización para enviar correos de carácter publicitario.

En el derecho anglosajón tanto la emisión como la aceptación se pueden realizar por correo electrónico perfeccionando el contrato, lo consideran un contrato a distancia, por lo que crearon la “Mailbox rule³³” (Hernández Fernández & Rodríguez Corría , 2014).

Como conclusión, la oferta por medios electrónicos se tuvo que adaptar al cambiante mundo de la tecnología y el internet, creando requisitos adicionales a los de la oferta tradicional con el fin de darle una mayor protección al consumidor, estableciendo

³⁰ También son llamadas “almacenes virtuales” o “catálogos en línea” (Hinestrosa, 2015, pág. 772)

³¹ Off line: En telecomunicaciones, off-line (fuera de línea) se utiliza para designar a una computadora o algún sistema que no está operativo, está apagado o no accede a la red. (Alegsa, Off line, 2016)

³² Telegrama

³³ Mailbox rule: o regla del correo, la cual define que la aceptación de una oferta a distancia se considera realizada después del envío por correo del mensaje contentivo de dicha aceptación y una vez recibido el mensaje el riesgo lo corre el oferente. (Hernández Fernández, 2006)

diferencias con la invitación a ofertar, que es un acto meramente publicitario sin fuerza vinculante y creando nuevas formas de la oferta como lo son las ofertas on line y las off line, con la finalidad de potencializar el comercio electrónico y llegar de manera efectiva y clara a la mayor cantidad de personas, con la seguridad y agilidad que brinda el internet.

III- CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

El consentimiento es uno de los puntos más álgidos en la concepción del contrato electrónico, esto obedece a que es uno de los requisitos esenciales de cualquier contrato y quizás el que más ha sufrido cambios con la interferencia de la tecnología, debido a los procesos automatizados, la tendencia mundial de hacer que los negocios sean lo más rápidos con la mayor cantidad de consumidores posibles y la creación de nuevas formas de expresar dicho consentimiento.

El consentimiento en la contratación electrónica es:

“La posibilidad de que la contratación en su más estricto sentido, es decir, la manifestación del consentimiento electrónico, es la herramienta más importante en el contexto del intercambio comercial globalizado” (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 440).

El desarrollo de la tecnología y con ella de los medios electrónicos, hace que los dispositivos de carácter técnico se vuelvan una forma de expresión del consentimiento, más efectiva, aunque en ciertos casos resulta perjudicial para el consumidor, puesto que estos automáticamente realizan selección de ofertas, clasifican consumidores, en algunos casos se presenta la aceptación y el consentimiento de manera automática sin el suficiente discernimiento para tomar una decisión acertada (Gómez Pérez, 2004, pág. 59).

Para tener un orden en la comprensión del consentimiento por medios electrónicos y como este se ve afectado por la intervención de la tecnología, se determinara: 1- Los aspectos tradicionales de consentimiento, 2- Se describirá el consentimiento electrónico, 3- Se especificara el mensaje de datos con todas sus implicaciones, 4- Se mencionaran algunas de las dificultades del consentimiento electrónico y 5- Se nombraran las formas de expresar este consentimiento electrónico.

1- Aspectos tradicionales del consentimiento.

1.1- Concepto de consentimiento:

El concepto tradicional de consentimiento es el acuerdo de voluntades (exteriorizado) para la formación de un negocio jurídico. (Linares Vesga , 2014, pág. 13).

“El significado técnico es la común intención de los contratantes, su acuerdo de voluntades (viene del latín cum sentiré: entenderse, ponerse de acuerdo con otro)” (Tamayo Lombana, 2008, pág. 186)

El consentimiento ha tenido variaciones a lo largo de la historia, en la Edad Media, se establece la importancia del consentimiento sin la necesidad de formalismos, *solus consensus obligat*, que para la época era una mentalidad nueva y avanzada, ya que con el solo consenso se puede obligar y es eficaz para perfeccionar el contrato (Tamayo Lombana, 2008, pág. 185). Lo anterior tiene vital importancia porque este es el fundamento histórico de la mayoría de los negocios que se realizan actualmente, el consensualismo ha desarrollado la economía y de la misma forma el derecho.

1.2- Elementos del consentimiento:

Con la finalidad de desarrollar el concepto de consentimiento, la doctrina establece que la voluntad³⁴ en sí misma es un acto interno, no obstante cuando se trata de voluntad contractual establece dos elementos o fases para que este cuente con eficacia en el mundo jurídico: el elemento interno y el elemento externo³⁵.

El elemento interno se trata de una operación intelectual o la conciencia del negocio jurídico y a la verdadera intención de realizarlo a través de un contrato (Tamayo Lombana, 2008, pág. 187). Esta intención debe ser seria, es decir, que realmente las partes tengan la intención de producir vínculos jurídicos por medio de un negocio jurídico (Ledesma Gil, 2014, pág. 114).

El elemento externo es llevar la voluntad al mundo exterior, pero no que solo sea emitida, es necesario que se desprenda del emisor de forma que los demás o el receptor pueda conocerla (Tamayo Lombana, 2008, pág. 188). La forma de exteriorizar dicha voluntad interna se puede dar de forma verbal o escrita, también puede ser de forma expresa o tácita (Ledesma Gil, 2014, pág. 114).

1.3- Teorías de la eficacia del consentimiento:

Los elementos del consentimiento han traído una serie de problemáticas en cuanto a: ¿Cuál de los dos elementos debe tener mayor preponderancia en el análisis de eficacia de los negocios jurídicos? Para darle respuesta a este interrogante se establecieron dos teorías:

Teoría de la voluntad interna: aunque la intención de obligarse debe manifestarse para que esta produzca efectos jurídicos, el elemento preponderante es la voluntad interior, ya

³⁴ La voluntad, que es la esencia de todo acto jurídico, debe ser manifestada, esto es, relevada por signos exteriores, para que llegue a ser conocida... En esta forma se ha dicho que la "medula del negocio jurídico es la declaración o exteriorización de voluntad". (Pérez Vives, 2009, pág. 136)

³⁵ Es necesario que el acto sea serio y cierto, sin ningún tipo de especulación. También se necesita que este sea consiente y libre, sin ningún tipo de vicio, tanto en el elemento interno como el externo (Tamayo Lombana, 2008, págs. 187-188).

que la exteriorización solo es un medio para dar a conocer la intención. Esta teoría describe el elemento subjetivo intencional, que ha desarrollado instituciones jurídicas como son los vicios del consentimiento (Pérez Vives, 2009, pág. 139).

En el caso de la contratación electrónica esta teoría reviste de gran importancia, en cuanto a que los consumidores realmente no están manifestando su voluntad interna sino la externa, al aceptar términos y condiciones de los cuales no tienen un discernimiento sincero, desconociendo las condiciones del contrato de forma total o parcial. Si en la contratación electrónica se brindaran mayores elementos de respaldo a la teoría de la voluntad interna los consumidores estarían protegidos de los abusos constantes de este tipo de contratación. El problema es que por ser un aspecto eminentemente subjetivo, el aspecto probatorio sería muy difícil de determinar lo cual también trae serias desventajas al consumidor.

Teoría de la voluntad declarada: esta teoría propugna por el predominio de la manifestación de la intención, la declaración es el elemento que conocen las partes y terceros, por lo tanto es fuente de seguridad jurídica (Pérez Vives, 2009, pág. 139).

“La buena fe y la confianza son exigencias indispensables de las transacciones y una y otra imponen que se ponga de lado la voluntad real, difícil y muchas veces imposible de conocer y que se atienda a las declaración que es el modo como la voluntad se manifiesta para la formación del acto jurídico.” (Hinestrosa, 2015, pág. 159)

El verdadero querer de las partes (elemento interno) pasa inadvertido para el mundo jurídico si no se exterioriza la voluntad de alguna forma, ya sea por comunicación o por la conducta de la parte (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 150).

Esta teoría es comúnmente utilizada en los contratos que se practican en internet. Como la finalidad de estos es realizar acuerdos en masa en el menor tiempo posible, la exteriorización es lo único que importa, el elemento interno es poco relevante, incluso en algunos casos no se puede determinar, es el caso de un consumidor que al observar en una página web, desconoce totalmente que está aceptando los términos y condiciones, pero por el hecho de navegar se entiende que exteriorizo su voluntad. Lo que ocasiona una gran amenaza de vulneración a los derechos del consumidor.

Las dos teorías proponen aspectos que son trascendentales para valorar la eficacia del contrato, aun así hay que tener en cuenta que llevar al extremo alguna de las dos teorías podría ocasionar problemas de seguridad jurídica, el ideal sería acercarse al punto medio para poder analizar la eficacia de manera integral.

1.4- El consentimiento en la oferta y la aceptación:

Rengifo Gardeazábal realiza un estudio con base en la siguiente pregunta: ¿El consentimiento necesita para formarse una coincidencia total entre la oferta y la aceptación o es suficiente con una coincidencia parcial sobre los elementos centrales del contrato?, para resolverla plantea los siguientes tipos de teorías:

La teoría del espejo³⁶: se refiere a que en los contratos consensuales hay consentimiento cuando existe una coincidencia plena, total y absoluta entre dos declaraciones de voluntad (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 151). En nuestro país, esta teoría ha sido reconocida expresamente por la legislación, la jurisprudencia³⁷ y la doctrina (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 156).

La teoría del consenso incompleto³⁸: se refiere a que el consentimiento solo debe recaer en los aspectos centrales del contrato, sin que sea eminentemente necesario el despliegue de todos los puntos de dicho acuerdo, por lo que los puntos en los que no se tuvo concordancia en las voluntades puedan ser resueltos de forma posterior con cláusulas accesorias (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 152).

En los casos de contratación masiva como los que se presentan en internet, esta teoría podría tener una aplicación práctica, debido a que en este tipo de contratación los consumidores no llegan a conocer la totalidad de los términos y condiciones de los contratos, y mucho menos entender los aspectos de carácter técnico por la celeridad con la que se practican, esto trae como consecuencia la difícil prevención de las consecuencias jurídicas (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 153).

Sin embargo emerge una problemática, en el caso de la compraventa los elementos esenciales del contrato son el precio y la cosa, lo que hace que de acuerdo con esta teoría, elementos que son de trascendental importancia para la contratación electrónica como el derecho aplicable o las cargas tributarias, puedan ser determinados de forma posterior por medio de cláusulas accesorias.

Aun así, en los contratos sometidos a cláusulas generales se ha venido protegiendo al adherente de los abusos mediante la exclusión de cláusulas abusivas o insólitas (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 157).

³⁶ También llamada teoría del consenso completo o teoría de la intención común.

³⁷ C.S.J. Sala de Casación Civil, sent., de 26 de febrero de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez:

“La efectividad del proceso-*iter contractus*-, superada la etapa preliminar de acercamientos no vinculantes en los que ha de prevalecer la corrección o lealtad en el comportamiento (art. 863 del C. de Co.), depende de la formulación que haga uno de los interesados al otro de una propuesta u oferta y, particularmente, de que el destinatario de la misma, la acepte en forma incondicional, pudiendo acontecer, como es frecuente, que antes de que ello ocurra, las partes efectúen sucesivos y recíprocos planteamientos negociales, los cuales, en la medida en que no traduzcan un consenso pleno o total de los intervinientes, no darán lugar al surgimiento del contrato, objetivo éste que sólo se obtendrá cuando, se reitera, frente a una oferta definitiva, la contraparte la acepte oportunamente y sin reparos.” (subrayado fuera del texto)

³⁸ También llamada teoría del acuerdo parcial.

2- Consentimiento electrónico.

El consentimiento electrónico es la declaración de voluntad por parte de los contratantes, que se configura en el momento de coincidencia entre la aceptación y la oferta (Cuellar, 2008, pág. 95).

En el caso del consentimiento que es plasmado por medios electrónicos, no hay distinción en el concepto, ya que el contrato electrónico se asemeja a los tradicionales, solo que las partes desean brindar su consentimiento a través de un medio electrónico para que se produzcan los respectivos efectos jurídicos (López Varas, 2009, pág. 83), lo que difiere es la forma como este consentimiento es plasmado.

“El comercio electrónico no es sino una nueva modalidad para la formación del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos.” (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 35)

Desde el principio del desarrollo de las tecnologías se ve con escepticismo el consentimiento en los contratos electrónicos y si estos resultaban vinculantes o aptos para valer como manifestaciones de voluntad legítimas para concluir contratos (Rojas Amandi V. , 2007, pág. 258). Ahora bien, este interrogante queda resuelto con el principio de equivalencia funcional y la ley 527 de 1999, que le otorga plena validez a los negocios celebrados en medios electrónicos.

Los siguientes son los requisitos indispensables para que se forme correctamente el consentimiento:

- “1- La aceptación debe darse mientras la oferta este vigente.
- 2- La aceptación debe ser oportuna.
- 3- La aceptación debe ser pura y simple.” (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 41)

3- Mensaje de datos.

Este es uno de los elementos de mayor envergadura para darse la comunicación y el desarrollo en la red, debido a que los mensajes de datos toda información de la oferta y su respectiva aceptación llega a su receptor, creando las relaciones del comercio electrónico.

La definición legal de mensaje de datos está consagrada en la ley 527 de 1999, artículo 2, literal a:

“La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (Ley 527, 1999)

En sentencia C-662 de 2000, la Corte Constitucional establece que el mensaje de datos es la categoría piedra angular de las transacciones comerciales y formula las características esenciales de la siguiente forma:

“Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.” (C- 662, 2000), (Subrayado no contenido en el texto original)

La característica descrita por la Corte como “la prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse”, hace énfasis en la importancia del consentimiento para los contratos electrónicos, conforme a que la información contenida en ese mensaje de datos es constitutiva de una declaración de voluntad, con todos los efectos que conlleva, por lo que el consumidor debe tener mucho cuidado con las obligaciones que contrae, puesto que el carácter de la información lo dará el generador de dicho mensaje electrónico de acuerdo con el contenido y sentido que este le quiera dar (Moreno Betancourth, 2013, pág. 31).

Este mismo autor establece una de las características esenciales y constitutivas del mensaje de datos, es decir, la bilateralidad de la información. Esta bilateralidad se presenta en dos sentidos, primero las partes que interfieren directamente con el mensaje de datos, el emisor y el destinatario, segundo esa bilateralidad debe ser tecnológica ya que las partes deben tener la oportunidad de tener acceso los mensajes de datos (Moreno Betancourth, 2013, pág. 32).

Efecto jurídico de la declaración de voluntad a través de mensaje de datos:

El efecto jurídico de la declaración de voluntad es el mismo que en un contrato tradicional, que es regulado en la mayoría de aspectos por los principios generales del contrato (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 443).

La declaración de voluntad en un mensaje de datos no exige una forma o un formato específico (Moreno Betancourth, 2013, pág. 30), ya que el principio general es aquel según el cual la expresión de la voluntad es libre, pudiendo ser verbal, escrita, expresa o tácita

(Tamayo Lombana, 2008, pág. 189). Esta es la razón por la cual las nuevas formas del consentimiento como los click wrap, los browse wrap o los multi wrap³⁹, son posibles y tienen efectos vinculantes, porque en realidad son formas novedosas y rápidas de que el consumidor muestre su consentimiento. Lo que realmente se tiene en cuenta es que la voluntad de obligarse se vea realmente plasmada con signos inequívocos y que el destinatario pueda acceder a la respuesta de la oferta, para que goce todos los efectos jurídicos de cualquier contrato.

