

Una nota sobre formación y formalismo del contrato electrónico

SILVANA FORTICH*

Sumario: I. Introducción. II. El encuentro de voluntades en línea. a) La oferta electrónica. b) La aceptación en línea. III. Neo-formalismo y consentimiento electrónico. a) Nuevas formas, iguales razones. b) Formalismo electrónico de protección. IV. Conclusión.

Resumen

Este artículo pretende llamar la atención sobre algunas de las particularidades que presenta la celebración de contratos por medios electrónicos, indagando sobre las características propias de su formación y sobre la influencia del proceso general de renacimiento del formalismo en el campo del comercio electrónico. El estudio es realizado con base en las normas del derecho contemporáneo francés y colombiano que se ocupan de regular la materia.

Palabras clave: Comercio electrónico, acuerdo de voluntades en línea, contrato electrónico, neo-formalismo, formas electrónicas, protección del consumidor.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia; DSU *Droit Civil Paris II*, Master II *Droit Privé Général* Université Paris II Panthéon Assas, actualmente candidata a Doctor en Derecho Privado de los Contratos de la misma Universidad. Correo electrónico: [silvanafortich@yahoo.com]

Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2010. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2011.

NOTE ABOUT FORMATION AND FORMALISM IN ELECTRONIC CONTRACTS

Abstract

This article brings up some of the particularities presented in the conclusion of electronic contracts, especially through the study of the main characteristics of their formation stage and the influence of the general process of renaissance of formalism in this area. This study is based on contemporary French and Colombian law.

Keywords: Electronic commerce, on line contract agreement, electronic contract, neo-formalism, electronic contract forms, consumer rights.

I INTRODUCCIÓN

El acelerado incremento de relaciones que se hacen a través de medios electrónicos ha generado la necesidad de regular las nuevas situaciones vinculadas al comercio electrónico.

En Colombia, la Ley 527 de 1999 (art. 2º b), establece que el comercio electrónico "abarca todas las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar".

Lo anterior permite colegir que el comercio electrónico abarca tanto relaciones contractuales, como aquellas relaciones jurídicas cuya fuente generadora de obligaciones es otra¹, siempre y cuando dicha relación haya sido conducida electrónicamente. En estos términos, el comercio electrónico para el derecho colombiano goza de un amplio contenido conceptual teniendo en cuenta que será considerado comercio electrónico todo tipo de relación obligacional de carácter comercial siempre y cuando se desarrolle a través de medios electrónicos².

Así, debido a la vastedad propia de la noción de comercio electrónico es pertinente reducir el campo de estudio para el presente trabajo y concentrar la atención sólo en aquellas relaciones de comercio electrónico que tienen como fuente el contrato y, dentro del contrato, concretamente en el estudio de una de

¹ Sobre las fuentes de las obligaciones: "Así, en últimas, podría sintetizarse el campo vital del derecho de las obligaciones aludiendo a contrato e ilícito: autonomía privada y daño, lo que no obsta para que normalmente se tienda a separar y aun a contraoponer las obligaciones nacidas de contrato y las originadas del delito, en razón de la diversidad de su fuente". FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. 3ª. ed., t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 45.

² DANIEL PEÑA VALENZUELA, *Responsabilidad y comercio electrónico: Notas sobre el daño y el riesgo en la sociedad de información, El contrato por medios electrónicos: homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*, 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. pp. 93 a 121.

las condiciones necesarias para perfeccionar la etapa de formación del mismo: "el consentimiento"³.

En principio, el consentimiento electrónico no reviste características que permitan identificarlo como un concepto sustancialmente distinto al consentimiento propio de la teoría general del negocio jurídico. Por tanto el consentimiento electrónico debe ajustarse al régimen común, pero, como sea, el hecho de que el consentimiento sea transmitido electrónicamente lo hace especial.

