

El consentimiento en los contratos en línea B2C y su protección bajo la ley colombiana

Assent to online contracts business to consumer and its protection under colombian law

Fidel Ernesto Usma Espinel*

Resumen

Los contratos electrónicos Empresa-Consumidor o B2C (Business to Consumer) no han presentado un desarrollo legal o jurisprudencial en el contexto colombiano, reflejándose en una indebida protección al consumidor. En este contexto, este artículo hace referencia a las modalidades de expresión del consentimiento en los contratos electrónicos B2C, a la luz del estatuto del consumidor colombiano, adelantando un acercamiento al sistema jurídico norteamericano. Como resultado, se definieron términos como la oferta y la aceptación electrónica, basados en las definiciones clásicas, así como las clases de consentimiento. Luego se describieron y definieron los contratos B2C precisando cómo se manifiesta la voluntad en dichos contratos. Finalmente, se comprendió el alcance del estatuto del consumidor en cuanto al consentimiento, estudiándose conceptos doctrinarios y jurisprudenciales del sistema norteamericano. En general, se concluye que la experiencia legal norteamericana nos brinda unas bases para el tratamiento legal de los mencionados contratos y la manera como debe protegerse al consumidor en aquellos detalles que no podemos advertir en la legislación colombiana.

Palabras clave: Norteamérica, comercio electrónico, contrato electrónico, consentimiento, protección del consumidor, oferta, aceptación, B2C.

* Abogado, Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Email: ernestousma@gmail.com

Abstract

Electronic contracts B2C (Business-to-Consumer) have not had a legal or case law developed in the Colombian context, causing a lack of consumer protection regarding assent. In this context, this article is referring to the modality of assent expression in electronic contracts in light of the Colombian consumer protection statute, making an approach to the American legal system. As a result, terms such as offer and electronic acceptance were defined, based on the classical definitions and also the kinds of assent. Then B2C contracts were described and defined, specifying how the assent is expressed in these contracts. Finally, the scope of the consumer statute with reference to the assent was understood, studying cases law and legal doctrine of the American system. In general, it was concluded, that the American legal experience provides foundations for the legal treatment of the contracts mentioned before and how to protect consumers in those details that are not advised in the Colombian legal system.

Keywords: North America, electronic commerce, electronic contract, assent, consumer protection, offer, acceptance, B2C.

Introducción

En las transacciones electrónicas B2C, a pesar de que los principios generales de la contratación pueden ser aplicables, se presentan algunas situaciones nuevas o difíciles de resolver. Una de ellas es el consentimiento. La Ley 527 de 1999 en su artículo 14 dispone, en cuanto a la formación del contrato, que la oferta y la aceptación, salvo acuerdo entre las partes, puede adelantarse por medio de mensajes de datos y que no se le negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por el hecho de haberse utilizado este mecanismo. Aun así, no son claras las reglas sustantivas que regulan el consentimiento en los contratos B2C. De otra parte, la Ley 1480 de 2011 (en adelante NEC) en su artículo 50, aunque busca proteger el derecho de los consumidores, señalando que la aceptación deber ser expresa, inequívoca y verificable y que no existe la presunción de la voluntad del consumidor ni el silencio es considerado como consentimiento, el grado de protección al consumidor que debe existir en estas transacciones, no presenta claridad y debe ser analizado en detalle.

En lo relativo al NEC, Plata López (2013) considera que aun si el consumidor tiene acceso a las condiciones de un contrato click o wrap se han desarrollado prácticas que han venido arraigándose y que requieren protección. El consumidor, así, puede dar un clic sin tener la oportunidad real de revisar el contenido y, por otra parte, en el caso de un producto empacado, una vez rasga la envoltura, este acepta las condiciones generales que permanecen dentro del producto. El NEC, continua Plata López, simplemente guarda silencio ante estas situaciones. Bernal Fandiño (2012), a su turno, menciona la necesidad de una reglamentación particular en cuanto a la formación del contrato, por ser fundamental en los contratos electrónicos, so pena de aplicar las normas del derecho codificado.

De otra parte, algunos autores se han referido a la ausencia de reglas de formación del consentimiento en la Ley 527 y esto incorpora los B2C. Rincón Cárdenas (2006) señala que para hablar de contratación electrónica es necesario revisar que se cumpla lo relativo al consentimiento y perfeccionamiento del contrato, conforme al Código de Comercio (C. de Co.). No obstante, continúa Rincón Cárdenas, deben hacerse ciertas consideraciones, por ejemplo al referirse a las ofertas presentadas en una página web. Dichas consideraciones son de carácter doctrinario, evidenciando la falta de claridad en la ley.

Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (2002) plantean que la misma ley permite la aplicación de regulaciones privadas o de la legislación mercantil, porque es la única normatividad que regula la formación del contrato y porque el contrato es el género, y sus principios deben guiar el desenvolvimiento del contrato electrónico. Del mismo modo, Peña Valenzuela (2003), al referirse a la descripción de un sitio de internet¹, concluyó que las reglas de oferta y aceptación son las del C. de Co. y las normas de la Ley 527 de 1999.

¹ Entendido para el autor como un establecimiento de comercio virtual, como una publicación de carácter electrónico, protegida por derechos de autor o como un mensaje de datos.

Boss (2004) aborda este tema, refiriéndose a los B2C. Al respecto, propone estrategias tanto para abogados como para empresarios o usuarios que desean contratar electrónicamente. Insiste en revisar los términos, en exhibirlos; en los términos de aceptación y retracto; en la corrección de errores y, finalmente, en mantener los récords que prueben el consentimiento.

De otra parte, Kunz, Ottaviani, Ziff, Moringiello, Porter y Debrow (2003), de la Barra de Abogados de Norteamérica, ABA (American Bar Association), ante la imprecisión del consentimiento en los contratos browsewrap, el cual se explicará más adelante, propusieron cuatro elementos para la validez del consentimiento: i) Una adecuada notificación, ii) la oportunidad de revisión de términos, iii) Una notificación apropiada para informarle cuando manifestaba su consentimiento y iv) Que el usuario haya actuado conforme a la última notificación.

Esto lleva a plantear el siguiente interrogante: ¿cuál ha sido el tratamiento que el ordenamiento jurídico colombiano le ha dado al consentimiento en los contratos electrónicos B2C? El propósito de este artículo es, por lo tanto, adelantar una reflexión jurídica acerca del consentimiento en el derecho colombiano, para así precisar elementos como la oferta y aceptación electrónicas. Se definirán los mismos términos a la luz del derecho norteamericano a fin de precisar similitudes o distinciones. Posteriormente se estudiarán los contratos electrónicos propios del B2C, para lo cual se hará referencia al ordenamiento norteamericano analizando la manifestación del consentimiento y el aspecto vinculante a los términos y condiciones en esta clase de transacciones. Se revisará, de otra parte, el Estatuto del Consumidor colombiano, para observar la protección al consentimiento y a los términos y condiciones en contratos electrónicos. Finalmente, se hará referencia a la protección del consumidor en Norteamérica, para entender su operatividad a fin de nutrir, si es del caso, con nuevos fundamentos la legislación y doctrina colombiana. Para cumplir con este propósito, se analizará la doctrina sobre la materia, la Ley 527 de 1999, la Ley 1480 del 2011 y se abordará el sistema norteamericano definiendo cuáles son los contratos propios de los

B2C. En cuanto a la protección del consumidor, se revisará la doctrina norteamericana y el papel de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés), para comprender cómo se está enfocando la protección al consentimiento. En definitiva, cómo el desarrollo legal y jurisprudencial de los B2C, en el common law de los Estados Unidos, junto con la función de la FTC pueden brindar un soporte doctrinario a la naciente normatividad electrónica legal en Colombia.

Definición del consentimiento

El consentimiento es una de las condiciones exigidas y que son esencia de todo contrato (Código Civil, art. 1502). A su vez, es un “concurso real de las voluntades de dos o más personas” (Código Civil, art. 1494). Dichas “declaraciones de voluntad que forman el consentimiento son la oferta y la aceptación” (Camacho, 2005, p. 197).

Peña Nossa (2006) lo define como “la manifestación de la voluntad de las partes en un acto jurídico. Para que una persona se obligue con otra es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de ningún vicio” (pp. 89, 90). Entonces, la manifestación de la voluntad involucra una voluntad consiente, así como la conducta de una persona con la capacidad de informar a la otra parte su intención de que se produzcan efectos jurídicos. Por lo tanto, tiene dos elementos; uno subjetivo y otro objetivo, conforme lo señala Brehm en su libro *Allgemeiner Teil des BGB* (Rojas Amandi, 2007, p. 167): “El subjetivo implica una voluntad consciente de producir consecuencias de derecho; en tanto que el objetivo, una conducta observable, que tiene por objeto expresar dicha voluntad”.

Ahora bien, en el *common law*, aunque no encontramos una definición del consentimiento propiamente dicha, en el *Restatement (Second) of Contracts*² se señala que en la formación de un

² El Restatement (Second) of Contracts es un tratado legal que busca informar acerca de la reglas generales y principios de la contratación en el *common law*. El American Law Institute es el encargado de su recopilación (Klass, 2010, p. 45).

contrato se requiere una manifestación mutua de consentimiento para intercambiar un precio (art. 17). Luego expresa que la manifestación de dicho consentimiento se da por la oferta o propuesta hecha por una parte y la aceptación de parte de la otra. Tenemos entonces que el consentimiento es esencial para dar inicio a un negocio jurídico, consentimiento el cual se expresa por la oferta y la aceptación (art. 22).

En el libro *Farnsworth on Contracts de Farnsworth* (Moringiello, 2005, p. 1311) se define que “porque el contrato es una relación consensual, ambas partes del contrato deben estar de acuerdo para obligarse. Una parte debe hacer una oferta y la otra debe aceptarla”. Se puede evidenciar, con fundamento en los dos sistemas jurídicos aludidos, que el consentimiento es de la esencia de todo contrato, siendo una manifestación de voluntad mutua sobre el objeto del contrato, la cual se materializa con la oferta y la aceptación, estableciendo una relación que genera consecuencias jurídicas.