El principio de equivalencia funcional, descrito anteriormente, también es catalogado como el principio rector del comercio electrónico, es el que le otorga a los mensajes de datos la validez jurídica haciendo que los contratos celebrados por medio de mensaje de datos sean equiparables a los de documentos escritos tangibles.

Si los mensaje de datos cuentan con los requisitos de existencia y validez el documento electrónico será equiparable al tradicional mientras dichas declaraciones no cuenten con algún vicio (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 37).

“La validez jurídica de los mensajes de datos se fundamenta en virtud del principio de la equivalencia funcional de los actos y contratos celebrados en red, que es un principio rector del comercio electrónico, según el cual la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance o finalidad.” (Moreno Betancourth, 2013, pág. 34)

4- Dificultades del consentimiento electrónico.

Como se dijo anteriormente el consentimiento es uno de los elementos de la esencia que en controversia con la intervención de los medios electrónicos, porque al brindarse un consentimiento que no está libre de vicios o al presentarse intervenciones de procesos automatizados se aleja a la persona contratante del verdadero discernimiento en el contenido de las cláusulas, lo que puede traer afectaciones a los consumidores.

A continuación se hará la descripción de algunas de las dificultades que conlleva el consentimiento electrónico:

Primero, una de las problemáticas más notorias en el consentimiento electrónico es el mismo desarrollo de la tecnología, que cada vez se capacita más para automatizar procesos que antes solo se podían considerar eminentemente humanos. Entonces ¿Qué

³⁹ La combinación entre el click-wrap y el browse-wrap u otras combinaciones, para la formación de un solo contrato.

pasa con el tipo de sistemas que son capaces de crear y enviar un mensaje con ofertas o aceptaciones?

“La cuestión legal consistiría en determinar si un mensaje creado, procesado y enviado por un sistema automatizado de datos resulta suficiente para manifestar la voluntad de las partes y para obligarlos al cumplimiento de lo pactado” (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 173)

Los sistemas expertos⁴⁰, son calificados como uno de los logros técnicos más grandes de la tecnología, varias acciones que antes eran eminentemente humanas han sido computarizadas, digitalizadas y desarrolladas por software en algunos casos con una precisión difícil de diferenciar con la realidad humana.

El derecho y específicamente la contratación no han sido ajenos a esta realidad, ya que hay sistemas de expertos que realizan gran parte del proceso de formación del contrato electrónico, lo que hace que los modelos de comportamiento tradicional en los cuales se basa el contrato, se deban reformular, puesto que el consumidor actúa guiado por relaciones de confianza⁴¹ y estas pueden ser fácilmente imitadas por la apariencia que proporciona un sistema experto.

Con base a lo anterior se establecen principios jurídicos sobre el consentimiento electrónico:

En primer término, la autonomía privada de la voluntad, debido a que se debe preservar el ámbito de la libertad individual de la persona y si esta desea contratar por esa apariencia y confianza que le brinda el sistema experto lo puede hacer.

“Hay situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación basada en la confianza autorizan a imputar obligaciones, allí donde el sujeto no las estableció expresamente.” (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 448)

En segundo término, el principio de seguridad jurídica que en ciertos casos se antepone a la confianza y apariencia brindada por el sistema experto, se ve en la obligación de que el oferente sea más diligente en sus deberes de información, para no incurrir en posibles vulneraciones del derecho del consumidor (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 448).

⁴⁰ Los sistemas expertos, rama de la Inteligencia Artificial, son sistemas informáticos que simulan el proceso de aprendizaje, de memorización, de razonamiento, de comunicación y de acción en consecuencia de un experto humano en cualquier rama de la ciencia (Informática Integral Inteligente, 2004-2007).

⁴¹ La confianza es un aspecto que tiene una gran trascendencia en el derecho contractual al punto que Hinestrosa, especifica la “teoría de la confianza”, como una necesidad de darle al comportamiento humano el significado que socialmente le conviene dentro del marco de circunstancias en que se produce. Esto con el ánimo de darle seguridad al destinatario, a la vez que hace responsable al declarante de sus fallas en la emisión o transmisión de su designio, al margen de la “pureza” y “exactitud” de su comportamiento. (Hinestrosa, 2015, pág. 159) ... “El negocio, la creación de apariencia, el acto que impone un deber de coherencia, tienen, todos, una vocación única: el despertar confianza, y generan compromiso jurídico del agente” (Hinestrosa, 2015, pág. 160)

Ahora bien, se acepta que un contrato pueda celebrarse con la actividad autónoma de sistemas informáticos capaces de enviar ofertas o confirmaciones y aceptar las condiciones de un alter ego informático (Hinestrosa, 2015, pág. 805). Sin embargo lo anterior presenta ciertas salvedades en ausencia de manifestación de voluntad del agente, por esto establecen las siguientes posibles nulidades:

1. La manifestación de voluntad del consumidor, en este caso se necesita la autorización de la persona que desea contratar y ausencia de esta manifestación el acto será considerado totalmente nulo (Castillo Freyre & Martín Horna , 2002, pág. 353). El sistema de experto en este caso viciaría de nulidad el acto debido a que un consumidor al automatizar la aceptación de las ofertas que se presentan en internet, no tendría la oportunidad de reflexionar adecuadamente sobre obligación que contrae.

2. Por otro lado, cuando la manifestación de la voluntad la realiza el proveedor de la oferta por medio de un sistema experto, la cual ha sido programada para contratar por él, el consentimiento sería totalmente legal (Castillo Freyre & Martín Horna , 2002, pág. 353). Aunque la declaración de voluntad de esta persona es mediata al realizar la programación de la computadora y no inmediata en el acto de celebración, sigue teniendo validez dicho consentimiento (Rincón Cárdenas, 2004, pág. 438).

El ofrecimiento de un producto por medio de un sistema de experto no afecta el consentimiento de un contrato electrónico, ya que el consumidor tendrá la potestad de quererse obligar o no, aun así si el sistema de expertos llega a tener alguna falla en su programación comprometiendo al proveedor de la oferta, este será responsable y será vinculado a las ofertas que erróneamente envíe el sistema experto, porque él es el responsable de su programación, mantenimiento y constante vigilancia, es decir, de actuar con debida diligencia.

Aunque se plantea la situación anterior como un vicio del consentimiento que tiene como efecto considerar el acto nulo:

“Un evento de este tipo nos enfrenta a una nulidad en el contrato, esto dependiendo si afecta o no el consentimiento expresado por las partes en el contrato. De igual manera frente a la eventualidad del uso del dispositivo técnico por parte de una tercera persona se hablaría de una posible responsabilidad del emisor por la indebida utilización de éste”. (Gómez Pérez, 2004, pág. 60)

Aun así, con todas las posibilidades de que un sistema experto emita las ofertas, una recomendación que protege al consumidor de posibles vulneraciones es:

“El consentimiento puede transmitirse mediante un sistema experto de ayuda para tomar una decisión, sobre la base de condiciones concurrentes predefinidas. Sin embargo, a nuestro

juicio, el contratante debe conocer el sistema, aprobarlo y, en función a ello exteriorizar su voluntad.” (Castillo Freyre & Martín Horna , 2002, pág. 247)

Segundo, es la falta de verdadero discernimiento en las obligaciones de los consumidores al contratar en internet es una importante dificultad del consentimiento electrónico.

“Para que una declaración sea voluntaria se necesita primeramente que quien la hace tenga conciencia de que declara algo” (Hinestrosa, 2015, pág. 900)

Este discernimiento se presenta de diferentes maneras en las formas de manifestar el consentimiento, en el caso del click wrap se tiene el discernimiento de aceptar algo pero no se tiene la suficiente reflexión del contenido de la obligación, ya que los consumidores no se informan de los términos y condiciones de los contratos electrónicos o estos son confusos y de carácter técnico, lo que dificulta una debida interpretación. En el caso de los browse wrap el discernimiento es prácticamente nulo, debido a que la navegación a una página web desde el punto de vista del consumidor no lo obliga, él solo hace una actividad de observación, aunque estén a la vista los términos y condiciones es muy complejo que el consumidor realmente se entere de que es lo que está aceptando al entrar en la página web.

Tercero, el problema de identidad de la persona que está contratando, considerando que es muy difícil constatar el discernimiento real de querer obligarse y probar que el consumidor o usuario realmente se obligó con la debida reflexión, o que realmente es la persona la que se está obligando y no otra obrando en nombre de esta, por ser estos contratos en su gran mayoría entre ausentes.

Esta es una de las problemáticas que hacen de la autenticidad de los mensajes de datos un tema de trascendental importancia dando paso a la creación de nuevos sistemas de seguridad, como los entes de certificación, passwords o firmas digitales.

“En los contratos electrónicos la identificación del autor de la manifestación de la voluntad, esto es la autenticidad del mensaje, adquiere relevancia especial. Los datos del buzón electrónico desde donde se ha enviado el mensaje proporcionan información sobre el titular del mismo, pero no sobre la persona que realmente ha enviado el mensaje desde dicho buzón. Para identificar al autor real de la comunicación electrónica, en la práctica, se suelen utilizar sistemas de passwords y el de firma digital.” (Rojas Amandi V. , 2007, pág. 174)

El objetivo de estos nuevos mecanismos de seguridad es resguardar la integridad del contenido de los mensajes de datos, es decir, debe existir una concurrencia de la información enviada y la efectivamente recibida, debido a que una alteración en el contenido de la oferta, podría cambiar sustancialmente la misma y podría conllevar consecuencias o efectos no deseados para las partes como una nulidad o inexistencia del acto de acuerdo al tipo de alteración de la oferta.

“Si la falta de coincidencia entre la información manifestada y la recibida obstaculiza la formación del acuerdo de voluntades debido a que produce un error sobre la identidad de la cosa objeto del contrato o, sobre la naturaleza del acto jurídico que se propone, el acto sería inexistente.” (Rojas Amandi V. , 2007, pág. 177)

Por último los vicios del consentimiento, como dificultad del consentimiento electrónico son muy comunes y recurrentes en la contratación electrónica, aun así el problema radica en la dificultad probatoria para declarar el acto nulo.

Uno de los vicios que ha sido más controvertido en la contratación electrónica es el error, que puede darse en cualquier etapa de la formación del contrato aunque esto ha sido reducido con el derecho del consumidor que impone un deber cada vez más estricto de información, esto ha hecho que los casos de error se disminuyan notablemente, a pesar de esto se evidencia una falta de materialización de políticas que beneficien al consumidor y eviten los vicios del consentimiento.

5- Formas de expresar el consentimiento.

Las formas como tradicionalmente se ha exteriorizado el consentimiento son: expresa, tacita, verbal y escrita. Con la intervención de la tecnología estas formas se siguen presentando pero con nuevas maneras de hacerlas prácticas:

5.1- Expresa:

“Cuando la persona la da a conocer directamente por cualquier medio apto para ello: el escrito, el teléfono, el telégrafo, la radio, la prensa” (Tamayo Lombana, 2004, pág. 135).

Dentro de estas formas expresas, de manifestar la voluntad también hay cabida para los mensajes de datos y los instrumentos de comercio electrónico (Garcés Vásquez, 2014), lo que hace perfectamente factible que en internet se realicen formas nuevas de expresar la voluntad, la más conocida y concurrente en el mundo virtual son los llamados click wrap, que se representan a través de un banner en el cual se hace click, es una actividad que amerita una intención directa y consiente de aprobación, es decir, de contratar, por lo que se puede categorizar como expresa.

En la práctica esta es la forma más utilizada, ante lo que algunas legislaciones proponen un requisito adicional de acusar el recibo para concluir el contrato, algunos doctrinantes establecen una serie de pasos:

“- Una oferta hecha por la web.

- llenar el formulario y hacer “Click” en “Acepto”, el contrato es aceptado.

- Un correo electrónico automático es enviado al oferente a modo de acuse de recibo.” (López Varas, 2009, pág. 89)

5.2- Tácita:

“Es la intención tácitamente manifestada, implica la ejecución de actos que de manera inequívoca demuestran que se tiene la voluntad de ligarse jurídicamente en determinado sentido.” (Pérez Vives, 2009, pág. 137)

Esta manifestación se deriva de la conducta del destinatario de la oferta y se perfecciona en el momento que el oferente tenga conocimiento de tales actos de forma oportuna (López Polanco, 2010, pág. 43). Dichas acciones implican la ejecución de estos actos deben ser inequívocos y deben demostrar la voluntad de ligarse jurídicamente en determinado sentido (Pérez Vives, 2009, pág. 137).

Hay figuras novedosas en la contratación electrónica, principalmente desarrolladas en Estados Unidos donde la manifestación de la voluntad tácita puede ser aceptable, es el caso de los Browse wrap, que acepta las actividades como navegar o hacer uso de una página web como formas de manifestación tácita. Sin embargo, hay autores que no aprueban las formas de manifestación de la voluntad tácita por medios electrónicos diciendo:

“No es posible que se den cita en el marco de la contratación electrónica las declaraciones tácitas de voluntad como forma de asentir una oferta, esto es, declaraciones que no expresen directamente una voluntad, salvo que concurren simultáneamente con una declaración expresa” (Perales Viscasillas, 2014, págs. 438-439)

Otro sector de la doctrina reevalúa el carácter vinculante tomándolo como incidente:

“Manifestaciones de voluntad tácitas son las acciones que no se realizan especialmente con el fin de poner en conocimiento de otro la voluntad de contratar, sino de las que se puede razonablemente deducir la existencia de dicha voluntad. No pudiendo valer como declaraciones, valen como indicios de la voluntad” (Hinestrosa, 2015, pág. 461)

A pesar de que se puede deducir que este tipo de manifestación presentada en la contratación electrónica escasea de contenido vinculante y en esta eventualidad no hay ningún modo de declaración, son meros comportamientos de una actividad coherente o de un silencio (Hinestrosa, 2015, pág. 462). Se puede decir que estos constituyen algún tipo de negocios jurídicos que han sido determinados por la sociedad con la finalidad de autorregulación de intereses, esta es la razón por la que el código de comercio en el artículo 854 regula y le da la misma eficacia que la expresa, de la siguiente forma:

“La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa”

Este tipo de contrariedades es muy común por la forma de concebir el derecho en dos de los sistemas más importantes del mundo, el continental al que pertenecemos con cultura

legalista y el anglosajón, con prelación de las libertades y la autonomía de las partes. En Estado Unidos figuras como el browse wrap son totalmente válidas y vinculantes, solo deben de ir acompañadas de la suficiente información con la finalidad de proteger al consumidor.

Common Law	Civil Law
“Se sigue una técnica casuística basada en el análisis de los términos empleados y la naturaleza de la transacción para valorar si concurre la intención de vincularse, que tiende a rechazarse, salvo que se indique claramente lo contrario, en las propuestas dirigidas a personas indeterminadas.”	“Los sistemas continentales prevalece un análisis centrado en la presencia en la propuesta, aunque dirigida a un número indeterminado de personas, de los elementos esenciales del contrato, determine el carácter de oferta vinculante”

(Asensio , 2002, pág. 354)

5.3- Escrita:

“La expresión de la voluntad escrita reviste los caracteres de manuscrita e impresa, forma esta que puede dar lugar a los llamados contratos de adhesión, los cuales han originado profundas discusiones entre los juristas. La expresión escrita de voluntad puede formularse, también, por telégrafo, por inalámbrico, por carta, por escritura privada y por acto auténtico” (Pérez Vives, 2009, pág. 137)

Para hacer la analogía con los contratos electrónicos, este tipo de manifestación se ve reflejada en las ofertas emitidas por correo electrónico a causa de que es la misma eventualidad solo que en forma de mensaje de datos.

En el código de comercio en el artículo 851 se regula la propuesta escrita de la siguiente forma:

“Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia.”