Para nadie es extraña la afirmación en virtud de la cual, en materia de contratos, basta la declaración de voluntad, sin más, para perfeccionar el acuerdo, es decir, el consensualismo es la regla general y el formalismo la excepción. Sin embargo, dentro del comercio electrónico, al parecer, se asiste a un nuevo formalismo o un formalismo floreciente que se ha dado en llamar formalismo electrónico⁴.

En efecto, la *formalización* del acuerdo celebrado a través de medios electrónicos busca evitar que la facilidad y el gusto con el cual se practica la actividad de hacer *click* en internet, llegue a suprimir el instante de reflexión durante el cual la parte (débil) del contrato debe realizar un esfuerzo de comprensión⁵. La celebración de contratos por vía electrónica se somete, entonces, a la observación de ciertas reglas de forma, con el fin de proteger a los "contratantes electrónicos" del riesgo que puede implicar la rapidez y simplicidad propia de las redes.

De esta manera, el acuerdo contractual por vía electrónica tiende a concebirse como un procedimiento formalista, por etapas, particularmente organizadas, con la intervención de un tercero con funciones de certificación, capaz de reducir al mínimo todo riesgo de aceptación intempestiva⁶. El contrato electrónico se forma por la secuencia de *clicks* que manifiestan la voluntad de continuar con el proceso que conduce a la aceptación definitiva de los términos de la oferta (1). Este procedimiento, sumado al fenómeno anotado de la necesidad de las formas, hace necesario poner de relieve las exigencias de tipo informativo que le permitan al consumidor determinar su consentimiento definitivo, con el debido conocimiento de causa y con la certeza de querer obligarse con la celebración de ese contrato⁷ (2).

³ Así entonces se excluye el estudio de la capacidad, el objeto y la causa, requisitos de formación del contrato que no son menos interesantes de analizar frente al fenómeno de la "electronificación" de los contratos, pero que sin embargo presentan menos originalidad a la hora de ser abordados desde la óptica del comercio electrónico.

⁴ FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*. LGDJ, 2005, p. 345.

⁵ LUC GRYNBAUM, *Loi économie numérique. Le sacre des égalités formelles*, en *RDC*, Avril, 2005.

⁶ F.G. TRÉBULLE, *La réforme du droit de la preuve et du formalisme*, en *Petites affiches*, 20 avril, 2000, n.º 79, p. 10.

⁷ JÉRÔME PASSA, *Commerce électronique et protection du consommateur*, en *Dalloz*, 2002, p. 555.

II. EL ENCUENTRO DE VOLUNTADES EN LÍNEA⁸

El contrato electrónico es el acuerdo de voluntades que tiene lugar por medios electrónicos⁹. De esta manera, el contrato será electrónico cuando la aceptación es transportada en línea sin importar, por ejemplo, si las partes negociaron en presencia el uno del otro, o si la oferta fue enviada por correo ordinario¹⁰. Es el encuentro de voluntades, que se sigue a la aceptación, lo que sitúa al contrato dentro de la categoría de contratos electrónicos¹¹.

La celebración de contratos por medios electrónicos comprende, al igual que cualquier acuerdo sometido a las reglas generales del consentimiento, una oferta (a) y una aceptación (b).

a) La oferta electrónica

La oferta electrónica reviste cierta originalidad debido a sus modalidades de expresión y a los medios utilizados para su comunicación a los destinatarios¹². La oferta presentada por medios electrónicos se rige por el derecho general de los

⁸ De acuerdo con el análisis clásico, el acuerdo de voluntades, indispensable para la formación del contrato, constituye el eje o corazón de la relación contractual. PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS, PHILIPPE STOFFEL- MUNCK, *Les obligations*. Defrenois, 2e édition, 2005, p. 225.

