

La manifestación de la voluntad y su eficacia en el comercio electrónico *

The manifestation of willingness and its efficiency in e-commerce

Javier Andrés Moreno Betancourth**

Resumen

Para nadie es un secreto que el espacio virtual se ha constituido como el escenario en el cual se ejecutan día a día actos que solo era pensable realizarlos en el que se puede denominar mundo real. Así, en el espacio virtual podemos hoy desde ingresar a una biblioteca a consultar textos, descargar música, realizar conversaciones telefónicas, intercambiar información, hasta adquirir bienes y servicios.

Lo anterior se produce como consecuencia de las grandes ventajas que muestra el espacio ocupado por las *polis* virtuales, en cuanto a eficacia, comodidad y sobre todo aceleramiento de las transacciones ejecutadas, toda vez que la distancia entre las partes, que suponía un retraso en la concreción de ciertos actos, es ampliamente superada por el escenario bajo análisis.

Por lo tanto, resulta cuando menos necesario que la ciencia jurídica haga parte del espacio virtual, con el objeto y finalidad de dotar de seguridad y de certeza a las partes, en cuanto a los actos que se ejecutan, bajo el entendido que la era del entorno digital y, si se quiere, la naciente sociedad de la información no puede ser un espacio anárquico en el que impere la ley del más fuerte, sino que, todo lo contrario, requiere de una regulación basada en los principios del comercio electrónico, en pro de regularlo de manera conveniente, sin que esto se constituya en un impedimento al desarrollo tecnológico.

No obstante, abordar todos y cada uno de los elementos que se pueden presentar en el tráfico en red, resulta cuando menos imposible para el objeto del presente trabajo; por ello me centraré en el tema de la eficacia de la manifestación de la voluntad de las partes en el comercio electrónico, con el convencimiento de que resulta fundamental para lograr los fines perseguidos por quienes en este espacio participan.

* Fecha de recepción: 13 de abril de 2013. Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: Moreno, J. “La manifestación de la voluntad y su eficacia en el comercio electrónico”. *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 12, n.º 2, julio-diciembre, 2013.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid. morenoandres12@gmail.com

Es apenas evidente la aseveración realizada, toda vez que según lo analiza la profesora Boss¹ en sus varios escritos, el comercio electrónico, las transacciones en red, demandan la necesidad de dotar de seguridad las diferentes actuaciones de las que se compone el *íter* contractual en red.

Palabras clave: voluntad, eficacia, comercio electrónico.

Abstract

It is not a secret that virtual space has been established as the setting in which daily run was only thinkable acts perform them in the world can be called real. Thus, in the virtual space we enter today from a library to consult texts, download music, make phone calls, exchange information, to purchase goods and services.

This is a consequence of the great benefits which shows the space occupied by virtual polis in terms of efficiency, comfort and above all in terms of accelerating transactions executed, since the distance between the parties, which involved a delay in the realization of certain acts, it is far outweighed by the scenario under analysis.

Therefore, it is at least legal science must become a part of virtual space, with the object and purpose of providing security and certainty to the parties as to the acts that run, on the understanding that the era of digital environment, if you will, the emerging information society can not be an anarchic space of the rule of law of the jungle, but on the contrary, requires a regulation based on the principles of e-business, pro convenient way to regulate it, without it being established as an impediment to technological development.

However, addressing each and every one of the elements may be present in network traffic, it is at least impossible for the purpose of this work, which is why I focus on the issue of the effectiveness of the manifestation of the will of the parties in electronic commerce, convinced that such a topic is essential to achieve the ends sought by those involved in this space.

It is just the statement made clear, whenever the professor Boss analyzes in some papers, e-commerce transactions over networks demand the need to provide security for the different activities making up the network contract *iter*.

¹ A. Boss, "Searching for Security in the Law of the Electronics Commerce", *Nova Law Review* 23, 359.

Key words: Will, efficiency, commerce.

Sumario

1. La necesidad de seguridad en las transacciones en la red
2. La declaración de la voluntad emitida por medios electrónicos
 - 2.1 Declaración de voluntad
 - 2.2 Mensaje de datos
 - 2.2.1 Efectos jurídicos de la declaración de voluntad a través de mensajes de datos
 - 2.3 *Click wraps agreements*
 - 2.3.1 Efectos jurídicos de la declaración de voluntad a través de los *click wraps agreements*
3. Conclusiones
4. Bibliografía

1. La necesidad de seguridad en las transacciones en la red

El ejercicio de la actividad comercial ha buscado siempre mecanismos mediante los cuales se facilite el intercambio de información o de bienes y servicios.