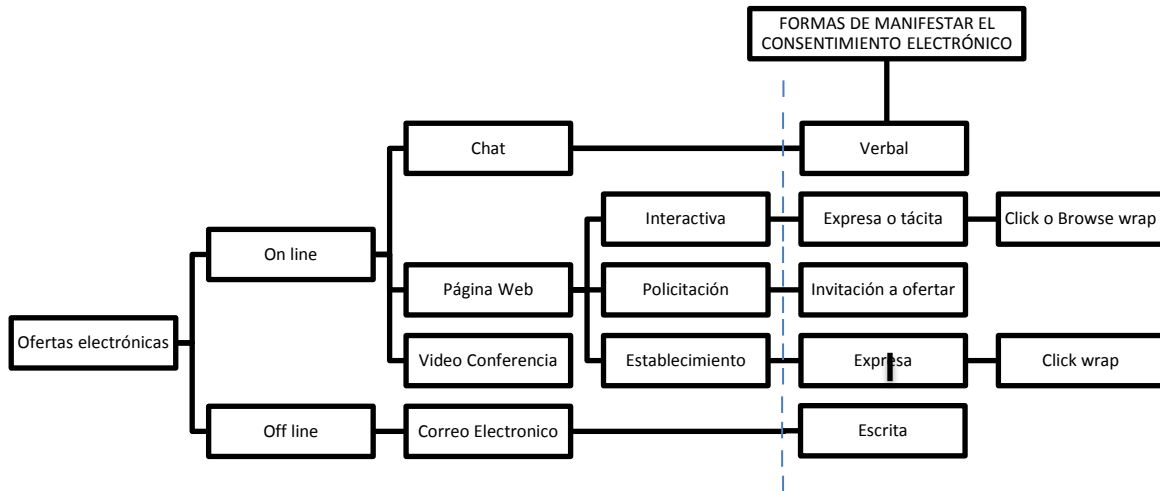
5.4- Verbal:

“La expresión verbal puede serlo directamente al destinatario, por mensajero o por teléfono” (Pérez Vives, 2009, pág. 137)

En la oferta por video llamada se evidencia esta forma de manifestar la voluntad puesto que es similar a una conversación en tiempo real, por lo que la respuesta debe ser inmediata.

Ante esta forma el código de comercio en el artículo 850, describe este tipo de oferta así:

“La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes.”



Cuadro de autoría propia.

La anterior clasificación, tiene la salvedad que se puedan mezclar las formas de manifestar el consentimiento. Un ejemplo de lo anterior es el caso de la oferta que es presentada como escrita por medio de un correo electrónico, pero es aceptada de forma verbal por teléfono.

En conclusión el consentimiento es uno de los elementos de existencia que se ven más afectados en el contrato electrónico, esto porque la masificación de los contratos en internet y las nuevas formas de manifestar el conocimiento, hacen de estos contratos una combinación entre novedosos y rápidos, acuerdo de voluntades que genera la relación jurídica sigue conservando su concepción solo que por distintos medios.

Tanto las manifestaciones expresas como el click wrap o las tácitas como el browse wrap siguen contemplando el mismo requisito de exteriorizar la voluntad para vincularse con otra persona, el problema es: ¿Qué sucede alguna de las partes con más conocimiento sobre tecnología manifiesta su voluntad de manera mediata al programar un sistema experto que envíe propuestas a personas indeterminadas? o ¿Qué efectos produce la oferta cuando el consumidor no cuenta con la suficiente información y se vincula en internet?.

En la primera problemática se estableció que los sistemas expertos son válidos solo para el caso del ofertante siempre que actúe con debida diligencia en su programación, mantenimiento y supervisión, unido a que el consumidor deberá estar consciente de que está contratando con un sistema experto, para que si la confianza que implanta en el negocio no sea vulnerada y se actúe con la debida seguridad jurídica.

En la segunda problemática, se soluciona con un mayor rigorismo informativo por parte del ofertante y diligencia del consumidor. Los problemas no son originados por las nuevas formas de manifestación. Sin embargo, se originan por la falta de responsabilidad de las partes, el oferente al no contar con la suficiente información de sus productos ni capacitar acerca del proceso de contratación, y el consumidor por no leer los términos y condiciones que establece el oferente con el fin de su protección.

IV- FORMAS DE EXPRESAR EL CONSENTIMIENTO ELECTRONICO

Las nuevas formas de contratación electrónica, es decir, el shrink wrap, el click wrap, el browse wrap y los multi wrap, obedecen a la masificación de los negocios virtuales originados por la proliferación de la tecnología y el desarrollo de las TIC's. Son formas novedosas de manifestar el consentimiento, que tienen como finalidad perfeccionar la mayor cantidad de contratos con los visitantes de páginas web.

Estas nuevas modalidades tienen su origen en la contratación de software, pero por la efectividad que representa para el comerciante, se han masificado a contratos que tiene como objeto: bienes digitales, bases de datos electrónicas, videojuegos y la comercialización de todo tipo de productos a través de la web (López & Martínez, 2004, pág. 37).

Por la cotidianidad con la que se presentan estas formas de manifestar el consentimiento la doctrina y jurisprudencia de diferentes países han tratado de estudiar el alcance y la legalidad de estas figuras.

“Se trata de determinar si constituyen un “modo inequívoco” para expresar la voluntad de obligarse o si estamos frente a una forma de “aceptación tácita manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto.” (Remolina Angarita, 2006, pág. 364)

Para poder describir de forma adecuada estos nuevos cambios en la manifestación del consentimiento, se dividirá esta sección de la siguiente forma: 1- Concepto de wrap contracts, 2- Shrink wrap, 3- Click wrap, 4- Browse wrap, 5- Multi wrap, 6- Problemáticas de los wrap contracts, todo lo anterior con sus respectivas características.

1- Concepto de wrap contracts.

Los wrap contracts, son el género de todas las nuevas formas de manifestación del consentimiento, (Shrink wrap, Click wrap, Browse wrap, Multi wrap), se refieren a contratos adhesivos de todo tipo presentados en internet o con interferencia de un medio electrónico.

“I use the term “wrap contracts” to refer to non-traditional adhesive contracting forms that are not signed by the adherent.” (S. Kim, 2014, pág. 309)

Este tipo de contratos también son llamados web wrap agreement, la definición de este concepto es utilizado comúnmente para abarcar varios contratos presentados en la web. Ejemplo de esto es la adquisición de productos informáticos de forma material, shrink wrap, o virtual, click wrap (Vargas Basilio , 2010, pág. 18).

Además tienen la particularidad de que son presentados en diferente formato, esto es, su procedencia y el modo como se presenta ante el usuario o consumidor difiere de la forma tradicional (S. Kim , 2013, pág. 4). Estos contratos son figuras análogas de los contratos por adhesión tradicionales, teniendo en cuenta que se presentan como “términos y condiciones” o “condiciones generales del contrato” y estas son predisuestas por el oferente como tradicionalmente se hace en varios contratos (Scotti, 2012).

“Estos contratos, buscan definir los usos previstos de las fuentes electrónicas, en los web-sites.” (H. Pike, 2005)

La ventaja de estos contratos, es que son formas innovadoras de control que se rigen por principios como el de la autonomía privada. Sin embargo el argumento más fuerte que tiene a favor este tipo de contratos es la eficiencia económica y que sus formas son similares a los contratos tradicionales. (S. Kim , 2013, pág. 5)

La desventaja de este tipo de contratación es que sus formas novedosas permiten que las empresas brinden términos agresivos, creando desequilibrios notorios entre las partes, dado que estos contratos se presentan de forma ubicua, con pocas posibilidades de ser regulados por normas tradicionales y sin ningún tipo de equilibrio contractual (S. Kim , 2013, pág. 4).

2- Shrink wrap.

La primera forma novedosa creada con la intermediación de la tecnología es el shrink-Wrap, también llamado blister agreement o end user agreement (Vargas Basilio , 2010, pág. 17), este es un contrato que no se realiza por un medio electrónico, pero que es el origen de la contratación electrónica. Por esta razón tiene un apartado de estudio con el objetivo de tener una mirada integral de la contratación electrónica.

“One form of an adhesion contract, known as a shrink-wrap agreement, —gets its name from the fact that retail software packages are covered in plastic or cellophane” (Han, 2010, pág. 8)

La razón de la creación de los shrink wrap, es su practicidad en la compraventa de licencias de software. Es una versión de papel, que contiene los términos y condiciones incorporados en del empaque del contenido del programa o software, adquiridas normalmente en las tiendas de tecnología (Remolina Angarita, 2006, pág. 366). Una vez se realice compraventa y el consumidor abra el producto, el contrato queda perfecto sin necesidad de que él lea los términos y condiciones del producto, este solo puede ser regresado al proveedor si no se ha abierto.

Por lo general el producto tiene una leyenda indicando que antes de abrir el producto lea el acuerdo legal, en vista de que el acto de abrir el paquete de sellado, usar el software o permitir su uso, indica el consentimiento total del consumidor. Si no se está de acuerdo

con los términos, dicho producto se puede devolver dentro de los siguientes 7 días para su reembolso.

“BEFORE YOU OPEN THIS PACKAGE: carefully read the following legal agreement regarding your use of the enclosed Brand “X” product. By the act of opening the sealed package, using the software or permitting its use, you will indicate your full consent to the terms and conditions of this agreement. If you don’t agree with what it says, you may return the software package within 7 days of your receipt for a full refund” (López & Martínez, 2004, pág. 38)

2.1- Clases de Shrink wrap:

Existen tres formas de evidenciar la presencia de un shrink wrap.

Box-top: El contrato de Shrink wrap se encuentra en un papel entre la caja que contiene el producto y cuenta con envoltorio transparente que asegura el sellado de la caja (Acuña Navas & Cordero Esquivel, 2014, pág. 106). Una vez se abre la caja se aceptan los términos y condiciones. Por lo tanto esta clase Shrink wrap es supremamente nociva para el consumidor, puesto que no le da la oportunidad al consumidor de saber sobre la existencia de esos términos y condiciones.

Envelope: El concepto envelope significa “sobre”, y tal y como la misma palabra lo indica, esta modalidad se caracteriza por estar el contrato incluido en un sobre dentro de la caja que contiene el producto (Acuña Navas & Cordero Esquivel, 2014, pág. 106). Esta clase cuenta con el mismo problema del Box- top, teniendo en cuenta que lo único que difiere es la adición del sobre, pero sigue siendo imperceptible al consumidor.

Referral: Se hace referencia a la etiqueta adherida al paquete o al disco que contiene el software, la cual indica que no se debe abrir el producto sin antes haber leído la licencia (Acuña Navas & Cordero Esquivel, 2014, pág. 106). Esta clase es la menos nociva para el consumidor, dado que este tiene a la vista las condiciones del contrato y le da la posibilidad de revisar dichos términos antes de que quede vinculado al contenido de los mismos.

Estas clases demuestran que el comerciante tiene una clara necesidad y urgencia en que el usuario quede sujeto a los términos y condiciones, por lo que lo obliga a aceptar sin conocerlos. En muchos casos las cláusulas contenidas en estos sobres o documentos dentro de las cajas de software resultan ser perjudiciales y nocivas para el consumidor. (Acuña Navas & Cordero Esquivel, 2014, pág. 108)

2.2- Principales jurisprudencias estadounidenses sobre Shrink wrap:

ProCD v. Zeidenberg: Zeidenberg adquirió un software en una tienda ProCD, los términos y condiciones del uso del software estaban contenidos en la caja del software, pero cada vez que el usuario instalaba el programa el texto de la licencia decía que había incumplido los términos de la licencia. En primera instancia el Juez decidió que la licencia no vinculaba al usuario porque los términos de la misma se encontraban dentro de la caja, lo cual impedía al consumidor conocer los términos de la licencia antes de adquirir el software. En segunda instancia, se revocó señalando que las licencias shrink-wrap son contratos válidos y vinculantes como cualquier otro contrato y los asimilo a la compra de tiquetes aéreos o la compraventa de electrodomésticos por medio de televentas y resalto que Zeidenberg recibió varias notificaciones sobre las condiciones de la licencia cada vez que hacía uso del software (Remolina Angarita, 2006, pág. 367).

Systems, Inc. v. Hardin Construction Co., L.L.C.: Se establece que las licencias que se incorporan dentro de las cajas en que se empaca el software son jurídicamente vinculantes. El texto de la licencia prevé que el comprador pueda rechazar el negocio devolviendo el software dentro de determinado tiempo (Remolina Angarita, 2006, pág. 367).

Para finalizar, los shrink-wrap son el hito en cuanto a contratación electrónica, responden a un modelo tangible o tradicional de contratación por adhesión, pero gracias a ellos las formas de manifestar el consentimiento se diversificaron y de esta forma se masificó el comercio por internet.

3- Click wrap.

El click wrap es la forma más común de contratar en internet, consciente o inconscientemente todas las personas que hacen un uso regular del internet están sometidas a este tipo de contratos. Estos contratos se han convertido en una costumbre jurídica que en varias ocasiones se somete a controversia con legislaciones nacionales (Álvarez, 2010, pág. 10), esto se da por ser un tipo de contrato globalizado, es decir, los contratantes se pueden encontrar en cualquier parte del mundo y por esta razón es difícil determinar la jurisdicción, competencia y el derecho aplicable en caso de controversia.

“El “click-wrap” es una forma de aceptación electrónica de los contratos que se realizan a través de la página web. El visitante de la misma se limita a aceptar mediante un click las cláusulas que previamente ha establecido el titular de la página web” (Remolina Angarita, 2006)

Este click se realiza de forma manual en un banner⁴²o aviso dispuesto en un sitio web y por lo general figura como un “yo acepto” o “I agree” (Valenzuela, 2003, pág. 225), esta forma de manifestar el consentimiento puede estar presente en cualquier tipo de contrato

⁴² Banner: Es un formato de anuncio publicitario que se exhibe en páginas web y que tiene la particularidad de ser interactivo.

que se presente por medios electrónicos. Sin embargo se hace más comprensible cuando se analiza como un contrato de compraventa de software, en donde el proveedor del producto otorga una aplicación que un consumidor compra, esta compra se perfecciona con la descarga del software antecedido del asentimiento a los términos del contrato al marcar la casilla “acepto” (Johansson, 2014).

La definición que jurisprudencialmente han establecido los tribunales estadounidenses es:

“A click wrap agreement allows the consumer to manifest its assent to the terms of a contract by clicking on an acceptance button on the website⁴³” (Han, 2010, pág. 10)

Los click wrap son declaraciones de voluntad, realizadas, formadas y expresadas de modo absoluto e integral en la red, mediante las cuales se pretenden generar consecuencias jurídicas, referidas específicamente a los derechos y obligaciones relacionadas con un desarrollo contractual específico. Por lo general estas declaraciones perfeccionan acuerdos en espacios electrónicos abiertos, donde el aceptante tiene a disposición las obligaciones para que las lea, las entienda y si está de acuerdo con esos términos, exprese su voluntad mediante un click, obligándose (Moreno Betancourth, 2013, pág. 36).

De acuerdo a las anteriores definiciones se infiere que el click es una forma expresa de manifestar la voluntad en la formación de un contrato y esto tiene pleno aval normativo en los artículos 5, 14 y 15 de la ley 527 de 1999, ya que se genera un mensaje de datos de la aceptación de los términos y condiciones del contrato (Remolina Angarita, 2006, pág. 365).

El click wrap, de cierta forma suprime el momento de reflexión mediante el cual la parte débil o el consumidor debe leer los términos y realizar un esfuerzo por entenderlos.

