

Perfección del consentimiento electrónico en los contratos *e-commerce* B2C en Colombia

Perfecting electronic consent in the e-Commerce B2C contracts in Colombia

Autores: Oscar Iván Lee Pérez, Elsa Cristina Figueredo Martín, Leonel Antonio Vega Pérez

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2140>

Perfección del consentimiento electrónico en los contratos e-commerce B2C en Colombia*

Perfecting electronic consent in the e-Commerce B2C contracts in Colombia

Perfeição do consentimento eletrônico nos contratos de B2C e-Commerce na Colômbia

Oscar Iván Lee Pérez^a
osacrivan2400@hotmail.com

Elsa Cristina Figueredo Martín^b
efiguereDOM@unal.edu.co

Leonel Antonio Vega Pérez^c
leonel.vega@hotmail.com

Fecha de recepción: 5 de mayo de 2022
Fecha de revisión: 3 de agosto de 2022
Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2022

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2140>

Para citar este artículo:

Lee Pérez, O; Figueredo Martín, E. y Vega Pérez, L. (2022). Perfección del consentimiento electrónico en los contratos e-commerce B2C en Colombia. *Revista Misión Jurídica*, 15, (22), 201-220.

RESUMEN

Debido al auge del uso de las tecnologías de la información, en casi todas las dimensiones de la vida actual, las relaciones de comercio han tenido cambios importantes. Las dinámicas tecnológicas y científicas han venido redefiniendo las formas tradicionales de hacer negocios: la desmaterialización de lo que antes era necesariamente tangible, ha generado consecuencias en las barreras geográficas, frente a entrega de productos y prestación de servicios. El presente trabajo pretende realizar un análisis jurídico en torno a la normatividad aplicable a las relaciones comerciales contractuales *Business to Consumer*, (en adelante B2C) establecidas por medio de plataformas digitales en Colombia, explicando y analizando la perspectiva jurídica del riesgo en la perfección del consentimiento electrónico, de tal forma que se logre la identificación de las distintas modalidades de perfección en cuanto al consentimiento en los contratos de consumo electrónico a nivel nacional.

* Artículo de investigación adscrito al proyecto de investigación "Acceso a la administración de justicia dentro del contexto del Estado Social de Derecho" del Grupo de investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica - CITEC, de la UPTC.

a. Abogado de la UPTC, investigador del grupo de investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica - CITEC, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

b. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia, Abogada de la UPTC, Investigadora del grupo de investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica - CITEC adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC. Contacto: efiguereDOM@unal.edu.co

c. Magister en Historia, UPTC; especialista en instituciones jurídico-políticas, Universidad Nacional de Colombia, y en Derecho Contractual y Relaciones Negociales, Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC. Tunja (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5544-4213>.

La metodología aplicada es de tipo histórico - lógica, mediante la cual se hace un estudio del consentimiento en las relaciones contractuales a lo largo del tiempo y, en consecuencia, se revisa el cuerpo normativo que regula este tipo de relaciones. El estudio concluye que el avance en el uso de herramientas tecnológicas y electrónicas en los contratos de consumo, ha generado serios riesgos que afectan el consentimiento de la persona. No obstante, y pese a que aún falta regulación al respecto, la norma de protección al consumidor brinda herramientas que propenden por la defensa de las garantías de los consumidores.

PALABRAS CLAVE

Dinámicas Tecnológicas; relaciones de consumo; riesgo; perfección del consentimiento electrónico; contratos; comercio electrónico.

ABSTRACT

Due to the rise in the use of information technologies in almost every dimension of today's life, trade relations have undergone important changes, Technological and scientific dynamics have been redefining the traditional ways of doing business: the dematerialization of what used to be necessarily tangible has generated consequences in the geographical barriers to delivery of products and provision of services. This paper aims to perform a legal analysis of the regulations applicable to contractual commercial relationships Business to Consumer (hereinafter B2C) established through digital platforms in Colombia, explaining and analyzing the legal perspective of risk in the perfection of electronic consent, in such way that achieves the identification of the different modalities of perfection in terms of consent in electronic consumer contracts at the national level.

The methodology applied in this article is of a historical-logical type, by means of which a study of consent in contractual relations over time is made, and, consequently, the normative body that regulates this type of relations is reviewed. This study concludes that the progress in the use of technological and electronic tools in consumer contracts has generated serious risks that affect the consent of the consumer. However, and although there is still a lack of regulation in this

regard, the consumer protection law provides tools that seek to protect the guarantees of consumers.

KEYWORDS

Technological dynamics; consumer relations; risk; perfection of electronic consent; contracts; e-commerce.

RESUMO

Devido ao boom no uso das tecnologias da informação em quase todas as dimensões da vida atual, as relações comerciais passaram por importantes mudanças. A dinâmica tecnológica e científica tem redefinido as formas tradicionais de fazer negócios: a desmaterialização do que antes era necessariamente tangível tem gerado conseqüências em termos de barreiras geográficas, entrega de produtos e prestação de serviços. Este documento visa realizar uma análise jurídica das regulamentações aplicáveis às relações comerciais contratuais Business to Consumer (doravante B2C) estabelecidas através de plataformas digitais na Colômbia, explicando e analisando a perspectiva legal do risco na perfeição do consentimento eletrônico, de tal forma que seja possível identificar as diferentes modalidades de perfeição em termos de consentimento nos contratos de consumo eletrônico em nível nacional.

A metodologia aplicada é de tipo histórico-lógico, por meio da qual é feito um estudo de consentimento nas relações contratuais ao longo do tempo e, conseqüentemente, é revisto o órgão normativo que regulamenta este tipo de relações. O estudo conclui que o avanço no uso de ferramentas tecnológicas e eletrônicas nos contratos de consumo gerou sérios riscos que afetam o consentimento do indivíduo. No entanto, e apesar do fato de ainda haver uma falta de regulamentação a este respeito, a lei de proteção ao consumidor fornece ferramentas para defender as garantias do consumidor.

PALAVRAS CHAVE

Dinâmica tecnológica; relações de consumo; risco; perfeição do consentimento eletrônico; contratos; comércio eletrônico.

INTRODUCCIÓN

El devenir social, trae cambios inmersos en los modos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, se está ante una nueva revolución del conocimiento, donde han sido refundadas las formas de celebrar contratos, de transmitir y almacenar información, de crear y brindar seguridad a las negociaciones y transacciones; situaciones que son resultado de la globalización como fenómeno económico y social, que requiere adaptación del Derecho para regular las situaciones derivadas del comercio electrónico.

El mercado ha venido sufriendo durante los últimos 30 años cambios acelerados, puesto que el uso de plataformas digitales e Internet, han reestructurado la forma en que se hacen negocios, dejando cambios y vacíos jurídicos, sobre los cuales el Derecho debe trabajar, no solo regulándolos, sino también entendiéndolos, por lo cual la tarea es analizar la génesis de los contratos electrónicos B2C, explicando cómo se afectan los procesos tradicionales y como el consentimiento manifestado por medios electrónicos, puede generar confusión en las partes contratantes; en razón a lo expuesto, se considera esencial abordar las formas vigentes de perfeccionar los contratos que tienen origen en la ley, junto con las formas prácticas y novedosas de perfeccionar el consentimiento, mediante mensajes de datos que tienen origen en la costumbre, encontrando en la aplicación legal, contradicciones que afectan a las partes contratantes, inmersas en una relación del consumo electrónico. Estas situaciones llevan a formular la pregunta de investigación: ¿Cuáles son los riesgos que afronta la perfección del consentimiento en la modalidad de contratos B2C?

Como resultado de esta investigación se evidencian situaciones normativas que generan incertidumbre y desestabilidad, en lo que se refiere a la primera etapa contractual en los contratos electrónicos de consumo, como el mensaje de datos a modo de agente de cambio, en cuanto a la estructura de las obligaciones contractuales; la contradicción normativa en torno al consentimiento como elemento claro, expreso e inequívoco en la formación de los contratos; y, la identificación de las partes como un requisito simple y poco seguro en cuanto a la validez de oferta y aceptación.