Validez de la manifestación del consentimiento

Para la formación de un contrato se requiere una oferta y una aceptación las cuales se pueden expresar por medio de un mensaje de datos, conforme al artículo 14 de la Ley 527 (1999). De otra parte, el consentimiento por medio electrónico al ser un concurso de voluntades, goza de efecto jurídico y fuerza obligatoria y “es perfectamente válido y eficaz para el nacimiento, modificación, o extinción de las relaciones jurídicas” (Moreno Navarrete, 2002, p. 63). Así las cosas, la Ley 527 (1999) brinda total validez jurídica a la voluntad expresada por medios electrónicos.

En Norteamérica, la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA, por sus siglas en inglés)³ establece en la sección 7 que no se puede negar efecto jurídico o fuerza ejecutoria a un documento o firma por el solo hecho de que se encuentren

³ La Uniform Electronic Transactions Act (UETA) fue redactada por la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Uniformes de los Estados Unidos de América. Tan solo tres estados aún no la han adoptado como ley uniforme (Washington, Illinois y Nueva York). Sin embargo, estos tienen leyes relativas.

en forma electrónica. Igualmente, prescribe dicho estatuto que a un contrato no se le puede negar efecto legal o que no se cumpla debido a que las partes han expresado el consentimiento a través de un registro electrónico. Simplemente cualquier apreciación diversa es irrelevante.

Aún más, la formación de un contrato, cualquiera que sea el medio utilizado y esto incluye los medios electrónicos, encuentra fundamento legal, como afirman Miller & Jentz (2008-2011) primero, en el *Restatement (second) of contracts*, sección 19 al señalar que las partes pueden contratar “por palabras escritas u orales, o por otra acción o por dejar de actuar” y segundo, en el Código Uniforme de Comercio (UCC, por sus siglas en inglés)⁴, en la sección 2-204, que enseña que cualquier contrato para la venta de mercancías “puede ser hecho de cualquier manera suficiente que muestre un acuerdo, incluyendo la conducta de ambas partes que reconozcan la existencia de un contrato”.

Es de anotar que tanto la legislación colombiana como la norteamericana han basado el desarrollo de su articulado en la ley modelo sobre el comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil (CNUDMI o, según sus siglas en inglés, Uncitral). Lo relativo al reconocimiento jurídico a los mensajes de datos está contemplado en el artículo 5. El consentimiento, aunque no se encuentra definido, se menciona en los artículos 11 numeral 1 y 12 numeral 1.

Clases de consentimiento

Según Camacho (2005), el consentimiento puede ser expreso cuando se emite a través de un soporte electrónico y se manifiesta por medios de comunicación orales o escritos o mediante conductas que exteriorizan la intención de aceptar, como en el caso de los acuerdos click-wrap. Continúa señalando que el consentimiento a

⁴ El Uniform Commercial Code (UCC) fue desarrollado por the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en 1949, con la finalidad de unificar varias leyes que regulaban el comercio, en un código comprensible y simple (Clarkson, Jentz, Miller y Cross, 2006, p. 380).

las condiciones del contrato se emite pulsando un botón ubicado en la página web, con el ratón del ordenador. Se menciona que es tácito el cual “se basa en el conocido principio, el que calla otorga y se produce cuando aquel que puede manifestar su oposición a las consecuencias jurídicas, perfectamente conocidas por él, da su silencio, prefiera callar como signo demostrativo de su conformidad” (Agundez et al., 2008, p. 172). No obstante, conforme a nuestro ordenamiento legal, queda excluido el consentimiento tácito. La Ley 1480 de 2011, en su artículo 50 parágrafo tercero, establece “que la aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca” y prohíbe cualquier disposición en la cual se presuma la voluntad del comprador o “que su silencio se considere consentimiento”.

Por otra parte, se sugiere que tratándose de transacciones electrónicas se debería clasificar el consentimiento en real y presunto. Según Kim (2007), el consentimiento real es un acuerdo expresado de manera manifiesta a cada uno de los términos en particular y no únicamente a la transacción en general. Los avisos y la oportunidad de leer el acuerdo no serían suficientes.

El consentimiento presunto se presentaría en el evento que se diera un consentimiento real al contrato o transacción, mas no respecto de los términos considerados individualmente. “Un contrato por lo tanto podría estar formado por una constatación de consentimiento presunto, pero el consentimiento presunto no sería interpretado como un consentimiento que “arropara” todos los términos contractuales. Si un término se considerara parte del contrato, y de obligatorio cumplimiento, dependería de su efecto operativo” (Kim, 2007, p. 803).

Para las cortes norteamericanas como se apunta en el libro *Farnsworth on Contracts de E. Allan Farnsworth* (Robertson, 2003) conforme a la teoría objetiva, que es la más utilizada en las cortes, aun si la parte no tuvo la intención de consentir un término en particular, la Corte hará cumplir el contrato si una persona razonable concluiría que la parte intentó consentir por sus palabras o conductas. Contrario a lo que sucede en la teoría subjetiva, en la cual la Corte examina la intención real de las partes y

requiere que exista un acuerdo de voluntades. Entonces, si la parte específicamente no tuvo la intención de consentir a un término en particular, no está obligada a cumplirlo. Cuestión diferente si los contratos incluyen términos desmedidos o no razonables⁵ para lo cual el UCC §2-302 establece que la corte puede rehusarse a hacer cumplir el contrato. Aquí radica la importancia de la teoría del consentimiento presunto, que al igual que la teoría subjetiva, protege el consentimiento de la parte débil de la relación jurídica respecto de ciertos términos frente a los cuales no hubo intención de consentir.

Visto lo anterior, se concluye que el consentimiento es: expreso, al exteriorizarse la aceptación a través de un soporte electrónico; real, cuando se acepta cada uno de los términos del contrato; presunto, cuando se consiente el contrato, mas no a los términos del mismo. Para la jurisprudencia puede ser: objetivo, cuando una persona razonable concluye que se intentó consentir a todos los términos del contrato, por lo tanto se cumple y finalmente el subjetivo, por el cual si no existió la intención de consentir a un término específico, no se está obligado a cumplirlo.

La oferta

El artículo 845 del C. de Co. define la oferta como el “proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra”, la cual “deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario”. Conforme al Código Civil Colombiano (CCC), los elementos esenciales del negocio son “aquellas cosas sin las cuales, [el contrato] o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente” y estos son: capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto lícito y causa lícita.

Para Suescún Melo (2005), “la oferta puede ser entendida como una manifestación de voluntad unilateral, suficientemente precisa, firme y desprovista de equívocos, para que la aceptación

⁵ La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 28 de Junio de 2005, señaló, haciendo referencia a los contratos por adhesión y al existir cláusulas ambiguas y oscuras, que los mismos se deben interpretar a favor de quien dio el consentimiento para la adhesión (Sentencia 68001-34-03-001-1998-0226-01, 2005).

de su destinatario sea suficiente para formar el contrato” (p. 61). La oferta, como lo manifiesta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, una vez aceptada por el destinatario, previas las formalidades del artículo 845 del C. de Co., da lugar al surgimiento del contrato⁶.

En el plano de la contratación electrónica, los mismos elementos propios de la oferta son aplicables, añadiendo que dicha declaración de voluntad por parte del oferente se adelanta a través de un medio de comunicación y/o medio informático (Rincón Cárdenas, 2006). Finalmente, la Ley 527 de 1999 en su artículo 24 estableció el tiempo en que se recibe la oferta (Raisbeck, Lara, Rodríguez, & Rueda, 2002).

Clases de oferta electrónica

La formulación de ofertas electrónicas puede clasificarse dependiendo del medio utilizado para ello. Rincón Cárdenas (2006) plantea, en primer lugar, las adelantadas por correo electrónico, fax, telex o inclusive vía telefónica, y, en segundo lugar, las realizadas en línea a través de internet.

La primera, considera Rincon Cardenas, hace referencia al envío de información al correo electrónico que no se puede considerar oferta puesto que son meramente publicitarios. En estos eventos usualmente el usuario autoriza el envío de dicha información a través de una suscripción. Ahora bien, si dicha información no ha sido solicitada por el usuario, se estaría frente a lo conocido como *spam*. Aunque el mismo es con fines publicitarios, dirigido a una persona indeterminada, y en muchos de los casos por fuera de la ley, el mismo no se puede considerar como oferta, ya que no advierte la celebración de un contrato (Hernández Martínez, 2012). No obstante, el correo electrónico se considera un medio apto para enviar ofertas de carácter comercial, la cual al ser enviada a un persona determinada puede ser guardada para luego ser consultada por el destinatario (Burgos Puyo, 2003).

⁶ (Sentencia 5716, 2001).

Respecto de la segunda, son ofertas que se encuentran permanentemente en las redes y se accede a la oferta una vez se haya ingresado al sitio. Estas son ofertas a personas indeterminadas (policitación) (Rincón Cárdenas, 2006). Al ser indeterminadas y conforme al artículo 847 del C. de Co., dicha oferta entonces “no es obligatoria para quien la haga”. Cabe entonces preguntarse ¿cómo se puede abordar este punto en los contratos electrónicos? La Ley 1480 de 2011 en defensa del consumidor, y por ser una norma especial y posterior al C. de Co., consagró como derecho el recibir una información “completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan” y estableció como obligación el cumplir con los términos de la oferta para quien las haga. Entonces, el contenido de la oferta es obligatorio, contrario a lo que establece el artículo 847.

Aún más, si lo ofrecido por el sitio web es un contrato de consumo,⁷ se considera vinculante por cuanto es una oferta al público (Lorenzetti, 2003).

En consecuencia, el oferente envía una oferta a persona indeterminada y entonces el comprador ingresa a la página web,⁸ completa la información requerida, acepta las condiciones y otorga el consentimiento para la adquisición del bien o del servicio (Coello Vera, 2003).

Cabe señalar que se hará énfasis en esta última clasificación, ya que el objeto de este trabajo está enfocado en los contratos B2C que envuelven transacciones precisamente mediante la modalidad de visita a un sitio web, como se estudiará mas adelante.

⁷ Contrato de Consumo es “un acuerdo de voluntades entre un productor y un consumidor(es) para la adquisición de bienes o la prestación de servicios” (Villalba Cuellar, 2012, p. 107).