“Se debe someter a reglas de forma, con el fin de proteger a los contratantes del riesgo que implica la rapidez y la simplicidad de celebrar este tipo de contratos por la red” (Fortich, 2011, pág. 349).

Por lo anterior la doctrina ha señalado unos términos básicos que deben presentarse al consumidor de forma clara, cuando este se quiera vincular por medio de wrap contracts. Los términos básicos son: Cláusulas de selección de foro, disposiciones relativas a la elección de la ley, acuerdos arbitrales (si aplica), termino de uso del producto o servicio, condiciones de uso, limitaciones de la responsabilidad (Davis , 2007, pág. 578).

3.1- Clases de Click Wrap

⁴³ Esta definición corresponde al pronunciamiento de la Corte en el caso Stomp, Inc. v. NeatO, LLC:

Type and click:

“El consumidor debe escribir “acepto” u otras palabras similares en un recuadro que aparece en la pantalla y hacer click en el botón de enviar para manifestar su consentimiento” (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 192)

Procedimiento que es muy pertinente para la contratación dado que elimina la posibilidad que las máquinas estén aceptando ofertas, sin el consentimiento inmediato de un consumidor. Lo anterior brinda seguridad tanto al empresario como al consumidor insertando más formalidades en el proceso de vinculación de la oferta.

Icon clicking :

“El usuario debe hacer click en un icono que contiene la leyenda “OK”, “I agree”, “acepto”, “estoy de acuerdo” o alguna similar para manifestar su consentimiento” (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 193). “Los contratos de click wrap requieren que el adquiriente o usuario manifieste su concordancia a través del clickeo con el ratón (mouse) de la computadora en el botón de "acepto" o "concordó" en una caja de diálogo o una ventana tipo pop-up⁴⁴” (Vargas Basilio , 2010, pág. 19)

3.2- Click wrap en el mundo:

La contratación electrónica es una práctica global que regularmente son denominados wrap contracts, el click wrap es el más conocido, por lo que diferentes países y organizaciones refieren esta nueva forma de manifestar el consentimiento de la siguiente forma:

Estados Unidos:

La mayoría de tribunales norteamericanos han considerado que esta forma de manifestar el consentimiento, se ha convertido en una práctica estándar, para el intercambio, distribución y venta de bienes (tangibles o intangibles) y servicios. Se ha considerado que en estos casos los vínculos de las partes que intervienen en el comercio electrónico serán válidos, siempre que no establezcan contradicción en los principios generales de los contratos (Moreno Betancourth, 2013, pág. 37).

Asimismo en Estados Unidos, en el año de 1999, la Confederación Nacional de Comisionados sobre las Leyes Estatales Uniformes, aprobó una ley uniforme sobre transacciones electrónicas (UCITA)⁴⁵. Esta ley que tiene como objeto regular el tema de las transacciones en línea y deja claro que la manifestación plasmada mediante un click

⁴⁴ Pop- up: es una página más pequeña, que se abre exclusivamente para la manifestación de la aceptación.

⁴⁵ The Uniform Computer Information Transactions Act

es jurídicamente vinculante siempre y cuando el usuario tenga la posibilidad de conocer los términos y condiciones antes de obligarse (Moreno Betancourth, 2013, pág. 37).

“La ley establece que el consumidor debe tener la oportunidad de revisar la licencia o que esta haya sido “puesta a disposición del consumidor de forma que llame la atención y el este pueda ser de fácil revisión”” (Spooner, 2001)

UNCITRAL:

Las Naciones unidas con la institución UNCITRAL, establece una ley modelo sobre comercio electrónico, en donde la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. Como consecuencia de lo anterior, el consentimiento dado por el click, no es considerado como expreso pero si como expícito, siendo este válido y vinculante jurídicamente, con la condición de que los proveedores deben cumplir cabalmente con el deber de informar al consumidor (Moreno Betancourth, 2013, pág. 38).

Europa:

En los ordenamientos europeos, se ha dicho que los contratos celebrados a través del click wrap, no realizan una manifestación expresa del consentimiento, pero si se realiza un acto material del cual se puede deducir que está expresando su voluntad tácitamente y técnicamente esto será suficiente para generar los efectos jurídicos deseados si el comportamiento del aceptante es inequívoco, como el caso en el que está pagando por un servicio adquirido (Moreno Betancourth, 2013, pág. 38).

3.3- Principales jurisprudencias estadounidenses sobre click wrap:

***Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc*127. Et al. (1998):**

“Hotmail ofreció un servicio gratuito de correo electrónico. Quienes querían adquirirlo debían estar de acuerdo con los términos de uso (los cuales el cliente puede ver o consultar en pantalla) y luego debe aceptarlos dando un click en un ícono de la página web. En dichos términos se prohíbe el uso del correo de Hotmail para facilitar la transmisión de correos comerciales no solicitados (Spam).

Van Money Pie aceptó el servicio de Hotmail pero procedió a enviar spam con materiales pornográficos. La Corte encontró que el click-wrap agreement celebrado entre el demandado y demandante, obliga a Van Money Pie a cumplir los términos del servicio de Hotmail, desde el momento en que hizo click en el icono “I agree”, por lo que concluyó que la conducta del demandado infringió el contrato celebrado con Hotmail, ya que los términos de servicio prohíben el uso del correo electrónico de Hotmail para facilitar la transmisión de Spam” (Remolina Angarita, 2006, pág. 365).

***Groff v. America Online, Inc*128. (1998):**

“America Online ofrece a través de su página web acceso a Internet ilimitado a cambio del pago de un cargo fijo mensual. En los términos y condiciones que los clientes aceptan mediante un click se prevé en la “forum selection clause” que cualquier conflicto será solucionada ante una Corte de Virginia.

Groff y otros, demandaron a America Online ante una Corte de Rhode Island. La Corte se declaró incompetente para conocer el caso porque se debía respetar lo estipulado en la “forum selection clause”. Para la Corte es claro que existe un contrato entre las partes que fue aceptado por Groff dando click en el botón “I agree”” (Remolina Angarita, 2006, pág. 366).

Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc. and Verizon Internet Services, Inc129 (2002).:

“Bruce G. Forrest contrató con Verizon Internet Services (VIS) la prestación de servicios que no fueron cumplidos por el último. Por lo anterior, Bruce G. Forrest demandó a VIS ante la Corte de Apelación del Distrito de Columbia. La Corte encontró que el demandante realizó un contrato vía Internet con VIS al haber dado click en el ícono de “Accept” de la página Web del demandado. Dentro del texto del contrato existe la “forum selection clause” según la cual los conflictos que nazcan con ocasión del contrato deben ser resueltos ante una Corte de Virginia. Por ésta razón, la Corte de Columbia se declaró incompetente” (Remolina Angarita, 2006, pág. 366).

Register.com vs Verio Inc (2004):

“ Se consideró válida la leyenda en el sitio de internet que indicaba que “al enviar esta solicitud, usted acuerda a someterse a estos términos”, por lo que efectivamente se había formado un contrato” (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 194).

Para finalizar con la descripción del click wrap, hay que establecer que esta figura se ve como una evolución del shrink wrap. La afirmación anteriormente dicha está justificada en que el fenómeno es similar, la diferencia es la interferencia del medio electrónico, en el shrink wrap se manifiesta el consentimiento abriendo la caja, siendo esto es una manifestación expresa de la aceptación y click wrap es una manifestación expresa el dar click en el banner a través de la red:

A click wrap is a digital agreement that requires the user to click on an acceptance text or icon to indicate assent. Unlike a shrink wrap, which results in a contract if the buyer fails to reject the terms, a click wrap requires an affirmative manifestation of assent. Accordingly, courts have generally upheld the validity of click wrap agreements (S. Kim, 2016).

La evolución se encuentra evidenciado en dos aspectos: El primer aspecto es que en el shrink wrap los términos y condiciones no estaban a disposición del consumidor hasta que quedara perfecta la compra del producto, por el contrario en el click wrap en algunos casos el consumidor tiene el beneficio de conocer los términos y condiciones antes de contratar. El segundo aspecto es la intermediación de la tecnología que se evidencia notoriamente en el click wrap.

4- Browse wrap.

El browse wrap es una de las formas más polémicas en la contratación por internet, aun así es una forma masiva de contratación en la web. La polémica se debe a que la manifestación del consentimiento se realiza de forma tácita, al navegar en una página de internet.

“La aceptación se da por el simple hecho que el navegante ingrese en el sitio e interactué con el mismo, posiblemente existiendo simplemente un registro previo de datos con el fin de aumentar el grado de certeza sobre quien contrata” (Valenzuela, 2003, pág. 225)

En esta forma el consentimiento no es expreso se dificulta la evidencia del conocimiento absoluto de los términos y condiciones del contrato, aunque estos se encuentren en una parte visible de la página web.

“Browse wrap contracts are not assented to explicitly, but implicit assent does not mean there is no assent at all.” (Kamantauskas, 2015, pág. 66)

Los términos y condiciones generalmente son conectados a una página web por medio de un hipervínculo⁴⁶, pero este hecho no asegura una manifestación concreta de estar de acuerdo con esos términos descritos (Firm, 2013), lo que crea una posible vulneración a los derechos de los consumidores por no tener la conciencia de lo que está contratando y sus implicaciones.

Por lo general los browse wrap, tienen leyendas que establecen los términos y condiciones, algunas veces de manera llamativa y otras veces de forma que pasan desapercibidas ante cualquier consumidor. Un ejemplo de cómo regularmente se presentan los términos y condiciones es:

“The terms and conditions begin with such phrases as "use of the site constitutes acceptance of the terms" or "downloading or using the software manifests your assent to these license terms." ⁴⁷ (L. Kunz, Ottaviani, D. Ziff, M. Moringiello, Porter, & Debrow, 2003, pág. 280)

En Estados Unidos el Uniform Commercial Code (UCC) da plena eficacia a la aceptación manifestada por el hecho de navegar en una página web, siendo suficiente para obligar a las partes en un contrato. Aunque esto solo se da si las partes tienen una conciencia de

⁴⁶ Hipervínculo: son elementos de una página web que, al hacer click en ellos, permiten a los lectores navegar a una nueva dirección web. Al navegar por la web, los hipervínculos son los que conectan las páginas web unas con otras. (CCM)

⁴⁷ En Colombia un ejemplo representativo de estas leyendas es uno de los principales periódicos del país, El espectador [“El uso de este sitio web implica la aceptación de los Términos y Condiciones y Políticas de privacidad de COMUNICAN S.A. Todos los Derechos Reservados D.R.A. Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin la autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved 2017”](#)

los términos del mismo, de lo contrario no podrá ser eficaz el acuerdo pactado (Kamantauskas, 2015, pág. 67).

La conciencia descrita anteriormente solo puede ser posible si el proveedor de la página tiene un adecuado manejo de los términos y condiciones, es decir los ubica de forma que al consumidor le llame la atención y los pueda consultar. Aun así, en la regularidad de las páginas web ubican estos términos y condiciones en la parte baja de la página con una letra pequeña y con poca visibilidad, por lo que el consumidor pasa totalmente desapercibido esta información, siendo prácticamente imposible la reflexión de las obligaciones que contrae.

Para ilustrar una de las formas del adecuado uso del browse wrap en una página web, termsfeed.com⁴⁸ propone lo siguiente:

The Sunday Business Post's en su página inicial: "Bienvenidos al Sitio Web El Sunday Business Post ("Sitio"). Por favor revise las siguientes reglas básicas ("Términos de Uso") que regulan el uso y/o compra de productos a través de nuestro Sitio ya que constituyen un acuerdo legalmente vinculante entre usted y Post Publications Limited. Tenga en cuenta que su uso de nuestro sitio constituye su aceptación de estas condiciones de uso y su aceptación a estar obligado por ellos." (Feed, 2014).

4.1- Criterios del Browse wrap

Los criterios para un adecuado manejo del browse wrap, son desarrollados principalmente por la doctrina, dichas recomendaciones son en beneficio del consumidor, para que este tenga la posibilidad de tener una reflexión sobre los términos y condiciones y pueda contratar teniendo el discernimiento adecuado de las consecuencias de su manifestación.

Doctrinalmente se establecen cuatro recomendaciones, con la finalidad de crear reponsabilidad en los browse wrap y de esta forma brindarle mayor confianza al consumidor:

- “1. The user is provided with adequate notice of the existence of the proposed terms.
2. The user has a meaningful opportunity to review the terms.
3. The user is provided with adequate notice that taking a specified action manifests assent to the terms.
4. The user takes the action specified in the latter notice.” (L. Kunz, Ottaviani, D. Ziff, M. Moringiello, Porter, & Debrow, 2003, pág. 281)

⁴⁸ Es una página web dedicada a proporcionar plantillas de términos y condiciones, políticas de privacidad, políticas de devoluciones, licencias de usuario final, generador de políticas de cookies para sitios web, aplicaciones de Facebook, aplicaciones de escritorio, aplicaciones SaaS. Para ver más en <https://termsfeed.com/>

Primero, se proporciona al usuario una notificación adecuada de los términos y condiciones, es decir, que el lugar donde estos son ubicados debe llamar suficientemente la atención del consumidor, tener letra grande y color llamativo.

Segundo, el usuario debe tener una oportunidad significativa de leer los términos y condiciones. No es solo la responsabilidad de exponerlos en la página web, sino procurar instalar todos los medios para que el consumidor le sea obligatorio informarse del contenido de las obligaciones en la página web.

Tercero, se debe notificar adecuadamente al usuario para que este haga una acción específica para manifestar su consentimiento. A lo que se refiere es que se deben tomar medidas adicionales para que el consentimiento del consumidor sea expreso o específico y haya más elementos que estructuren la veracidad del consentimiento del consumidor.

Por último, solo después de haber cumplido a cabalidad los tres requisitos anteriores el usuario puede manifestar adecuadamente su consentimiento en un browse wrap.

De forma similar la Americas for Fair Electronic Commerce Transactions (AFFECT)⁴⁹ equipara estos contratos con una transacción electrónica y establecen sus propios criterios para la utilización de los browse wrap:

1. Customers are entitled to readily find, review and understand proposed terms when they shop;
2. Customers are entitled to actively accept proposed terms before they make the deal.”
(Kamantauskas, 2015, págs. 70-71)

Primero, establece el derecho que tienen los consumidores de encontrar, revisar y comprender fácilmente los términos y condiciones, para lo que el oferente debe tener todos los mecanismos adecuados para cumplir con tal finalidad.

Segundo, describe que los consumidores tienen el derecho a manifestar su consentimiento o no, sobre los términos y condiciones que diligentemente el oferente le presente.

4.2- Principales jurisprudencias estadounidenses sobre Browse wrap:

El browse wrap ha tenido un desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos donde su uso es cotidiano, por esa razón hay que establecer las sentencias más relevantes para la descripción y conceptualización del mismo:

⁴⁹ AFFECT: es una amplia coalición nacional de los consumidores, negocios minoristas y de fabricación, instituciones de servicios financieros, profesionales de la tecnología y los bibliotecarios que se oponen a la Ley Uniforme de Transacciones de Información Computacional (UCITA) en Estados Unidos. Mirar en <http://www.ucita.com/>

Pollstar v. Gigmania the plaintiff (2000): El demandante ha creado una base de datos en línea que pueden ser descargados por los visitantes del sitio. El acusado ha descargado la información y la puso a disposición en su sitio web. El demandante alegó que la utilización de los datos obtenidos a partir de su sitio web está sujeto a un acuerdo de licencia. La corte encontró que los visitantes del sitio web no fueron alertados adecuadamente de que la utilización de la información estaba sujeto a un acuerdo de licencia. El aviso estaba en impresión gris pequeño sobre un fondo gris. El texto no se subrayó, confundiendo a los visitantes en haciéndoles creer que no era un hipervínculo. (Kamantauskas, 2015, pág. 68) Esta sentencia es un ejemplo claro sobre la importancia de tener los hipervínculos visibles y llamativos para que el consumidor pueda tener acceso a los términos y condiciones.