Resultan oportunas algunas observaciones generales, entre ellas que, la protección normativa que se extiende al comercio electrónico en general, no cubre a las relaciones electrónicas de consumo, por lo que en el caso de los contratos B2C, el consumidor se encuentra en desventaja y desprotección, sobre todo en los escenarios de compraventa o prestación de servicios con empresas ubicadas en otra jurisdicción, puesto que estas empresas extraen al consumidor de la órbita de protección estatal, obligándolo a reclamar en una jurisdicción ajena y desconocida para él.

Con el fin de dar respuesta el artículo se desarrollará de la siguiente manera: 1. Se abordará lo referente a la formación del consentimiento, 2. La voluntad expresa y tacita en los contratos electrónicos, 3. El mensaje de datos como agente de cambio en la estructura de las obligaciones; 4. Los principios rectores de los contratos electrónicos; 5. La relación de consumo por medios electrónicos, y, 6. Normativa frente a la protección del consentimiento, para terminar con las conclusiones.

FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es uno de los elementos *sine qua non* en la perfección de los contratos, que representa la igualdad entre las partes, en cuanto a la manifestación de la voluntad, este acto entre pares tiene la característica inmutable de ser claro, expreso e inequívoco para evitar que se presenten vicios que alteren o constriñan la liberalidad del acto jurídico; la normatividad civil es muy clara en cuanto a la regulación de conducta frente a los contratos y ha tenido el tiempo para determinar las soluciones a las contingencias presentadas en la práctica; sin embargo, en las últimas tres décadas el uso de las TIC ha cambiado sustancialmente en cuanto a la expresión de voluntad de los contratantes, puesto que se ha desmaterializado el medio de transmisión, se ha perdido la necesidad de reunión presencial de las partes, el dinero ha tomado una forma inmaterial y dependiente de entidades bancarias en conjunto con entidades que brinden seguridad en la transacción de información.

El consentimiento electrónico contiene herramientas novedosas para la perfección de los contratos denominados digitales o informáticos y, aunque en inicio su validez y eficacia son puestas

en tela de juicio, dado el uso de medios no físicos, expresados en un lenguaje no verificable por los sentidos humanos; resultan ser necesarios sus efectos jurídicos por las dinámicas de la economía actual permeada por la globalización; el Derecho y su finalidad reguladora de conducta manejan un ritmo más lento, debido a la naturaleza ritualista de sus instituciones, dentro de las más representativas el contrato; las tecnologías tornan su andar con mayor rapidez, lo cual causa que la regulación no sea suficiente para enmarcar las actuaciones propias del medio tecnológico y digital, por lo que la normatividad civil o comercial no atiende a sus necesidades dejando confusión en el operador judicial a la hora de resolver una situación específica.

La percepción de un consentimiento libre ha sido disminuida en su esencia producto de la intervención estatal que sobrepone al orden público por encima de la voluntad particular; aplicando en los contratos de consumo un protagonismo en la definición de "adhesión contractual"¹, ceñida a una serie de normas jurídicas que propenden por la irrenunciabilidad de derechos; esto expresado mediante oferta y aceptación transmitida por medio de mensajes de datos², que resultan ser la prueba electrónica fehaciente de un consenso de voluntades y el cambio general de una estructura clásica de las obligaciones sostenida bajo el esquema de fuente, título y modo, que cambiaron la esencia de las obligaciones civiles y comerciales.

OFERTA Y ACEPTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

El consentimiento en su esencia, expresa de forma concurrente dos acciones trascendentales a la hora de definir un acuerdo de voluntades, dos actores concuerdan bajo dos actos individuales, donde el oferente, brinda una propuesta informativa, esperando la respuesta de un aceptante, para que esta pueda generar efectos jurídicos; este mandato legal es el

1. *Contratos de adhesión: son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.*

2. *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.*

resultado de un proceso histórico de cultura y civilización en pro del desarrollo de una sociedad ilustrada en un estado democrático. En las últimas décadas y producto del avance racional humano, nuevos entornos se han estimulado y han crecido afectados por dinámicas sociales como la globalización y la universalización de la información, resultado del uso de internet; ante esta situación, no es ajena una institución tan estructurada desde el ámbito legal como el contrato, encontrándose afectado en uno de sus elementos esenciales: el consentimiento.

En cuanto al estudio normativo, el Código de Comercio presenta la oferta o la propuesta como la génesis del negocio jurídico, la cual debe ser firme, inequívoca, precisa, completa, estar dirigida al destinatario o destinatarios de forma voluntaria por el proponente y llegar a su conocimiento, lo que permitiría determinar que existe una voluntad firme y decidida de celebrar un contrato (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC11815, 2016); esta definición, compuesta de elementos, le es aplicable también a la oferta realizada por medios electrónicos, en uso de fuentes auxiliares del Derecho análogas son los artículos 485 y 486 referentes a la formación del consentimiento, que discriminan en efectos jurídicos a todos los actos permanentes de red³ que no cumplan con estas características anteriormente nombradas; dada la nueva dinámica contractual se requiere un registro perceptible de las obligaciones haciendo necesaria la figura de los términos y condiciones como parte de la oferta (Niño, 2017).

En cuanto al segundo acto, se entiende la aceptación como una declaración de la voluntad, que de forma unilateral manifiesta su conformidad con lo propuesto por el emisor de la oferta, esto aplicado también para medios de comunicación vinculados las TIC (Rincón, 2017, p. 35), que en su participación en el mercado de los *e-commerce* han permitido se presenten manifestaciones de la voluntad no solo expresas, como el uso de correo electrónico, manifestaciones verbales, videoconferencias y los denominados *Click Wrap Agreement*,⁴ sino también tacitas como la

3. *Actos permanentes de red: mailing, labores de orientación, información brindada, borradores de publicidad.*

4. *Actos permanentes de red: mailing, labores de orientación, información brindada, borradores de publicidad. Click wrap agreement: es una modalidad de manifestación de la voluntad y perfección contractual; en la que se expresa*

modalidad *Browse Wrap Agreement*⁵ o *Shrink Wrap Agreement*⁶, generando una práctica sombría y no ajustada a las normas civiles modificándolas desde su estructura.

Es necesario referirse a la naturaleza parcialmente unilateral de los contratos de adhesión, que comprenden una herramienta legitimadora en una relación económica y jurídica asimétrica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009), como la existente entre empresario y consumidor; estos contratos de adhesión limitan la voluntad del consumidor, condicionándolo a aceptar o rechazar sin tener la posibilidad de discutir libremente las cláusulas parte del cuerpo contractual; la posibilidad anterior aplica a los contratos de consumo y su aplicación práctica en los contratos electrónicos o contratos B2C, los cuales presentan nuevas modalidades para la perfección del consentimiento en las que se evidencia una presunción de la voluntad, en cuanto a los términos y condiciones, resultando altamente controversial.

VOLUNTAD EXPRESA Y TÁCITA EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

La manifestación de la voluntad mantiene en su estudio dos criterios vinculantes en la aplicación de un ordenamiento jurídico: el primero de ellos, se refiere al *criterio objetivo* basado en la acción⁷, estipula que la manifestación expresa está construida bajo los preceptos de una conducta de exteriorización de la voluntad como el medio verbal o autógrafo; por su parte, la manifestación tácita, se denota con una expresión no idónea para manifestar voluntad, pero aun así la exterioriza. El segundo es el *criterio subjetivo* basado en el

una acción de aceptación, determinada por el hecho de hacer "click" en un botón dispuesto para confirmar que se asienten los términos y condiciones.

5. *Browse wrap agreement: es una modalidad de manifestación de la voluntad que se expresa mediante la simple navegación en un sitio web determinado, considerando con esto la perfección de los contratos.*

6. *Shrink wrap agreement: es una modalidad de manifestación del consentimiento presunta, donde el productor de bienes y servicios utiliza el bien ofrecido para establecer términos y condiciones de uso sin que medie aceptación expresa del consumidor.*

7. *El criterio objetivo enfatiza en medios de exteriorización de la voluntad que sean considerados como tales, convencional o socialmente, es decir, objetivamente, independiente de si la voluntad ha sido declarada específicamente por el sujeto con tal propósito.*

sujeto, habla de una voluntad expresa, sobre la que es visible a todas luces la determinación de exteriorizar una acción comunicativa que responda a un ofrecimiento previo, teniendo como propósito principal declarar la voluntad; por su parte, la manifestación tácita señala una actuación carente de especificidad, pero revela la voluntad del sujeto (Pinochet, 2004).