El hallazgo de estas herramientas ha ido siempre de la mano de la evolución natural del hombre; así las cosas, se ha pasado de la escritura en piedra a los pergaminos, luego al papel y su auge gracias a Gutenberg y su imprenta, luego pasamos al telegrama y al invento de Graham Bell, el teléfono, y por último pasamos a los medios telemáticos, destacándose el auge que ha tenido en los últimos años el comercio electrónico².

Todos estos cambios en cuanto a la forma mediante la cual se realizaban las transacciones comerciales supusieron y suponen una exigencia común intrínseca por parte de los que en este tipo de actividades intervienen, que es la necesidad de seguridad frente a la eficacia y garantía de cumplimiento de las obligaciones que en este tipo de escenarios se adquieren como consecuencia natural del intercambio de carácter comercial.

Es en este escenario donde debe hacer su aporte la ciencia jurídica, como elemento necesario, fundamental y sobre todo promotor del intercambio de bienes y servicios en red, mediante la satisfacción de las necesidades de seguridad y confianza que demanda la ejecución del comercio en la internet.

No obstante lo anterior, la tarea no ha sido fácil, en la medida en que no se ha logrado encontrar un punto de equilibrio entre lo real y lo virtual, donde el derecho y sobre todo los abogados podamos superar las barreras del papel, el original y la firma autógrafa.

Lo anterior se presenta como consecuencia de la natural desconfianza que genera, en la comunidad en general, realizar actos de comercio en nuevos escenarios donde no terminan de quedar claros elementos fundamentales, como el quién gobierna en internet, cuál es la jurisdicción aplicable, cómo se manifiesta válidamente la voluntad y desde cuándo se perfeccionan las obligaciones, etc.

Los esfuerzos por parte de los operadores jurídicos, que no han sido pocos, han estado

² Ver informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2010, Perspectivas Generales. Nueva York y Ginebra.

encaminados a mostrar todos los beneficios que trae consigo el comercio electrónico, haciendo ingentes esfuerzos por generar confianza en los comerciantes para que estos realicen de manera más eficiente todas sus transacciones en este nuevo escenario.

Así, se ha llegado a proponer hasta que la internet debe considerarse cómo una única jurisdicción que debe ser regulada por su propio cuerpo de normas³. Sin embargo, otras posiciones han sido un poco menos radicales, en el sentido de abogar por que el derecho preexistente es suficiente para regular de manera adecuada y acorde el comercio desarrollado en la red.

En lo que existe un común acuerdo por parte de los investigadores del derecho es acerca de qué se entiende por seguridad en el comercio electrónico, y la manifestación más simple pero más dicente es la de poder hacer negocios de manera segura.

Esa seguridad requerida por los comerciantes se puede entender desde dos puntos de vista que no son excluyentes, sino que por el contrario resultan cuando menos complementarios.

Por un lado, se debe decir que la seguridad es entendida como una cuestión de percepción de confianza de cumplimiento con quien se contrata y de sentimiento de compromiso por las obligaciones contratadas.

Esa percepción de confianza solo es realizable a través del uso y la ejecución de mecanismos reales que brinden ese sentimiento a sus usuarios; por tanto el desarrollo tecnológico juega un papel fundamental dentro de la satisfacción de la necesidad de brindar seguridad para los *e-market places*.

No obstante, es evidente que ese entorno tecnológico que brinde mecanismos mediante los cuales se hagan más seguras las transacciones en temas de originalidad y distinción de partes no resulta del todo suficiente. En el trabajo de Boss⁴ se realiza una analogía, en la cual la escritora resalta que el hecho de que se implementen mayores medidas tecnológicas de protección a nuestras casas no hace que nos sintamos más seguros, sino que genera el efecto contrario, en el sentido que la percepción de seguridad baja al notar todas las medidas de seguridad que deben ser tomadas para preservar la propiedad e integridad de los habitantes del hogar.