El Cairo, Inc. v. Servicios CrossMedia, Inc. (2005): La corte mantiene las condiciones de uso de los sitios web, estos constituyen acuerdos vinculantes entre el operador y el usuario de la página web. Los avisos establecen que las condiciones crean acuerdos, si el usuario sigue utilizando la página web este se vincula por lo que debe tener un conocimiento real de dichos términos y condiciones (Samson, 2008).

Dewayne Hubbert v. Dell Corp.(2006): el tribunal aplicando la ley de Texas, define que los compradores de ordenadores en la página principal de Dell, deben sujetarse a los términos y condiciones de venta, que son publicados y disponibles en el sitio web antes de la compra. Es importante destacar que el tribunal sostuvo que el consumidor estaba vinculado, a pesar del hecho que los términos y condiciones se encontraban en un hipervínculo en el sitio Dell y no había una manifestación expresa como un click para indicar su consentimiento de obligarse. El Tribunal sostuvo que mediante la compra de sus equipos en línea, los consumidores suscribieron un contrato en línea que incluye los términos y condiciones, ya que se les advirtió en el sitio web de Dell que sus compras estaban sujetos a los mismos (Samson, 2008).

Southwest Airlines Co. v. BoardFirst, LLC (2007): La importancia de esta sentencia es que el distrito de Norte de Texas, reconoce la masificación de carácter comercial de la figura browse wrap y estableció el principio general de validez, sobre la notificación efectiva de los términos y condiciones:

“One general principle that emerges is that the validity of a browse wrap license turns on whether a website user has actual or constructive notice of a site’s terms and conditions prior to using the site.” (Han, 2010, págs. 11-12)

Para concluir con los browse wrap, estos han sido causa de gran polémica a la forma tradicional de la contratación, puesto que el consentimiento no se evidencia de manera explícita, por el contrario se infiere de una conducta que muchas veces no cuenta con la suficiente reflexión por parte del consumidor. Con toda la oposición que pueda tener doctrinalmente se ha tratado de establecer unos parámetros básicos para la utilización de

los browse-wrap con la finalidad de evitar vulneraciones al derecho del consumidor, estos deben ser de forma: didáctica, sencilla, completa, clara, con suficiente visibilidad, rápida y obligatoria.

5- Multi wrap.

Este concepto es totalmente novedoso, se trata de la combinación entre el click wrap y el browse wrap u otras combinaciones, para la formación de un solo contrato. Ejemplo de lo anterior es:

“Facebook’s Terms of Use are somewhat like a browse wrap agreement in that the terms are only visible via a hyperlink, but also somewhat like a click wrap agreement in that the user must do something else click “Sign Up” to assent to the hyperlinked terms. Yet, unlike some click wrap agreements, the user can click to assent whether or not the user has been presented with the terms”. (S. Kim, 2016, pág. 16)

La presencia de un contrato multi wrap se da cuando los términos y condiciones se presentan en una forma de browse wrap, pero se necesita una manifestación adicional que debe ser presentada como un click wrap ya sea por medio de un banner o el diligenciamiento de datos que permita la identificación del consumidor.

Otra forma de ver este tipo de contratos es en la eventualidad que se acepte una aplicación o el ingreso a una página web por medio del click wrap y debido a la continua permanencia en ese sitio web, sean cambiados los términos y condiciones, por lo que se transformación en una aceptación de tipo browse wrap. Esta es la forma como comúnmente hacen vinculantes los contratos las grandes compañías como Facebook, Instagram y Twitter.

Uno de los principales problemas de los multi wrap, es que este tipo de contratos no tienen ninguna señal con respecto a la duración y el alcance de los términos y condiciones, por lo que presentes mayores desafíos (S. Kim, 2014, pág. 319).

6- Problemática de los wrap contracts.

La primera problemática, es la falta de equilibrio contractual, es decir, los términos y condiciones son excesivamente injustos para el consumidor y es evidente la desigualdad contractual.

“En virtud del derecho contractual, todos los acuerdos deben ser considerados por ambas partes antes de que el contrato sea válido y este poder desigual crea climas contractuales injustos en línea” (García, 2014, pág. 41)

Aunque los principios básicos del derecho del consumidor, establece que las cláusulas abusivas no se pueden presentar, porque perjudica al consumidor, estos contratos siguen existiendo debido a la tecnicidad de los términos y condiciones junto con la falta de

uniformidad en las normas regulatorias en el mundo y escasez de instrucciones que materialicen la protección al consumidor.

La segunda problemática, se refiere a la publicidad de los términos y condiciones, es decir, los contratos click wrap en la mayoría de casos solo muestran los términos y condiciones después del pago (Garcia, 2014, pág. 42) o en el caso de los browse wrap, los términos y condiciones están en todo momento de la navegación por la página web, pero el hipervínculo que lo contiene, no es lo suficientemente llamativo como para que el consumidor los lea.

“En el 2003, especialistas legales abordaron los problemas legales del click wrap y el browse wrap identificando el problema principal: la falta del consentimiento informado” (Garcia, 2014, pág. 60)

En cuanto a la publicidad el estatuto del consumidor en el artículo 50, literal d, describe la obligación de publicar dichos términos y condiciones, en lugares visibles y disponibles a la consulta en todo momento:

“d) Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.”

El tercer problema, es la despersonalización que se presenta en los contratos de adhesión y de información (Garcia, 2014, pág. 62). Tradicionalmente los contratos de adhesión no permiten crear circunstancias particulares para cada cliente, debido a que son acuerdos tipo estándar, estos generalmente presentan la misma problemática que los términos y condiciones, es decir, estos contratos no son leídos por el consumidor.

Lo que hace más peligrosa la situación de los contratos por internet es el desconocimiento total del contenido del mismo o la inadvertencia de la existencia del contrato, por lo que el deber de informarse es prácticamente nulo.

El cuarto problema, es de autenticidad:

“No existe una firma o una muestra de consentimiento que se conserve como prueba de la aceptación del usuario” (Vargas Basilio , 2010, pág. 20)

La autenticidad, puede verse de dos formas. La primera forma, es la certeza de las personas con las que se está contratando, si realmente se cumple la condición de capacidad para poder contratar o si el consumidor se está manifestando por medio de una máquina. El estatuto del consumidor en su artículo 52 se refiere a este punto de la siguiente forma:

“Cuando la venta se haga utilizando herramientas de comercio electrónico, el proveedor deberá tomar las medidas posibles para verificar la edad del consumidor. En caso de que el producto vaya a ser adquirido por un menor de edad, el proveedor deberá dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción.”

La segunda forma, es el aspecto probatorio de dicha transacción ya que se necesita un soporte que evidencie efectivamente la manifestación del consentimiento, requisito que es prácticamente nulo en los casos de los wrap contracts. Una de las pocas alternativas probatorias es la utilización de logs⁵⁰ que son históricos de todos los catálogos y aceptaciones. Aun así, normativamente en el estatuto del consumidor, artículo 50, literal d y e, establece la obligación del proveedor a expedir dicho soporte y guardarlo como material probatorio.

“ d) Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.”

“e) Mantener en mecanismos de soporte duradero la prueba de la relación comercial, en especial de la identidad plena del consumidor, su voluntad expresa de contratar, de la forma en que se realizó el pago y la entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos, de tal forma que garantice la integridad y autenticidad de la información y que sea verificable por la autoridad competente, por el mismo tiempo que se deben guardar los documentos de comercio.”

Subrayado fuera del texto.

La quinta problemática, es la modificación de los términos y condiciones, que se presentan normalmente en los browse wrap y en los multi wrap. Una modificación en las condiciones del contrato cuando ya hay un acuerdo existente, se podría considerar como una notificación inadecuada de la existencia de la nueva propuesta y falta de oportunidad de revisar los términos y condiciones nuevos (L. Kunz, Ottaviani, D. Ziff, M. Moringiello, Porter, & Debrow, 2003, pág. 282), además de una vulneración latente de la seguridad jurídica que brinda el vínculo contractual. Esta problemática es muy recurrente en las páginas de redes sociales en donde los términos y condiciones se modifican constantemente sin una notificación adecuada al consumidor. Sin embargo, en algunos casos se advierten los cambios de los términos y condiciones, con los aspectos básicos de los cambios, es el caso del navegador Crome, que cuando realiza alteraciones en los términos y condiciones los notifica por medio del correo electrónico, impidiendo que el consumidor ingrese al sitio sin revisarlos, haciendo que la responsabilidad de leerlos y reflexionarlos adecuadamente dependa del consumidor.

⁵⁰ Log: uno o más ficheros de texto automáticamente creados y administrados por un servidor, en donde se almacena toda la actividad que se hace sobre éste. (Alegsa, alegsa.com.ar, 2010)

La última problemática es la aceptación tácita por parte del consumidor que se presenta en los browse y multi wrap, puesto que en el territorio nacional, está prohibido por órdenes imperativas del estatuto del consumidor, cualquier tipo de aceptación que no sea expresa, el artículo 50, literal d establece:

“La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.”

Subrayado fuera del texto

Esta normatividad ha pasado desapercibida, por una considerable cantidad de empresarios e instituciones públicas, que utilizan los browse wrap como formas de asentar su consentimiento en sus respectivas páginas web. Como ejemplo de lo anterior:

Revista Cromos:

“El uso de este sitio web implica la aceptación de los Términos y Condiciones, y políticas de privacidad de INVERSIONES CROMOS S.A.”⁵¹

Presidencia de la Republica:

“Se presume que cuando un usuario accede al sitio WEB de la Presidencia de la República lo hace bajo su total responsabilidad y que, por tanto, acepta plenamente y sin reservas el contenido de los términos y condiciones de uso del sitio WEB de la entidad estatal.”⁵²

Avianca:

“A través de esta página el Usuario podrá además acceder a las páginas, www.deprisa.com, www.lifemiles.com, www.programapreferencia.com, www.avianca.com, www.aviancacargo.com, www.aviancaservicios.com, www.avianca.com/compra, [serviciosenlinea.avianca.com](http://www.serviciosenlinea.avianca.com) y cuando acceda a las mismas será Usuario conforme a las condiciones de acceso y uso de cada una de ellas. Cada uno de estos sitios web, contiene los términos y condiciones aplicables a los productos y servicios allí anunciados.”⁵³

Los subrayados de los ejemplos son fuera del texto

En conclusión del capítulo, las nuevas formas de manifestar el consentimiento son un desarrollo tecnológico que responde a los cambios sociales y la globalización, su concepto

⁵¹ Ver la parte inferior de : <http://www.cromos.com.co/>

⁵² Ver en la parte inferior link: Políticas de Privacidad y Condiciones de Uso: <http://es.presidencia.gov.co/Paginas/presidencia.aspx>

⁵³ Ver en la parte inferior link: Términos y condiciones Web: <http://www.avianca.com/>

se considera de manera genérica como los wrap contracts, que abarcan todas las nuevas formas de manifestar el consentimiento, el shrink wrap, click wrap, browse wrap, multi wrap y las demás formas que se puedan presentar en el futuro.

En primer lugar se determinó, el Shrink wrap como el primer desarrollo en las nuevas formas de expresar el consentimiento. Consiste en que los términos y condiciones se adhieren al producto de forma de que el usuario no pueda leerlos antes de que quede perfeccionando el contrato. Se desarrolló con la finalidad de vender software y aunque no media elemento electrónico en la transacción del producto, la metodología como se presentan las condiciones de uso de los contratos vía internet proviene de este tipo de manifestación.

En segundo lugar se describió, los click wrap, como la forma más común de expresar el consentimiento en Internet. Consiste en manifestar de forma expresa mediante un click en un banner o escribiendo en una pop up frases como “estoy de acuerdo”, “acepto”, “I agree”, entre otras. Esta forma de expresar el consentimiento es la más desarrollada por organismos internacionales, debido a la generalidad con la que se presenta. Aun así no se ha llegado a un consenso uniforme sobre su tratamiento.

En tercer lugar se especificó, el browse wrap como la figura que más causa polémica por el poco conocimiento y discernimiento que tiene el consumidor al acudir a estas figuras. Consiste en que la manifestación del consentimiento se exterioriza por el hecho de observar y navegar en una página web. Aunque esta forma de manifestar el consentimiento es muy polémica, debido a que el consumidor no sabe de la existencia de la obligación, esta ha sido aceptada por tribunales estadounidenses y ha ocurrido una masificación de la figura en el mundo.

En cuarto lugar se nombró, los multi wrap, es la forma más novedosa de manifestar el consentimiento por internet, se refiere a la combinación de varias formas de manifestar el consentimiento. Un ejemplo de esto es la mezcla del click y el browse wrap, por lo general en las redes sociales se acepta la inscripción por medio del click wrap pero con el correr del tiempo las compañías prestadoras de estos servicios cambian los términos y condiciones, por lo que el consumidor termina aceptándolos con un browse wrap, por el hecho de seguir haciendo uso de la aplicación.

Para finalizar se numeraron los problemas más relevantes que traen los wrap contracts, entre los que están, el equilibrio contractual, la escases de publicidad de los términos y condiciones, el deber de información, la despersonalización de los contratos de adhesión, la autenticidad, la modificación de los términos y condiciones, y la prohibición de manifestar tácitamente la voluntad.

V- HIPERVINCULOS

Los wrap contracts o las nuevas formas de manifestar el consentimiento, han sido motivo de grandes debates en cuanto a la vulneración de los derechos de los consumidores, su forma rápida y masificada implica que escasez de efectividad si se observa desde la panorámica del consumidor.

Los hipervínculos son elementos de una página web que, al hacer click sobre ellos, permiten a los lectores navegar a una nueva dirección web. Al navegar por la web, los hipervínculos son los que conectan las páginas web unas con otras (CCM). Lo relevante jurídicamente de esta figura, es que en dichos hipervínculos se encuentran los términos y condiciones, encargados de regir el contrato entre las partes y donde regularmente se comenten abusos a los consumidores.

Con la finalidad de realizar una descripción adecuada a la problemática, este capítulo se subdividirá de la siguiente forma: 1- Autonomía privada, 2-Contrato de adhesión, 3- Términos y condiciones, 4- Cláusulas abusivas, 5- Hipervínculos, 6- Disclaimers.

1- Autonomía privada.

Todo el derecho privado y en especial los contratos se basan en el principio fundamental de la autonomía privada, este principio ha desarrollado el comercio y también ha sido la base para estructurar el comercio electrónico con todos los cambios que se han efectuado con la intermediación de la tecnología.

“La autonomía de la voluntad es el principio esencial en el derecho privado y por ende de los contratos de naturaleza civil y comercial. Surge en primer lugar de la libertad del hombre, libertad que, entendida dentro de la ley y la moral, es protegida por el ordenamiento jurídico. La libertad conlleva a la autonomía y a nivel contractual esa autonomía se manifiesta en aspectos tales como la redacción del contrato, los términos, la persona con la que se contrata” (Linares Vesga, 2014, pág. 39)

Los wrap contracts, también son regidos por este principio, la regla que establece el artículo 1602 del código civil “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” (Ley 57, 1887), esto es totalmente vigente para los negocios por internet, con la salvedad que tienen que respetar las normas de orden público, como el estatuto del consumidor.