⁹ A pesar de su aparente originalidad, el contrato electrónico no conforma una categoría contractual distinta del régimen común y por el contrario conserva los atributos y características propias de la teoría general de los contratos. PIERRE CATALÁ, *L'engagement électronique de l'entreprise*, en *Revue des sociétés*, avril- juin 2001, pp. 258-270

¹⁰ Entre las diferentes modalidades existentes de contrato electrónico, es bastante atractivo estudiar aquellos contratos cuya formación se da en tiempo real, por la aceptación en línea de la oferta presentada o "colgada" en páginas de internet. En estos casos, existe alguna complejidad u originalidad en la formación del contrato ya que, a pesar de consistir en un clásico caso de formación de contratos entre personas ausentes, el encuentro de voluntades se da por la aceptación de una oferta en línea sin el más mínimo contacto entre las partes, acuerdo que contrariamente a la contratación clásica se ve gobernado por los principios de interactividad e internacionalidad, entre otros. Se trata de dos personas contratantes que como máximo reconocen el nombre y apellido del co-contratante. Otro tipo de contrato electrónico es el formado a través del intercambio de correos electrónicos. Sin embargo, este tipo de contrato, que consiste en el simple envío de un correo electrónico para la materialización del acuerdo, no se diferencia de la situación clásica de contrato por correspondencia o por telegrama. Así las cosas, con esta modalidad no se altera el esquema clásico del contrato por correspondencia y, por lo tanto, no despierta mayor interés para ser estudiado, toda vez que se pretende estudiar aquellos contratos que tienen cierta originalidad al formarse electrónicamente. FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*. LGDJ, 2005, p. 20, pp. 69 s.

¹¹ Es pertinente señalar que no todo contrato electrónico es un contrato a distancia. Es posible que las partes negocien en el mismo lugar y en tiempo real, pero la aceptación es transmitida a través de internet. Sin embargo, es el contrato electrónico, formado a distancia el que presenta verdaderas dificultades. FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*. LGDJ, 2005, p. 20.

¹² *Ibíd.* p. 69.

contratos¹³, no obstante, debido a la singularidad de los contratos electrónicos existe una evidente tendencia a la calificación de la oferta. En otras palabras, existe en las normas especiales, una particular propensión a hacerla formal.

Particularmente, en Francia la "ley por la confianza de la economía numérica" del 21 de junio de 2004 (Ley de Comercio Electrónico -en adelante LCEN-) impone al oferente la tarea de incluir en su oferta ciertas *menciones obligatorias*. El objetivo de estas normas es el de obligar al oferente a suministrar la información completa acerca del contrato que se pretende suscribir y así proteger el consentimiento de las partes.

La obligación de información en relación con la prestación tiene su fuente primaria en el derecho común de las obligaciones. El contenido de la oferta electrónica no escapa a las exigencias de fondo atinentes a la obligación de información, que en últimas se convierten en exigencias de forma sin las cuales el contrato electrónico no será válido. Así, el artículo 19 de la LCEN francesa establece la obligación de transparencia en cuanto a la mención del precio. Este artículo obliga a toda persona que ejerce la actividad del comercio electrónico no sólo a mencionar el precio, sino a indicarlo de manera clara y no ambigua, incluyendo obviamente el valor correspondiente a tasas y gastos de entrega.

De modo similar, el artículo 1369-4 inciso 2 del Código Civil francés dispone que la oferta debe mencionar las etapas a seguir para celebrar el contrato por la vía electrónica y los medios técnicos de los que dispone el utilizador para identificar los errores cometidos durante el diligenciamiento en línea de los datos necesarios para la celebración del contrato y las posibilidades para corregirlos.

Además de las exigencias relacionadas con la oferta electrónica, la normatividad contemporánea que rige la materia, contempla igualmente algunos requisitos indispensables para la legalidad de la aceptación en línea.

b) La aceptación en línea

Por su parte, la regulación de la aceptación guarda la misma tendencia hacia la formalización de su declaración. Es claro que la finalidad de la normatividad sobre la materia es la de imprimirle seriedad a los contratos electrónicos.