⁸ Peña Valenzuela considera el sitio de internet como un mensaje de datos. Cuando se accede a un sitio, lo que realmente sucede es que se ha recibido un mensaje de datos que se origina en un servidor que tiene su información en una dirección protocolo internet (Peña Valenzuela, 2003, p.189).

Aceptación

En cuanto a la aceptación, la misma no está definida legalmente en nuestro ordenamiento. No obstante, algunos tratadistas como Álvarez Didyme-dome la definen como “un acto jurídico unilateral, puro y simple, por medio del cual el destinatario y solo él, dentro del respectivo plazo, comunica al proponente por algun medio adecuado su intencion de quedar obligado” (2012, p. 43). A su vez, Suescún Melo define la aceptación como el “acto de manifestar el acuerdo con la oferta por parte de los destinatarios de ésta, lo que conforma el cruce de voluntades, es decir, el consentimiento” (2005, p. 95).

En cuanto a la aceptación electrónica, Rincón Cárdenas la define como “aquella declaracion unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos, manifestando su conformidad a una propuesta recibida por ella” (2006, p. 40). Los requisitos para que se forme el consentimiento, afirma Rincón Cardenas, son: “(i) La aceptación debe darse mientras la oferta este vigente; (ii) la aceptación debe ser oportuna; (iii) la aceptación debe ser pura y simple” (2006, pp. 40, 41). En cuanto a como se determina la aceptación electrónica, la Ley 527 en su artículo 24, resultaría aplicable al igual que para la oferta, como se enunció anteriormente (Raisbeck, Lara, Rodríguez, & Rueda, 2002).

En el contexto norteamericano, conforme *al Restatement (Second) of Contracts*, la oferta se define como una promesa o acto por la que el oferente le otorga al destinatario de la oferta, el poder de crear un contrato vinculante entre ellos. La misma no necesita ser hecha de una forma o en un formato particular. Y si quien recibe la oferta la acepta, la ley consagra esto como una aceptación y el contrato queda constituido (Delta & Matsuura, 2011). Los requisitos mínimos, conforme al *common law*, para la aceptación son: 1) Como el oferente controla la oferta, esta puede ser aceptada únicamente por la persona a quien se dirige; 2) La aceptación no puede ser restringida o equivocada y 3) El destinatario de la oferta debe ser consciente de la oferta y pretender su aceptación (Delta & Matsuura, 2011).

Ahora bien, respecto de la aceptación aplicada a los contratos electrónicos, el UCC de Norteamérica, en su artículo 2-206, establece que una oferta puede ser aceptada por cualquier medio razonable. Esto incluye la comunicación electrónica (Alghamdi, 2011). Ambos sistemas no distan en la definición, por lo cual se concluye que la aceptación electrónica es una declaración de voluntad emitida por el destinatario utilizando un medio electrónico, con la intención de obligarse.

Los contratos B2C y el consentimiento

Debemos precisar, en primer lugar, que los contratos electrónicos se pueden clasificar dependiendo de los intervinientes en el mismo. Así, tenemos los contratos: B2C-Empresa-Consumidor (Business to Consumer) que son aquellas transacciones por internet realizadas entre compañías y consumidores, B2A-Empresa-Administración (Business to Administration), B2B-Empresa-Empresa (Business to Business), A2C-Administración-Consumidor (Administration to Consumer) (Vega Vega, 2005). Asimismo, se presentan otras relaciones contractuales que hacen parte de esta clasificación, como la de C2C-Consumidor-Consumidor (Consumer to Consumer) (Moreno Navarrete, 2002).

Los contratos electrónicos se pueden clasificar igualmente en función de la fase precontractual. Conforme a esta clasificación, existen contratos por negociación, que contienen acuerdos preliminares y los contratos por adhesión,⁹ en los que el consumidor se adhiere sin reparo a las estipulaciones del oferente (Moreno Navarrete 2002). En otras palabras, se allana a las condiciones generales del contrato. Los B2C hacen parte de los contratos por adhesión, entre los cuales se pueden nombrar los clickwrap, los shrinkwrap y los browsewrap agreements objeto de este artículo.

⁹ En *Gatton v. T-Mobile USA, Inc.*, la Corte de Apelaciones de California definió la adhesión diciendo que es impuesta y redactada por la parte de mayor poder de negociación dando a quien recibe la oferta la oportunidad únicamente de aceptar o rechazar (*Gatton v. T-Mobile USA, California*, 2012).

En efecto, los B2C “por su naturaleza típicamente involucra partes de desigualdad refinada y poder negocial” (Intven, Pfohl, Slusarchuk, & Sookman, 2003, p. 25), de manera que una parte domina la relación y la otra se adhiere a la misma. Estos contratos de adhesión¹⁰ son utilizados frecuentemente en transacciones comerciales y con consumidores en la venta de bienes, servicios o *software* (Alghamdi, 2011).

En *Guthman vs. La Vida Llena*, la Corte Suprema de Nuevo México señaló tres elementos propios de los contratos de adhesión: 1) El contrato debe ser un contrato estandarizado, preparado por una parte para su aceptación posterior. 2) La parte que establece el contrato estandarizado debe encontrarse en mejor posición negocial debido a que la parte débil no puede evitar el adelantar la negociación bajo términos contractuales particulares. 3) El contrato debe ser ofrecido a la parte débil en la forma “llévelo o déjelo” sin oportunidad de negociar.

Generalizando entonces, por una parte, los *shrinkwrap* se definen como contratos de adhesión en los cual el fabricante pone los términos y condiciones dentro del producto (Xue, 2009). Del mismo modo, los *clickwrap* (Singsangob, 2012) son contratos de adhesión, que no cumplen junto con los *shrinkwrap* el concepto de consentimiento mutuo y negociación propios en la teoría de los contratos. Finalmente, los *browserwrap* son acuerdos preimpresos colgados en línea para leer, pero que no requieren aceptación a los términos por parte del usuario antes de ingresar al sitio web o para utilizar los servicios en línea. Estos se consideran, de la misma manera, contratos de adhesión (Scott, 2007).

Acuerdo click-wrap

El *click-wrap agreement* es un “acuerdo realizado antes¹¹ o en el momento de la compra en el sitio web” (Boss, 2004, pág. 126). Entonces, para formar el contrato el usuario hace un “clic”

¹⁰ La naturaleza de estos contratos es que se presentan como *take it or leave it* (tómelo o déjelo), en formatos impresos estandarizados (Alghamdi, 2011, p. 177).

¹¹ El usuario puede haber sido admitido o inscrito anteriormente en el sitio web.

en un ícono que establece “Estoy de acuerdo” o “I Agree” o una frase similar de consentimiento (Hillman & Rachlinski, 2002). Más aún, el usuario “tendrá la oportunidad de leer los términos... antes de dar el click al botón para confirmar su consentimiento” (Mittal, 2011, p. 100). Concretamente, se le presenta al usuario o comprador una ventana o dialog box en la cual se encuentran las condiciones generales o términos y condiciones, términos de servicio, términos de uso, acuerdo de suscripción o acuerdo de uso (terms and conditions, terms of service, terms of use, subscriber agreement, usage agreement), luego aparecen dos botones con las siguientes opciones: Acepto (I accept o I agree) o No acepto (I decline), o un botón con la leyenda Someter (Submit) (Brizzio, 2000).

Pero si el usuario no leyó los términos y procede al pago y/o a la descarga o a la búsqueda, ¿el consentimiento se consideraría otorgado para todos los términos del contrato? Las cortes han sostenido que un contrato vinculante puede ser creado por conducta, incluyendo el acto de hacer un click en una casilla indicando “acepto” para aceptar una oferta en línea (Miller & Jentz, 2008-2011). Miller y Jentz afirman que cuando un comprador en línea indica su consentimiento para obligarse por los términos de la oferta haciendo un click, se está frente a la formación de un acuerdo click on y que, en general, la ley no requiere que las partes hayan leído los términos del contrato para que sea vinculante.

Por ejemplo, en *Segal v. Amazon.com, Inc*¹² la Corte de Distrito de la Florida señaló que el demandante al admitir la falta de no leer el contrato de participación, no le excusa de cumplir con los términos. De igual forma, en *Treiber & Straub, Inc. v. UPS*,¹³ la Corte de Apelaciones del 7º Circuito afirmó que “el hecho que Straub [el demandante] había aceptado no una, sino dos veces para continuar bajo los términos y condiciones expresadas

¹² El demandante alegaba la no aplicación de la cláusula de selección de foro, porque no había leído los términos.

¹³ El demandante envió un anillo de un valor de 100 mil dólares por UPS asegurándolo por 50 mil dólares. El anillo se extravió y UPS no admitió la responsabilidad por cuanto los términos de uso señalan que no se permiten envíos de más de 50 mil dólares.

a fin de enviar el paquete, es suficiente para asegurar que Treiber [el demandante] tenía conocimiento claro y razonable de las reglas”.

Junto a esto, es más probable que una corte encuentre un caso válido y exigible si se presenta un botón de aceptación o consentimiento, al cual el usuario debe hacer clic antes de bajar o acceder al material que desea. Preferiblemente, una leyenda que señale que es un contrato que obligará a las partes una vez le dé un clic al botón de consentimiento y el cual debe estar ubicado en un lugar disponible al final de los términos y condiciones. Colocarlo al final puede asegurar que el comprador se ha desplazado por la pantalla a través del contenido del contrato antes de dar clic en el botón de aceptación (Trout, 2007).

Así las cosas, a pesar de que el consentimiento se da en el momento del clic, se hace necesario para el comprador el aceptar a fin de completar la transacción y estaría obligado aun sin haber leído todos los términos del acuerdo, (teoría objetiva) siempre y cuando se le hubiesen presentado los términos de manera oportuna.

Acuerdo shrink-wrap

El acuerdo shrink-wrap es un contrato cuyos términos están establecidos dentro de la envoltura o en los documentos en el cual viene el producto (Miller & Jentz, 2008-2011; Boss, 2004). Usualmente, la parte que desempaca el producto es informada de que permanece obligada a los términos por el hecho de conservar este después de determinado tiempo. Lo mismo ocurre cuando el comprador abre o instala el *software*, según sea el caso, acordando así obligarse conforme a los términos de la licencia (Miller & Jentz).