La Corte Constitucional en sentencia T-468 de 2003, estableció unos parámetros a través de los cuales actualmente se manifiesta la autonomía privada en materia contractual:

“-En la existencia de una plena libertad para contratar o no, es decir, nadie podía estar obligado a celebrar un acuerdo de voluntades con otra persona;

-La actividad comercial se dirigía exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual;

-Los individuos podían crear todo tipo de efectos jurídicos, con las únicas limitantes del orden público y las buenas costumbres y;

-En caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debía estarse a la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos.” (T- 468, 2003)

Estas manifestaciones se presentan de igual modo en los wrap contracts, se tiene plena libertad de contratar con todas las ofertas y posibilidades que ofrece el internet. A pesar que son contratos con condiciones generales para todos los consumidores, la actividad comercial sigue rigiendo los intereses individuales. Por anterior es viable que los individuos pueden crear cualquier tipo de efectos mientras no violen normas imperativas y de la misma forma las nuevas formas de manifestar el consentimiento son jurídicamente vinculantes.

“La autonomía de la voluntad y la libertad del pacto: según estos principios de carácter general, el pago por medios electrónicos será válido siempre que las partes hayan convenido en ello.” (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 264)

Aunque la autonomía privada de la voluntad sea plenamente admisible en el contexto del comercio electrónico a veces esta se ve parcializada o modificada por los términos y condiciones de los wrap contracts.

“Las condiciones generales de la contratación moderna no han anulado la autonomía de la voluntad del particular en la celebración de contratos, aunque si se han restringido notablemente” (Farina, 2014, pág. 83)

2- Contrato de adhesión.

El contrato de adhesión está definido en la ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 4, el cual describe:

“Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.”

La definición doctrinal no difiere en gran forma con la legal.

“Son contratos de adhesión aquellos cuyo clausulado general es predispuesto, es decir, redactado previamente por uno de los contratantes para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales.” (Farina, 2014, pág. 97)

Los contratos de adhesión surgieron por la necesidad de hacer más rápidos y generalizados los negocios, puesto que el comercio siempre ha tenido la necesidad de

hacer óptimas sus relaciones con la finalidad de potencializarse y diversificarse, estos contratos solo obedecen a una respuesta del desarrollo del comercio.

Este tipo de contratos ha desatado doctrinalmente gran variedad de discusiones, debido a su forma impuesta, la falta de reflexión en el clausulado, entre otras problemáticas. Por lo que Hinestrosa se plantea la pregunta, “¿El contrato forzado es un contrato?” y este responde el interrogante así:

“Para quienes vieron y siguen viendo el contrato como la “unión metafísica” de dos voluntades libérrimas, es natural negar que estas hipótesis constituyan contrato. Sin embargo, aun dentro de la posición voluntarista, la tendencia prevaleciente es la de “aceptar una definición jurídica real, y ya no psicológica, de la voluntad”, y por lo mismo, sin más, tomarlos como actos de autorregulación de intereses privados y, sobre todo, darles el tratamiento de tales” (Hinestrosa, 2015, pág. 306)

Es una realidad que los tratos previos en la contratación y la posibilidad que las partes discutan sobre los términos en los que se quieren vincular, se acercan a la extinción, por la proliferación de los contratos de adhesión propiciados por grandes compañías donde es manifiesta la imposibilidad de negociar término por término con cada usuario.

3- Términos y condiciones.

Los términos y condiciones, son un concepto adaptado a los wrap contracts, es decir, son las mismas condiciones generales del contrato con la diferencia que estas son para los contratos celebrados en internet.

“Es la cláusula o conjunto de ellas pre formuladas e impuestas por el estipulante sin previa negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción y uniformidad para ser aplicadas a un número indeterminado de relaciones contractuales “ (Farina, 2014, pág. 84)

Las condiciones generales son expresión de nuestra sociedad, caracterizada por la producción masiva y las ventas en masa, que demandan una preparación adecuada de los contratos (Hinestrosa, 2015, pág. 833). Esta descripción de las condiciones generales asimila en ciertos aspectos el concepto a los contratos de adhesión, como anteriormente se expuso, no obstante, es necesario establecer que los dos conceptos obedecen a fenómenos distintos.⁵⁴ Las condiciones generales o términos y condiciones no son un

⁵⁴ “No es lo mismo condiciones generales y contrato de adhesión. Las primeras tienen protagonismo en un momento anterior a la celebración del contrato; se manifiestan cuando la empresa predisponente prediseña el conjunto de cláusulas que pretende insertar en una serie de negocios. El contrato de adhesión, que surge gracias a lo que REZZÓNICO llama la operación adhesiva, nace tras la aceptación de las condiciones generales (más las particulares, si las hubiera). Son dos aspectos del mismo fenómeno complejo. Y ello nos lleva a decir que la mejor manera de entender la dinámica de los dos conceptos se logra fundiéndolos en una fórmula: contrato de adhesión a condiciones generales” (Laguado Giraldo, 2003, pág. 237)

contrato, son simplemente términos que establece el proveedor para quien quiera contratar, una vez se haya manifestado la otra parte o consumidor, este fenómeno se transforma para convertirse en un verdadero contrato de adhesión.

“Esta precisión es en especial importante en este caso en el que –aceptando por el momento que los términos y condiciones constituyen un contrato– se trataría de un contrato por adhesión y celebrado por medios electrónicos. Es necesario prestar atención a ambos aspectos.” (Gazmuri, 2009, pág. 84)

Otra forma de sustentar lo anterior, es que los términos y condiciones, son la reserva del proponente y estos solo se transforman a un carácter vinculante, cuando el consumidor manifiesta su voluntad a través de los wrap contracts y esta información sea como dice Gazmuri “clara, comprensible e inequívoca” (Gazmuri, 2009, pág. 90).

Los términos y condiciones, en la contratación interactiva o los wrap contracts pueden establecer una gama de cláusulas que unifican el contenido de todas las personas con quien contratan adquiriendo un producto por medio del comercio electrónico (Asensio , 2002, pág. 368).

“Se pueden establecer un conjunto de cláusulas que unifican los términos en los que contratan, con quienes adquieren un producto o servicio comercializando a través del comercio electrónico” (Asensio , 2002, pág. 368)

El objetivo de los términos y condiciones es lograr un trato equitativo con los consumidores y facilitar la labor del comercio electrónico.

3.1- Ventajas de los términos y condiciones:

Las ventajas en general de los términos y condiciones son:

“La celeridad en las contrataciones, facilitar la racionalización de la empresa, seguridad jurídica, ahorro de costos, facilidad en los cálculos y otorgar la sensación igualitarias a los consumidores.” (Farina, 2014, pág. 84)

En cuanto al efecto de los términos y condiciones de los wrap contracts, se infiere que las empresas seguirán potencializando dichos contratos con la finalidad de limitar su responsabilidad, reducir el riesgo y la incertidumbre de las nuevas tecnologías. Para lograr esto dichas empresas intentarían normalizar la conducta de los usuarios que creen ofensiva o alarmante (S. Kim, 2014, pág. 314).

Las ventajas que tienen los empresarios son considerables y en su gran medida alarmantes para el consumidor, no obstante facilitan las transacciones, recortan las distancias, se reducen los costos, entre otras ventajas que tiene el consumidor, lo que se debe determinar es si estas ventajas pueden ser equilibradas para que así el consumidor no sufra desprotección al querer utilizar el internet para vincularse.

3.2- Desventajas de los términos y condiciones:

Primero, se establece que todo contrato, incluso los sometidos a condiciones generales, debe existir el derecho a deliberar sobre aquello propuesto (Rengifo Gardeazábal, 2016, pág. 151). Sin embargo la finalidad de la contratación en internet, no permite ese tipo de deliberación por múltiples factores, algunos ejemplos de esto son: es el aspecto territorial, es decir, a causa que las partes no se encuentran en diferentes lugares o la utilización de sistemas de expertos por parte de los empresarios.

Segundo, el desconocimiento de los términos y condiciones por parte del consumidor.

“En el entorno electrónico el requisito del consentimiento ha perdido fuerza, al punto que no se le exige a las partes conocer los términos y condiciones para quedar obligado por ello” (Polanco López , 2010, pág. 86)

La responsabilidad de este tipo de problema es compartida, debido que el consumidor debe actuar diligentemente e informarse del contenido que pone a disposición el proveedor del sitio web con el que desea contratar y el proveedor por contar con una mayor ventaja económica, debe proporcionar una mayor diligencia en cuanto a la exposición de la información que debe ser clara, concisa, sin tecnicismos y expuesta en todo momento.

“Las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que este pueda almacenarlas y reproducirlas, regla que contribuye a precisar en qué modo la negociación en masa por Internet los términos del contrato deben ser puestos en conocimiento del adherente (como mínimo, mediante enlace de hipertexto convenientemente destacado y con título representativo)” (Asensio , 2002, pág. 352)

Tercero, los términos y condiciones se prestan para crear un poder unilateral que en algunos aspectos es desproporcionado, por ser el poder económico quien determina el contenido del contrato, sin que la otra parte se pueda rehusar (Hinestrosa, 2015, pág. 831). Este problema se agudiza cuando estos contratos de adhesión se presentan por medios electrónicos, por la confusión en la redacción de las cláusulas y el desconocimiento total o parcialmente la existencia de los términos y condiciones (Gazmuri, 2009, pág. 89). Por lo general los consumidores están aceptando dichos términos y condiciones sin tener el discernimiento de su existencia, caso muy común en las cláusulas presentadas en los wrap contracts.

3.3- Deber de información:

El deber de información, es uno de los puntos más álgidos e importantes en la contratación electrónica, porque en este deber que tienen los proveedores de bienes y servicios se

encuentran las mayores infracciones a los consumidores, lo que conlleva a la alteración de la contratación electrónica, creando condiciones inequitativas para las partes.

“La información en el derecho de consumo, adquiere la doble connotación de deber-derecho, deber de los productores y distribuidores, derecho de los consumidores, esto partiendo del presupuesto que una relación de este tipo existe una asimetría en cuando a la información disponible en el momento de realizar la transacción, en la medida que esta se encuentra en su mayor parte en poder del comerciante y que demanda a los consumidores un alto costo para obtenerla, lo que afecta su capacidad de discernimiento en condiciones igualitarias.” (Plata López, 2014, pág. 399)

El deber de información, recae principalmente en el comerciante porque este es el principal interesado en maximizar sus beneficios, lo que hace en cierta medida que se pueda aprovechar de las múltiples ventajas y formas de negociación que ofrece el comercio electrónico, por lo que es muy factible que este incline a su favor las cargas contractuales, perjudicando de forma considerable al consumidor que no es experto en la materia. Por esta razón el deber de información y de correr los riesgos inherentes a los daños causados por una ineficaz exposición de los términos y condiciones, son responsabilidad del comerciante. (Plata López, 2014, pág. 400)

La información que el comerciante exponga ante el consumidor debe ser integra, es decir debe ser, veraz, completa, legítima (obtenidos de una fuente legítima) y fieles (Devis Granados & Rincón Cardenas, 2008, pág. 249). Porque la única manera que el consumidor tome una decisión acertada es que tenga la suficiente información para discernir su decisión y que no se incurra ante posibles tergiversaciones de la información, que conlleve a una decisión errónea por parte del consumidor.

3.4- Términos y condiciones en Colombia:

El artículo 50 del estatuto del consumidor, establece las obligaciones especiales de los comerciantes, que utilizan como medio el comercio electrónico en el territorio nacional. Dentro de estas obligaciones están los deberes de información que deben estar contenidos en la página principal donde se presente la oferta.

Los siguientes literales son la representación de carácter legal, sobre el deber de información anteriormente descrito. Un consumidor con la información suficiente toma decisiones acertadas por lo que se reducirían los casos de disputa entre los consumidores y los comerciantes.

En cuanto a la información de la parte con la que se está contratando:

- a) Informar de forma clara, completa y accesible, identidad, NIT, dirección de notificación judicial, teléfono y demás datos de contacto. Para eliminar posibles casos de

defraudaciones, estafas o cualquier medio de engaño ante el consumidor electrónico (Ley 1480, 2011).

Sobre las especificaciones del producto o servicio que se está ofreciendo por internet:

- b) Suministrar en todo momento información fidedigna, clara y actualizada respecto de los productos que se ofrezcan, deben indicar; sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes (Ley 1480, 2011).

Para los medios de pago, impuestos, costos de envío o costos adicionales:

- c) Informar, medio de pago, tiempo de entrega del bien o del servicio, derecho de retracto y procedimiento, cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error, precio total del producto incluyendo impuestos y gastos de envío (Ley 1480, 2011).

Con la finalidad de que el consumidor siempre tenga de forma accesible la información sobre los términos y condiciones de cada contrato:

- d) Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar. Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa (Ley 1480, 2011).

4- Cláusulas abusivas.

Las cláusulas abusivas provienen del principio general de la buena fe contractual⁵⁵ dado que este principio brinda confianza en la apariencia jurídica. El concepto de cláusula abusiva lo establece el estatuto del consumidor en su artículo 42:

“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.”

⁵⁵ La buena fe contractual está contenida en el artículo 1603 del código civil. “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.” (Ley 57, 1887)

La superintendencia de industria y comercio, define cláusula abusiva en el concepto 105858 de 12 de junio de 2013 de la siguiente forma:

“Serán abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor en relación con las obligaciones que legalmente le corresponden.” (Concepto 105858, 2013)

El consumidor está contratando con base en este principio, él confía en que el comerciante no este cometiendo arbitrariedades y que esté actuando lealmente conforme a la apariencia que brinda en la información⁵⁶ que pone a su disposición. Pero, esto se ha prestado para abusos significativos por lo cual el legislador tuvo que de manera enunciativa hacer una descripción de los contenidos que no deben contener los términos y condiciones.

La descripción que tiene el estatuto del consumidor solo es el desarrollo de forma detallada y reglamentada del principio de la buena fe en los contratos, sin embargo, con la especificación expresa de una ley se ha eliminado dudas sobre la aplicación de los contratos que afectan principalmente a los consumidores. (Jiménez Valderrama, 2015, pág. 79)

A pesar que este desarrollo del principio de buena fe contractual no se realice en el capítulo específico de los consumidores electrónicos, hay que recordar que por ser un principio es aplicable en todas las relaciones sin necesidad de especificidad expresa, sin embargo, el artículo 50, del estatuto del consumidor, le da plena eficacia a la analogía:

“Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, es decir que se puede tomar las cláusulas abusivas del artículo 43⁵⁷ “

⁵⁶ “la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información” (Solarte Rodríguez, 2004, pág. 89)

⁵⁷ **Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho.** Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual (responsabilidad penal)
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;

La defensa del consumidor sobre las cláusulas abusivas es un deber de los organismos de control ya sean administrativos o judiciales, que tienen la obligación de atacarlas así no estén especificadas en el artículo 43, esto a causa que no son de carácter taxativo sino meramente enunciativo.

El efecto jurídico de las ineficacias del contrato no afectaran la totalidad del contrato, sino las cláusulas en específico que causen el perjuicio.⁵⁸ En caso de duda siempre se favorece al consumidor.⁵⁹

La protección que se busca con las medidas adoptadas ya sean de carácter administrativo o judicial, deben ser de carácter erga omnes y no solo interpartes, para que se garantice una protección real a los consumidores (Gual Acosta, 2013, pág. 346). Con esto se busca que las situaciones de vulneración no se presenten con futuros consumidores y se pueda desarrollar el derecho del consumidor, creando precedentes y así desarrollar simultáneamente el derecho con los avances que presenta la contratación electrónica.