Aunque el sistema Colombiano no se inclina por ninguno de los dos criterios, al igual que España y Chile, según Albaladejo (2001), termina por adoptar posición tajante frente a la aplicación del *criterio objetivo* o de conducta, dándole preponderancia a la manifestación expresa de la voluntad; es decir, coloca como única forma de exteriorizar el consentimiento, el lenguaje y no el comportamiento; normas jurídicas que regulan los contratos como el Código Civil, Código de Comercio y los contratos de consumo, como el Estatuto del Consumidor, son construidas bajo esta teoría jurídica, que gira en torno al consentimiento claro e inequívoco, que da a su modalidad expresa, un lugar de generalidad normativa con la finalidad de dar a actos solemnes y no solemnes, la claridad que evite que la etapa volitiva se vea afectada por vicios.

Los medios tecnológicos rompen de alguna forma con la regla general de un consentimiento expreso, puesto que según de Ros (2000) la manifestación de la voluntad electrónica posee características diversas como la interactividad y bidireccionalidad que conllevan "*la interconexión espontánea y continuada de las partes en tiempo real y en unidad de acto*", que no solo trabajan con una realidad derivada del ingenio humano, sino que también usan medios de comunicación artificiales, entre ausentes o distantes, que rompen esquemas respecto de la tradición y rigidez de las estructuras clásicas del negocio jurídico, originando un cambio de perspectiva y auspiciando un necesario avance en las superestructuras jurídicas.

Entonces, las declaraciones de voluntad son expresadas por medio de mensajes de datos, mediante el uso de plataformas digitales que permiten acercar a las partes, que no se encuentran de forma física en las etapas de formación y ejecución del negocio jurídico; dándole un toque de anonimato y de incertidumbre recíproco a los contratantes; en virtud de dichas dificultades, según Wegner (s.

f.) se crean mecanismos de protección jurídica en torno al consentimiento para garantizar de alguna forma que sea exento de vicios; comprendiendo que el silencio solo podría servir en caso de presentes y la aplicabilidad de este para contratos perfeccionados en plataformas web, correo electrónico, tecnología IP y nuevas tecnologías de la información sería nula e ineficiente.

Este es el caso de las modalidades *Browse Wrap Agreement* y *Shink Wrap Agreement*, surgen de la necesidad de efectividad en los procesos de formación y ejecución de los contratos, entendiendo que por la naturaleza del medio de transmisión se celebran contratos entre ausentes, planteando una clasificación basada en la coincidencia temporal de la respuesta (Pinochet, 2004), así:

Tabla 1. Tipos de contrato

TIPO	EXPLICACIÓN
Online	Contratos interactivos, que manejan un proceso de comunicación continuo e ininterrumpido entre las partes, que en uso de nuevas tecnologías permiten una acción recíproca entre contratantes en tiempo real. Observando casos como es el del <i>click wrap</i> , la video llamada, las descargas de aplicaciones y el software.
Offline	Contratos que manejan un proceso discontinuo de comunicación entre las partes, en el que el actuar propio, tanto de oferta como de aceptación, se encuentran diferenciados por intervalos de tiempo perfectamente distinguibles, como lo es el caso de los contratos perfeccionados por medio del correo electrónico (Pinochet, 2004).

Fuente: Elaboración propia.

El fundamento jurídico que sostiene la validez de los contratos *online* y *offline* en Colombia, están guiados por la Ley 527 de 1999, que en sus artículos 14 y 15, da total validez a los contratos que usen el mensaje de datos para transmitir oferta y aceptación entre contratantes identificados, rigiendo de forma específica para la contratación electrónica, pero con el condicionamiento del principio de no modificación del régimen de derecho de las obligaciones y de los contratos privados; esta modalidad contractual libera varias inconsistencias, entre ellas la de la presunción en la aceptación de términos y condiciones necesarios para la perfección del consentimiento electrónico.

La aceptación necesaria para la perfección del consentimiento, comprende una actuación con los requisitos legales que doten de validez un acuerdo de voluntades, exteriorizando en debida forma la voluntad individual de los participantes en dicho acto; por lo que es fundamental hablar del *elemento interno* y el *elemento externo*, como

situaciones de la voluntad dependientes una de la otra, puesto que sin expresar el verdadero querer de las partes, este será superfluo al no ser exteriorizado por medio de comunicación, ni conducta (Gardeazabal, 2019, p. X).

Caso aplicable a los contratos electrónicos, que no basan su esquema de perfección del consentimiento en el querer de las partes, sino en la exteriorización, dada la necesidad de una celebración de contratos en masa, creando un desconocimiento generalizado de los términos y condiciones, que se entienden aceptados por la navegación en la página web, siendo una de las modalidades con alto riesgo de presentación de vicios del consentimiento.

EL MENSAJE DE DATOS COMO AGENTE DE CAMBIO EN CUANTO A LA ESTRUCTURA DE LAS OBLIGACIONES CIVILES

El mensaje de datos comprende uno de los cambios más significativos dentro de

una estructuración técnica, y, es un término generalizador para una serie de lenguajes de programación que transportan información de todo tipo, dentro una realidad paralela a la sensorial humana, una realidad virtual; ante este cambio brusco de la ritualidad que impusieron a las leyes civiles, la regulación anduvo por un sendero de independencia tecnológica bajo el mando de la programación, en la que el humano plantea una serie de instrucciones en pro de la efectividad de los procesos productivos, gravitando en torno a diversos medios electrónicos; los contratos pasaron de tener una interacción presencial a tener una interacción virtualizada, basada en las relaciones a distancia, es a partir de acá que nacen las nuevas formas de perfección del consentimiento en los contratos.

La generalidad del mensaje de datos se hace participe en el Derecho por medio del documento electrónico, sustituyendo tesis que giraban en torno a la validez única de un documento necesariamente escrito o autógrafo, que debido al uso tradicional de la escritura en las pruebas documentales de carácter físico, daban a este preponderancia (Medina, 2002, pp.79 - 98); sin embargo, la expresión de imágenes o declaraciones por medios magnéticos, conformaron una nueva estructuración de lo que se considera valor probatorio, extendiendo el concepto de la ya mencionada validez, basada en un modelo de evolución normativa, que tuvo como principal abanderada a la CNUDMI y su ley modelo; esta institución comprendió, en debida forma, la desmaterialización del soporte de existencia de un Derecho o la demostración auténtica del mismo, creando una serie de principios de equipamiento jurídico dándole a las ciencias jurídicas flexibilidad y un nuevo enfoque que acompañaba el uso de las TIC.

PRINCIPIOS RECTORES PARA LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Dentro de la estructura que rige la conducta en los ordenamientos jurídicos, se encuentran los principios como guías de orientación central con una triple funcionalidad; según Arango (s.f.): su función es *direcciona*, pues se encarga de servir como estandarte en la tarea de legislar; también contiene una función *interpretadora*, permitiendo un apoyo a la hora de aplicar la normatividad; y finalmente, una función *integradora* que permite suplir la insuficiencia de las normas escritas, adecuando su actividad al desarrollo histórico y social de una comunidad. Estas aspiraciones de los sistemas actuales comprenden la base de las garantías de donde emana el Derecho.

En el análisis de la ley modelo de la CNUDMI se evidencia que no es la excepción, pues da protagonismo a cinco principios que fortalecen las disposiciones normativas en lo que uso de las TIC se trata, pues propone un cuerpo normativo equilibrado que se aleja de una normatividad amplia que podría ser confusa, pero no es excesivamente específica, excluyendo tecnologías que recién se aplican o no se han inventado; dichos principios son producto del trabajo de organizaciones especializadas, que busca reducir la problemáticas de una realidad alterna a la percibida por los sentidos, dándole uniformidad a la competencia, ubicuidad de actuación estatal e internacionalidad, reduciendo las problemáticas de regulación en el uso del internet como soporte de las relaciones sociales y económicas. (Rincón, 2017, p XX).