Pero entonces ¿cuándo se considera otorgado el consentimiento? ¿Hacen parte del contrato los términos de las licencias conocidos posteriormente por el usuario? ¿Estamos frente a una modificación a los términos y condiciones originalmente aceptados?

En *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, Kim (2007) explica cómo la Tercera Corte de Circuito sostuvo que este tipo de contratos eran no válidos conforme al UCC. Que el contrato se había hecho al momento de la compra del *software* y que, por lo tanto, cualquier término incluido en el *shrinkwrap* era únicamente una “propuesta de modificación”, que no podía ser aceptada bajo la sección 2-207 del UCC, y no una aceptación condicionada por quien produjo el *software*. Dicho de otra forma, el consumidor nunca consintió a los términos del contrato.

Uno de los casos emblemáticos en los Estados Unidos de Norteamérica es *ProCD Inc. v. Zeidenberg* (1996). El demandado compró un CD-ROM, el cual contenía un directorio telefónico, con una restricción en la licencia, la cual limitaba el uso comercial. Los términos se encontraban en el empaque mas no fuera de este. El demandado, ignorando la licencia, vendió la información contenida en el CD-ROM a través de su sitio web. La demandante requirió al demandado para que no permitiera el acceso a la base de datos que este había vendido. El demandado rehusó, enfrentando una demanda ante la corte de circuito de Wisconsin.

El Juez de la Corte de Distrito (Como se cita en Grusa, 1997, p. 356) manifestó que el pago efectuado por el *software* había sido suficiente para crear el contrato y que los términos de la licencia *shrink-wrap*, al haber sido ocultados al demandado al momento de la venta, no hacían parte del contrato original, ya que la sola referencia fuera del paquete no fue suficiente para incorporarlos al contrato. Y es que hasta tanto el demandado tuvo acceso, o en otras palabras hasta que removió la envoltura, este pudo conocer los términos de la licencia que se encontraban dentro de la caja.

Ya en segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito (1996) revocó la sentencia proferida por la corte de circuito y sostuvo que: 1) Los derechos de autor no protegieron la base de datos *Selectphone*, 2) Los términos de la licencia *shrinkwrap* fueron obligatorios para el demandado y 3) La aplicación de la licencia *shrinkwrap* bajo la ley estatal no creó derechos equivalentes a los derechos exclusivos en el ámbito de aplicación general del derecho de autor y, por lo tanto, las

afirmaciones de la ley estatal no se adelantaron por la Ley de Derechos de Autor (Hawkins, 1997).

Veamos lo que sostuvo la corte en cuanto al segundo punto el cual nos interesa en este estudio. El contrato se formó así: el paquete de *software* fue colocado en un estante lo cual es una oferta, la cual aceptó el cliente una vez pagó el precio y dejó la tienda con el producto adquirido. La información consignada en la parte de afuera del producto señalaba la existencia de términos adicionales del contrato. Junto a esto, la Corte aseguró que dicha información suministrada fue suficiente para incorporar los términos al contrato (Hawkins, 1997). Boss (2004) insiste cómo para la Corte no fue problema, si el comprador no vio los términos de la licencia antes de pagar o antes de aceptar, ya que los consumidores frecuentemente no leen los contenidos de lo que compran por anticipado. Hawkins continúa relatando que la información contenida fuera del producto, los términos dentro del producto, y el derecho de regresar el *software* y a un reembolso si los términos no eran aceptados, liberan al vendedor de colocar todos los términos en la parte de afuera del producto, pero permite que para el comprador entre en vigor el contrato sin conocer todos los términos.

Estos contratos, señaló el juez ponente del caso, Easterbrook, pertenecen al mismo grupo de los contratos de venta de seguros, boletos aéreos, bienes de consumo y productos farmacéuticos. Primero, el consumidor paga el precio y luego obtiene los términos en detalle. Así que el demandado pagó el precio obligándose entonces a los términos no vistos.

La corte concluyó que los “shrinkwrap son exigibles a menos que sus términos sean objetables conforme a los fundamentos aplicables a los contratos en general (por ejemplo, si violan una regla de derecho positivo, o si son no razonables)” (ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 1996).

En pocas palabras, no obstante no se pueden acordar términos ocultos, una vez se instala el programa por primera vez, o se tiene acceso al interior del producto, el usuario es puesto en aviso respecto de los términos de la licencia obligándose a los mismos

(teoría objetiva). El usuario, entonces, bien puede regresar el producto o no aceptar los términos cuando se trate de una instalación *online*.

Posteriormente en el año 2000, en *Klocek vs. Gateway*,¹⁴ la Corte de Distrito de Kansas, sostuvo que aunque Gateway le envió el producto al cliente con los términos adheridos, el demandado no le comunicó al demandante de cualquier rechazo o negación para seguir adelante, sin la aceptación del demandante a los términos y condiciones. Así que los términos adicionales o diferentes no pueden hacer parte del contrato a menos que el demandante lo hubiera acordado de manera expresa (teoría subjetiva). Conforme al UCC sección 2-207, las condiciones generales constituyen bien una expresión de aceptación o una confirmación escrita. Los términos constituyeron una oferta de mostrador únicamente si Gateway expresamente hizo su aceptación condicionada al consentimiento del demandante a los términos adicionales o diferentes.

Así las cosas, los términos no hacen parte del contrato, a menos que el comprador lo haya consentido. De alguna forma, el juez de primera instancia en *ProCD Inc. v. Zeidenberg*, sostenía que los términos y condiciones, al haberse ocultado al comprador, no hacían parte del contrato.

Conforme a las dos anteriores sentencias, un vendedor puede obligar al comprador a los términos de un shrinkwrap en dos situaciones. Primero, el vendedor puede configurar su transacción para que una venta no se considere completa hasta tanto el comprador consienta a los términos contractuales enviados con el producto, sin importar si el pago se hizo o no por anticipado. Segundo, el vendedor puede disponer que una vez la venta se complete, el comprador conozca medianamente que el producto

¹⁴ En este caso el demandante compró un computador a Gateway. Dentro de la caja venía un acuerdo de términos y condiciones. El acuerdo contemplaba que se aceptaba por el comprador si este mantenía el producto por más de 5 días. Una de las cláusulas requería de arbitramento en Chicago.

está sujeto a ciertos términos contractuales, aun si no conoce qué dicen los términos exactamente.

En conclusión, se estaría frente a un contrato cuyo consentimiento sería presunto, acogiéndose de alguna manera la teoría subjetiva, por cuanto la aceptación a los términos y condiciones se presenta tiempo después de haberse realizado el pago. Debe considerarse, por lo tanto, la obligación para el vendedor de dar a conocer al comprador: o bien cuando se considera completa la transacción o de la existencia de otros términos contractuales.

Acuerdo browse-wrap¹⁵

El browse-wrap o click-free se define como “un conjunto de términos, presentados en un sitio web, que no invita a ninguna manifestación externa de consentimiento” (Moringiello, 2005, p. 1317). Boss (2004) comenta que el usuario tiene la oportunidad de ver los términos pero no requiere que consienta a través de un clic o de otra manera antes de pagar por el producto. Por ejemplo, un botón puede señalar “click here for legal terms”, a lo cual el usuario o comprador puede hacer clic o simplemente ignorarlo.¹⁶

Comúnmente, el usuario encuentra los términos y condiciones en un enlace en la parte final de la página, con expresiones como “términos de uso” “términos y condiciones” o “legal”. En algunas ocasiones, se establece que el uso del sitio web constituye aceptación a los términos y condiciones. Se puede citar como ejemplo, el sitio alamaula.com.co. Ahora bien, en la

¹⁵ Se hace pertinente aclarar que los casos citados son disputas entre compañías. A este respecto, Lemley concluye que una vez revisados los casos que involucran acuerdos browsewraps, las cortes han estado dispuestas en hacer cumplir los términos de uso en contra de las compañías (B2B) y no lo han estado respecto de los consumidores (B2C) y únicamente cuando se trata de transacciones repetitivas. Posiblemente, es debido a que las compañías están involucradas en el negocio emplean términos de uso y esperan que otros lo hagan, o porque la evidencia sugiere que las compañías son más conscientes de dichos términos (Lemley, 2006).

¹⁶ Por ejemplo, en mercadolibre.com.co al momento de inscribirse, existe un link de términos y condiciones, pero no necesariamente el usuario debe dar un clic para aceptar antes de registrarse.

mayoría de las ocasiones se debe hacer clic en el enlace “términos de uso” para lograr ver el contenido (Moringiello, 2005), como lo presenta el sitio exitocom.com.

En estos contratos usualmente no se encuentra el consentimiento claramente otorgado y así se han manifestado las cortes norteamericanas. En *Specht v. Netscape Communications Corp* (2002), por ejemplo, los demandantes bajaron un *software* que facilitaba el uso de internet. Estos demandaron, pues al utilizar dicho *software* su información personal se enviaba al proveedor. La demandada sostuvo que los términos y condiciones contenían una cláusula de arbitraje. La Corte consideró que el usuario que descargó el *software* en Netscape no otorgó su consentimiento a los términos de la licencia. A pesar de que el sitio web mantenía un anuncio señalando “Por favor revise y consienta los términos de la licencia de *software* de Netscape Smart Download antes de descargar y utilizar el *software*”, esto no fue suficiente, señaló la Corte, ya que no se requirió al usuario para revisar o hacer clic a los términos del acuerdo (Boss, 2004).

De la misma manera en *Cvent, Inc. v. Eventbrite, Inc.* (2010) la demandante argumentó que la demandada había violado los términos y condiciones de servicio de su sitio web. Cvent alegó que tenía una lista de locales para grandes eventos a nivel global y que Eventbrite había creado un directorio de locales, copiando la información directamente de su sitio web. La corte entonces afirmó que el enlace a los términos no podía ser encontrado fácilmente. El mismo se encontraba “sepultado” en letra pequeña en la primera página del web junto con otros 28 enlaces. Que aun dando clic al enlace, los usuarios eran redirigidos a otra página donde se encontraban otra serie de enlaces. Así las cosas, ni el sitio web ni la base de datos se encontraba protegida de ninguna forma por sus términos de uso. Por tanto, el hecho de colocar el enlace no constituía consentimiento a los términos de uso (teoría subjetiva).