Lo mismo ocurre en el comercio electrónico. La percepción de seguridad no va directamente relacionada con los mecanismos tecnológicos que brinden, por ejemplo, las entidades

³ D. Jonhson, *Chaos Prevaling on Every Continent. Towards a New Decentralized Decision-Making in Complex System* (Forthcoming, 1999), 73 y ss.

⁴ A. Boss, *Searching...., op. cit.*, 371.

bancarias para hacer seguros los pagos electrónicos, o las claves simétricas o asimétricas de encriptación y descifrado de firmas y de mensajes de datos.

La seguridad en el comercio electrónico rebasa la percepción que puedan brindar los medios tecnológicos seguros, para ubicarse dentro de la certeza de la posibilidad de conocimiento y manejo de los riesgos a la hora de obligarse en red, para así poder adoptar las medidas necesarias a fin de mitigar los mismos.

Así las cosas, además de los mecanismos que la tecnología implemente a fin de dotar de seguridad las transacciones, debe hacer su aparición el sistema jurídico, el cual tiene como fin reconocer los derechos y hacer coercibles las obligaciones que adquieren todos aquellos que se ven involucrados en el comercio electrónico. Lo anterior significa que, además de lo mencionado, se necesita que exista una estructura legal que sea capaz de soportar el andamiaje sobre el que se construye el comercio electrónico, para que cada vez sean más los comerciantes que descubran las ventajas, ya no solo de tipo técnico, sino de certeza legal que brinda esta nueva forma de hacer comercio⁵.

2. La declaración de la voluntad emitida por medios electrónicos

La contratación electrónica puede entenderse como la piedra angular sobre la cual se desarrolla el comercio electrónico, toda vez que, fruto de la dinámica contractual, se logra el intercambio de bienes y servicios en la red.

Como consecuencia de lo anterior y con el fin de brindar la percepción de seguridad de modo que esta se convierta en una realidad, considero indispensable hacer un análisis detallado a la declaración de voluntad de las partes, para así determinar la validez de la misma cuando es emitida por medios electrónicos, a fin de dejar sentado el momento culmen de la actividad contractual, esto es, el momento en el que las partes aceptan obligarse mutuamente.

Considero fundamental este aspecto del desarrollo del *íter* contractual, bajo el fundamento que es este el espacio en el cual nacen las obligaciones para las partes. Es el momento de la declaración de la voluntad el que hace nacer esa atadura, ligamen; es en últimas el momento en el que se perfecciona el contrato, que reviste una gran importancia por la

⁵ Sobre las bases legales, sociales y políticas que necesita el comercio electrónico, ver: M. Geist, *The reality of Bytes: Regulating Economic in the Age of InternetK*, 73 WASH, 1998.

naturaleza misma del vínculo y del comercio electrónico.

Teniendo en cuenta que, según lo afirma el profesor Illescas en su libro sobre contratación electrónica, se trata de estudiar y analizar si para este especial desarrollo contractual se aplican los clásicos principios de la perfección de contratos mercantiles y los principios disciplinadores de la contratación entre ausentes, se procederá a continuación a analizar de manera detallada las diferentes formas como se ha exteriorizado la voluntad de las partes a la hora de contratar en el comercio electrónico, para analizar así cuándo estas declaraciones son válidas a la luz del ordenamiento jurídico y por ende generan, en cabeza de quienes las expresan, derechos y obligaciones.

Tradicionalmente, la forma como se ha venido exteriorizando la voluntad de las partes en el comercio electrónico ha sido a través de los mensajes de datos o de documentos electrónicos, lo cual se encuentra muy acorde con la recurrida práctica de contratación entre ausentes, donde las comunicaciones escritas y enviadas a través del correo son remplazadas por mensajes enviados por medios telemáticos.

No obstante lo anterior, esta tradicional forma no es la única, ya que el desarrollo del comercio en espacios electrónicos abiertos ha traído consigo nuevas formas mediante las cuales los intervinientes en la red expresan su voluntad de manera directa o tácita; por ello es necesario analizar, en primer lugar, el concepto de declaración de voluntad, para luego analizar si las formas como esta se expresa en el desarrollo del comercio electrónico se encuentran ajustadas a la normatividad aplicable para esta clase de conductas.