Si se toma, esta vez, el ejemplo colombiano, la Ley 527 del 18 de agosto de 1999 (art. 20), para efectos de regular el momento de la celebración del contrato electrónico, establece la posibilidad de las partes de acordar, de manera previa al envío del mensaje de datos, que se acuse recibo de éste. Este artículo regula igual-

¹³ La oferta clásica o policitud en derecho común consiste en la manifestación de voluntad, expresa o tácita por medio de la cual una persona propone a uno o varios destinatarios de ésta, la celebración de un contrato. Para estar en presencia de una oferta como tal es necesaria una proposición firme y precisa de celebrar un contrato. GERARD CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 2007, p. 634.

mente las consecuencias que se derivan de este tipo de acuerdo. En efecto, dispone que en el caso en que las partes acuerden expresamente que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, *se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo*.

En estos términos, una interpretación armónica de la norma permite concluir que la omisión del envío de este acuse de recibo en los casos en los que fue previsto por las partes, modifica las reglas generales relacionadas con el momento de formación del contrato electrónico.

En otras palabras, si las partes de manera previa al envío de la aceptación han acordado que se acuse recibo, los efectos del mensaje de datos contenido de la aceptación (que determina el momento de formación del contrato), estarán igualmente supeditados al envío del acuse de recepción por parte del oferente¹⁴.

Si se ve esta normatividad a la luz de lo consagrado por la LCEN francesa, que introdujo en el código civil francés las normas que regulan el momento de formación del contrato electrónico (art. 1369-5) se aprecia cómo allí se consagra la obligación por parte del autor de la oferta, dentro de un plazo justo, de enviar acuse de recibo de la aceptación que le fue comunicada.

A simple vista es clara la consagración en ambos sistemas jurídicos del acuse de recibo dentro del proceso de formación electrónica de los contratos. Sin embargo, en relación con el momento de formación del contrato electrónico dicha figura tiene connotación y alcance distintos en uno y otro sistema de derecho.

En efecto, la normatividad francesa, a diferencia de la colombiana, no hace depender el momento de formación del contrato del envío acuse de recibo por parte del oferente. En el derecho francés, el contrato electrónico al igual que el contrato común, formado a través de la utilización de medios de comunicación tradicionales, se forma en el instante mismo en que la aceptación se encuentra con la oferta para perfeccionar el acuerdo de voluntades¹⁵.

Esta acción positiva del oferente consistente en el envío de un acuse de recibo del mensaje que contiene la aceptación constituye, para el derecho francés, una obligación adicional a su cargo, lo cual excluye la posibilidad de interpretar que la formación del contrato electrónico esté supeditada al cumplimiento de este deber en cabeza del autor de la oferta.

Una interpretación en contrario permitiría pensar que el contrato se forma con el envío del acuse de recibo por parte del oferente (el cual es obligatorio según el artículo 1369-5 del código civil francés, mencionado líneas arriba) y en con-

¹⁴ Esta interpretación de la norma en cuestión, implicaría consecuencias delicadas en relación con la normatividad colombiana sobre el momento de formación del contrato electrónico, ya que se podría pensar que en los casos en los que las partes han pactado el acuse de recibo, la formación del contrato electrónico dependerá del comportamiento exclusivo del oferente lo cual contraría a todas luces la dinámica propia del encuentro de voluntades.

¹⁵ ALAIN BÉNABENT, *Droit Civil. Les obligations*. Montchrestien, 9e édition, 2003, p. 51.

secuencia, implicaría concebir que el momento de formación del contrato se da como consecuencia de la ejecución de comportamientos de carácter obligatorio, es decir, que la formación del contrato es obligatoria para las partes que han emitido la oferta y la aceptación, respectivamente. Esta interpretación nos llevaría de igual manera a entender que, a pesar de hallarse perfeccionado el contrato sólo hasta el envío del acuse de recibo, el acuerdo se produce como consecuencia inequívoca de la comunicación de la aceptación, lo que en últimas nos lleva nuevamente a reiterar lo consagrado por la teoría general de los contratos y en efecto, a afirmar que el envío de la aceptación es lo que realmente determina el momento de formación del contrato electrónico.