Sin embargo, cuando se trata de visitas continuas a un sitio web, la jurisprudencia tiende a cambiar su opinión. En *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.* (2004), la demandada accedió varias veces al sitio de Register obteniendo información de su base de datos

para utilizarla en su negocio (las partes se dedicaban al web-hosting). Conforme a los términos del sitio web, esta práctica estaba prohibida. Verio argumentó que no estaba obligada porque nunca consintió. No obstante, debido a sus continuas visitas, la Corte enfatizó que debería haber notado los términos y, por lo tanto, quedaba obligada bajo los términos y condiciones (teoría objetiva).

Este caso propone entonces que “los términos de un sitio web pueden obligar a un visitante cuando las circunstancias sugieren que el visitante debería haber sido consiente de los términos, típicamente por el repetido uso del sitio” (Mann & Siebeneicher, 2008, p. 992).¹⁷

De otra parte, Kunz, Ottaviani, Ziff, Moringiello, Porter y Debrow (2003), quienes conformaron un grupo de trabajo de la Barra de Abogados de Norteamérica (ABA, por sus siglas en inglés) argumentaron, teniendo en cuenta que el uso del término *browserwrap* había sido impreciso y se prestaba para diferentes significados, que después de un sondeo realizado en el año 2002 por un grupo de estudiantes bajo su orientación se advirtió que ninguno de los sitios visitados solicitaba un consentimiento a los términos y condiciones y que la cantidad considerable de contratos *browserwrap* hacía suponer que las empresas creían que este era un contrato vinculante o que el beneficio de utilizarlo era mayor que el riesgo de su validez, propusieron que un consentimiento válido y confiable a los términos de un contrato *browser*, se satisficiera con la presencia de estos cuatro elementos: 1. Al usuario se le ha informado a través de una adecuada notificación de la existencia de los términos propuestos. 2. El usuario ha tenido la oportunidad significativa de revisar los términos. 3. Al usuario se le ha informado a través de una notificación adecuada que tomando cierta acción específica manifiesta su consentimiento a los

¹⁷ Esta teoría apuntaría a los “screen scraping”, donde una compañía va al sitio web de otra compañía y toma información a través de un agente automatizado a sabiendas de que la acción no está autorizada. Sin embargo, es difícil observar cómo se puede aplicar esta teoría a las ventas al detal, donde el visitante navega por el sitio sin conocer los términos de uso (Mann, 2008, p. 992).

términos. 4. El usuario ha tomado la acción que se especificó en la última notificación.

En síntesis, estos contratos no requieren un consentimiento expreso a los términos, así que el consentimiento no es claro y así lo ha sostenido la jurisprudencia. La ABA ha establecido unos parámetros para asegurar que el usuario ha conocido los términos del contrato.

El consentimiento y la protección al consumidor en Colombia

El auge de las transacciones electrónicas ha conllevado que el consumidor, quien no puede discutir los términos en los contratos denominados con asimetría de poder contractual¹⁸ y contratos de adhesión,¹⁹ se encuentre hoy en día en un desequilibrio contractual. Es por lo tanto fundamental protegerlo, a fin de lograr que dicho desequilibrio no sea tan evidente.

El consentimiento, como se ha mencionado, es una de las condiciones exigidas y que son esencia de todo contrato. El artículo 50 del NEC, buscando su protección, establece cuatro importantes elementos: 1) El mismo debe ser expreso, inequívoco y verificable, 2) El derecho de retracto (Plata López, 2013), 3) No se admite presunción de la voluntad del consumidor y 4) El silencio no se considera consentimiento.

1. El consentimiento es expreso cuando el aceptante exterioriza su voluntad mediante un click, transmitiéndose la aceptación a través de comandos informáticos o bien utilizando un correo electrónico (Vega Vega, 2005). De otra parte, la oferta debe ser tan clara y precisa, que permita que la aceptación haya sido producto de una correcta información. Remolina Angarita y Flórez Rojas (2012) explican que la información veraz, comprensible y completa hacen parte de

¹⁸ Rengifo García considera que en este tipo de relaciones negociales, una parte goza del poder contractual superior sobre la otra (Rengifo García, E., 2004). El deber precontractual de información y las condiciones generales de la contratación (Rengifo, 2004, p. 5).

¹⁹ Suescún Melo, afirma que el contrato de adhesión es una “consecuencia de la desigualdad de las partes” el cual ha reducido la autonomía de la voluntad. (Suescún Melo, 2005, p.25).

los derechos de los consumidores, cumpliendo la función de protección tanto en la etapa previa al contrato como posterior a este. Finalmente, la compañía debe mantener un respaldo respecto de la transacción adelantada, como “identidad del consumidor, voluntad expresa de contratar del consumidor, forma en que se realizó el pago, entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos”. Los cuales “no sólo deben garantizar la integridad y autenticidad de la información sino que deben estar disponibles para eventuales procesos de verificación por parte de las autoridades” (Remolina Angarita & Flórez Rojas, 2012, p. 9).

2. El derecho de retracto tiene fundamento en el hecho de que el consumidor adquiere una obligación sin la posibilidad de un contacto físico con el producto. Así, tiene la oportunidad de mantener el negocio o arrepentirse (Bernal-Fandiño, 2012).

3. En cuanto a la aceptación presunta o tácita, se puede señalar que aunque se regula por el C. de Co., la misma está proscrita por el NEC.

4. En cuanto al silencio, el mismo no se encuentra consagrado en el NEC, así que la no acción de un consumidor no puede considerarse como aceptación.

Igualmente, como respuesta legislativa, el NEC brinda una protección contractual a la parte que se adhiere al contrato. Plata López (2013) destaca las siguientes herramientas:

Disponibilidad de las condiciones generales para contratar.²⁰

El comerciante, como obligación, debe mantener las condiciones del contrato a disposición del consumidor, para imprimir

²⁰ Lopez-Tarruela Martínez afirma que esto podría tener dificultad en su aplicación. Argumenta que si el comprador rasga la envoltura del artículo recibido, o da un clic en “acepto” sin haber revisado el contenido de las cláusulas de la licencia, por ejemplo porque viene en una envoltura o no son visibles hasta que se haya instalado el *software*, al menos lo referido a la accesibilidad de las condiciones sería difícil de cumplir (López-Tarruela Martínez, 2007, p. 97).

descargar o consultar, antes, durante y después de realizada la transacción. El consumidor también puede cancelar la transacción antes de que la misma quede perfeccionada. No obstante, el hecho de que el consumidor conozca el contenido de las condiciones contractuales es importante, lo es aún más, el control del contenido de las mismas, para resguardarlo de cláusulas abusivas y prácticas agresivas. El derecho al retracto, entonces, surge como un medio para que una vez el consumidor reflexione, pueda protegerse (Chamie, 2013).

A su vez, la información precontractual se hace obligatoria, por la asimetría de la misma, la cual ha venido afectando elementos como la oferta.²¹ Así que, como señala Rengifo (2004), se debe dar a conocer todo lo que pueda contribuir a reforzar el consentimiento y debe ser más estricto, en el evento de existir una parte débil en la relación negocial.

Ineficacia de las cláusulas abusivas

El artículo 42 del NEC define las cláusulas abusivas, las cuales, en caso de incluirse en el contrato, son ineficaces de pleno derecho, no produciendo efecto jurídico alguno (Villalba Cuelar, 2012). Las mismas se encuentran listadas en el artículo 43. En cuanto al artículo 44, se consagra la no afectación del contrato siempre y cuando este subsista sin las cláusulas nulas o ineficaces, estableciéndose “la regla *utile per inutile non vitiatur*, justificada en la salvación del negocio, en su conservación en la medida en que pueda subsistir” (Chamie, 2013, p. 129).

²¹ Algunas disposiciones contenidas en los productos adquiridos como en el caso de los acuerdos shrink-warp, proveen leyes y jurisdicciones que gobiernan el acuerdo en caso de surgir controversias. Muchas de estas estipulaciones son conocidas una vez adquirido el producto y no antes. En los avisos legales de Symantec, quien provee un antivirus, se establece que el comprador acuerda someterse a la Ley Federal de Arbitramento de los Estados Unidos y que tanto el usuario como la compañía renuncian a un juicio con jurado o a participar en una acción de clase. (Symantec, s.f., p. 7). De igual manera sucede si se compra por ejemplo, un software para grabaciones de la firma Sony. (Sony, s.f., Sección T).

Interpretación de los contratos

El nuevo estatuto del consumidor (NEC), por ser una norma de orden público, interpretándose de la manera más beneficiosa al consumidor, evita que a través de estipulaciones contractuales o prácticas abusivas se desconozcan los derechos mínimos de este (Remolina Angarita & Flórez Rojas, 2012). El artículo 34 establece entonces la *regla interpretatio pro consumatore* en los siguientes términos: “Interpretación favorable. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean” (Chamie, 2013).

Aun así, en los contratos click wrap, shrink wrap y browse wrap, los cuales se definieron anteriormente, el consumidor requiere especial protección debido a las prácticas que se han venido desarrollando. Por una parte, porque son contratos muy comunes debido a las facilidades tecnológicas existentes y, por otra, la falta de educación en el consumidor quien pretende adquirir bienes o servicios utilizando estas modalidades. Desafortunadamente, el NEC no consagra norma alguna al respecto. Así, se utilizarán las herramientas mencionadas, pero deberá hacerse uso de las prácticas del *common law* en los Estados Unidos, a manera de recomendación, a fin de que dichos contratos conserven su validez en el ámbito de la protección al consumidor (Plata López, 2013).

La protección al consumidor en los Estados Unidos de América

En el ámbito norteamericano la ley de protección al consumidor se encuentra plasmada en el Federal Trade Commission Act (FTCA) de 1914. En la sección 5, la FTC se encuentra autorizada para tomar acciones en contra de negocios envueltos en prácticas injustas o engañosas o prácticas que afecten el comercio. Su misión está centrada en el mejoramiento del nivel de información para los consumidores y el aumento del entendimiento del proceso competitivo por parte de los usuarios, y cumplir con estos objetivos sin la imposición de cargas adicionales a la actividad comercial legal.