2.1 Declaración de voluntad

La declaración de voluntad es considerada como un acto jurídico, en virtud del cual una persona expresa su deseo de que se generen consecuencias jurídicas determinadas. Resulta fundamental tener absoluta claridad frente a este concepto, toda vez que las declaraciones realizadas están directamente encaminadas a que se generen una o varias consecuencias jurídicas, ya sea el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo⁶.

Las declaraciones de voluntad pueden ser de diferentes tipos: unilaterales, en las que basta con la simple declaración de una parte para que se generen los efectos jurídicos

⁶ F. Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 243.

pretendidos, o bilaterales, en las que se necesita de la concurrencia de dos manifestaciones de voluntad para que surjan las consecuencias jurídicas, o plurilaterales, como ocurre en el caso de la constitución de una sociedad anónima.

La eficacia de la declaración de voluntad, en el sentido de que cuando concurren son señal de perfeccionamiento de contratos y generación de derechos y obligaciones, en principio es plena desde el mismo instante en que es expresada o declarada, a menos que la ley específica exija el cumplimiento de una formalidad especial adicional.

En este sentido, lo que se debe resaltar es que la declaración de voluntad no exige una forma o un formato específico, lo realmente importante es que la voluntad de obligarse sea realmente declarada, lo cual quiere decir que sea plasmada en signos que permitan que los demás, y en especial el destinatario de la declaración, la puedan conocer; así, una vez exteriorizada, gozará de plenos efectos jurídicos.

Como consecuencia de lo anterior, habrá que analizar las diferentes formas que ofrece el espacio virtual para que los que en él intervienen puedan expresar su voluntad de concretar el intercambio de bienes y servicios, comenzando por la forma más tradicional.

2.2. Mensaje de datos

Vale la pena recordar que el mensaje de datos es considerado como la pieza básica y central del comercio electrónico, toda vez que sobre este concepto se estructura y desarrolla la actividad mercantil. Encontrar una definición de lo que se entiende por este no es sencillo y podría variar de acuerdo con la legislación específica que se analice, siempre y cuando esta incorpore dentro de su ordenamiento jurídico dicha regulación.

No obstante, en aras de entender si por medio de un mensaje de datos se puede hacer una declaración de voluntad válida y por ende generadora de derechos y obligaciones, habrá de recordarse qué se entiende por este concepto.

Para efectos metodológicos, se trae a colación la definición de mensaje de datos que desarrolla la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico⁸⁷, al ser esta un desarrollo legislativo de carácter comunitario; en esta se expresó que por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida, o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

De la anterior definición se pueden extraer varios elementos que resultan fundamentales para entender por qué el mensaje de datos puede constituir una declaración de voluntad válida.

En primer lugar, queda evidenciado que esta información debe ser objeto de un proceso regido por medios electrónicos. La norma es clara en cuanto a que la información debe ser generada, archivada, enviada, recibida o comunicada por medios electrónicos y en tal sentido el generador, o el receptor del mensaje, deberá ejecutar cualquiera de las conductas allí descritas para que esa información sea considerada como mensaje de datos.

Si la información no ha sido objeto de dicho tratamiento, no se constituye como mensaje de datos, sino como una información contenida en otro medio, como el escrito o el oral; en sí, es un mensaje pero no de datos y por tanto no relevante para el comercio electrónico.

En segundo lugar, se puede concluir también que, con fundamento en lo anterior, un mensaje de datos es un tipo de información cualificada; adquiere esta especial característica bajo el entendido que debe ser compaginada con el medio en el cual circula, para nuestro estudio el comercio electrónico, lo cual lleva a concluir que, la información referida al comercio electrónico contenida en un mensaje de datos, no es una simple declaración de ciencia o de conocimiento⁸.

La información, mensaje de datos, puede ser también constitutiva de una declaración de voluntad; el carácter de la información lo dará el generador del mensaje de acuerdo con el contenido del mismo y el sentido que este le imprima.

⁷ Norma de carácter comunitario que es el marco sobre el cual los Estados miembros desarrollarán su propia normatividad sobre el comercio electrónico.

⁸ Para ver en detalle el carácter de la información que circula en el comercio electrónico, ver: R. Illescas, "Claro oscuro con Patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica", *Revista de Comercio Electrónico*, no. 27, mayo de 2002.