De manera bastante coherente, la doctrina mayoritaria francesa ha interpretado que el envío del acuse de recibo, al tratarse de una obligación a cargo del autor de la oferta, excluye claramente que se trate de un requisito adicional para la perfección del acuerdo, toda vez que en materia de formación del contrato las partes están ante la posibilidad o no de celebrar el contrato, lo que implica una FACULTAD y no una obligación. Lo anterior excluye la posibilidad de pensar que el contrato electrónico en derecho francés se forma por la ejecución de la obligación consistente en el envío del acuse de recibo. El envío, a continuación de la recepción de la aceptación, del acuse de recibo no es más que una simple regla relativa al proceso de formación contractual que obedece, de manera manifiesta, a la imposición de requisitos formales de protección a los contratantes por medios electrónicos¹⁶.

En suma, debe entenderse que la inclusión de nuevos requisitos de forma en el proceso de perfección del contrato electrónico, como lo es la notificación por parte del oferente al destinatario de la oferta de la recepción de la aceptación, no debe incidir en las reglas relativas al momento de formación del contrato. Por el contrario, se debe colegir que se trata de la exigencia de un requisito formal adicional en materia de contratos electrónicos, que debe ser coordinado con las demás reglas de protección al consumidor.

Además de los requisitos de forma establecidos al encuentro de voluntades en línea, el proceso de *invasión* formalista permite estudiar las implicaciones del nuevo formalismo en el consentimiento electrónico (2).

III. NEO-FORMALISMO Y CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

Ante las necesidades propias de la realidad jurídica moderna, las formas han invadido de manera notoria el proceso de formación de la voluntad negocial. El "neoformalismo"¹⁷ consiste en el fenómeno de resurgimiento de formas ante la existencia de peligros en el sistema liberal de la contratación propio de la modernidad y su

¹⁶ FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*. LGDJ, 2005.

¹⁷ MILAGROS KOTEICH, MARTHA LUCÍA NEME y EDGAR CORTÉS, *Formalismo negocial y neoformalis-*

multiplicación en la medida que la civilización avanza. A esto se suma la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en materia contractual debido a la desconfianza surgida con la proliferación de los contratos de adhesión y de consumo¹⁸.

El comercio electrónico al tratarse de un mercado ágil y libre, y la necesidad de proteger a la parte considerada débil dentro de la relación contractual, es uno de los escenarios en los cuales el resurgimiento del formalismo ha encontrado la atmósfera perfecta (a) lo que permite hablar de la existencia de un formalismo electrónico de protección (b).

a) Nuevas formas, iguales razones

Diversos autores han denominado "renacimiento del formalismo" al proceso de resurgimiento de las formas en materia de voluntad negocial. Al respecto es oportuno afirmar que más que un renacimiento se trata de un despertar del formalismo, teniendo en cuenta que el formalismo nunca ha muerto. Se encontraba ahí latente, vivo. Simplemente ha despertado en el seno de nuestra sociedad contemporánea, cargada de relaciones ágiles y dinámicas¹⁹ y en donde la parte débil merece una tutela especial.

De igual forma, en materia de comercio electrónico, el "neo formalismo" ha encontrado desarrollo. El despertar del formalismo ha tenido un importante lugar en un mundo cada vez más informatizado, donde las relaciones son cada vez más ágiles, con la ayuda de la utilización de los medios electrónicos. Y ese nuevo formalismo, en materia contractual, se basa en las mismas razones del formalismo tradicional: hoy en día, al igual que hace varios siglos, la observancia de ciertos requisitos de forma se considera obligatoria para ciertos contratos cuya gravedad hace necesaria la exteriorización de la voluntad a través de esas formas especiales. Su finalidad es evitar la celebración irreflexiva de contratos y proteger a las partes contra toda presión exterior. Así mismo, al igual que en el sistema formalista propio del derecho romano, las formas de hoy en día tienen como funciones la de dar certeza a las partes, asegurar la seriedad y el reconocimiento objetivo y eficacia de la voluntad negocial, entre otras²⁰.

mo. *¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?*, en *Revista Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 9, 2005.

¹⁸ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis, 6ª. ed., p. 226.

¹⁹ Ya de tiempo atrás la practicidad del derecho comercial había influido en la reactivación del formalismo, del que son ejemplo los títulos valores. Este tipo de solemnidad permite reconocer la significación jurídica de un acto con el solo examen de su apariencia al establecer un vínculo funcional entre derecho y simplicidad: JACQUES FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, Etudes Ripert, 1950, t. 1, p. 93.

²⁰ *Ibíd.*, p. 95.

Las reglas de forma, tratándose de contratos electrónicos, en principio no presentan mayor dificultad. Al no constituir una nueva categoría contractual, los contratos electrónicos se encuentran regidos de igual manera bajo las normas generales del derecho de los contratos.

La diferencia radica en la utilización del conducto electrónico. Los medios electrónicos hacen las veces de conductos de la voluntad particular para la celebración de contratos, tengan éstos el carácter de consensuales, como es la regla general, o de solemnes.

De esta manera, el contrato electrónico adopta un "ropaje" distinto al que tradicionalmente conocemos. El contrato electrónico cambia lo que para el observador es lo más notable y evidente: la forma. Así, entonces, no permite establecer un "*instrumentum*" en el sentido tradicional de la palabra, es decir el documento escrito sobre papel²¹.

Este nuevo instrumento conductor de la voluntad de las partes se caracteriza, entre otras cosas, por la rapidez y agilidad en el transporte y envío de la información. En efecto, debido a esta agilidad propia de los medios electrónicos, las normas jurídicas de la materia han buscado aminorar los riesgos que existen en la celebración irreflexiva de contratos por internet.

Sin embargo, es importante aclarar que la simple utilización del *instrumentum* electrónico no implica en sí misma la presencia de un contrato solemne. No obstante parecer tan sencilla la delimitación entre los conceptos de contrato formal y consensual, hay que aclarar que el consensualismo no significa, como corrientemente se afirma, ausencia de forma. Por el contrario, el consensualismo implica la utilización de modos de exteriorización del querer de las partes, ya que la voluntad siempre debe revestir alguna forma para poderse manifestar. El punto fundamental está en identificar que bajo el principio del consensualismo, la utilización de esos medios se dará en absoluta libertad. Así, podríamos definir el principio del consensualismo como la libertad para escoger las formas de exteriorizar la voluntad y no como la ausencia de éstas²².

En el caso de los contratos electrónicos, la voluntad se exterioriza a través de datos cifrados o simplemente por medio un documento electrónico²³, con lo cual se hace evidente la necesidad de exteriorizar dicha voluntad por algún medio escogido por las partes, o a su alcance, al momento de contratar. Según el principio del consensualismo, las partes son libres para escoger la forma para exteriorizar la voluntad, lo que implica que para hacer efectivo su acuerdo, o dicho en otras palabras, para materializar el pacto será necesaria la utilización de alguna forma

²¹ FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*. LGDJ, 2005, p. 20.

²² JACQUES FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, *Etudes Ripert*, 950, t. I.

²³ FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*. LGDJ, 2005, p. 215.

para su exteriorización. De lo contrario, el consensualismo implicaría la espiritualización del derecho²⁴.

Por lo demás, tratándose de la exigencia particular de requisitos de forma a los contratos electrónicos, la finalidad de ellos es garantizar la existencia de un consentimiento sano y libre de vicios y la de proteger a las partes contra cualquier amenaza que este nuevo medio de comunicación presente, sobre todo cuando una de las partes del contrato electrónico es un consumidor, situación que es bastante frecuente.

b) Formalismo electrónico de protección

Con la finalidad de proteger al consumidor, quien es el más frecuente contratante a través de medios electrónicos²⁵, el derecho del consumidor ha establecido unas reglas que hacen referencia a un formalismo reforzado para la protección de quien contrata a través de estas redes.

Estas normas regulan la obligación, del profesional que ofrece bienes y servicios, de comunicar a su cliente potencial (consumidor) cierta información definida exactamente por la ley. Este formalismo de tipo informativo busca proteger el consentimiento de la parte débil de la relación contractual, es decir, el consumidor²⁶.

A saber el artículo 121-18 del código del consumidor en Francia establece que la oferta de contrato debe contener la siguiente información: nombre del vendedor del producto, o de quien presta el servicio, el gasto de entrega, las modalidades de pago, la existencia de la posibilidad de retractación y sus límites, la duración de la validez de la oferta, el costo de la utilización de la técnica de comunicación a distancia utilizada y la duración mínima del contrato propuesto, cuando se trate de un contrato de tracto sucesivo.

El artículo 1369-4 del Código Civil Francés establece la obligación a cargo del oferente-profesional, de expresar en la oferta las diferentes etapas a seguir para la celebración del contrato, los medios que permitan al usuario-consumidor identificar los errores en los que pueda caer al momento de emitir su consentimiento, los idiomas disponibles para la celebración del acuerdo, y los instrumentos de consulta por vía electrónica, de las reglas que regulan la responsabilidad de los profesionales y comerciantes, a las cuales el autor de la oferta se debe someter.

El fenómeno de invasión formalista reaparece en materia de protección al consumidor con un claro propósito de certeza, transparencia y de garantía de la

²⁴ JACQUES FLOUR. Op. cit., p. 96.

²⁵ Tener en cuenta que internet, siendo una red de comercio electrónico abierta, está destinada por naturaleza a los consumidores. Por el contrario EDI es una red cerrada orientada a empresarios y organizaciones. ERNESTO RENGIFO GARCIA, *Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica*, en *Comercio electrónico*. Universidad Externado de Colombia, 2000.

²⁶ FLORENCE MAS. Op. cit., pp. 346-347.

parte débil para que ésta concurra a la celebración del contrato con unos elementos mínimos que tratarán de evitar la preponderancia (el abuso) de la parte más fuerte, que es justamente a la que, por regla general, se le impone el cumplimiento de la formalidad²⁷.

En relación con las normas propias del consumidor, son abundantes los casos que nos servirían como ejemplo para ilustrar cómo, en el derecho contemporáneo de los contratos, el formalismo ha ido invadiendo de manera progresiva, el campo de la formación de la voluntad negocial²⁸.

IV. CONCLUSIÓN

“La contratación es una realidad económica o jurídica ya casi ancestral. Lo nuevo, o si se quiere, lo ya relativamente nuevo es la contratación por medios informáticos; o dicho en términos más amplios, la celebración de negocios utilizando las nuevas tecnologías”²⁹.

Esta novedad ha traído consigo la posibilidad de estudiar nuevamente los fundamentos del principio del consensualismo, arraigado por décadas en nuestro sistema jurídico. Fundamentalmente, ya en la mayoría de ordenamientos, se observa una evidente tendencia hacia la formalización de los contratos electrónicos. La importancia del tema radica en la definición de los verdaderos límites del fenómeno de invasión formalista y en consecuencia que se mantenga el consensualismo como principio en materia de contratos.

²⁷ MILAGROS KOTEICH, MARTHA LUCÍA NEME, EDGAR CORTÉS. *Formalismo negocial y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?*, en *Revista Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º. 9, 2005.

²⁸ El código del consumo de Francia en su art. L- 121- 61 establece uno a uno los aspectos que debe contener la oferta de contratación en este tipo de negocios.

²⁹ AGUSTÍN MADRID PARRA, *Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre firmas electrónicas*, en *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.