Los principios que identificados como esenciales en la construcción de la ley modelo y por consiguiente de la ley 527 de 1999, son:

Tabla 2. Principios del documento electrónico

PRINCIPIO NORMATIVO	DEFINICIÓN
Principio de equivalencia funcional	Este principio tiene un papel fundamental en cuanto al tema de comercio electrónico en el ámbito probatorio, pues equipara el valor probatorio del documento manuscrito con el documento electrónico, siempre y cuando cumpla una función de preservación para la consulta en el lugar de origen, esta premisa se establece con la finalidad de aplicar las diferentes técnicas electrónicas.
<i>Principio de neutralidad tecnológica</i>	Este principio no solo abarca la tecnología presente, sino que deja abierta la posibilidad a nuevos descubrimientos tecnológicos.

PRINCIPIO NORMATIVO	DEFINICIÓN
<i>Principio de Buena Fe</i>	Este principio reafirma el fundamento que rige el intercambio internacional de bienes y servicios, su fundamento radica, principalmente en la confianza que deben tener los contratantes a través de los soportes electrónicos.
<i>Principio de libertad contractual</i>	Este principio tiene su fundamento en el principio de inalterabilidad de Derecho preexistente, frente a las tecnologías que se desarrollan, este es un derecho que se debe contextualizar en el marco de la libertad de empresa, autonomía privada y libertad de competencia. Ampliación de fronteras para realizar negocios, lo que permite que cualquiera que tenga acceso a internet se convierta en potencial contratante, por tal motivo resulta necesaria la intervención del derecho para regular la temática respectiva.
<i>Principio de inalterabilidad en el régimen de las obligaciones y contratos</i>	Este principio plantea la no existencia de alteración en la teoría clásica de los contratos, ni el régimen jurídico de las obligaciones contractuales, pues se entiende que estos medios electrónicos representan un nuevo soporte en cuanto a las voluntades negociales y pre negociales, de esta forma no modifica el perfeccionamiento, desarrollo y ejecución de contratos.

Fuente: Elaboración propia.

Los medios electrónicos fueron interpretados como una herramienta que potencia las relaciones comerciales y jurídicas, generando que principios como el de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica e inalterabilidad en el régimen de las obligaciones y contratos privados, brinden validez a todo acto realizado por estos medios (Ley No. 257, 1999), comprendiendo de manera correcta que la estructura de las obligaciones civiles transmuta, que el justo título no es manuscrito, al estar bajo el dominio de la tecnología presente o la que está por desarrollar, es necesario que se evite una alteración caótica para quienes conciben el Derecho de forma poco flexible y en lugar de retroceder con conceptos normativos clásicos, le permita adecuar los cambios sociales a su percepción regulatoria; caso como el de la simple transformación de presentación de la forma de reclamar el Derecho, que no debe negar la validez de la información contenida en un mensaje de datos, porque se sale de la concepción tradicional de documento, al contrario, debe ser adecuado al ordenamiento sin cambiar el sostén normativo, pero cambiando criterios de valoración para garantizar la seguridad y autenticidad de la información que se pretenda hacer valer.

Resulta necesario hacer hincapié en el principio de equivalencia funcional, que comprende el fundamento esencial de la relación entre el Derecho y las nuevas tecnologías, siendo base de

garantía de no discriminación de los mensajes de datos con respecto a la manifestación consiente de la voluntad en sus diversos medios considerados como tradicionales; que en virtud del artículo 6 de Ley 527 de 1999, presenta esta función de equiparación como fundamento jurídico cobijado por la presunción de autenticidad, que considera una línea de seguridad⁸ para la verificación del operador judicial basada en la disponibilidad de consulta posterior, es decir, permite cumplir con los requisitos de satisfacción del documento autógrafa con una similitud funcional con firma, original y archivo.

ANÁLISIS DE FUENTE, TÍTULO Y MODO EN LAS OBLIGACIONES PACTADAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Para el sistema jurídico colombiano la estructura de las obligaciones se encuentra

8. La norma técnica ICONTEC NTC-ISO- 30300 impone la necesidad en el proceso de conservación para posterior presentación del mensaje de datos, establece una serie de atributos para garantizar que la información contenida, cumpla con los requisitos de presentación; estos requisitos son: **autenticidad**, que se puede demostrar, que es lo que afirma ser, que ha sido creado o enviado por la persona que afirma haberlo creado o enviado, y que ha sido creado o enviado en el tiempo que se ha afirmado; **fiabilidad**, que se encuentra completo y sin alteraciones; **integridad**, que refleja de manera exacta y completa la ejecución de actividades u operaciones; y, **usabilidad**, que se puede localizar, recuperar, presentar e interpretar.

contenida principalmente en el Código Civil; dicha estructura está representada por la relación de tres elementos: *fuerza, título y modo*, necesarios cuando de adquisición del derecho de dominio se trata.

Uno de los problemas jurídicos abordado, es la afectación de la estructura de las obligaciones producto del uso masivo de TIC; el análisis realizado arroja una afectación en el elemento del *título*, ya que este es considerado como el fundamento jurídico que permite la demostración auténtica de un derecho u obligación, plasmado como documento autógrafo que permite corroborar un acto voluntario de manifestación del consentimiento; sin embargo, el cambio por el uso de la tecnología es tan drástico que redefine elementos esenciales de los contratos como lo es el pago, el consentimiento, la aceptación, centro de trabajo, lugar de celebración (Cárdenas, 2017, pp.: 144-155) y los soportes sobre los cuales se materializan los actos que dan origen a la transmisión de un Derecho, haciendo de este último una situación desequilibrante digna de revisar, permitiendo una identificación de situaciones importantes en un entorno electrónico, establecidas en el artículo 745 del Código Civil, como lo son como la forma de demostración de la existencia de venta, permuta o donación por medios electrónicos y la validez del documento que se envía a quien se confiere el Derecho.

(i) *Forma de Demostración:* en esta adecuación al Derecho preexistente, se reconoce una vez más al mensaje de datos

como la información creada, enviada, recibida, archivada y comunicada por medios electrónicos, que cuando contenga una repercusión jurídica en torno a demostrar la existencia de un acto del consentimiento, tendría una denominación de *documento electrónico*; esta aclaración corresponde a la necesidad de hablar del cambio de soporte de presentación que pasa del papel a un medio magnético, siendo objeto del reconocimiento de validez jurídica, amparada por los principios de *inalterabilidad en el régimen de las obligaciones y contratos privados y equivalencia funcional*, brindando total validez a este medio de transmisión, teniendo como fuente el mandato legal, enfrentándose a un cambio de percepción social respecto de la incertidumbre, producto de la novedad en los medios de transmisión y comunicación, que implican el uso igualitario de un título autógrafo y un título representado por medios electrónicos, cuando se trate de la demostración auténtica de un derecho.

(ii) *Determinación para la validez de un título expresado en un mensaje de datos:* esta situación hace referencia al termino denominado como debida fuerza probatoria (Cárdenas, 2017, p. 147), que depende exclusivamente de unos criterios o requerimientos de seguridad en la información, que mitiguen riesgos producto de las amenazas virtuales propias en los procesos o tramites electrónicos. Dichos criterios se definen como:

Tabla 3. Criterios de valoración probatoria de los documentos electrónicos

CRITERIO	DEFINICIÓN
<i>Integridad</i>	Busca que la información pueda ser recuperada con exactitud en caso de pérdida, ofreciendo la misma calidad o una calidad similar.
<i>Confidencialidad</i>	Busca principalmente que la información de interés que ha sido enviada, solo sea conocida por quien es autorizado para conocer dicha información.
<i>Disponibilidad</i>	Busca garantizar que la información pueda ser consultada por quien lo requiere en cualquier momento, sin que se ponga en riesgo la información por el paso del tiempo.

Fuente: Elaboración propia.