Es pertinente aclarar que no obstante existen regulaciones de protección al consumidor a nivel estatal y federal, como la Federal Fair Debt Collection Practices Act, the Fair Credit Reporting Act, Truth in Lending Act, Fair Billing Act y muchas más (Cseres, 2005), las mismas no son objeto de este estudio dada su extensión.

Objetivos de la Federal Trade Commission

Conforme a la guía Dot Com Disclosures²² de la FTC (2013), la prohibición legal de “prácticas o actos injustos o engañosos” cubre ampliamente reclamos en cuanto a publicidad, marketing y actividades promocionales y ventas en general. La ley no ha sido limitada a algún medio en particular y protege a los consumidores, incluyendo publicidad, marketing y ventas en línea. De igual manera, actividades relacionadas con impresión, televisión, teléfono y radio. La comisión entonces: 1) Expide reglas y guías dependiendo de la industria y 2) Ayuda a los negocios para que cumplan la ley, a través de ejemplos o indicaciones de cómo evitar prácticas o acciones injustas o engañosas. Muchas de las reglas y guías generales se aplican entonces a los negocios realizados a través del internet.

En lo relacionado con el comercio electrónico, la FTC persigue un balance en estas dos finalidades: 1) Asegurarse de que los consumidores que compran en internet tengan una protección efectiva y 2) Crear un ambiente para los negocios en línea predecible y no tan pesado y difícil como el propio mercado, permitiendo al consumidor el acceso a una variedad de beneficios incluyendo más bienes, servicios e información (The Challenges of Law in Cyberspace - Fostering the Growth and Safety of E-Commerce, Spring 2000).

²² Kunz, Thayer, Del Duca y DeBrow, insisten que “estas guías de la FTC especifican como elaborar ciertas publicaciones (no necesariamente términos de contratos) claras y visibles (pero no necesariamente resultando en que el usuario consienta a los términos)... Sin embargo, muchas de estas guías proporcionan ideas, de cómo elaborar un acuerdo clic con el margen de seguridad deseado bajo estas estrategias” (Kunz, Thayer, Del Duca, y DeBrow, 2001, p. 3).

¿Cómo se fomentan estos objetivos?

Para tal efecto, la FTC promueve: 1) La importancia de la educación tanto del consumidor como del comerciante, 2) El cumplimiento de la ley a fin de proteger los intereses del consumidor, 3) El fomento de la autorregulación por parte de las compañías y 4) El mantener un enfoque inclusivo para a formulación de políticas (Kaviar, 2011).

Kaviar (2011) afirma, en cuanto al primer punto, que la educación se promueve por parte de la oficina del consumidor y la de educación para los negocios, a través de campañas que apuntan a problemas específicos de los consumidores, utilizando el internet, adelantando conferencias informativas y difundiendo información. En cuanto al cumplimiento de la ley, la FTC señala que busca proteger contra el fraude, el engaño y las prácticas injustas que conllevan altos precios, pocas oportunidades y menos innovación. Para tal fin, la FTC admite quejas a través de su página web e inicia las acciones legales que correspondan. Finalmente, la FTC incentiva la autorregulación por sectores de la industria más que las medidas de parte del gobierno (Blanke, 2000). Por ejemplo, el derecho de retracto (the cooling-off rule) no está contemplado para ventas en línea (Cancel a Purchase Under, 2014). A pesar de esto, muchas compañías prevén este tipo de políticas para productos adquiridos a través del sitio web²³ y la FTC invita a que los consumidores en línea revisen estos términos.

Regla de cancelación de contrato

El Code of Federal Regulations (Código de Regulaciones Federales) en el título 16, artículo 435, define la regla de cancelación de contrato, la cual la FTC implementa como medida de protección a los consumidores que ordenan a través de internet. La misma aplica igualmente para compras por teléfono, correo o fax. La regla parte de la base de que cuando la empresa no especifica un tiempo de entrega de la mercancía, el tiempo de entrega será entre los 30 días siguientes. Si luego de la orden, la compañía

²³ Ver: carters.com, walmart.com (ciertos productos electrónicos como *softwares* tienen 15 días para el retracto) y support.norton.com

no puede cumplir con el tiempo estipulado, o en su defecto los 30 días, la compañía debe obtener el consentimiento del consumidor para efectuar la entrega atrasada. Si no se puede obtener el consentimiento, bien porque no se acepta el silencio como consentimiento y el consumidor expresamente no ha consentido para la entrega tardía o simplemente porque el consumidor expresamente rehusó a consentir, la compañía, sin cuestionamiento alguno, debe reembolsar el dinero que el cliente pagó.

En Colombia, el NEC establece la reversión de pago. Estas son las diferencias y similitudes entre estas figuras:

Reversión de pago	Regla de cancelación de contrato
Es un derecho en cabeza del consumidor (Flórez Rojas, 2013).	Es un derecho en cabeza del consumidor.
Para transacciones realizadas a través de internet	Para transacciones realizadas a través de internet.
Haber utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico.	No interesa el medio de pago.
Aplica para bienes y servicios (Flórez Rojas, 2013) cuando es por fraude, operación no solicitada, producto adquirido no recibido, o el producto no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.	Aplica para mercancías no entregadas.
Se establece cuando la entrega no se hace en un máximo de 30 días (art 50, numeral h).	Se establece cuando la entrega no se hace en un máximo de 30 días.
No existe tal condición.	Debe la compañía obtener el consentimiento del consumidor para efectuar una entrega tardía.
El consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra para reversar la transacción.	Sin preguntar, inmediatamente se procederá al reintegro de todo el dinero que el consumidor pago por la mercancía no entregada.

Reversión de pago	Regla de cancelación de contrato
Plazo máximo para la devolución, 30 días calendario.	<ul style="list-style-type: none"> - Si el pago fue en efectivo, cheque, o money order, la devolución debe hacerse por correo de primera clase dentro de los 7 días hábiles luego de cancelar la orden. - Si el pago fue con tarjeta crédito, debe acreditarse la cuenta del consumidor o notificarle que no se le cargará la cuenta, dentro de un ciclo de facturación del consumidor, luego de cancelar la orden.

Fuente: Elaboración Propia.
 Información de (Federal Trade Commission 2011).

De lo anterior, se concluye que la reversión de pago en cuanto a la no entrega de mercancías equivale a la regla de cancelación del contrato. Al ser la reversión de pago un derecho del consumidor, la misma, al menos cuando la mercancía no es entregada a tiempo, no debería requerir la presentación de una queja, y la devolución de lo pagado debería efectuarse sin excusa alguna.

El Caso Sears. Los negocios en línea deben ser claros y transparentes

En septiembre del año 2009 la FTC culminó una acción administrativa en contra de “Sears”, la cual, a fin de observar el comportamiento de los usuarios en la red, invitaba a bajar un *software*, el cual “almacenaba” otro tipo de información de los usuarios, sin su aparente consentimiento.

En efecto, los visitantes de Sears.com y kmart.com eran invitados a participar en un programa denominado “My SHC Community Program”. Una vez los usuarios recibían el correo electrónico de confirmación, se indicaba que podían bajar un *software* para recoger información respecto de los sitios web

visitados, a fin de comprender las necesidades del usuario y así adaptar futuras ofertas. Una vez se otorgaba la aceptación, eran redirigidos a otra página donde se mostraban los términos de uso y las declaraciones de privacidad. No obstante el scroll box (cuadro de desplazamiento) no dejaba ver la descripción de la aplicación, ya que mostraba únicamente 10 renglones y la explicación de la aplicación iniciaba del renglón 75 hacia abajo. La descripción después del renglón 75 señalaba que también se obtendría información de todo el comportamiento del computador en internet, como búsquedas, la actividad realizada durante sesiones seguras, como por ejemplo compras, las cuentas del usuario en línea, incluyendo información financiera y de salud.

La importancia de esta orden consentida²⁴ radica en la forma como la FTC resuelve lo relativo al consentimiento en los wrap agreements por cuanto muchas prácticas a juicio de la FTC fueron engañosas. Primero, Gindin (2009) refiere que los términos sustanciales para que los consumidores opten por participar en un servicio o en la compra de un producto, deben ser presentados de una manera clara y destacada. De manera que no es suficiente para los consumidores presentarles el contrato en línea, sin importar qué tan completo se describió el producto o servicio si los términos sustanciales no se presentan de manera clara, destacada y significativa.

Pero qué significan los términos “claramente y destacadamente”. La orden administrativa, en concordancia con la guía Dot Com Disclosures, los define de la siguiente manera: “En comunicaciones textuales, como por ejemplo, las palabras que se muestran en la pantalla de un ordenador, las declaraciones o publicaciones que se requieran, deben estar presentados en un tipo, tamaño y ubicación notables de una manera suficiente a fin de que un consumidor ordinario pueda leer y comprender fácilmente, en

²⁴ El texto en inglés dice “consent order” o “consent agreement”. Conforme al Law Dictionary este se define como un acuerdo alcanzado por la FTC y una parte que está siendo investigada, por medio de la cual la parte acuerda cesar actividades que podrían estar sujetas a una acción legal y, por otra parte, la FTC se inhibe de iniciar una demanda. (Gifis, 2003, p. 100).

una impresión que contraste con el fondo en el que estas aparecen. Las declaraciones o publicaciones deben presentarse en un lenguaje y sintaxis comprensibles y sin ser contrarios, o incompatibles con las declaraciones utilizadas”.

Como un segundo aspecto, las acciones de Sears son resultado de una tendencia generalizada a presentar contratos breves, fáciles de leer y entender. Esto acarrea inconvenientes al momento de referirse a requisitos legales y aspectos técnicos en estos documentos. La FTC ha recomendado, por ejemplo en publicidad, presentar un breve aviso inicial a los consumidores con un vínculo a un documento mucho más detallado (Gindin, 2009).

En tercer lugar, la FTC ordenó que Sears en lo relacionado con publicidad, promoción, oferta, venta o divulgación de cualquier aplicación de seguimiento, antes de descargar o instalar dicha aplicación, de forma clara, destacada y en un pantallazo separado de los “términos de la licencia”, “políticas de privacidad”, “términos de uso” o cualquier documento similar, hacerle saber al consumidor qué tipo de información se monitoreará, transmitirá o grabará, cómo será utilizada dicha información y si esta será utilizada por un tercero. Complementa la FTC que se debe obtener el consentimiento expreso del consumidor para instalar o descargar la aplicación y para obtener su información personal, mediante la posibilidad de dar clic en un botón o un enlace que no esté preseleccionado como una opción estándar y que esté claramente identificado que se iniciarán estos procesos o bien tomando una acción sustancial similar con el mismo objetivo. Surge un interrogante: ¿cómo definimos una acción sustancial similar? Por cuanto la respuesta puede ser amplia, es claro que deben seguirse en lo posible las recomendaciones de la FTC, valga decir, la posibilidad de dar un clic en un botón o enlace.

Del caso Sears, continúa Gindin (2009), se aprende que el material de publicidad debe ser revisado legalmente junto con los términos del contrato y las políticas de privacidad. “Revisando se asegurará que las declaraciones estén incluidas claramente y destacadamente en el material de publicidad como también en los contratos en línea y/o en las políticas de privacidad” (p. 6). El utilizar material publicitario enredado puede acarrear dificultades.

En quinto lugar, el comportamiento de los consumidores en línea es compulsivo y existe la tendencia de dar el clic de aceptar sin leer y sin medir las consecuencias. Ahora, el riesgo de aceptar los términos de privacidad, sin leer, ha aumentado, debido al desarrollo de la tecnología que permite a las compañías rastrear consumidores y recoger información sin su conocimiento. Por lo tanto, la FTC se ha comprometido en aumentar los esfuerzos de protección de los consumidores especialmente en cuanto al ámbito del seguimiento al comportamiento, entendido este como la práctica de rastrear las actividades en línea de los usuarios, con el fin de hacerles llegar publicidad conforme a sus intereses.

Por lo tanto, la FTC busca mejorar el nivel de información al usuario. Promueve de la misma manera reglas dependiendo de la industria y ayuda a los negocios para que cumplan la ley, protegiendo los intereses del consumidor y promoviendo la autorregulación.

Conclusiones

El consentimiento como figura jurídica en el derecho colombiano presenta similitud con el norteamericano. Desde esta perspectiva, se evidencia que el consentimiento es la voluntad de las partes, expresada a través de la oferta y la aceptación, generando consecuencias jurídicas. Desde el enfoque del comercio electrónico, se puede afirmar que el desarrollo jurisprudencial en Norteamérica de esta figura, a diferencia de lo que ha sucedido en Colombia, lleva a considerarlo como soporte en las decisiones judiciales colombianas. La teoría objetiva y subjetiva, entonces, resultan de útil referencia jurisprudencial. En lo relativo a la primera, la Corte hará exigible el contrato aun si la parte no tuvo intención de consentir, pero dicho consentimiento se infiere de sus palabras o acciones. En la teoría subjetiva, la Corte analizará la intención real de las partes y si una de ellas no tuvo la intención de consentir a un término específico, no está obligada a cumplirlo. En cuanto a la oferta y aceptación, al constituir la voluntad expresa del consentimiento, no resultan distantes de sus definiciones clásicas.

La oferta electrónica requiere claridad en su concepto. Esto en los contratos B2C, en la modalidad de visita a un sitio web, en los cuales el oferente envía la oferta a personas indeterminadas y entonces estas ingresan a la página web, adelantan la transacción y otorgan el consentimiento para la adquisición del bien o del servicio. La aceptación electrónica se puede definir como una declaración de voluntad emitida por el destinatario utilizando un medio electrónico, con la intención de obligarse, frente a lo cual no se considera que deba redefinirse.

Dentro de los contratos B2C, que no presentan un desarrollo en el ámbito jurídico colombiano, encontramos los clickwrap, shrinkwrap y browsewrap, los que son considerados por su fase precontractual, como de adhesión y en los cuales, conforme a la jurisprudencia norteamericana, es aplicable la teoría objetiva, la cual, como se mencionó, obliga aun sin conocer los términos y condiciones. En los clickwrap, el consentimiento se otorga al momento del clic, en el botón “acepto”, para lo cual el usuario tuvo la oportunidad de revisar los términos y condiciones. Este se obliga aun sin haber leído todos los términos del acuerdo, siempre y cuando estos se le hubiesen presentado de manera oportuna. En los contratos shrinkwrap, el consumidor una vez paga el precio queda obligado a los términos ocultos, como sucede en la compra y descarga de un *software*. Este queda obligado a los términos de la licencia aun sin conocerlos. Finalmente, en los acuerdos browsewrap, en los cuales el consentimiento no es otorgado de manera clara, los términos se presentan en el sitio web pero no requiere que se otorgue el consentimiento a los mismos a fin de completar la transacción y obligarse. En este caso la teoría subjetiva tendría aplicación, a menos que se presente el uso repetitivo del sitio, frente a lo cual el consumidor estaría obligado, conforme a la teoría objetiva.

En cuanto a la protección del consentimiento en estas transacciones, el NEC, aun cuando no es claro, señala en general que este debe ser expreso, inequívoco y verificable, establece el derecho de retracto, que no se admite presunción de la voluntad del consumidor y que el silencio no se considera consentimiento. Así mismo, frente a los contratos de adhesión, señala las siguientes

herramientas de protección al consumidor: 1) Disponibilidad de las condiciones generales para contratar, 2) Ineficacia de las cláusulas abusivas e 3) Interpretación de los contratos.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la FTC es la encargada de expedir las reglas acerca de la protección del consumidor así como de instruir a las compañías en el cumplimiento de las regulaciones. En cuanto al comercio electrónico, se busca asegurar una protección efectiva y crear un ambiente apropiado para los consumidores. Así, existe por ejemplo la regla de cancelación del contrato la cual equivaldría a la reversión de pago en nuestro ordenamiento, con la diferencia de que en aquel no es necesario presentar una queja para procederla a la devolución de lo pagado. Finalmente, la FTC enfatiza que los negocios online deben promoverse de una manera clara y transparente, lo cual significa que la información debe presentarse de tal manera que pueda leerse y comprenderse a través de un lenguaje comprensible, en cómo se utilizará la información suministrada por el usuario y que el consentimiento debe ser expreso al momento de descargar o de instalar alguna aplicación.

Referencias

- Agundez, L. (2008). *Protección de datos*. Valladolid, España: Lex Nova.
- Alghamdi, A. M. (2011). *The Law of E-Commerce. E Contracts, E-Business*. [La ley del comercio electrónico. Contratos electrónicos, negocios electrónicos]. Bloomington, United States of America: Author House.
- Alvarez Didyme-dome, M. J. (2012). *Contratos mercantiles*. Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.
- Aviar, H. (2011, Junio). Consumer Protection in Electronic Contracts. [Protección al consumidor en los contratos electrónicos]. *International Arab Journal of e-Technology*, 2(2), 96-104.

- Bernal-Fandiño, M. (2012). Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto. *124 Vniversitas*, 43-61.
- Blanke, J. M. (2000). “Safe Harbor” and the European Union’s Directive on Data Protection. [“Puerto seguro” y la directiva de la Union Europea en proteccion de datos]. *Albany Law Journal of Science & Technology*, 57-88.
- Boss, A. (2004). Electronic Contracting: Legal Problem. En U. Nations, *Harmonized Development of Legal and Regulatory Systems for E-commerce in Asia and The Pacific: Current Challenges and Capacity-Building Needs [Contratación electrónica: Problema legal. Desarrollo armonizado de los sistemas legales y regulatorios para el comercio electrónico en Asia y el Pacífico: Desafíos actuales y necesidades de capacidad de implementación]*, (pp. 125-148). United Nations Publication. Disponible en <http://www.unescap.org/tid/publication/tipub2348.pdf> “Made at or before the time of purchase on a web site” Traducción propia.
- Brehm, W. (1991). *Allgemeiner Teil des BGB*. Stuttgart, Germany: Boorberg.
- Brizzio, C. R. (2000). *e-juridico-brizzio*. Disponible en <http://www.ejuridico-brizzio.com/documentacion/seminario/Consentimiento%20-%20CLICK%20WRAP.doc>.
- Burgos Puyo, A. (2003). Los contratos con el consumidor en internet. In U.E. Colombia, *El contrato por medios electrónicos* (pp. 249-310). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Camacho Clavijo, S. (2005). *Derecho de las nuevas tecnologías. Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid, España: Reus, S.A.
- Chamie, J. F. (2013, Enero-Junio). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de derecho privado*, (24), 115-132.

Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=3481&path%5B%5D=3368>

Clarkson, K. W., Jentz, G. A., Miller, R. L., & Cross, F. B. (2006). *West's Business Law [Derecho de los negocios de west]* (10a. Ed.). Mason, United States of America: Thompson West.

Código de Reguciones Federales de 1938 (2014).

Coello Vera, C. A. (2003). El contrato electrónico. *Revista Jurídica Online (Tomo 16)*. Disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16_El_Contrato_Electronico.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil (CNUDMI). (1999). *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996*. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

Comision Federal de Comercio. (s.f.). Disponible en <http://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

Cseres, K. J. (2005). *Competition Law and Consumer Protection. [Derecho de la competencia y protección al consumidor]*. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International.

Cvent, Inc. v. Eventbrite, Inc., 739 F. SUPP. 2D 927 (E.D. VA. 2010)

Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339. Congreso de la República de Colombia, junio de 1971.

Delta, G. B., & Matsura, J. H. (2011). *Law of the Internet. [Derecho del internet]*. Library of Congress, United States of America: Aspen Publishers.

Farnsworth, E. (1999). *Farnsworth on Contracts*. [Farnsworth en contratos]. New York, Estados Unidos de Norteamérica: Aspen, “Because a contract is a consensual relationship, both parties to the contract must agree to be bound. One party must make an offer and the other party must accept it”.

Federal Trade Commission (2011). Business Guide to the FTC’s Mail or Telephone Order Merchandise Rule. Disponible en <http://www.business.ftc.gov/documents/bus02-business-guide-mail-and-telephone-order-merchandise-rule>

Federal Trade Commission. (2009). In the matter of Sears holdings management corporation. Disponible en <http://www.ftc.gov/enforcement/cases-and-proceedings/cases/2009/09/sears-holdings-management-corporation-corporation>

Federal Trade Commission. (2013). “.com disclosures. How to make effective disclosures in digital advertising”. Disponible en <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-staff-revises-online-advertising-disclosure-guidelines/130312dotcomdisclosures.pdf>

Flórez Rojas , M. L. (2013). La reversión del pago dentro del contexto del comercio electrónico y sus implicaciones prácticas en el régimen jurídico colombiano. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*(10), 1-44.

Gatton v. T-Mobile USA, INC., 61 Cal.Rptr.3d 344 (2007) 152 Cal.App.4th 571.

Gifis, S. (2003). *Law Dictionary*. (5.^a ed.). Hauppauge, Estados Unidos de Norteamérica: Barron’s.

Gindin, S. E. (2009). Nobody Reads Your Privacy Policy or Online Contract? Lessons Learned and Questions Raised by the FTC’s Action Against Sears. [¿Nadie lee sus políticas de privacidad o los contratos en línea? Lecciones aprendidas y preguntas formuladas en la acción de la FTC en contra de Sears]. *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 8(1), 1-37. “Review will

ensure that important disclosures are included clearly and conspicuously in advertising materials as well as in online contracts and/or privacy policies”.

Grusa, B. (1997). Contracting Beyond Copyright. ProCD, Inc. v. Zeidenberg. [Contratando más allá de los derechos de autor. ProCD, Inc. vs. Zeidenberg]. *Harvard Journal of Law & Technology*, 2(10), 353-367.

Guthmann v. La Vida Llena, 709 P.2d 675, 103 N.M. 506 (1985).

Hawkins, J. L. (1997, 24 de Octubre). ProCD, Inc. v. Zeidenberg: Enforceability of shrinkwrap licenses under the copyright act. [ProCD, Inc. vs. Zeidenberg: Exigibilidad de las licencias shrinkwrap bajo la ley de los derechos autor]. *Richmond Journal of Law and Technology*, 3. Disponible en <http://jolt.richmond.edu/v3i1/hawkins.html>

Hernández Martínez, W., (2012). *Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 16. La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina.* (1.ª ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda. Disponible en <http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/11232/100/1/Libro%20Formaci%C3%B3n%20del%20Contrato.pdf>

Hillman, R. A., & Rachlinski, J. J. (2002, Mayo). Standard-Form Contracting in the Electronic Age. [Contratación de forma estandar en la era electrónica]. *New York University Law Review*, 77(2), 429,489.

Intven, H., Pfohl, R., Slusarchuk, & Sookman, B. (2003). Legal and Regulatory aspects of E-Commerce and the Internet. En W. Bank, *The World Bank Legal Review. Law, Justice and Development* [Revisión Legal del Banco Mundial, Derecho, Justicia y Desarrollo] (pp. 3-160). Washington, United States of America: World Bank,

Kim, N. S. (2007, 30 de Julio). Clicking and Cringing. [*Oregon Law Review*, 86, (3), 797-864. Disponible en <http://law.uoregon.edu/org/olrold/archives/86/kim.pdf>

Klass, G. (2010). *Contract Law in the USA*. [El Derecho de los Contratos]. AH Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

Klocek vs. Gateway , 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000).

Kunz C. L., Thayer, H., Del Duca, M.F., & Debrow, J. (2001). *steptoe.com*. Click-Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent. [Haciendo click en los contratos: Estrategias para evitar disputas en la validez del consentimiento]. Disponible en <http://www.steptoecom/assets/attachments/2353.pdf>.

Kunz, C. L., Ottaviani , J., Ziff , E. D., Moringiello , J. M., Porter , K., & Debrow , J. (2003, 1 de Noviembre). Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements. [Acuerdos browse-wrap: La validez del consentimiento implícito en los contratos electrónicos]. *The Business Lawyer*, 59 (1) 278-312. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1640185

Lemley, M. A. (2006, 22 de Diciembre). Terms of Use. [Términos de uso]. *Minnesota Law Review*, 91 (2) 459-483. Disponible en http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley_Final.pdf

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.220. Congreso de la República de Colombia, octubre de 2011.

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

No. 43.673. Congreso de la República de Colombia, agosto de 1999.

Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial No. 7.019. Consejo Nacional Legislativo, abril de 1887.

Ley de la Comisión Federal de Comercio , 15 U.S.C. §§ 41-58, as amended (1914)

Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (1999).

Lopez-Tarruela Martínez, A. (2007, Marzo). Las licencias de uso de bienes digitales: El difícil equilibrio entre el interés de los titulares de los derechos y de los usuarios. *Revista Sociales y Jurídicas*, 1(2) 76-102. Disponible en <http://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/02-tm-05.pdf>

Lorenzetti, R. L. (2003). Contratos electrónicos. En R. L. Lorenzetti, & C. A. Soto Coaguila (Ed.), *Comercio Electrónico* (pp. 219-280). Bogotá, Colombia: Temis.

Mann, R., & Siebeneicher, T. (2008). Just one click: The reality of internet retail contracting. [Tan solo un click: la realidad de la contratación al por menor vía internet]. *Columbia Law Review*. Disponible en <http://www.columbia.edu/~mr2651/JustOneClick.pdf>

Miller, R., & Jentz, G. (2008-2011). *Business Law Today. The Essentials. [El derecho de los negocios hoy. Aspectos esenciales]* (9ª ed.). Ohio, United States of America: Cengage Learning.

Mittal, R. (2011). *Licensing Intellectual Property Law & Management. [Ley reguladora de la propiedad intelectual y su manejo]*. (1ª ed.). Delhi, India: Satyam Law International,

Moreno Navarrete, M. A. (2002). *Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*. Madrid Barcelona, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

- Moringiello, J. M. (2005). Signals, assent and internet contracting. [Señales, consentimiento y la contratación por internet] *Rutgers Law Review*, 57, 1307- 2005. Disponible en [http:// papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstract_id = 859485##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=859485##).
- Ncls.org. (2014). Recuperado el 15 de Marzo de 2014, de [http:// www.ncsl.org](http://www.ncsl.org)
- Peña Nossa, L. (2006). *De los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales – Negocios del Empresario* (ECOIE Ediciones 2ª. ed.). Bogota, Colombia: Kimpres Ltda.
- Peña Valenzuela, D. (2003). El contrato electrónico y los medios probatorios. En U.E. Colombia (Eds.), *El contrato por medios electrónicos* (pp. 179-220). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Plata López, L. C. (2013). La protección a los consumidores en el comercio electrónico. En J. M. Gual Acosta, & J. C. Villalba Cuéllar (Ed.), *Derecho del consumo. Problemáticas actuales* (pp. 389-416). Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F. 3d 1447 (7th. Cir. 1996).
- Raisbeck, Lara, Rodriguez, & Rueda. (2002). *Comercio electrónico en Colombia*. Medellín, Colombia: Díké.
- Register. com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F. 3d 393 (2nd. Cir. 2004).
- Remolina Angarita, N., & Flórez Rojas, M. L. (2012). La protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (7), 2-19.
- Rengifo García, E. (2004). El deber precontractual de información y las condiciones generales de la contratación. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Fasc. 1(327), 85-107. Disponible en http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/documentos/deber_informacion.pdf

- Restatement (second) of Contracts (1917, 17 de Mayo). American Law Institute. Kindle Ed, "By written or spoken words or by other acts or by failure to act".
- Rincón Cárdenas, E. (2006). *Contratación Electrónica*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Scott, M. D. (2007). *Scott on Information Technology Law [Scott en el derecho de las tecnologías de la información]* (Vol. 1). New York, Estados Unidos de América: Aspen.
- Segal v. Amazon.com Inc., 763 F. SUPP. 2D 1367 (S.D. FLA. 2011).
- Sentencia Recurso de Casación César Augusto Riveros Beltrán versus Compañía Agrícola de Seguros S.A. (2005, junio 28), Sentencia Exp. 68001-34-03-001-1998-0226-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena.
- Sentencia Recurso de Casación Sociedad Cencilo Ltda versus Sociedad Cencar S.A. (2001, abril 4), Exp. 5716. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena.
- Singsangob, A. (2012). A Validity of Shrinkwrap and Clickwrap License Agreements in the USA: Should we follow UCITA? [La validez de los acuerdos de licencia shrinkwrap y clickwrap en USA: ¿Deberíamos seguir a UCITA? *legaid.bu.ac.th*. Disponible en http://legaid.bu.ac.th/pdfFiles/A_VALID_OF_SWL.pdf
- Sony. (s.f.) Disponible en <http://www.sonycreativesoftware.com/corporate/terms>
- Specht v. Netscape Communications Corp, 306 F.3d 17 (2nd. Cir. 2002).
- Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3d. Cir. 1991).
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. (Vol. Tomo II). Bogotá, Colombia: Legis.

Symantec. (s.f.) Disponible en <http://www.symantec.com/es/mx/about/profile/policies/legal.jsp>

The Challenges of Law in Cyberspace - Fostering the Growth and Safety of E-Commerce. [Los retos del derecho en el ciberespacio. Promoviendo el crecimiento y la seguridad del comercio electrónico] (Spring 2000). *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 6.

Treiber & Straub, Inc. v. U.P.S., Inc., 474 F.3d 379 (2007) (7th. Cir. 2007). “The fact that Straub had to agree not once, but twice, to abide by the Terms and Conditions set forth in order to ship the package, is enough to ensure that Treiber had clear and reasonable notice of the rules”.

Trout, B. J. (2007). *Cyber Law. A Legal Arsenal for Online Business. [Derecho del ciberespacio. Un arsenal legal para los negocios en línea]*. New York, Estados Unidos de Norteamérica: World Audience Inc.

Uniform Commercial Code. 1952 (2012), “May be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognize the existence of a contract”.

usa.gov. (2014, Enero 7). *usa.gov*. Disponible en <http://www.usa.gov/topics/consumer/smart-shopping/home-shopping/3day-rule.shtml>

Vega Vega, J. A. (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid, España: Reus.

Villalba Cuéllar, J. C. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.

Xue, J. (Junio de 2009). A Comparative Study of Shrink-Wrap License. [Un estudio comparativo de la licencia shrink-wrap]. *Journal of Politics and Law*, 2 (2), 86-93. Disponible en <http://ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/2310/2167>