Por último, de la definición de mensaje de datos en estudio, junto con las dos características antes reseñadas que determinan la naturaleza del mismo, y además uniendo el campo de estudio del presente documento referido al comercio electrónico, entendido como intercambio de bienes y servicios, se puede concluir que una característica esencial y constitutiva del mensaje de datos es la bilateralidad de la información.

Esa bilateralidad se debe presentar en dos sentidos; por un lado, respecto a los que intervienen en la circulación de la información, por cuanto el mensaje de datos debe tener un emisor y un destinatario; por otro lado, la bilateralidad debe ser tecnológica⁹, bajo el entendido que las partes deben estar en disposición de acceder a esa información contenida en el mensaje de datos.

Lo anterior quiere decir que tanto el emisor como el destinatario deberán contar con las herramientas técnicas necesarias para poder acceder al tratamiento de la información de acuerdo con los parámetros establecidos por la normatividad en estudio, para que los mismos puedan ser considerados como mensajes de datos y por ende ser protegibles por la legislación aplicable al comercio electrónico.

Lo anterior resulta absolutamente relevante, toda vez que se está enmarcando qué tipo de información constituye mensaje de datos, bajo el supuesto que no tendrá tal calidad la información que inicialmente carezca del soporte electrónico y que lo adquiera posteriormente por una decisión unilateral del emisor, como ocurre cuando se escanea un documento, o se transcribe un carta, o en el caso en el que me encuentro, plasmando mis ideas en un ordenador, en resumidas cuentas, con una finalidad diferente a la de ser transmitida, estableciéndose así una clara y marcada diferencia entre el mensaje de datos y el simple documento electrónico.

Una vez se ha hecho meridiana claridad acerca de qué se entiende por mensaje de datos, corresponde entrar a analizar si este tipo de información puede considerarse como una declaración de voluntad y que efectos jurídicos tiene.

2.2.1 Efectos jurídicos de la declaración de voluntad a través de mensajes de datos

De acuerdo con lo anterior, lo primero que se debe puntualizar es que el mensaje de datos, cuando el generador del mismo ha decidido darle ese sentido y su contenido es el adecuado,

⁹ Artículo 23.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de España.

constituye sin lugar a dudas una declaración de voluntad encaminada a generar consecuencias jurídicas de carácter precontractual, contractual o poscontractual.

Ahora, frente a los efectos jurídicos que se producen como consecuencia de expresar la voluntad por medio de mensaje de datos, se debe decir que estos son exactamente los mismos a los producidos por una declaración de voluntad que ha sido efectuada de forma verbal o escrita.

Lo anterior se fundamenta en virtud del principio de la equivalencia funcional de los actos y contratos celebrados en red, que es un principio rector del comercio electrónico, según el cual¹⁰ la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de una mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad¹¹.

En otras palabras, con la equivalencia funcional se busca que los mensajes de datos no sean tratados de forma diferente cuando en su contenido se encuentran declaraciones de voluntad, con respecto al valor que tienen las mismas cuando se hacen de forma verbal o escrita, toda vez que los efectos jurídicos que genera dicha actuación deben producirse con independencia del soporte escrito o electrónico en el que la declaración conste¹².

En la legislación colombiana, el Código Civil en el Título II regula lo concerniente a los actos y declaraciones de voluntad, y establece en el artículo 1502:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1º. que sea legalmente capaz.
- 2º. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3º. que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4º. que tenga una causa lícita.

¹⁰ R. Illescas, *op. cit.*, 41.

¹¹ Naciones Unidas, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996*, Naciones Unidas, Nueva York, 1997.

¹² M. Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 79 y ss.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Se puede concluir de la lectura de la normatividad transcrita que la declaración de voluntad debe cumplir con una serie de requisitos necesarios para que la misma tenga validez, entre los que se cuentan la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita.

En cuanto al consentimiento, pieza fundamental dentro de la declaración de voluntad, se puede establecer un requisito adicional, el cual es que debe ser declarado de forma expresa o tácita, es decir, que debe ser conocido para que produzca los efectos jurídicos pretendidos por quien realiza la declaración.

No encontramos dentro de la legislación colombiana una indicación ineludible, so pena de incurrir en nulidad, acerca de cómo se debe hacer esa declaración de voluntad; solo se hace referencia a que la misma debe ser conocida y debe contar con los requisitos antes señalados.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que la declaración de voluntad expresada a través de un mensaje de datos genera plenos efectos jurídicos dentro de la legislación colombiana, siempre que concurren todos y cada uno de los elementos descritos antes, frente a la legislación aplicable a los mensajes de datos y la declaración de voluntad expresada.