Se considera que en la gran mayoría las cláusulas abusivas que se presentan en el comercio electrónico se presentan como cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. (Plata López, 2014, pág. 408)

La eliminación de las cláusulas abusivas, el aumento de regulación y control sobre estos aspectos en los contratos electrónicos, harán que se incentive la confianza en los wrap contracts, lo que traerá innumerables ventajas para las dos partes de los negocios en el comercio electrónico.

“Reichheld y Scheffer estiman que el precio no es el elemento esencial que impulsará los negocios a través de medios electrónicos sino la confianza que se genere en los mismos” (Remolina Angarita, 2006, pág. 326).

Categorías de las cláusulas abusivas:

12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.

13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.

14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley. (Ley 1480, 2011)

⁵⁸ **Artículo 44.** *Efectos de la nulidad o de la ineficacia.* la nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. (Ley 1480, 2011)

⁵⁹ La duda que favorece al consumidor esta especificada en el código civil artículo 1624 y en el estatuto del consumidor artículo 4 y 34.

Doctrinalmente se ha establecido una clasificación para las cláusulas abusivas.

Cláusulas de desequilibrio:

“Entendidas como todas aquellas cláusulas que otorgan grandes y desproporcionadas ventajas al empresario profesional, más no simultáneamente al consumidor o aquellas cláusulas que establecen ciertos pesos al consumidor y no al comerciante. En todo caso el factor común determinante es el desequilibrio.” (Gual Acosta, 2013, pág. 344)

Clausulas sorpresa:

“Son todas aquellas que permiten una ejecución del contrato significativamente diferente a aquel que razonablemente se podría esperar, es así el común denominador la sorpresa.” (Gual Acosta, 2013, pág. 345)

5- Hipervínculos.

El hipervínculo es el medio por el cual se manifiesta ante el consumidor los términos y condiciones. Técnicamente uno de los conceptos de hipervínculo es:

““hipervínculo” como una traducción de hyperlink, es decir, un elemento contenido en un documento electrónico que se encuentra vinculado a otro espacio del mismo documento a otro documento completamente distinto.” (Gazmuri, 2009, pág. 90)

En materia de comercio electrónico, los tribunales extranjeros como los estadounidenses, han reconocido la validez de un click a un hipervínculo para manifestar la aceptación de la oferta (Rincón Cárdenas, 2006, pág. 46).

“Cuando se ejecute la conducta del click en el hipervínculo, constituye una declaración de voluntad inequívoca de aceptación, por lo tanto generara todas las consecuencias jurídicas que se encuentran reguladas en el clausulado ya conocido.” (Moreno Betancourth, 2013, págs. 38-39)

Estos también son válidos cuando el hipervínculo se expone de manera llamativa y contienen una alerta sobre los términos y condiciones, sin necesidad que el consumidor los lea o haga click sobre ellos.

Casos representativos de la problemática que establecen los hipervínculos:

Los problemas que comúnmente se presentan con los hipervínculos es la falta de visibilidad de estos, que imposibilita al consumidor alertarse sobre ellos, cumplir con su deber de informarse para estar consciente de las obligaciones que contrae. Un ejemplo jurisprudencial de esto es:

Specht vs Netscape Communications Corp (2002):

“ El demandado intento hacer efectiva la cláusula arbitral prevista en el contrato de licencia que presuntamente había convenido con Specht, pero el tribunal rechazó la solicitud, en virtud de que se determinó que Spech no había expresado su consentimiento en obligarse. Esto debido a que si bien el icono para la transferencia del software se encontraba en la parte superior del correspondiente sitio de Internet, el link del contrato de licencia se encontraba en la parte inferior con una leyenda que establecía “ por favor revise los términos y manifieste su consentimiento en obligarse”. Para el tribunal esta frase era simplemente una invitación a leer el acuerdo y no se le notificaba al usuario que al transferir el Software estaba obligado conforme al contrato de licencia. No obstante el demandado alego que la mera transferencia del software implicaba el consentimiento del usuario en obligarse, el tribunal determinó que solo tenía como propósito la obtención de un producto y no de un acuerdo de voluntades” (Rojas Amandi V. M., 2007, pág. 195), (subrayado fuera del texto)

6- Disclaimers

Los Disclaimers son una forma muy común de presentar los términos y condiciones en Estados Unidos, la definición de Disclaimers es:

“Los *disclaimers* pueden ser advertencias (*warnings*) unilaterales dirigidas al público en general como, por ejemplo, las que aparecen en el embalaje o los envoltorios de muchos productos, o las que se incluyen al final de los correos electrónicos. Otro tipo de *Disclaimers* son las cláusulas mutuamente pactadas (*mutually agreed*) por las partes dentro de un contrato.” (Gámez & Cuñado , S.f.)

La validez jurídica de estas figuras, son de carácter publicitario o enunciativo de los términos, políticas y licencias generales, por lo que no poseen ninguna fuerza contractual, es decir no produce ningún efecto vinculante (Vargas Basilio , 2010, pág. 22). Los Disclaimers son una forma de establecer los términos y condiciones, cumplen con una labor informativa, pero no vinculante hasta el momento que el consumidor manifieste su voluntad y se convierta en un contrato de adhesión.

Los Disclaimers pueden presentarse de dos formas según el uso que se le quiera dar, a continuación se describirá como puede variar el concepto de acuerdo con la función que esté cumpliendo en el aviso publicitario.

Disclaimer como sustantivo: en este caso es para referirse a la denominación de las cláusulas o los términos y condiciones, se puede traducir como «advertencia», «aviso (legal)» o «limitación/exclusión de responsabilidad». Uno de los casos más conocidos es el las cláusulas que aparecen en el final de los correos electrónicos. (Gámez & Cuñado , S.f.) Un ejemplo del Disclaimer como sustantivo es:

“The foregoing disclaimer extends to any services provided by the consultant on the Company’s premises.”

Disclaimer como verbo: en este caso significa en sentido estricto, renunciar a algo o que se renuncia a las reclamaciones y se acepta responsabilidades. (Gámez & Cuñado , S.f.) Un ejemplo del Disclaimer como verbo es:

“The Company expressly disclaims all warranties, guarantees or responsibility for the consultancy services and in no event shall be liable to the other parties for any loss or damage that occurs as a result of the consultant’s services.”

Como conclusión de este capítulo se determinó la importancia de la autonomía privada de la voluntad que se presenta por medios electrónicos y lo importante que es distinguir las limitaciones de esta, por la violación a los derechos de consumidores, también se describió el contrato de adhesión con las problemáticas que pueden surgir en el contexto del comercio electrónico. Se conceptualizo los términos y condiciones, como cláusulas de carácter informativo sin fuerza vinculante, que la vinculación se presenta cuando el consumidor acepta y se convierte en un contrato de adhesión, del mismo modo se resaltó la importancia de las cláusulas abusivas y como se presentan en los wrap contracts por último se definió los hipervínculos, la similitud que se presenta con los Disclaimers.

CONCLUSIONES

- El principio de equivalencia funcional, es clave para la proliferación del comercio electrónico, este le da la validez y la fuerza vinculante a los mensajes de datos (mientras estos cumplan con los requisitos de existencia y validez). Este principio es la justificación de que las relaciones virtuales sean tan reales y vinculantes como las tradicionales.
- El mensaje de datos, es la forma de materializar el principio de equivalencia funcional, este reviste de gran importancia, porque es la piedra angular de las transacciones comerciales por internet, debido a que da prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes en comprometerse, por lo que le da el mismo efecto jurídico que un contrato tradicional celebrado en un documento tangible.
- No existe grande diferencia entre la formación del contrato por medios electrónicos y la tradicional. En general, tanto la forma tradicional como la que se presenta por medios electrónicos, se rigen por la emisión de la oferta y su aceptación. La tecnología solo es un medio para facilitar la comunicación.
- Se necesita unificar las particularidades de la oferta que se presenta por medios electrónicos, como la revocación y el momento de perfección del contrato ya que los negocios que se realizan por internet tienen la virtud de ser en cualquier parte del mundo, en tiempo real. Especificar que regulación se debe utilizar según el concepto de territorialidad en estos aspectos es muy complicado, por lo que debería existir un reglamento uniforme entre países para definir esos puntos y brindar mayor seguridad al consumidor.
- Los contratos electrónicos, son generalmente contratos de adhesión y se determina, si es un contrato entre ausentes o entre presentes de acuerdo como se manifiesta la oferta y se cómo se dé su aceptación.
- En Internet se hace necesario la claridad conceptual entre la invitación a ofrecer, que es de carácter publicitario y no es de contenido vinculante (Spam, mailing y algunos de los productos que se ubican en un establecimiento virtual) y las ofertas electrónicas (on line: chat, video conferencia, páginas web y off line: correo electrónico) que sí son de carácter vinculante.
- El consentimiento es uno de los requisitos esenciales, que más ha sufrido cambios con la interferencia del medio electrónico, debido a que la tecnología ha creado nuevas formas para expresar el consentimiento, como lo son el Shrink wrap, el click wrap y los multi wrap o su nombre genérico los wrap contracts.
- Una forma de contrarrestar los abusos que se presentan en internet, es haciendo practica la teoría del consenso incompleto, es decir, que el consentimiento recaiga sobre los aspectos esenciales del contrato y después con calma y con mayor información el consumidor mediante clausulas accesorias, se termine de concluir el contrato. Sin

embargo a esos aspectos esenciales deben agregarse especificaciones importantes como carga tributaria, costos de transporte, costos adicionales, derecho aplicable, entre otros.

- Las ofertas emitidas por un sistema de experto son válidas, mientras que el comerciante se comprometa como proveedor de la oferta a actuar con debida diligencia sobre el sistema (responsabilidad sobre su programación, mantenimiento y constante vigilancia) y el consumidor este informado que las ofertas son emitidas por un sistema de experto. Las aceptaciones de dichas ofertas cuando las hace un consumidor, no pueden ser expresadas por un sistema de expertos porque afectaría el discernimiento del consumidor de lo que se obliga y este por ser la parte débil de la relación contractual amerita mayor protección.

- La creación de sistemas de seguridad como passwords, antes de certificación o firmas digitales, se vuelven de aplicación obligatoria para identificar las partes contratantes y así brindarles mayor seguridad jurídica al negocio. Actualmente se puede determinar mediante el log transaccional la ubicación del computador que realiza la transacción pero no la identidad de la persona, creando un espacio de incertidumbre, preocupante para la masificación del comercio electrónico y la debida aplicabilidad de la contratación electrónica. También estos sistemas de seguridad protegen la información generada de ataques delincuenciales en la red.

- Las formas de expresar la voluntad por medios electrónicos puede ser oral, escrita, expresa o tácita. La declaración tácita es la forma que más presenta problemas en el comercio electrónico a causa de que el aspecto volitivo en el consumidor es prácticamente nulo, puesto que este no tiene el discernimiento suficiente que está contratando. Por lo que algunos autores como Viscasillas, no aprueban la manifestación tácita en el comercio electrónico, no obstante la cotidianidad de estas prácticas hace que la tesis que Hinestrosa plantea sea más acorde con las situación, “debe tomarse como indicio por lo que la sociedad lo regula, por crear vínculos”.

- Los términos y condiciones no son un contrato, son información que propone el oferente en la cual se contiene los términos o cláusulas con los cuales él desea vincularse y los que el consumidor debe aceptar si desea adquirir el producto o servicio que se le está ofertando, en el momento que el consumidor exterioriza su consentimiento sobre esos términos es que se convierte en un contrato de adhesión.

- El principal problema de las wrap contracts, desde la perspectiva de los términos y condiciones, es el “consentimiento informado”, este puede ser vista desde dos posturas. La primera desde los comerciantes, debido que ellos tienen el deber de informar correctamente al consumidor, velar por que el consumidor sepa a qué se vincula por lo que ellos deben. Ellos tienen una responsabilidad de mayor grado por su condición ventajosa, los medios y la tecnología que poseen en la relación contractual por lo que se les debe exigir mayores requisitos de forma que tengan la finalidad de hacer didáctico, sencillo, completo, claro, con suficiente visibilidad, rápido y obligatorio, la comprensión completa de los términos y condiciones. La segunda desde los consumidores, por la falta

de reflexión y de compromiso con las vinculaciones que realizan a diario en internet. El comerciante puede tener toda la disposición y diligencia de presentar la información pero si el consumidor no toma medidas responsables y diligentes sobre su actuar, como la de informarse, la problemática seguirá teniendo gran auge así se tomen todas las restricciones posibles sobre el tema.

- En los casos del browse wrap y los multi wrap, la notificación de los cambios sobre los términos y condiciones deben ser más rigurosos, en vista de que el consumidor debe recibir la debida y real notificación del cambio, esto debe cumplirse de forma similar a los requisitos mencionados en el punto anterior. Aun así, este punto debe ser regulado o aclarado, debido a que el estatuto del consumidor prohíbe las manifestaciones tácitas en el artículo 50 literal d, por lo que se pueden presentar dos eventualidades: la primera es otorgue mayor poder sancionatorio a las diferentes instituciones de control con el fin que estas prácticas dejen de existir en el territorio nacional o se regule las practicas con el fin de hacerlas legales.
- En Colombia en el Estatuto del Consumidor establece unos deberes específicos en cuanto a información para los comerciantes que utilizan el comercio electrónico. Estos deberes son en cuanto a la información de la empresa o comerciante, sobre las especificaciones del producto, medios de pago, impuestos, costos de envío y costos adicionales. Lo anterior demuestra que normativamente se establecen deberes que brindan protección integral al consumidor, el problema es la supervisión y vigilancia de las entidades que no han podido articular la realidad con la normatividad y materializar estos deberes. Esta es una de las razones que siguen existiendo arbitrariedades.
- Lo anterior trata de resolver una de las preguntas más polémicas entre los doctrinantes del tema, es decir, ¿Se debe manejar la contratación electrónica como tradicionalmente se ha regulado o hay que crear una nueva regulación que especifique estas variedades? , según la información presentada se encuentran más elementos que son afines a la regulación tradicional del contrato. Sin embargo esto puede presentar serios problemas con las nuevas formas que se manifiesta el consentimiento, ya sea por la innovación de estas formas o por perjudicar notablemente al consumidor, por lo que se debe recurrir a tomar mayores medidas que beneficien los derechos de los consumidores o como lo dice Álvarez, convertir estas prácticas costumbre mercantil como fuente de obligaciones.

Bibliografía

- Acuña Navas, A., & Cordero Esquivel, E. (2014). *Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browsewrap: Un enfoque desde la perspectiva del Derecho del Consumidor*. . San José - Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Alegsa, L. (05 de Diciembre de 2010). *alegsa.com.ar*. Recuperado el 18 de Enero de 2017, de Diccionario de Informática y Tecnología : http://www.alegsa.com.ar/Dic/log_de_servidor.php
- Alegsa, L. (27 de Junio de 2016). *Off line*. Recuperado el 18 de Enero de 2017, de Diccionario de informática y tecnología: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/offline.php>
- Alegsa, L. (27 de Junio de 2016). *On line*. Recuperado el 11 de Enero de 2017, de Diccionario de informática y tecnología: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/online.php>
- Álvarez, L. E. (2010). *Problemática Jurídica de la compra- venta internacional de bienes y servicios por medios electrónicos*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Asensio , P. A. (2002). *Derecho Privado de Internet*. (Tercera Edición ed.). Madrid, España: CIVITAS.
- Camacho Clavijo, S. (2005). *Partes intervinientes formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid- España: Editorial Reus S.A.
- Castillo Freyre, M., & Martín Horna , P. (2002). *Tatado de la Teoría General de los contratos; La plena vigencia del código civil en la contratación contemporanea*. Lima - Perú: La Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Coaguila, C. A. (2005). *TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS*. Perú: Editora Juridica Grijley E.I.R.L.
- Cuellar, J. C. (2008). *Contratos por Medios Electrónicos. Prolegómenos- Derechos y Valores* , 11.
- Davis , N. (2007). Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap. *Berkeley Technology Law Journal*, 577- 598.
- definicion.de. (s.f.). *definicion.de*. Recuperado el 11 de Enero de 2017, de <http://definicion.de/www/>
- Devis Granados, I. A., & Rincón Cardenas, E. (2008). *Derecho de los usuarios de las telecomunicaciones* . Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario .
- Farina, J. M. (2014). *Contratos Comerciales modernos*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea- Universidad de la Sabana.