Uno de los criterios que se debe abordar con especial cuidado, es el de envío y recepción del mensaje de datos que tenga por objetivo la formación del consentimiento, puesto que esta interacción implica un requisito para determinar si el contrato es válido; en los artículos 14 y 15 de la Ley 527 de 1999 se establece la fuerza probatoria que tiene este medio de transmisión, encontrando en la relación existente entre iniciador y destinatario del mensaje de datos, la materialización de los criterios de seguridad, fundamentado en la necesidad de identificar plenamente a las partes, para conocer los roles del empresario y el consumidor en torno a las obligaciones contractuales y legales, dentro de las etapas pre y pos contractuales.

VALIDEZ AL PERFECCIONAR EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE CONSUMO

La contratación electrónica es entendida como la instauración de un entorno digital para la efectiva celebración de contratos por parte del empresario, que por medio de una página web ofrece la provisión de bienes y servicios, brindando los beneficios del comercio electrónico a los consumidores, los cuales son parte de una nueva forma de perfección del consentimiento, creada bajo la premisa jurídica de los contratos de adhesión o de cláusulas bloqueadas a la libre negociación.

Los contratos e-commerce B2C requieren de una comunicación continua e ininterrumpida, una documentación clara y visible que establezca las reglas del juego que rigen la relación contractual (contratos *Online*); por lo que el consumidor está condicionado a leer los términos y condiciones bajo la decisión dual de aceptar o rechazar; vislumbrando una manifiesta situación de desequilibrio o desventaja negocial⁹. Aunando en lo anterior y, en atención al consentimiento y su aceptación dentro de estos espacios web, es necesario precisar que Colombia no tiene claridad legal sobre la validez en la aplicación de los *wrap contracts* y en aplicación del Derecho comparado se han estudiado decisiones judiciales de los Estados Unidos de América con la finalidad de tener una noción de la solución de controversias jurídicas con respecto a la aceptación tácita y

9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

expresa en los contratos electrónicos de consumo, para lo cual se despliega una línea jurisprudencial, concluyendo la importancia jurídica de la siguiente forma:

(i) **Register.com.inc Vs Verio inc.** "Sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos Segundo Circuito. Expedida en 2004"

Esta providencia, en lo que se refiere a términos y condiciones de uso, sienta precedente en lo que se refiere al manejo de datos personales de usuarios de internet para uso comercial, determinando que el hecho de no poder rechazar dichos términos de uso, impide o bloquea la oportunidad de continuar navegando en el sitio web, constriñendo al usuario a aceptar los términos planteados; determinando que la modalidad de contratación *Browse Wrap Agreement* es la representación de un contrato de consumo (en adelante CEC) y a pesar de presentar las cláusulas, después de realizar el acuerdo entre las partes, los contratantes saben de la realización de un contrato y a su vez tienen la oportunidad de rechazar o aceptar los términos y condiciones que solo por estar en la página web se hacen ejecutables¹⁰.

(ii) **Hubbert Vs Dell Corporation** "Sentencia de la Corte de Apelaciones del Estado de Illinois. Expedida en 2006"

En esta oportunidad, este tribunal realizó un análisis de la aceptación de términos y condiciones en los contratos electrónicos, bajo tres presupuestos necesarios para que la modalidad *Browse Wrap Agreement* sea vinculante, para este caso en particular la discusión jurídica se da por la ejecutoriedad de las cláusulas de arbitramento, ya que para esta modalidad no existe una aceptación manifiesta del consentimiento, pues se presume con la simple navegación y el cumplimiento de tres condiciones:

- Exista un texto de visualización que advierta del carácter vinculante de las cláusulas inmersas en los términos y condiciones de uso.

10. *Justiaus Law, Register.com, Inc., demandante, apelante, v. Verio, Inc., demandada-recurrente*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004). https://law.justia.com/cases/federal/appellate_courts/F3/356/393/539823/

- El consumidor, en este caso, sea una persona con la experticia suficiente para realizar compras en línea o haga compras en línea con frecuencia.
- Existencia de un hipervínculo azul que remita al usuario al documento de términos y condiciones.¹¹

RELACIÓN DE CONSUMO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

En esta relación comercial es natural reconocer dos actores esenciales, dentro del marco de acción frente a la cosa y la retribución o pago por la misma, estos actores son *Business o empresario* y *Consumer o consumidor*, reconocidos como una clasificación del *e-commerce* según los sujetos y presentados como los dos protagonistas de los llamados contratos B2C; sin embargo, es necesario reconocer figuras jurídicas y actores externos que influyen en las diferentes etapas contractuales, tanto en la formación que es el tema central de investigación, como en la ejecución.

El contrato de adhesión, como una figura jurídica que garantiza la rápida y efectiva celebración de contratos en masa, presenta como principal característica una reestructuración de la igualdad en los contratos que es tolerada por el sistema económico, pues dispone de una serie de cláusulas fijas e inmodificables que dejan a una de las partes en posición de aceptar o rechazar. Esta tipología de contratos responde a la descripción de la calidad de las partes inmersas en una relación de consumo dada por la Corte Suprema de Justicia, comprendida como una relación asimétrica entre las partes, en la que el empresario ejerce una posición dominante sobre el consumidor, quien se encuentra en desventaja comercial y vulnerabilidad económica que, en aras de encontrar el equilibrio perdido, crea una situación que requiere de la intervención regulatoria del Estado.¹² En consonancia con lo anterior, se reconoce al consumidor como un sujeto que requiere un especial cuidado por parte del Estado, quien se convierte en actor principal de esta relación jurídica, en la que se busca por medio de la materialización de una órbita de protección al consumo, el restablecimiento de

la igualdad en la interacción de mercado¹³ en cumplimiento de la obligación estatal de proteger el interés general y la constitución.¹⁴

Afectados por los medios tecnológicos y la creciente inseguridad jurídica sobre los mismos, en cuanto al uso de sitios web se aumenta la brecha cognoscitiva, tecnológica y profesional entre las partes, en el entendido que la contratación internacional deja a la merced de la voluntad del empresario el derecho de reclamación del consumidor, al no existir un régimen legal aplicable en una situación donde se extrae al consumidor de la órbita de protección del Estado, y, no se garantizan los derechos del consumidor desde la etapa de formación permitiendo el uso de modalidades *Browse Wrap* en la aceptación de términos y condiciones.

RECONOCIMIENTO DE ACTORES EN LA RELACIÓN DE CONSUMO ELECTRÓNICO

Los actores inmersos en la relación contractual de consumo son *empresarios* y *consumidores*, quienes actúan en calidad de protagonistas o quienes se obligan de manera recíproca; con esto se plantea la existencia de diversos actores que garantizan la efectiva ejecución del contrato y debido al desarrollo de los medios tecnológicos, se presentan como complemento subsidiario del proceso de ejecución, tal vez con poca visibilidad, pero con un importante papel en la relación contractual; de tal forma que la convergencia de estos actores resulta ser trascendental y novedosa por el uso de medios tecnológicos, permitiendo reconocer los siguientes:

- Estado. Como ente regulador de las relaciones particulares, en defensa del orden público y regulador de situaciones imperfectas de mercado.
- Entidades Bancarias. Como entidad que asegura la transacción monetaria exitosa.
- Entidades especializadas en recaudos. Como entidad que usa medios físicos para asegurar la perfección del contrato mediante el pago.

11. *Hubbert v. Dell Corp.*, 359 Ill. App.3d (Ill. Ct. App. 2005). <http://pub.bna.com/eclr/hubbert081205.pdf>

12. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.*

13. *Corte Constitucional, Sentencia C- 1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

14. *Corte Constitucional, Sentencia T- 333 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

- Pasarelas de pago. Entidad que asegura el flujo seguro de información, ejerciendo funciones operativas de control de fraudes, validando información y dando el visto bueno para realizar la transacción de dinero que se encuentra en cabeza de la entidad bancaria.

- Entidades prestadoras del servicio de envío. Entidades encargadas de prestar el servicio de transporte y entrega del bien objeto del contrato, excepcionalmente realizan el recaudo de dinero cuando se trata de pago contra entrega.

- Entidades prestadoras de servicios técnicos o tecnológicos para el funcionamiento de plataformas *e-commerce*. Encargadas de realizar las actuaciones propias del cumplimiento de contratos de acceso a internet, de nombre de dominio, de diseño y desarrollo de sitio web, de hospedaje o hosting y de hipervínculos o links.

- Entidades de certificación. Encargadas de verificar las firmas digitales de personas naturales o jurídicas, la posible alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos, las personas con derechos y obligaciones; de igual forma, facilita los servicios de creación de firmas digitales certificadas y, los servicios de registro cronológico en la generación, transmisión, recepción y conservación de mensajes de datos.

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO ELECTRÓNICO

Se habla de Estado, como agente importante en las relaciones contractuales, comprendiendo que su presencia regulatoria resulta fundamental para determinar el desarrollo del mercado, tanto para empresarios como para consumidores y demás partes inmersas en esta actividad de producción, transacción, distribución y consumo de bienes y servicios, en el entendido que el modelo político y económico describiría el movimiento del mercado supeditado jurídicamente al grado de intervención del Estado, que en ejercicio de sus facultades es quien coloca las reglas del juego en cuanto restricciones o limitaciones, las cuales representan el fundamento del interés público; esta aspiración general acoge las necesidades colectivas del mercado, que para este caso en particular se centra en los derechos de los consumidores y usuarios, evitando la proyección empresarial que, en conjunto con la absoluta disponibilidad y soberanía de la autonomía de

la voluntad se convirtieron en la lucha social y la conquista del patrimonio cultural contemporáneo de los Estados Democráticos.¹⁵

Con base en el estudio del modelo de Estado de Derecho y comprendiendo que el campo de aplicación de este análisis se da para Colombia, es necesario hacer alusión a la cláusula del Estado Social de Derecho como pilar fundamental en la medición de la intervención del Estado, citar esta forma organizacional implica la obligación de hablar de la Constitución Política de 1991, que frente al modelo económico crea una compatibilidad única con el modelo de Economía Social de Mercado¹⁶ que busca la satisfacción de necesidades económicas de forma eficaz y efectiva, dando a la iniciativa privada la posibilidad de ser impulsora de la economía siempre y cuando se adecue al cumplimiento de los contornos jurídicos impuestos; por ello, busca cumplir con los fines constitucionales valiosos para la comunidad en general, encontrando un estadio equilibrado donde protección y obtención de ganancias sea posible de materializar.

Con la existencia de institucionalidad privada, se garantiza un manejo independiente en sus métodos generales de funcionamiento, la emancipación de la iniciativa individual y las innovaciones, actuaciones protegidas por la libertad de empresa que se adecuan armónicamente a las garantías sociales y respeta toda iniciativa empresarial, sin que crear un plano económico de oportunidades igualitarias, sea un grado de intervención que contraste o enfrente a las partes principales de los contratos *e-commerce* B2C.

Entonces, la intervención del modelo de Estado Social de Derecho según Pfaller, (1997) está definida en siete actuaciones generales frente al mercado en el modelo aceptado de Economía Social de Mercado. Dichas actuaciones son:

15. Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-313-13.htm>

16. Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-032-17.htm>

Tabla 4. Actuaciones generales frente al mercado

ACTUACIÓN ESTATAL	FUNDAMENTO DE LA ACTUACIÓN
Garantía de libertad de mercado	El Estado le confiere al mercado un campo de acción en el que interviene de manera excepcional, con la finalidad de proteger la libertad de mercado y la protección de la propiedad privada; en ejercicio de la suprema autoridad que le concede ser el único con legitimidad de ejecutar la coacción física en defensa del interés público.
Garantía de acceso a la competencia	Se define como el programa político del proyecto de la "economía social de mercado", que va más allá del aseguramiento de una libertad formal del mercado y compromete al Estado a intervenir activamente en el mercado cada vez que allí se configuren constelaciones de poder formalmente inobjetable que por su naturaleza afecten seriamente la competencia y la eficiencia del mercado.
Garantía de información confiable	Para que el mercado pueda funcionar bien, se requiere además que oferentes y demandantes puedan confiar suficientemente en las señales que reciban de sus contrapartes en el mercado, para poder tomar decisiones racionales con base en ellas. Así, por ejemplo, una selección racional entre diversas ofertas solo será posible si las informaciones que proporcionen los oferentes en cuanto a cantidad y calidad del producto son correctas. Por ello el Estado tiene la obligación de regular estas actividades derivadas de la Seguridad de la Información buscando cumplimiento de contratos y sanciones a quienes actúan en contravía para beneficiarse a costa de perjuicios de quien hacen parte de la dinámica del mercado.
Protección de intereses sociales legítimos	El concepto de la economía social de mercado reconoce explícitamente que ni siquiera un mercado altamente eficiente satisface todas las necesidades de una sociedad. Es por ello que no solo le atribuye al Estado el derecho, sino incluso la tarea de intervenir activamente dondequiera que se produzca un menoscabo de intereses sociales legítimos. Esta obligación de intervenir abarca tres aspectos: <ul style="list-style-type: none"> • Restricción de la libertad del mercado. • Compensación de fallas del mercado • corrección de resultados generados por el mercado.
Restricción de libertad del mercado en defensa de intereses públicos	Actuación estatal centrada en la tarea de producción de normas reguladoras que sopesen la búsqueda de ventajas individuales, afán de lucro y procuración de adquisiciones favorables, creando un área limítrofe de intereses, donde el beneficio personal no sea generado por el detrimento de otros actores del mercado, sometándose al debate político la imposición de límites que encuentre un riesgo latente entre creación excesiva o insuficiente de normas.
Compensación en las fallas de mercado	Esta actuación reconoce que la dinámica social requiere respuesta del mercado, por ello existirá una doble intervención del Estado en el mercado, excepcionalmente producto de una actuación sustitutiva o subsidiaria de producción de bienes y servicios cuando el productor no cuente con la capacidad de satisfacción al consumidor o cuando tradicionalmente por cuestiones de bien común y satisfacción de necesidades deba entrar a prestar servicios, de lo contrario su competencia radicará en regulación.

ACTUACIÓN ESTATAL	FUNDAMENTO DE LA ACTUACIÓN
Corrección de resultados del mercado	<p>Esta actuación corresponde a una vigilancia continua de las situaciones de mercado que si bien se autorregulan; no están exentos ejercicios de posiciones dominantes, producto de un mayor poder económico y cognoscitivo, situaciones que deben ser corregidas en virtud de la protección de derechos de consumidor; haciendo del mercado una fuerza igualadora y no polarizadora, buscando una distribución equitativa del ingreso social y evitando la acumulación de patrimonio y capital en un solo actor, en resumidas cuentas este concepto se materializa más representativamente mediante:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Imposición de un salario justo. • Imposición de tributos. • Generación de subsidios • Imposición de cumplimiento de afiliación y cancelación de rubros cubran a los trabajadores de contingencias laborales. • Imposición de pagos de un ingreso mínimo estatal.

Fuente: Elaboración propia.

NORMATIVA FRENTE A LA PERFECCIÓN DEL CONOCIMIENTO

El tema en análisis conduce a pensar y retomar la teoría clásica de la declaración de la voluntad en el negocio jurídico, que establece que para que surja y exista el mismo debe existir una manifestación clara, expresa e inequívoca de voluntad; es así que el consentimiento es definido como una de las condiciones exigidas y que son esencia de todo contrato (Código Civil, art. 1502, 1887), es precisamente esta manifestación de la voluntad la que se conoce como consentimiento del contrato o negocio jurídico. De ahí que, el consentimiento es un elemento *sine qua non* para dar lugar a la formación de un contrato o negocio jurídico y que tal y como se ha venido indicando está conformado por la oferta y la aceptación.

Tenemos que para la formación del contrato requiere que una de las partes tome la iniciativa y proponga al interesado el objeto, condiciones y modalidades del contrato que se quiere celebrar, así la otra persona puede manifestar su conformidad y de esta manera nace el vínculo contractual. Quedando perfeccionado el contrato y obligándose las partes a cumplir determinadas obligaciones. Estas etapas que se tienen que surtir para formar el consentimiento en un contrato se denominan oferta y aceptación (Rincón, 2017, p. 147).

En cuanto a la normatividad aplicable a la formación del consentimiento en las transacciones electrónicas, pareciera que estas últimas se encuentran reguladas por las reglas generales que modelan el ordenamiento jurídico; sin embargo, y dadas las especificidades y diferencias que connota la contratación electrónica, muchas de las normas ya dispuestas, no dan respuesta a las dificultades que se puedan presentar en el desarrollo de este tipo específico de transacciones. Es menester mencionar que, pese a que el Código Civil hace referencia al consentimiento, su validez, así como sus vicios en la formación de los contratos o negocios jurídicos, no desarrolla a profundidad tal elemento; por otro lado, el Código de Comercio presenta una regulación más completa frente al tema de estudio, sin que ello quiera decir que tal normatividad aborda las características propias de la formación y perfección del consentimiento en los contratos electrónicos B2C.

La legislación colombiana aborda y establece algunas pautas referentes a la formación y perfección del consentimiento y se encuentran plasmadas en la Ley 527 de 1999 y en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), y es, precisamente esta última, que en aras de materializar una reducción en el desequilibrio que se presenta en las transacciones B2C, desarrolla una serie de medidas y lineamientos que propenden por la protección y defensa del consumidor. Pese a ello, el grado de claridad y eficacia de las medidas tendientes a proteger

al consumidor aun no es inteligible, por lo que es necesario un estudio y análisis acucioso del mismo.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

Avanzando en el estudio, la Ley 527 de 1999 dispone en el artículo 14, en torno a la formación del contrato y salvo acuerdo entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, y por lo tanto, no se le negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos; luego, dispone en su artículo 15 que en las relaciones que surjan entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a las manifestaciones de la voluntad o declaraciones que se lleven a cabo por el solo hecho de haberse realizado por medio de mensaje de datos. De lo anterior, se colige la validez y eficacia del consentimiento electrónico que surge a partir de la Ley 527 (1999) para dar lugar al nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica (Moreno, 2002).

En efecto, a un contrato no se le puede negar efectos legales y, validez, por haberse expresado el consentimiento de las partes a través de medios electrónicos, en palabras de Miller y Jentz (2008) la formación de un contrato, cualquiera que sea el medio utilizado, encuentra fundamento legal y generan por lo tanto efectos jurídicos. No obstante, pese a la regulación que presenta la Ley 527 de 1999, no existen y, por lo tanto, no son claras las normas y reglas que rigen para la formación y perfección del consentimiento de los contratos B2C.

Por su parte Rincón (2017), ha hecho referencia en varias ocasiones a la carencia de reglas en torno a la perfección del consentimiento en los contratos, incluidos los B2C, expresando que para hablar de contratación electrónica es esencial que se realice una revisión exegética del cumplimiento de las reglas relativas al consentimiento y la posterior perfección del contrato, conforme a lo que estipula el Código de Comercio¹⁷. Sin embargo, persiste Rincón en

que las consideraciones que se han desarrollado y analizado, acerca de las particularidades que presentan las ofertas realizadas en una página web, solo han sido abarcadas por la Doctrina, dejando así en evidencia la falta de regulación y claridad en la Ley.

Por otro lado, y como se ha venido indicando a lo largo del presente texto, los contratos B2C presentan un gran desequilibrio en la relación contractual que afecta al consumidor; por cuanto no tienen la oportunidad de discutir los términos y condiciones que van a regir el contrato. De ahí, la importancia de regulaciones que garanticen la protección del consumidor en las transacciones electrónicas que realice.

En Colombia, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), está a tono con algunas de las necesidades de la economía digital, y dedica un capítulo para abordar el consentimiento, pero sobre todo, la protección al consumidor de comercio electrónico. Siendo determinante rescatar cuatro factores clave que desarrolla el mencionado artículo en relación con el consentimiento:

1. **El consentimiento debe ser expreso, inequívoco y verificable:** Vega (2005) establece que para el caso de la contratación electrónica, el consentimiento es expreso, cuando el consumidor exterioriza su voluntad a través de un click, materializando de esta manera la aceptación a la oferta que ha sido dispuesta por parte del empresario, simultáneamente la oferta debe ser clara y verificable, es decir, el empresario o proveedor deberá suministrar al consumidor información cierta, clara y actualizada respecto de los bienes y servicios que está ofreciendo, asegurando así la protección al consumidor desde la etapa inicial hasta la etapa final de la relación contractual. Luego, es importante que se evidencie dicha protección una vez se haya consumado la transacción electrónica, con la entrega real y efectiva del bien o servicio que se ha contratado, en palabras de Remolina y Flórez (2012):

algunas de las problemáticas que se presentan en cuanto a la perfección del consentimiento, en los casos en que éste se expresa a través de medios electrónicos, generando así, una anomia normativa que repercute directamente en el consumidor que se encuentra en una situación de desventaja frente al empresario u oferente.

17. El Código de Comercio Colombiano, es la normativa que mayor regulación desarrolla frente a la formación del consentimiento en la formación de contratos; sin embargo, no es clara, ni aborda

“No solo deben garantizar la integridad y autenticidad de la información sino que deben estar disponibles para eventuales procesos de verificación por parte de las autoridades”.

2. Derecho de Retracto: esta es una facultad que otorga la Ley 1480 (2011), a todo aquel consumidor que quiere reversar su decisión de adquirir un bien o contratar un servicio. De acuerdo a lo establecido en la normativa, esta manifestación deberá hacerse en un plazo máximo de cinco (5) días y se hará directamente al empresario o proveedor, es importante mencionar, que este derecho no aplica para todas las transacciones electrónicas. Este derecho se soporta en el hecho que el consumidor adquiere una obligación sin conocer físicamente las condiciones y características del producto adquirido.

3. No se admite presunción de la voluntad del consumidor: pese a que el código de comercio lo permite el estatuto de Comercio proscribire y prohíbe tal situación.

4. El silencio del consumidor no se considera consentimiento: esta situación también se encuentra prohibida por la Ley 1480 (2011), por tal razón instituye que cuando no haya acción o respuesta alguna por parte del consumidor, tal hecho no puede ser considerado por parte del empresario como la expresión del consentimiento por parte del consumidor.

Otro punto a resaltar, es la prohibición que realiza la Ley 1480 (2011) de las cláusulas abusivas, por cuanto las mismas producen: por un lado, un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor; y, por el otro, afectan el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos; en consecuencia, carecerán de validez y efectos jurídicos.

ANÁLISIS BAJO LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO

Por lo que se refiere al Derecho del consumo, se entiende o por lo menos así ha sido contemplado, como el conjunto normativo que brinda protección a las personas, tanto naturales como jurídicas, que adquieren y disfrutan bienes y servicios como destinatarios finales, en otras

palabras, como consumidores. Por lo tanto, el objetivo de dichas normas es precisamente, evitar aquellas prácticas lesivas por parte de los empresarios que impliquen afectaciones y engaños a los consumidores; de modo que, el empresario se encuentra en la obligación de garantizar la protección del consumidor en la relación jurídica surgida entre los dos. Por su parte, el Estado, asume la posición de garante en la defensa de los derechos del consumidor.

En este sentido, se entiende que el derecho de Consumo tiene como objetivo principal la protección del consumidor, por cuanto se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica frente al proveedor o empresario que hace parte de esta relación jurídica. En consecuencia, en aras de hacer menos evidente este desequilibrio entre las partes, es necesario que el legislador promulgue medidas tendientes a proteger al consumidor, medidas que deberán ser plenamente cumplidas por parte del empresario so pena que el negocio jurídico pierda validez y eficacia.

Si bien es cierto que las transacciones y el modelo económico buscan, entre otros aspectos, facilitar la calidad de vida, impulsar la libertad de empresa y mercado de los ciudadanos, las mismas deben garantizar la salvaguarda del consumidor en la adquisición de bienes y servicios por parte de este último. Al referirse a Derecho de Consumo y Protección del Consumidor es importante tener en cuenta que dicha protección abarca derechos en torno a la protección contra riesgos de salud y seguridad, protección de intereses económicos, la correcta información y divulgación de la oferta que compone la transacción (Alzate, 2009).

Por su parte, la garantía de protección al consumidor encuentra fundamento en la Constitución Política (1991), que establece en su artículo 78, la importancia de una información clara y precisa al público en la comercialización de bienes y servicios; así pues, la información debe ser clara, veraz y suficiente, a fin de brindarle al consumidor las características completas acerca de los bienes o servicios que esta por adquirir o contratar. Cabe mencionar que el deber de informar, cobija aspectos como la veracidad de los productos ofrecidos, la publicidad engañosa, y por supuesto, permite que se dé un consentimiento informado.

En síntesis, el derecho del consumo irrumpió con fuerza el ámbito del derecho privado tradicional (Villalba, 2009), en las transacciones contractuales; como se ha venido afirmando, el derecho de consumo defiende a la parte débil de la relación contractual o de la relación de consumo, tal derecho a deprecado en la expedición de normas que regulan y protegen la formación y perfección del consentimiento, el derecho de retracto, la interpretación pro consumidor y, la prohibición de cláusulas abusivas, entre otros. En todo caso, el estudio y regulación del derecho de consumo y de la formación y perfección del consentimiento aún tienen un largo camino que recorrer en Colombia, es necesaria la promulgación de leyes que regulen las nuevas dinámicas del derecho contractual.

CONCLUSIONES

Uno de los riesgos más grandes que se afronta en la manifestación del consentimiento en los contratos B2C, hace referencia a la ausencia de regulación en la legislación colombiana de los denominados *Clickwrap* y *Browsewrap*; este último, afecta de manera directa la formación y perfección del consentimiento, por cuanto en esta modalidad el consentimiento no se otorga de manera clara y transparente, si bien es cierto que los términos están depuestos en el sitio web, no es necesaria la aceptación de los mismos para completar la transacción electrónica y adquirir la obligación; tal situación genera una evidente vulneración a los derechos de protección del consumidor, por cuanto puede ser víctima de engaño, falsa publicidad y, más aún, como se ha evidenciado en diversos casos, puede verse comprometida su información personal, situación que deprecaría en escenarios jurídicos y económicos con serias implicaciones.

De acuerdo al estudio realizado, es posible afirmar que, dentro de las modalidades de perfección del consentimiento más usadas en las transacciones de comercio electrónico, se encuentran los *clickwrap* y los *browsewrap*. El primero de ellos, brinda un consentimiento con mayor precisión y validez, toda vez que, para obligarse, es necesaria la aceptación de los términos dispuestos en la oferta; el segundo, por el contrario, no prevé la aceptación de términos, aunque los mismos este contemplados en el sitio web, generando tal situación una afectación a la formación y

validez del consentimiento, así como posibles afectaciones a los consumidores electrónicos.

Se evidencia una grave afectación en la modalidad de *Browsewrap* a un elemento esencial de los contratos, cual es el consentimiento, por cuanto el mismo no es solicitado en los términos y condiciones de la oferta dispuesta en el sitio web, por lo tanto es preciso, que para que el consentimiento sea válido y tenga efectos jurídicos, existan los siguientes cuatro elementos que fueron propuestos por la Barra de Abogados de Norteamérica (ABA): i) al usuario se le ha informado a través de una adecuada notificación de la existencia de los términos propuestos; ii) el usuario ha tenido la oportunidad significativa de revisar los términos; iii) al usuario se le ha informado a través de una notificación adecuada que tomando cierta acción específica manifiesta su consentimiento a los términos y condiciones establecidos; y, iv) el usuario ha tomado la acción que se especificó en la última notificación.

Si bien es cierto que las transacciones de comercio electrónico y en específico lo concerniente a la perfección del consentimiento, no se encuentran plenamente reguladas en la normativa Colombiana, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), da un paso importante en la protección al consumidor, al señalar que el consentimiento debe ser claro, inequívoco, expreso y verificable, desarrolla, por otro lado, el derecho de retracto y prohíbe de manera tajante la presunción de voluntad del consumidor determinando, a su vez que el silencio no se considera como consentimiento, finalmente, le entrega al consumidor herramientas que lo blindan y protegen en la relación asimétrica en la que se encuentra frente al empresario.

Se han planteado un conjunto de normas de protección al consumidor en el comercio electrónico; sin embargo, en los últimos años la transformación digital se ha acelerado, situación que ha puesto al consumidor digital en el nuevo escenario de una nueva innovación tecnológica que es disruptiva y multidimensional; en consecuencia, el consumidos se enfrenta a contextos de nuevos riesgos y, en tal sentido, el Derecho y el Estado no pueden quedarse atrás, razón por la cual es menester que exista una regulación acorde a las nuevas modalidades de contratación que materialicen nuevas medidas de protección al consumidor que, por lo

menos, en los contratos B2C y de acuerdo a los planteamientos esgrimidos en el presente texto, es la parte débil de la relación asimétrica del negocio jurídico. En consecuencia, es imprescindible que se adelante una regulación por parte del Estado

Colombiano sobre las transacciones comerciales y, en particular en lo referente a los *Browsewrap*, modalidad con gran auge en Colombia, cuyas falencias requieren de una pronta intervención.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (2001). Derecho civil. Introducción y Parte General. Librería Bosh – Ronda universidad.
- Arango (s. f.) ...
- Cárdenas, E. R. (2017). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Legis.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia SC 11815 – 2016 del 30 de agosto de 2016. M. P. Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 2009. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Decreto 410 de 1975, Código de Comercio, (marzo 27 de 1971), Diario oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.
- Hubbert v. Dell Corp., 359 Ill. App.3d (Ill. Ct. App. 2005). <http://pub.bna.com/eclr/hubbert081205.pdf>
- Justia Law, Register.com, Inc (2004), demandante, apelante, v. Verio, Inc., demandada-recurrente. https://law.justia.com/cases/federal/appellate_courts/F3/356/393/539823/
- Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor. (octubre 12 de 2011). *Diario Oficial* No. 48.220, 12 de octubre de 2011
- Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. (julio 12 de 2012). *Diario oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012
- Ley 57 de 1887, Código Civil. (mayo 26 de 1873). *Diario Oficial* No. 2.867, 31 de mayo de 1873.
- Ley 527 de 1999. Ley de Comercio Electrónico (agosto 18 de 1999) *Diario oficial* No. 43.673, 21 de agosto de 1999. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 12 de junio de 1996.
- Martí S, S. I. (1999) *et al.* v. La red de Microsoft, LLC, *et al.* (1999) WL 462175, 323 NJ Super. 118, 732 A.2d 528. http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case19.cfm
- de Ros, R. M. (2000). *El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica*. En Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital. R. M. de Ros Cerezo y J. M. Cendoya M. de V. (Coords.), pp.: 29-84. Aranzadi Thomson Reuters
- Medina, C. (2002). *Introducción al Documento Electrónico*. Nueva Época/Corporación Universitaria Libre.
- Messina, G. (2001). *Defensa del Consumidor en la Contratación Electrónica*. Abeledo Perrot.
- Moreno, M. (2002). Derecho-e. *Derecho del Comercio Electrónico*. Editorial Marcial Pon.
- Niño, D. (2017). *Wrap contracts: manifestación de la voluntad por medios electrónicos*. [Tesis de pregrado].
- USTA. Alfred, P. (1997). *El estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*. Biblioteca digital Friedrich-Ebert-Stiftung. <http://library.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00074.htm>
- Piaggi, A. (2002). *El Comercio Electrónico y del Nuevo Escenario de los Negocios*. Editorial palestra.
- Pinochet. O. (2004). La Formación del Consentimiento a través de la Nuevas

- Tecnologías de la Información. *Ius Et Praxis*. 11(2), pp.: 273-302. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200009>
- Rengifo, M. (2016). *La formación del contrato*. Editorial Temis.
 - Rincón, E. (2017). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Editorial Legis.
 - Usma E, F. E. (2016). *El Consentimiento en los Contratos en Línea B2C y su Protección bajo la Ley Colombiana*. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*. No. 5., pp.: 287-330.
 - Vega, J. (2005). *Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Editorial Reus.
 - Villabella, C. (2015). *Los métodos de la investigación jurídica*, UNAM. <https://n9.cl/wfh53>
 - Villalba, J. (2009). *Aspectos Introductorios al Derecho del Consumo*. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617269006.pdf>