En el ámbito internacional, el comercio electrónico ha encontrado un gran respaldo, en el desarrollo jurídico de protección y promoción, en el espacio europeo. Así, por ejemplo, desde la expedición del artículo 5 de la Directiva europea 1999/93, se estableció la validez contractual de manera indiscutida, lo que vino a reafirmarse con ocasión de la expedición de la Directiva 2000/31, por medio de la cual se zanjó cualquier tipo de discusión acerca de la validez de las declaraciones de voluntad expresadas por medios electrónicos, especialmente a través de mensajes de datos¹³.

Así las cosas, se concluye que para el Derecho¹⁴ la declaración de voluntad emitida a través de mensaje de datos es perfectamente válida y genera las consecuencias jurídicas pretendidas por quienes expresan su deseo de que se produzcan derechos y obligaciones como consecuencia de las mismas.

¹³ Para un mayor análisis, confrontar con los artículos 9.1 y siguientes de la Directiva 2000/31 y 11 y 12 de la Ley Modelo de la UNCITRAL para el Comercio Electrónico.

¹⁴ Cuando se hace mención a “Derecho” se quiere significar que es una actividad que cuenta con un respaldo legal mayoritario a nivel internacional.

2.3 *Click wraps agreements*

Los *click wraps agreements* se entienden como declaraciones de voluntad que son realizadas, formadas y expresadas de modo absoluto e integral en la red, mediante las cuales los que intervienen en el entorno electrónico pretenden que se generen consecuencias jurídicas, referidas a derechos y obligaciones relacionadas con un desarrollo contractual específico.

El término *click wrap* se deriva de la conducta desplegada por el cibernauta, caracterizada por una pulsación o cliqueo del ratón del computador, la cual tiene como objeto o finalidad aceptar o rechazar, con o sin previa negociación, una serie de cláusulas tendentes a generar un vínculo contractual. Generalmente esta forma de declaración de voluntad es usada para establecer los términos de descarga de *software* alojado en internet, para establecer las condiciones de uso de un sitio web o, en el caso que nos ocupa, para establecer los términos para la venta de bienes y servicios dentro del desarrollo del comercio electrónico.

Se diferencia de la declaración de voluntad emitida a través de un mensaje de datos en que en esta particular forma de expresar la voluntad no se necesita de la atribución de la declaración a través de la firma electrónica del mensaje, sino que basta con la aceptación expresa, a través de una conducta material, para que el vínculo se encuentre válidamente conformado¹⁵.

Además, por sus características, los *click wraps agreements* son declaraciones de voluntad tendentes a perfeccionar acuerdos en espacios electrónicos abiertos, donde el aceptante conoce de las condiciones bajo las cuales se van a ejecutar las prestaciones que se generan como consecuencia del *click*, porque estas se encuentran predispuestas y han sido colocadas a su disposición, para que las lea, las entienda y, si está de acuerdo, exprese su voluntad de obligarse en los términos señalados.

2.3.1 Efectos jurídicos de la declaración de voluntad a través de los *click wraps agreements*

La validez de la declaración de voluntad a través del clic plantea un serio desafío a la estructura normativa del comercio electrónico, por cuanto no ha sido reconocido de manera uniforme y por sí sola esta actividad, como una declaración expresa de consentimiento para

¹⁵ Buono y Freidman, "Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements", *Journal of Technology Law*

que se generen consecuencias jurídicas.

Para corroborar dicha información, se puede hacer referencia al trato que se le da a este tipo especial de declaración en el ordenamiento jurídico norteamericano y cómo se regula en el espacio europeo.

En el ámbito norteamericano, la mayoría de los tribunales ha considerado que los *click wraps agreements* se han convertido en una práctica estándar dentro del intercambio y distribución de software y la venta, intercambio y distribución de bienes y servicios. Se ha considerado en estos casos que los vínculos celebrados entre los que intervienen en el comercio electrónico serán válidos siempre que no se objeten de acuerdo con lo establecido en los principios generales de los contratos¹⁶.

Una muestra clara de la validez de este tipo de declaración de voluntad frente a la consolidación de obligaciones y derechos adquiridos a través de este medio, se presentó en el caso Hotmail¹⁷. En esta oportunidad, el Tribunal Federal del Distrito Norte de California consideró que los *click wraps* son acuerdos vinculantes, por cuanto los usuarios aceptan las condiciones que de manera anticipada la empresa presentó en línea, a través de la declaración de voluntad expresada a través del clic en un cuadro predispuesto para tal fin, en señal de indicar su consentimiento, que es su deseo que se generen las consecuencias jurídicas respectivas y señaladas en las cláusulas antes señaladas.

Como consecuencia de lo anterior, y en un intento de armonizar y regular este nuevo suceso, la Confederación Nacional de Comisionados sobre las Leyes Estatales Uniformes, en junio de 1999, aprobó una legislación uniforme, que se denominó Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas, conocida por sus siglas en inglés como UCITA.

Esta ley, que tuvo por objeto regular el tema de las transacciones realizadas en línea, dejó claro que la declaración de voluntad realizada por medio del clic es jurídicamente vinculante,

¹⁶ Ver los siguientes casos resueltos por los tribunales:

Hotmail Corp. v. Van Money Pie, Inc., et al., 47 U.S.P.Q. 2D (BNA) 1020, 1025 (N.D. Cal. 1998), 1998 US Dist. LEXIS 10729, at *20.

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1449-50 (7th Cir. 1996).

Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d 1147, 1148 (7th Cir. 1997; Brower v. Gateway 2000, Inc., 246 A.D. 2d 246, 250 (N.Y. App. Div. 1998), 1998 WESTLAW 481066.

Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d at 1149.

¹⁷ Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc., et al., C98-20064 (ND Ca., 20 de abril de 1998).

siempre y cuando el usuario tenga la posibilidad de conocer los términos en los que se obligará antes de expresar su consentimiento.

En este mismo sentido, se encuentra regulado el tema de la validez de la declaración de voluntad a través del clic, en los ordenamientos jurídicos europeos, donde se ha dicho que a través de los *click wraps agreements*, el que interviene en el comercio electrónico en realidad no está realizando una declaración expresa de consentimiento frente a la posibilidad de concretar un acuerdo vinculante jurídicamente, pero sí está realizando un acto material del cual se puede deducir que está expresando su voluntad de aceptar, lo que se denomina aceptación tácita, técnicamente, que será suficiente para generar los efectos jurídicos deseados si y solo si el comportamiento del aceptante es inequívoco, como el caso en el que está pagando por un servicio adquirido¹⁸.

No obstante, la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre comercio electrónico, ha considerado que la aceptación, manifestación prístina de la declaración de voluntad, puede ser expresa o puede ser tácita. Como consecuencia de lo anterior, el consentimiento otorgado a través del clic, que es considerado como no expreso pero sí explícito, es válido y genera consecuencias jurídicas cuando se impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la obligación del deber de informar, que no es otra cosa que poner a disposición de quien debe expresar su voluntad el clausulado sobre el cual se va a regir el contrato a celebrar²⁰¹⁹.

Lo anterior tiene todo el sentido, frente a la debilidad de la aceptación que por sí sola otorga un *click wrap agreement*, en el entendido que poner a disposición las cláusulas de contratación delimita el consentimiento y por tanto convierte en inequívoco, bajo la consideración que, el que acepta a través del clic, sabe a qué se está obligando y qué derechos se generarán como consecuencia de la conducta explícita de declaración de voluntad a través del medio.

Así las cosas, se puede concluir que el solo cliqueo en un hipervínculo que muestra un “*I agree*” no es una conducta constitutiva de declaración de voluntad válida generadora de efectos jurídicos vinculantes, por cuanto esta aceptación no es indicio único de aceptación de celebración y de nacimiento de la atadura contractual.

Mas sin embargo, esa conducta, acompañada del cumplimiento del deber de información, es

¹⁸ E. Llamas, coord., *Estudio de Derecho de Obligaciones*, tomo 1 (Madrid: La Ley, 2006).

¹⁹ Artículo 11 Ley Modelo de UNCITRAL.

decir, de la predisposición e imposición del contenido contractual a desarrollar, en caso de que se ejecute la conducta del clic en el hipervínculo, constituye una declaración de voluntad inequívoca de aceptación, por tanto generará todas las consecuencias jurídicas que se encuentran reguladas en el clausulado ya conocido.

Así, se muestra que, en virtud del principio de la inalterabilidad del derecho preexistente, que rige en el comercio electrónico, según el cual no es necesario crear un derecho especial para regular las conductas en la red sino que se debe aplicar adecuadamente el derecho que ya existe, con los *click wraps agreements* se abre una nueva forma eficaz y segura de manifestar la voluntad para poder desarrollar los fines últimos del comercio electrónico, a través de la cual se dota de total certeza, y por ende confianza, a los que en el tráfico en red intervienen.

3. Conclusiones

1. El *e-commerce* es una herramienta creada por el hombre con el fin de agilizar las transacciones de intercambio de bienes y servicios para hacerlas más productivas y beneficiosas para sus participantes.
2. No obstante, el nuevo escenario virtual genera cierta apatía en tanto que no se han determinado de manera fehaciente las estructuras de tipo legal, social y político que brinden una percepción de seguridad a los intervinientes en el desarrollo de la nueva forma de ejecutar el comercio.
3. Es deber de todos los que nos encontramos relacionados con el ejercicio y práctica del derecho realizar los esfuerzos intelectuales y judiciales necesarios para promover los beneficios que trae el comercio electrónico a través de la estructuración de normas que regulen la actividad de los participantes, a fin de que estos se sientan seguros y protegidos.
4. Como consecuencia de lo anterior, es necesario analizar si la contratación electrónica se encuentra suficientemente respaldada por las normas que rigen el comercio electrónico, bajo el entendido que esta actividad constituye la piedra angular de todo el desarrollo del comercio electrónico.
5. Dentro del estudio se encontró que era necesario definir la seguridad que tienen los intervinientes en el comercio electrónico frente a la declaración de voluntad, como acto de consentimiento generador de consecuencias jurídicas.
6. Se concluye que la manifestación de voluntad, en virtud de los principios de la equivalencia funcional y de la inalterabilidad del derecho preexistente, puede expresarse válidamente a través de medios electrónicos.
7. El mensaje de datos constituye la herramienta principal mediante la cual se puede expresar la declaración de la voluntad de manera jurídicamente válida, toda vez que, cuando el generador del mensaje da el sentido necesario a la información y la misma es adecuada, se producirán las consecuencias jurídicas deseadas.

8. Los *click wraps agreements* son otra forma especial a través de la cual se puede expresar la declaración de voluntad, siempre que el acto material de hacer clic se encuentre acompañado de la puesta a disposición de los usuarios del contenido o el entramado contractual del negocio a celebrar.
9. La normatividad existente, junto con la labor intelectual de los interesados en el comercio electrónico, muestran que sí es posible adecuar el ordenamiento jurídico a fin de que este se constituya como el promotor principal del comercio electrónico, y no como una barrera que obstaculice el desarrollo tecnológico.

4. Bibliografía

Asensio, M. *Derecho Privado de Internet*, 79 y ss.

Boss, A. "Searching for Security in the Law of the Electronics Commerce", *Nova Law Review* 23.

Buono y Freidman. "Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements", *Journal of Technology Law* 4.

Directiva 2000/31 de la Comunidad Europea.

Geist, M. *The reality of Bytes: Regulating Economic in the Age of Internet*, 73 WASH, 1998.

Hinestrosa, F. *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, 243.

Illescas, R. "Claro oscuro con Patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica", *Revista de Comercio Electrónico*, no. 27, mayo de 2002.

----- *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 2009, 39 y ss.

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2010, Perspectivas Generales. Nueva York y Ginebra.

Johnson, D. *Chaos Prevailing on Every Continent. Towards a New Decentralized Decision-Making in Complex System*. Forthcoming, 1999, 73 y ss.

Llamas, E., coord. *Estudio de Derecho de Obligaciones*; tomo 1. Madrid: La Ley, 2006.

Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d 1147, 1148 (7th Cir. 1997; Brower v. Gateway 2000, Inc., 246 A.D. 2d 246, 250 (N.Y. App. Div. 1998), 1998 WESTLAW 481066.

Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d at 1149.

Ley Modelo de la UNCITRAL para el Comercio Electrónico.

Naciones Unidas. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996*. Nueva York: Naciones Unidas, 1997.

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1449-50 (7th Cir. 1996).