- Feed, T. (25 de Noviembre de 2014). *Browsewrap vs. Clickwrap*. Recuperado el 01 de Octubre de 2015, de <https://termsfeed.com/blog/browsewrap-clickwrap/>
- Firm, D. F. (19 de Julio de 2013). *Website Agreements: Browse-wrap vs. Clickwrap Agreements*. Recuperado el 01 de Octubre de 2015, de [dashfarrow.com: http://www.dashfarrow.com/website-agreements-browse-wrap-vs-clickwrap-agreements/](http://www.dashfarrow.com/website-agreements-browse-wrap-vs-clickwrap-agreements/)
- Fortich, S. (Enero- Junio de 2011). Una nota sobre la formación del contrato electrónico. *Revista de Derecho Privado*(20), 347- 357.
- Gómez, R., & Cuñado, F. (S.f.). *Traducción Jurídica*. Recuperado el 18 de Enero de 2017, de <http://traduccionjuridica.es/los-disclaimers/>
- Garcés Vásquez, P. A. (Julio - Diciembre de 2014). Formas de manifestación del consentimiento y su eventual tergiversación: la simulación. *Revista Nuevo Derecho*, 10(15), 89-98.
- García vidal, A. (2001). La regulación jurídica de la firma electrónica. En A. F. Albor Baltar, *Comercio electrónico en Internet* (págs. 355-371). Madrid: Marcial Pons.
- García, M. (2014). Browsewrap: A Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum. *Campbell Law Review*, 30- 74.
- Gazmuri, I. (2009). Ofertas sujetas a reserva: propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos. *Revista de Derecho*, XXII(2), 75-95.
- Gómez Pérez, V. I. (2004). *Realidad Jurídica del Comercio Electrónico en Colombia*. Bogotá-Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gual Acosta, J. M. (2013). Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas. En J. M. Gual Acosta, & J. C. Villalba Cuéllar, *Derecho del Consumo* (págs. 327-351). Bogotá - Colombia: IBAÑEZ - Universidad Santo Tomás.
- H. Pike, G. (2005). Shrink-Wrap, Click-Wrap, Now Browse-Wrap. *Information Today*, 21(3), 15 y ss.
- Han, S. (2010). Predicting the Enforceability Of Browse-Wrap Agreements in Ohio. *Ohio Northern University Law Review*, 1(36).
- Hernández Fernández, L., & Rodríguez Corría, R. (2014). Los contratos celebrados vía electrónica. Su perfección. *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*(108).
- Hernández Martínez, W. D. (2012). *La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la comunidad andina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Hernández Sampieri, R, & Fernández Collado, C. (2010). *Metodología de la investigación*. México: MC Graw Hill.

- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones II* (Vol. I). Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Informatica Integral Inteligente. (2004-2007). *Sistemas Expertos*. Recuperado el 12 de Enero de 2017, de <http://www.informaticaintegral.net/sisexp.html>
- Jiménez Valderrama, F. (2015). *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá - Colombia: LEGIS.
- Johansson, A. (2014). *The Enforceability of Clickwrap Agreements*. Recuperado el 2014 de Octubre de 03, de diva-portal.se :
https://scholar.google.es/scholar?as_ylo=2015&q=click++wrap+&hl=es&as_sdt=0,5
- Kamantauskas, P. (2015). FORMATION OF CLICK-WRAP AND BROWSEWRAP. *Teisės apžvalga, Law review*(1(12)), 51-88.
- L. Kunz, C., Ottaviani, J., D. Ziff, E., M. Moringiello, J., Porter, K., & Debrow, J. (2003). Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements. *Business Lawyer*, 279- 312.
- Laguado Giraldo, C. A. (2003). Condiciones Generales, Cláusulas abusivas y el Principio de buena fe en el Contrato de Seguro. *VNIVERSITAS*, 231- 251.
- Ledesma Gil, J. I. (2014). *Teoría General de las Obligaciones*. Medellín - Colombia: Ediciones UNAULA.
- Linares Vesga, J. Á. (2014). *Introducción al estudio de los contratos*. Bogotá- Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- López, A., & Martínez, T. (2004). *Contratos Internacionales de Software en Derecho Internacional Privado Comunitario*. Alicante- España: Univesidad de Alicante.
- López Polanco, H. A. (2010). *FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- López Varas, M. (2009). *Regulación Jurídica de la contratación electrónica en el código civil federal*. Toluca- México: INFOEM ORG.
- Moreno Betancourth, J. A. (julio- diciembre de 2013). La manifestación de la voluntad y su eficacia en el comercio electrónico. *E- Mercatoria*, 12(2), 21-42.
- Munar Cadena, P. O. (2009). Formación del Contrato. En M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las Obligaciones* (págs. 377-404). Bogotá- Colombia: Universidad de los Andes .
- Ortiz Monsalve, Á. (2013). *Manual de Obligaciones*. Bogotá - Colombia: Temis .
- Ovidio Salueiro, J. (2002). Contratación electrónica. *THEMIS: Revista de Derecho*(44), 253-269.

- Oviedo Albán, J. (2009). *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Páez Vásconez, C. (2007). *La contratación electronica como medio útil para la realizacion de negocios*. Quito: Universidad de las Americas .
- Paredes Hernández, A. (2009). Ineficacia del acto jurídico. En M. Castro de Cifuentes , *Derecho de las Obligaciones* (págs. 531-600). Bogotá- Colombia: Universidad de los Andes.
- Peña Valenzuela, D. (2003). Compraventa Internacional de Mercancías y Comercio Electrónico. En Departamento de Derecho de los Negocios , & Universidad Externado de Colombia , *El contrato por medios electrónicos ; Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoria 1963-2003* (págs. 221-245). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perales Viscasillas, P. (2014). *Derecho Comercial Internacional*. Bogotá: Temis.
- Pérez Vives, Á. (2009). *Teoría General de las Obligaciones* (Vol. I). Bogotá - Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pinochet Olave, R. (2005). La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información; Parte II: La aceptación electrónica ¿ contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes? *Revista Ius et Praxis*, 55-92.
- Plata López, L. C. (2014). La protección a los consumidores en el comercio electrónico. En J. M. Gual Acosta, & J. C. Villalba Cuéllar , *Derecho del Consumo* (págs. 389-414). Bogotá - Colombia: IBAÑEZ - Universidad Santo Tomás.
- Polanco López , H. A. (2010). *Formación del consentimiento en la contratación electrónica*. Bogotá - Colombia: IBAÑEZ.
- Puyo Burgos, A. (2007). Elementos de la contratación con el consumidor en internet. En A. B. Puyo, *El consumidor y los contratos en internet* (págs. 54-97). Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia.
- Remolina Angarita , N., & Florez Rojas, M. L. (2014). Consumidor y Comercio Electrónico. En J. M. Gual Acosta, & J. C. Villalba Cuéllar, *Derecho del Consumo* (págs. 359-385). Bogotá - Colombia: IBAÑEZ - Universidad Santo Tomás.
- Remolina Angarita, N. (Septiembre de 2006). Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*.(2), 323- 369.
- Rengifo García, E. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posicion dominante*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rengifo Gardeazábal, M. (2016). *La formación del contrato*. Bogotá - Colombia: TEMIS S.A.

- Rincón Cárdenas , E. (2015). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Rincón Cárdenas, E. (Julio- Diciembre de 2004). Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 430-500.
- Rincón Cárdenas, E. (2006). *Contratación electrónica*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Rojas Amandi , V. M. (2007). El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. *Revista de Derecho Privado, Nueva Epoca*(16-17), 165- 206.
- S. Kim , N. (2013). *Wrap Contracts; Foundations and Ramifications*. New York : OXFORD University Press.
- S. Kim, N. (2014). The wrap contract morass. *Southwestern University Law Review*,, 309- 325.
- S. Kim, N. (2016). Wrap contracting and the online environment: Causes and Cures. *Research Handbook on Electronic Commerce Law (ed. John A.Rothchild, Edward Elgar Publishing, 2016, Forthcoming)*(15).
- Samson, M. (2008). *Internet Library of Law and Court Decisions*. Recuperado el 25 de Enero de 2017, de http://www.internetlibrary.com/topics/browse-wrap_agree.cfm
- Scotti, L. (2012). *Contratos electrónicos: Un estudio desde el derecho internacional privado*. Argentina: Eudeba.
- Shemtov, N. (2002). *The legal regulation of decompilation of computer programs: excessive, unjustified and in need of reform*. London: Queen Mary; University of London.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *VNIVERSITAS*, 281- 315.
- Spooner, S. (2001). *The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act*. Recuperado el 25 de Enero de 2017, de Winter 2001: <http://jolt.richmond.edu/v7i3/article1.html>
- Tamayo Lombana, A. (2004). *Manual de obligaciones teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá - Colombia: Temis.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2015). *DERECHO CIVIL; De las Obligaciones*. (Décima ed., Vol. 3). Bogotá - Colombia: Temis.
- Vargas Basilio , A. (2010). *Los contratos electrónicos y la web 3.0: La nueva realidad jurídica tecnológica*. Puebla - México: Repositorio Institucional de la Universidad Iberoamericana Puebla.
- Vázquez Garcia, R. J. (2000). Tecnología digital y formalización contractual. *Informatica y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 95-116.

Web Economicas. (s.f.). *desarrollodepaginaswebeconomicas.com*. Recuperado el 10 de Enero de 2017, de <http://www.desarrollodepaginaswebeconomicas.com.mx/sobre-la-web/sobre-el-carrito-de-compras.php>

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS NACIONALES

Colombia, Congreso Nacional de la República (1999, 18 de Agosto), "Ley 527 del 18 de Agosto de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 43.673, 21 de agosto de 1999, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 12 de Octubre), "Ley 1480 del 12 de Octubre de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 48220, 12 de Octubre de 2011, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (8 de junio de 2000), "C-662 de 2000", M.P. Fabio Morón Díaz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (5 de junio de 2003), "T- 468 de 2003", M.P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (8 de Marzo de 1995), "Expediente No.4473", M.P. Pedro Lafont Pianetta, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (26 de Febrero de 2010), "Ref. No. 11001-3103-039-2001-00418-01", M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República de Colombia (2014, 12 de Agosto), "Por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia", en Diario Oficial, núm. 49241, 12 de Agosto de 2014, Bogotá.

Colombia, Superintendencia de Industria y comercio, Concepto, (12 de Junio de 2013), No.105858.

FUENTES LEGALES INTERNACIONALES

España, Jefatura del Estado (2002), "Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", en BOE-A-2002-13758, 12 de julio de 2002, España.

New York, Naciones Unidas (1996), "Ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno".

New York, Naciones Unidas (2011), "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías".

Roma, Principios UNIDROIT (2004), “Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales”.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2000, 8 de Junio), Directiva 2000/31/CE, “Relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)”, en Diario Oficial, núm. L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

ANEXO 1- CUADRO COMPARATIVO DE LA OFERTA

TEMA	CÓDIGO DE COMERCIO	CICM ⁶⁰	OFERTA ELECTRÓNICA
Definición	Art. 845 “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra”	Art 14 “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta”	Aquella declaración unilateral de voluntad a través de medios de comunicación y/o medios informáticos. (Rincón Cárdenas, Contratación electrónica., 2006, pág. 39)
Requisitos	Art. 845 - Deberá contener los elementos esenciales del negocio - Ser comunicada al destinatario. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Debe ser firme, inequívoca, precisa, completa, debe constituir un acto voluntario del proponente, estar dirigida al destinatario y ser conocida por este. ⁶¹	Art.14 y Art. 15 #1 • Tiene que ser precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación • La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.	1. La oferta debe ser completa de manera que el destinatario pueda limitarse simplemente a aceptar. 2. La oferta debe ser precisa y cumplir con todos los elementos esenciales del tipo de contrato que se desea llevar a cabo. 3. La oferta debe tener un plazo de duración. (Rincón Cárdenas , 2015, pág. 178) “También se deberá indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.”(Estatuto del consumidor, Artículo 50, literal b)
Revocabilidad	Art. 846 “La propuesta será <u>irrevocable</u> . De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”	Art. 16 “ La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación” 2) Sin embargo, la oferta será <u>irrevocable</u> : a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.	La ley 527 de 1999 no contiene disposiciones específicas aplicables a los requisitos de la oferta, debe entenderse que estos quedarán regulados por normas o instrumentos jurídicos que resulten aplicables, en virtud del principio de inalteración del Derecho preexistente en obligaciones y contratos . (Oviedo Albán, 2009, pág. 319)
Invitación a ofertar	Art. 847 “Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra	Art. 14 # 2 “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la	La simple información acerca de productos y precios en el sitio web de una empresa, como actividad publicitaria que incorpora datos de carácter general, será

	<i>especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga.”</i>	<i>persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.”</i>	normalmente considerada como mera invitación a hacer ofertas. (Asensio , Derecho Privado de Internet., 2002, pág. 355).
Oferta tácita	<i>Art. 848 “Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio.”</i>		Ofrece tácitamente el que da a conocer su propósito de contratar mediante hecho, signo o actitud que permitan inferirlo. (Rincón Cárdenas , Derecho del comercio electrónico y de internet., 2015, pág. 197)
Aceptación	<u>Verbal</u> <i>Art. 850 “La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes.”</i>	<u>Verbal</u> <i>Art. 18 #2 “La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.”</i> <i>Art. 29 #1 “El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario”</i>	Ley 527 de 199; Art. 20 y 21”Cuando el iniciador recepcione acuse de recibo del destinatario, se presumirá que este ha recibido el mensaje de datos.” Escrita: en aceptaciones como enviar correo electrónico. Verbal: en ofertas como la de video llamada o chat, por la inmediatez. Expresa: mediante manifestaciones como el click. Tacita: por el hecho de navegar en la página web.
Aceptación tácita	<i>Art. 854 “La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho”</i>	<i>Art. 18 #3 “El destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto”</i>	La doctrina se encuentra dividida, algunos dicen que no es posible en medios electrónicos, pero otros dicen que es posible y es la justificación de los browse wrap.

⁶⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

⁶¹ Corte suprema de justicia, Sala de casación civil, sent. 8 marzo de 1995, MP Pedro Lafont Pianetta.

<p>Contraoferta</p>	<p>Art 855 “La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta.”</p>	<p>Art. 19 “La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.” <u>Sin embargo sí:</u> La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes⁶² que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.</p>	<p>La ley 527 de 1999 no contiene disposiciones específicas aplicables a los requisitos de la oferta, debe entenderse que estos quedaran regulados por normas o instrumentos jurídicos que resulten aplicables, en virtud del principio de inalteración del Derecho preexistente en obligaciones y contratos. (Oviedo Albán, 2009, pág. 319)</p>
----------------------------	--	--	---

⁶² Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta. Artículo 19 numeral 3, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías