

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO DEL MERCADO

**“ESPECIFICIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN LA
NORMATIVA ECUATORIANA VIGENTE”**

MARÍA DE LOS ÁNGELES MORALES NEIRA

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

María de los Ángeles Morales Neira

Quito, Septiembre de 2007

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO DEL MERCADO

**“ESPECIFICIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN LA
NORMATIVA ECUATORIANA VIGENTE”**

MARÍA DE LOS ÁNGELES MORALES NEIRA

TUTOR: DR. GASTÓN ALEXANDER VELÁSQUEZ VILLAMAR

QUITO, 2007

ABSTRACT

El presente trabajo tiene como propósito presentar las especificidades que conforman un contrato electrónico dentro de la normativa ecuatoriana vigente, conociendo los aspectos más relevantes a considerar cuando se forma un contrato por vía electrónica desde el análisis del diferente precepto legal ecuatoriano así como normativo de carácter internacional aplicable a nuestra realidad, para consecutivamente determinar su aplicación.

Para tal efecto, a lo largo de los cuatro capítulos que contiene la tesis, se establece la interrelación del comercio electrónico con el contrato electrónico, se analiza el mensaje de datos, la oferta y la aceptación electrónica; se determina la formación del contrato por vía electrónica, características comunes y los requisitos de validez. Al mismo tiempo en el último capítulo se trata la jurisdicción, competencia y los mecanismos de solución de controversias.

*Dedico este trabajo a mi Dios, fuente y refugio espiritual de mi vida.
A mis amados padres Silvia y Gerardo, quienes con su ejemplo han
sabido guiarme por el correcto sendero para alcanzar y culminar
las metas propuestas.*

*A mis incondicionales hermanos Teresa y Xavier, mis amigos leales
quienes siempre me acompañan con su alegría y optimismo.*

Agradezco a todos aquellos amigos y compañeros que me apoyaron de una u otra manera brindándome su valiosa ayuda y guía para el desarrollo de la presente investigación, en especial al Dr. Gastón Velásquez Villamar, tutor de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

La incorporación de nuevas tecnologías como mecanismos de comunicación constituye una nueva forma de expresión de la voluntad de las partes, voluntad que trasladada por el medio electrónico surge como una nueva modalidad dentro de la contratación tradicional, siendo el Contrato electrónico, uno de los progresos más interesantes dentro del Derecho contemporáneo.

Sin embargo su aplicación ha significado una serie de inconvenientes al momento de identificar las particularidades que determinan un Contrato electrónico, especialmente en el ámbito legal ecuatoriano debido a la rapidez en la ejecución del mismo.

Por consiguiente para iniciar la presente investigación, se consideró como pregunta central:

¿Cuáles son las especificidades o características que debe contener el Contrato electrónico en la normativa ecuatoriana vigente para su aplicación?

Surge como hipótesis: El desconocimiento de los contratos electrónicos, sus características, formación así como los medios para resolver controversias conlleva indiscutiblemente a la falta de seguridad y confianza en el empleo de esta nueva forma contractual por parte de empresarios y consumidores, impidiendo la realización de nuevos negocios no sólo locales sino internacionales acompañado de grandes pérdidas económicas y el desaprovechamiento de la tecnología.

Ante la hipótesis, los objetivos propuestos fueron:

- Establecer la aplicación de los contratos electrónicos dentro del contexto legal ecuatoriano.

- Conocer y examinar los efectos del Contrato electrónico en el sistema legal ecuatoriano.
- Determinar la normativa internacional y comunitaria en la que se ampara el Contrato electrónico.

Más adelante al realizar el trabajo de investigación se utilizan dos métodos, el método deductivo y el método exegético; el primero facilitó la descomposición del contrato electrónico en todas y cada una de sus partes a través de los conceptos, fuentes, principios, leyes nacionales y convenios internacionales, de los cuales se extraen las conclusiones finales. El segundo método permitió interpretar y exponer la normativa a través de las diferentes disposiciones y articulado que ampara al contrato electrónico dentro del sistema legal ecuatoriano.

Las fuentes empleadas para el desarrollo de este trabajo constituyeron principalmente material bibliográfico de diversos autores extranjeros, así como doctrina clásica, la Constitución Política del Ecuador, la Ley de Comercio electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de datos, Código Civil, Código de Comercio, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, entre otras leyes y reglamentos ecuatorianos. También se utilizaron como referentes normativa de otros países y convenios internacionales.

Asimismo se empleo como fuente, la recopilación de comentarios y puntos de vista de personas que conocen y trabajan en el tema de investigación dentro del país, quienes supieron transmitir sus experiencias y perspectivas relativas a la temática planteada.

En pequeña proporción pero no por ello menos importante, fueron las diferentes páginas Web visitadas en la investigación del capítulo IV, en donde

encontré valiosa información sobre mecanismos alternativos para la resolución de conflictos.

De manera general, la presente tesis pudo desarrollar los objetivos planteados, excepto por aquel que tiene referencia a la normativa comunitaria del contrato electrónico como tal, no se encontró decisiones a nivel de Comunidad Andina de Naciones, confirmando la no existencia de esta disposición con un correo electrónico enviado directamente de la Secretaría de la CAN.

El presente trabajo de investigación para su adecuado desenvolvimiento y organización se dividió en cuatro capítulos, el primero trata de forma general las consideraciones básicas y conceptos que permiten la conformación del mensaje de datos, que instrumenta el contrato electrónico. Posteriormente en el capítulo segundo, se definen las características, fuentes y principios generales del contrato por medios electrónicos, tomando como base la doctrina del derecho civil y diferente normativa legal con el fin de adentrarnos en el contrato electrónico con consumidores.

Más adelante, el capítulo tercero habla de la formación del contrato electrónico y los requisitos que debe contener para su validez: capacidad, consentimiento sin vicios, causa lícita y; objeto lícito, del mismo modo son desarrollados aspectos tales como el lugar de celebración, la forma del contrato electrónico, el momento de perfección y los tipos de contratos dentro de la contratación electrónica.

El capítulo cuarto analiza los mecanismos de resolución de controversias y la ley aplicable a falta de estar fijada en el contrato electrónico.

Resultado de la investigación e interpretación de las normas legales e instrumentos internacionales, las conclusiones finales.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	i
--------------	---

CAPITULO I

GENERALIDADES

1.1 ANTECEDENTES Y CONCEPTOS BÁSICOS	1
1.1.1 El Comercio electrónico y el Contrato electrónico	3
1.2 FORMACIÓN E INTEGRIDAD DE LOS MENSAJES DE DATOS	7
1.2.1 Integridad del Mensajes de datos	12
1.2.2 Desmaterialización de la información escrita	14
1.3 PROCEDENCIA E IDENTIDAD DEL MENSAJE DE DATOS	15

CAPITULO II

EL CONTRATO ELECTRÓNICO

2.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	19
2.2 FUENTES JURÍDICAS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	24
2.3 PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	30
2.4 LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN	33
2.5 EL CONTRATO ELECTRÓNICO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO	39
2.6 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	40

CAPITULO III

FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

3.1. VALIDEZ DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	46
3.1.1 La Capacidad	47
3.1.2 El consentimiento y sus vicios	49
3.1.3 La causa y el objeto lícito	52
3.2 PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	54
3.3 LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	60
3.4 LA FORMA EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO	64
3.5 TIPOS DE CONTRATOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	68
3.6 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	77

CAPITULO IV

JURISDICCIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

4.1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA JUDICIAL	81
4.2 NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	85
4.3 VÍAS DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS	90
4.3.1 El Arbitraje	90
4.3.2 La Mediación	92
CONCLUSIONES FINALES	96
BIBLIOGRAFÍA	102

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1 ANTECEDENTES Y CONCEPTOS BÁSICOS

La Organización de las Naciones Unidas, mediante su organismo especializado UNCITRAL/CNUDMI¹ formuló un régimen legal modelo para el comercio electrónico, denominado la Ley Modelo, aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizado en el contexto comercial. La ley modelo UNCITRAL² señala varias de las operaciones comerciales que abarcan las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual: “toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoring; de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing); construcción de obras; de consultoría, de ingenierías; de concesión de licencias, de inversión; de financiación, de banca; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.” Con esta enumeración la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional pretende interpretar el término “comercial” a fin de organizar, ordenar y eliminar, los obstáculos e incertidumbres de carácter jurídico, que impiden la utilización de las técnicas

¹ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución aprobada por la Asamblea General en su 85ava sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996 (A/51/162).

² Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico. Informe de la Sexta Comisión (A/51/168) - Ley modelo UNCITRAL (A51/162), en Internet: <http://www.un.org.at/uncitral>.

modernas de comercio y comunicación a través de reglas uniformes para facultar a los posibles usuarios del comercio electrónico.

Las actividades mencionadas en el párrafo anterior, en comparación con las indicadas en el artículo 3 del Código de Comercio ecuatoriano, en la actualidad son mayormente practicadas, resultando ser los nuevos actos de comercio que el mundo realiza en estos días, sobre todo cuando implementa medios electrónicos para efectuar actos mercantiles.

El Ecuador vive una época de adaptación a nuevos sistemas, se encuentra incursionando en campos totalmente inexplorados, involucrándose con nuevas formas de realizar el intercambio de bienes y servicios, sin dejar de lado las tradicionales maneras de realizar el comercio.

Ante el Comercio electrónico, introducido hace algunos años en el mundo, es menester conocer como se está incorporando en el universo jurídico, y su interrelación con la contratación electrónica. Para comenzar este análisis empezaré citando conceptos básicos que se relacionan con ésta materia.

Primero la Informática Jurídica³ es aquella rama de la informática que se aplica al trabajo jurídico, es decir, actúa como una herramienta al servicio del Derecho. Plantea los elementos fundamentales para conocer la utilidad y tratamiento de las estructuras lógicas y automáticas utilizadas para el procesamiento de datos e información jurídica.

En tanto que por el contrario, cuando la informática se presenta como objeto de estudio jurídico, entonces, nos estamos refiriendo al Derecho Informático, “que es el conjunto de normas, aplicaciones, procesos, relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la

³ José Francisco Espinoza Céspedes, *Contratación Electrónica, Medidas de Seguridad y Derecho Informático*, Lima –Perú, Editorial RAO, 2000, p. 70.

Informática”⁴; normas que permiten esbozar eficientemente los problemas legales concebidos por el uso de elementos informáticos, electrónicos o similares por medio del bosquejo de soluciones que resulten más idóneas.

Por tanto el Derecho Informático se encarga de analizar la relación existente entre el Derecho y la Informática, así como los problemas legales que surgen de esta interrelación, que a diferencia de la Informática Jurídica se ha convertido en un instrumento que ayuda al jurista en su diario trabajo al permitirle contar con la automatización y organización de procesos y tareas.

Dentro del Derecho Informático, la contratación electrónica y el comercio electrónico son dos instituciones diferentes entre sí, pero al mismo tiempo se complementan brindando seguridad jurídica a las operaciones efectuadas en entornos electrónicos, independientemente de la naturaleza de la voluntad del emisor o receptor expresada en la realización de aquellos actos, como se va a constatar más adelante.

1.1.1 EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y EL CONTRATO ELECTRÓNICO

La Contratación Electrónica, de manera general es entendida como aquella realizada mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.⁵

Por su lado el Comercio Electrónico, consiste en todas las transacciones comerciales ejecutadas o basadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información a través de redes cerradas y abiertas como son la

⁴ Héctor Ramón Peñaranda Quintero, *Iuscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática*, Maracaibo-Venezuela, Fondo editorial para el Desarrollo de la Educación Superior (FEDES), 2001, p. 141.

⁵ Miguel Ángel Dávila Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, Madrid, Editorial Arazandi, Septiembre de 2001, p. 188.

EDI (*Electronic Data Interchange*) e Internet, respectivamente.⁶ Dichas transacciones comerciales electrónicas se refieren a la compraventa de bienes o prestación de servicios, las actividades previas de negociaciones como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.; y otras relacionadas con las antes nombradas. También comprende los pagos electrónicos y aquellas actividades desarrolladas a través de los mecanismos suministrados por las nuevas tecnologías de comunicación⁷.

El Comercio Electrónico se convierte en un nuevo espacio donde se efectúan las transacciones en distintos sectores y con diversas aplicaciones, cuyas diferentes modalidades son:⁸

- 1) De acuerdo a los agentes intervinientes en el intercambio, en donde se distinguen las siguientes relaciones: a) Entre empresas *Business to Business* conocido como E-a-E o B2B; b) Comercio entre empresas y consumidores *Business to Consumers*, E-a-C o B2C; c) Empresa y Administración *Business to Administration*, E-a-A o B2A; y, d) También el que se da entre consumidores *Consumers to Consumers* C-a-C o C2C. Sin ser ésta una clasificación exhaustiva ya que a medida que crece la tecnología y el acceso a ella pueden aumentar los agentes intervinientes en el comercio electrónico y las relaciones que ellos establezcan.
- 2) Según el grado de complejidad de las actividades desarrolladas: a) Actividades poco complejas: promoción de la empresa, el soporte

⁶ Nelson Remolina Angarita, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Volumen I, Universidad de Los Andes, Impreso en Colombia, Giro Editores Ltda., Septiembre de 2006, p. 331.

⁷ Apolonia Martínez Nadal, *Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de certificación*, España, Civitas Ediciones, Tercera edición, 2001, p. 29.

⁸ Gema Botana García, *Noción de Comercio Electrónico en Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, Madrid, Editorial La Ley, 1era edición, 2001, pp. 61-62.

pre/post venta y la presencia electrónica; y, b) Actividades complejas: las que radican en la cercanía de las relaciones entabladas entre agentes, así dentro de esta modalidad se distinguen la venta y distribución de productos y servicios en el perímetro nacional o internacional, pagos electrónicos y procesos compartidos.

- 3) De acuerdo a las características de los bienes y servicios: a) Comercio electrónico indirecto que es el que se refiere a bienes tangibles, en el cual el pedido es por vía electrónica y la entrega se da a través de los servicios de correo comunes ya que la repartición no puede realizarse por medio de la red. b) Por su lado en el Comercio electrónico directo, tanto el pedido como la entrega es en línea ya que los bienes son intangibles, ejemplo de estos productos y servicios son: revistas, consultorías, educación, programas informáticos, etc.
- 4) Según la tecnología utilizada: a) Comercio electrónico cerrado, que trabaja sobre redes cerradas de propiedad de los participantes y que es utilizado por las organizaciones, oficinas particulares y/o empresas. b) El Comercio electrónico abierto es el que se desarrolla en la red de Internet, sin necesidad de acuerdos previos negociales entre las partes facilitando las relaciones ocasionales o a corto plazo.
- 5) De acuerdo al ámbito geográfico de ejercicio: en esta modalidad tenemos al Comercio electrónico interno y al Comercio electrónico internacional.

El Comercio Electrónico de manera extensa se puede concluir que abarca todas las formas en que puede desarrollarse el comercio, es decir, entre Estados, entre Estados y empresas, entre Estados y particulares, entre

empresas, entre empresas y consumidores y entre consumidores; siendo todo intercambio de datos a través de medios electrónicos, esté o no relacionado con la actividad comercial, entendiéndose que se circunscribe a las transacciones comerciales electrónicas ⁹ por medio de la EDI y la red de Internet mediante la relación entre oferta y aceptación, con el objeto de reducir tiempos y costos.

De esta forma, el comercio electrónico comprende muchas actividades además de la simple compraventa de bienes y servicios incluyendo la transmisión de información; no es un concepto rigurosamente asociado al Internet o a las actividades mercantiles sino más bien se relaciona incluso con todas las etapas de la negociación desde la oferta del producto hasta la entrega del bien o desempeño total del servicio, como lo limita la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos de Ecuador, en el glosario de términos de la novena disposición general al manifestar: “Comercio Electrónico: Es toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información”.

En consecuencia, el comercio electrónico y el contrato electrónico tienen profunda relación entre sí, se puede afirmar que ambas instituciones se encuentran íntimamente ligadas, porque al ser el Comercio electrónico un medio a través del cual se pueden realizar transferencias de datos, así como transacciones comerciales efectuadas en parte o en su totalidad a través de redes electrónicas con finalidad comercial o no, debe sujetarse a la voluntad de las partes a través de medios electrónicos para la conclusión o desistimiento de un acuerdo por intermedio de la concurrencia de la oferta y la aceptación del

⁹ Gema Botana García, *Noción de Comercio Electrónico* en Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores, pp. 56-57.

emisor y receptor, respectivamente, surgiendo de esa manera la contratación electrónica.

1.2 FORMACIÓN E INTEGRIDAD DE LOS MENSAJES DE DATOS

Los Mensajes de datos son “toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio”.¹⁰ Definición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de datos, que ha sido tomada de la Ley Modelo CNUDMI¹¹ o UNCITRAL, así como otros aspectos del mensaje de datos, pero que posee algunas variantes.

Son considerados como mensajes de datos, los siguientes: los documentos electrónicos, registros electrónicos, el correo electrónico, servicios de Web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.

Los mensajes de datos según los artículos 2 y 51 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de datos, Ley No. 67 en adelante, tienen igual valor jurídico que los documentos escritos debiendo someterse a lo señalado por ésta misma ley, entendiéndose que tendrá la categoría de instrumento público o privado en cuanto a la valoración y efectos legales del medio de prueba conforme lo dispuesto al Código Civil.

El artículo 164 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 51 de la citada Ley No. 67 determina en el inciso segundo que: “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales

¹⁰ Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Corporación de Estudios y Publicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2002, Quito- Ecuador.

¹¹ Leyes Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico:

Artículo 2.- Para los fines de la presente Ley: 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.

por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.” De esta manera los documentos que se encuentran en un mensaje de datos de un ordenador conectado a un sistema de información de una misma red y, que sea concedido por la autoridad encargada, con la correspondiente firma constante en la forma electrónica tiene la misma calidad que un instrumento público con los efectos jurídicos correspondientes. El instrumento público electrónico por tanto, deberá observar los requisitos, formalidades y solemnidades determinados por la ley para que así pueda declararse su eficacia y valoración.

La información contenida en un mensaje escrito, tiene el mismo valor que la en un mensaje de datos siempre que sea el mismo en forma de remisión o envío o como anexo accesible a través de un enlace electrónico, sería importante que la Ley señale qué tipo de información puede ser incorporada por remisión a un mensaje, como lo hace la Ley 527 de Colombia¹² en el artículo 44¹³, que indica puede ser incorporada por remisión en un mensaje de datos: “directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles”. A pesar que las partes, en el caso de nuestra ley deben conocer el contenido de la información anexada al mensaje de datos

¹² Ley 527 18 de agosto de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los Mensajes de datos, del Comercio Electrónico y de las Firmas Digitales, y se establecen las entidades de certificación.

¹³ Artículo 44. Incorporación por remisión.- Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cuando en un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles con la intención de incorporarlos como parte del contenido o hacerlos vinculantes jurídicamente, se presume que esos términos están incorporados por remisión a ese mensaje de datos. Entre las partes y conforme a la ley, esos términos serán jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad en el mensaje de datos.

y expresar su consentimiento en aceptarlo, al determinarse el tipo de información se evitaría la información no deseada que a veces acompaña a los mensajes de datos, como es la publicidad de un determinado producto.

Cualquier modificación que se realice a un anexo o remitido de un mensaje de datos se comunicará al receptor del mismo, por medio de un mensaje de datos o por escrito, indicando las diferencias entre el texto original y el modificado; también ese tipo de información puede estar directamente incluida en el mensaje de datos y no como anexo o remitido, cuando las leyes lo señalen. Es por ello que la aceptación que hacen las partes del contenido por remisión deberá ser expresada a través de un mensaje de datos que determine de manera indiscutible dicha aceptación.

El intercambio de mensajes electrónicos automáticos no puede considerarse documentos, ya que no existe la voluntad ni el ánimo de guardarlo de la parte que lo hizo, convirtiéndose únicamente en un mensaje de datos más no en un documento electrónico como es el caso de los archivos temporales de un sistema que no son documentos electrónicos aunque si mensajes de datos.

En éste apartado es importante conocer la noción de documento electrónico que “se refiere a cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los documentos generados por los medios electrónicos tradicionales, como el fax o los sistemas cerrados de comunicación, los documentos informáticos y los documentos telemáticos.”¹⁴ Por tanto el documento electrónico es cualquier documento generado o archivado en una computadora.

¹⁴ Mariliana Rico Carrillo, *La Aplicación de Técnicas Informáticas en el Campo del Derecho Procesal* en Temas de Derecho Procesal, Colección Libros Homenaje- No. 10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2003, p. 136.

En lo referente a la conservación de mensajes de datos la Ley No. 67 es muy clara al señalar las condiciones que la información debe poseer para ser almacenada mediante el archivo del mensaje de datos: accesibilidad para su posterior consulta¹⁵; sujeción al formato original o algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información; inalterabilidad de la información en cuanto a su origen, destino, fecha y hora en que fue creado, generado, procesado, enviado, recibido y archivado; garantía de la integridad del mensaje por el tiempo establecido en las normas pertinentes. (Artículo 8).

Cualquier persona puede conservar los mensajes de otro siempre que cumpla con las condiciones mencionadas, y no será obligatorio el cumplimiento de conservación cuando la información tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje de datos, es decir cuando se trate de los mensajes de orden automático.

Para la elaboración, transferencia o empleo de bases de datos que hayan sido obtenidas mediante el uso o transmisión de mensajes de datos de forma directa o indirecta, se debe contar con el consentimiento expreso del titular para que pueda compartir con otros, o también se debe contar con la orden de la autoridad competente.

La recopilación y uso de aquellos datos responderá a los derechos de privacidad, intimidad y confidencialidad amparados por la Constitución Política de la República. (Artículo 9 de la Ley No. 67).

Las obras literarias, artísticas y científicas cuando sean reproducidas o divulgadas a través de mensajes de datos, estarán sometidas al sistema de

¹⁵ Esta disposición en concordancia con el Artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, que dice:

1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

protección de los derechos de propiedad intelectual, en el Ecuador se encuentra conformado por normas nacionales, regionales e internacionales tales como: Constitución Política del Ecuador¹⁶, Ley¹⁷ y Reglamento de Propiedad Intelectual Ecuatoriana¹⁸; la Decisión Andina 351¹⁹ sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos; la Convención Universal sobre Derechos de Autor²⁰; Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas²¹; Convenio de Berna para la protección de Obras literarias y Artísticas²²; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual²³; el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual²⁴; Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre Derechos de Autor²⁵.

De esta forma los mensajes de datos están amparados por las normas de protección de los derechos de autor, que se aplicarán de acuerdo al domicilio del emisor del mensaje de datos, quien es el titular del documento y que gozará de los derechos establecidos en el artículo 18 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual, estos son los derechos morales (derechos irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor) y patrimoniales (derecho a explotar la obra). El artículo 5 de la antes referida Ley manifiesta: “el derecho de autor nace y se protege por el solo hecho de la

¹⁶ Artículo 30: “Derecho de Propiedad.-....Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes”. Registro Oficial No. 1: 11 de agosto de 1998.

¹⁷ Registro Oficial 320: 19 de mayo de 1998

¹⁸ Decreto Ejecutivo 508. Registro Oficial No. 120: 1 de febrero de 1999

¹⁹ Registro Oficial No. 366: 25 de enero de 1994.

²⁰ Registro Oficial No. 847: 7 de enero de 1992

²¹ Registro Oficial No. 10: 27 de septiembre de 1947

²² Registro Oficial No. 844: 2 de enero de 1992.

²³ Registro Oficial No. 977: 28 de junio de 1996.

²⁴ Registro Oficial No. 885: 3 de marzo de 1998.

²⁵ Registro Oficial No. 711: 25 de noviembre de 2002.

creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión. Se protegen todas las obras... cualquiera sea el país de origen, la nacionalidad o domicilio del autor.....El reconocimiento no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna". No importa el medio de expresión de creación de la obra, en este caso por mensajes de datos a través de un ordenador, ya que el autor estará protegido sin tener que cumplir formalidad alguna. Por el contrario quien utilice la obra del emisor del mensaje de datos deberá someterse a las condiciones del artículo 8 de la Ley No. 67 y por supuesto citar el nombre del autor de dicha información si la incluye en un mensaje nuevo o en un documento independiente.

1.2.1 INTEGRIDAD DEL MENSAJE DE DATOS

Al hablar del intercambio de datos en una red abierta por cualquier medio electrónico, puede existir la inseguridad que la información contenida en dichos datos pueda ser transformada, o bien que el autor y fuente del mensaje hayan sido sustituidos; puede suscitarse que el emisor del mensaje niegue haberlo enviado o el destinatario haberlo recibido o que el contenido del mensaje de datos sea leído por una persona no autorizada.

De ahí el importante papel que personifica la Integridad al brindar la seguridad que garantiza que el mensaje de datos no ha sido alterado, es por esta razón que para conseguir un elevado nivel de protección en las redes, se han implementado técnicas con tecnologías que permiten la seguridad digital de la información, como son:

a) Las Firmas electrónicas; que es cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual

de vincularse o autenticar un documento, y reconocer como suya la información contenida en el mensaje de datos.²⁶

b) Los certificados digitales o electrónicos. “El certificado es un documento electrónico que contiene un conjunto de información a la que se ha fijado una firma digital por alguna entidad que es reconocida y en la que confía alguna comunidad de usuarios de certificados²⁷.” De acuerdo a la Ley No. 67 el certificado de firma electrónica, es el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación de su identidad.

El término Integridad quiere decir “Cualidad de íntegro. Que no carece de ninguna de sus partes” según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua, en su tomo 2; la integridad del mensaje de datos del inciso segundo del artículo 7 de la Ley 67 señala que: “.....un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación”.

Pero el Reglamento de la Ley No. 67 añade que, la información para ser considerada íntegra dentro del mensaje de datos, además de estar completa y haber permanecido inalterada debe estar firmada electrónicamente (art. 6).

Por lo anotado podemos decir, la integridad consiste en estar en la posibilidad de probar que un mensaje de datos no ha sido modificado o borrado, es decir manipulado o adulterado durante su remisión de manera no autorizada por la fuente generadora del mismo y además debe poseer una firma electrónica que garantice autenticidad y preservación del mensaje; pero

²⁶ Artículo 13 de la Ley No. 67. Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2002

²⁷ Apolonia Martínez Nadal, *Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de certificación*, pp. 145-146.

en el caso que se añada algún cambio debido al proceso de comunicación, archivo o presentación, o sufra una alteración el encabezado con datos técnicos relativos a la circulación del mensaje de datos, no constituirá parte sustancial de la información.

Cuando sea requerida la presentación de la información en forma original deberá haber sido conservada o guardada sin cambio alguno, es decir haber permanecido íntegra a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva como mensaje de datos, de manera que no exista problema cuando sea exhibida, debiendo tener como garantía de su inalteración la firma electrónica conforme lo establece el Reglamento a la Ley No. 67.

1.2.2 DESMATERIALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN ESCRITA

La Desmaterialización electrónica de documentos escritos consiste en la transformación de la información original contenida en documentos físicos a mensajes de datos.²⁸

Cuando la información contenida en papel o documento físico es convertida a mensajes de datos o documento electrónico es desmaterializar un documento, la única diferencia que existe entre el documento desmaterializado y el documento original es el señalamiento que los documentos desmaterializados han sufrido esa transformación o sustitución por el papel.

El Reglamento General a la Ley No. 67 manifiesta, en el artículo 5 que necesariamente debe existir un acuerdo expreso físico o electrónico con las firmas de las partes para desmaterializar documentos, confirmando que el

²⁸ Disposiciones Generales de la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Corporación de Estudios y Publicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2002, Quito- Ecuador.

documento original y el documento desmaterializado son idénticos, observándose que se cumplan con todas las obligaciones previstas por la Ley (art. 7 Ley No. 67), sin olvidar los requisitos para la conservación de los mensajes y la protección de datos de los artículos 8 y 9 de la Ley No. 67.

Las firmas de las partes es la confirmación que se acepta desmaterializar un documento original que va a ser igual al documento desmaterializado, y en caso de acuerdo de las partes o si la Ley lo pide, podrán acudir ante un Notario o autoridad competente para que certifique por medio de su firma electrónica esta operación, también intervendrá el Notario cuando se trate de instrumentos públicos o de dar fe de ciertos actos, por tanto no se negará valor y efectos jurídicos a los documentos desmaterializados.

Cuando contienen obligaciones los documentos, se entenderá que el documento original como el desmaterializado es la expresión de un mismo acuerdo de las partes, ya que el efecto de la desmaterialización no produce cambios en el contenido de lo convenido por los contratantes y la sustitución del papel por un soporte electrónico materialmente intangible no cambia la esencia del documento. En lo referente a la desmaterialización de documentos de identificación personal hay que sujetarse a lo que disponen las leyes especiales y de procedimiento.

1.3 PROCEDENCIA E IDENTIDAD DEL MENSAJE DE DATOS

Se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, salvo prueba en contrario, cuando de su verificación exista concordancia entre la

identificación del emisor y su firma electrónica, con excepción en los siguientes casos:

a) Cuando hubiere un aviso indicando que el mensaje de datos no proviene de quien consta como emisor; en esta situación, el aviso se lo hará antes que la persona que lo recibe actúe conforme a dicho mensaje. De ser lo contrario, quien conste como emisor deberá justificar plenamente que el mensaje de datos no se inició por orden suya o que el mismo fue alterado; y,

b) En el caso que el destinatario no hubiere efectuado diligentemente las verificaciones correspondientes o hizo caso omiso de su resultado. (Art. 10 Ley No. 67)

Estableciéndose la presunción legal al indicar la frase “salvo prueba en contrario”, esta disposición manifiesta que un mensaje de datos proviene de quien lo envía, es decir que procede del emisor.

Tal presunción no da lugar cuando se hubiere dado aviso que el mensaje de datos no viene de quien consta como emisor, ésta información podrá ser suministrada por el propio emisor mediante pruebas que satisfagan al destinatario, siendo factible conocer a través de la firma electrónica pero también por otros medios, como recibir esa confirmación por un tercero, por medio de una persona o una institución que tenga la confianza de ambas partes como son las Entidades de Prestación de servicios de certificación. Entendiéndose como Entidad de Prestación de servicios de certificación a las empresas unipersonales o persona jurídica que emiten certificados de firma electrónica y pueden prestar otros servicios relacionados con la firma electrónica.²⁹

²⁹ Artículo 29, Ley No. 67. Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2002.

Para la verificación de la procedencia de un mensaje de datos debe existir concordancia entre el emisor del mensaje de datos y su firma electrónica, más los datos del certificado de firma electrónica que respalda la vigencia del mismo. Cuando se trate de otros tipos de firmas o sistemas de identificación y autenticación, esta verificación se realizará mediante los registros acordados o requeridos por las partes (Art. 7 Reglamento General a la Ley No. 67)

Ante el posible riesgo de vulnerabilidad de una firma, su certificado o mensaje de datos, el aviso debe ser realizado por el titular de los mismos mediante cualquier tipo de advertencia antes de iniciar cualquier proceso de transacción comercial, negociación o contratación electrónica, de manera que se puedan evitar perjuicios, prevenir fallas de seguridad e incluso problemas legales, de tal forma que el titular de la firma electrónica deberá cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la firma (art. 17 Ley No. 67), como es tomar las medidas de seguridad pertinentes para custodiar la firma electrónica bajo su control y evitar toda utilización no autorizada; verificar la exactitud de sus declaraciones; notificar a las personas vinculadas de existir la utilización no autorizada de la firma así como a la entidad de certificación de los riesgos de su firma electrónica y pedir la cancelación de los certificados .

Como conclusiones generales de este capítulo, en primer lugar se debe destacar la importancia del mensaje de datos por su igual valor legal a los documentos escritos, siempre que cumpla con el requisito de conservación de la integridad de la información. Integridad que proporciona confianza tanto al emisor como al receptor de que el mensaje de datos permanece íntegro sin alteración alguna en el intercambio de información en las redes; gracias al

papel preponderante que desempeñan las firmas electrónicas y los certificados digitales o electrónicos, los mismos que otorgan la seguridad digital de la información.

En segundo lugar se debe recalcar el carácter fundamental del mensaje de datos en la formación del contrato electrónico, debido a que la declaración de voluntad de las partes enviada, recibida, comunicada o trasladada a través de documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios Web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos configuran el contrato electrónico.

El mensaje de datos, por tanto se interpone entre el sujeto emisor y el receptor, produciendo el intercambio de consentimientos de los contratantes sobre los bienes o productos, servicios en general y servicios digitalizados a ser adquiridos en la red de Internet o en una red cerrada surgiendo el contrato electrónico, en las distintas modalidades de comercio electrónico: entre empresas Business to Business B2B; entre empresas y consumidores Business to Consumers B2C; empresa y administración Business to Administration B2A; y, entre consumidores Consumers to Consumers C2C.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Luego de revisar en el capítulo anterior, la interrelación que existe entre el contrato electrónico y el comercio electrónico, así como la importancia de los mensajes de datos en la transmisión de la declaración de voluntad por el medio del enlace electrónico, es menester conocer los aspectos jurídicos más relevantes de la contratación electrónica en el Ecuador, así como la legislación especial que la rige, considerando siempre la normativa general de los contratos del Derecho Civil.

A partir de éste capítulo iniciaré el análisis del contrato electrónico como tal desde la perspectiva mercantil, en especial se destacarán los aspectos relacionados a la modalidad de comercio B2C haciendo relación con la normativa sobre comercio en general y su incidencia con el consumidor, que es el adquirente de los productos en Internet.

2.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Al hablar del contrato³⁰ electrónico en general, frecuentemente se lo relaciona con el contrato informático, siendo muchas veces confundidas estas dos modalidades contractuales, sin llegar a diferenciar las características que los distinguen al uno del otro.

³⁰ Contrato es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Artículo 1454 del Código Civil, Tomo I con reformas. Registro Oficial-S 46: 24 de junio de 2005.

Los contratos informáticos son aquellos cuyo objeto puede ser un bien o un servicio informático –o ambos-, o donde una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático³¹; siendo los bienes informáticos los elementos que constituyen tanto el hardware como el software (compra, venta o arrendamiento), en tanto que los servicios informáticos están conformados por los servicios propios o auxiliares de la actividad informática³² que tengan relación con el tratamiento automático de la información. En este tipo de contrato es importante distinguir en su objeto si versa sobre bienes o servicios informáticos, así como el negocio jurídico realizado, sin contravenir la disposición contenida en el artículo 1477 del Código Civil, es decir que la cosa sobre la que versa el objeto sea comerciable, determinada en su género, que no vaya en contra de las leyes, las buenas costumbres o el orden público.

En tanto que los contratos electrónicos no tienen como punto de partida el objeto de la prestación sino más bien la forma en que las partes se obligan, encontrándose dentro de esta modalidad todos aquellos contratos que se efectúan a través de la utilización de algún elemento electrónico que intervenga en el proceso de formación de voluntad de las partes.³³ La intervención de un medio electrónico en el contrato, ayuda a que personas situadas en entornos geográficos diferentes puedan contratar y obligarse mutuamente, a través del télex, el fax, la videoconferencia, el teléfono, el uso de redes cerradas de comunicación entre las empresas y, claro está el Internet; ya que la naturaleza del contrato electrónico reside en el medio utilizado en la contratación,

³¹ Aníbal A. Pardini, *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Ediciones la Roca, 2002, p. 30.

³² Miguel Ángel Dávila Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona-España, Editorial Aranzadi Pamplona, 2001, p. 232.

³³ Mariliana Rico Carrillo, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, Colección Libros Homenaje- No. 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2004, p. 388.

independientemente del objeto sobre el cual recae el acuerdo³⁴. De esta manera pueden existir contratos informáticos celebrados por medios electrónicos, como es el de la venta de un software por medio de Internet.

La Contratación electrónica a decir del autor Miguel Ángel Dávora es aquella que “se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico que tiene, o puede tener incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o la interpretación futura de un acuerdo.”³⁵ En otras palabras como se indicó, no requiere la presencia física simultánea de los contratantes en el mismo lugar, pero si su consentimiento, conforme a la ley con aplicación de las técnicas de la telecomunicación por medios electrónicos efectuándose a través del empleo de determinado medio telemático.

El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, ya que la voluntad de las partes perdura en el medio electrónico³⁶. Cuando los medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato, o bien para cumplirlo, es que se habla de contrato electrónico, significando que el nivel de impacto del medio electrónico puede ser muy diferente, y aunque siempre se habla de “contrato electrónico”, los efectos jurídicos serán distintos dependiendo del objeto del acuerdo. Si el objeto del contrato se refiere a bienes o servicios tangibles la negociación será por vía electrónica y la entrega se efectuará de manera física por correo tradicional o courier, en tanto que si se trata de intangibles, como es el caso de revistas o periódicos electrónicos tanto el medio de celebración del contrato como la entrega del bien será por medios electrónicos.

³⁴ Mariliana Rico Carrillo, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, p. 388.

³⁵ Miguel Ángel Dávora Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, p. 188.

³⁶ Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Abeledo-Perrot, 2002, p. 175.

Con respecto al mencionado “medio electrónico”, algunos sistemas legales como el español en el Real Decreto 1906/99³⁷, han desarrollado esta noción al medio telefónico, electrónico o telemático.³⁸ Alejandro Loredó A., en su artículo “*Contratos Informáticos y Telemáticos, Comercio Electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana*”³⁹ señala que las expresiones contratos electrónico o telemáticos son sinónimos por referir a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en la esfera contractual. Sin embargo considero que en el ámbito de la aplicación de la Ley No. 67, el contrato electrónico en nuestra legislación no es sinónimo de telemático porque el artículo 45 señala que el contrato podrá ser instrumentado mediante mensajes de datos, entendiéndose que el mensaje de datos es toda información generada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos y serán considerados como mensajes de datos: los documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, telegrama, télex, fax entre otros.

La telemática es la integración de las tecnologías de la telecomunicación e informática⁴⁰ sobre la transmisión a larga distancia de información computarizada, interviene el ordenador⁴¹, que, con su capacidad de procesamiento de la información permite mostrar el contenido de los documentos como originales y en soportes diferentes al clásico y aceptado papel. El fax y el telegrama considerados mensajes de datos por nuestra

³⁷ Real Decreto 1906/99, de 17 de diciembre. Regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. RCL 1999, 3260.

³⁸ Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, p. 174.

³⁹ En <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3926>

⁴⁰ Entre otros aspectos se centra en el estudio, diseño y gestión de las redes de ordenadores a varios niveles, desde el nivel físico (redes de acceso, redes inalámbricas, redes ópticas) hasta niveles más lógicos (protocolos; arquitecturas de red; medidas, análisis y control de tráfico). En <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3926>.

⁴¹ Miguel Ángel Dávila, *Manual de Derecho Informático*, p. 194.

legislación, son transmitidos por un soporte electrónico permitiendo indicar el contenido por medio del papel y no son medios de comunicación telemática, por tanto, si se hablaría que el contrato electrónico es sinónimo de telemático existiría una gran contradicción, pese a que el título del capítulo II del título III de la Ley 67 dice “*De la contratación electrónica y telemática*”. Lo que si se puede decir es que el contrato electrónico es el acto por el cual se logra el acuerdo de voluntades utilizando la vía electrónica, en base a una red de información o comunicación telemática.

En consecuencia de lo anotado, el contrato electrónico por sus múltiples bondades fortalece y complementa la contratación tradicional, al permitir que personas que se encuentran a miles de kilómetros de distancia, desde los lugares más remotos del planeta puedan interactuar en pocos segundos, ya que su validez está dada por el consentimiento a través de medios electrónicos, más no por la presencia física, diferenciándose del contrato tradicional por el medio empleado permitiendo la comunicación simultánea entre dos personas situadas territorialmente en lugares distintos.⁴²

Esta nueva forma de expresión de la voluntad de las partes se realiza a través del medio electrónico, que constituye un medio de contratación masivo e inmediato, como es el caso de los cajeros automáticos y el intercambio electrónico de datos.

Además el medio electrónico es utilizado tanto para los contratos con la Administración Estatal como para los celebrados entre los particulares⁴³ y el empleo del medio digital no hace diferencia entre empresas y consumidores,

⁴² Heriberto Simón Hocsman, *Negocios en Internet*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, p.79.

⁴³ Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, p. 175.

poniendo en relevancia los derechos de los últimos. (Inciso final del Artículo 48 de la Ley 67).

Las controversias pueden resolverse por medios nacionales e internacionales, a través de la aplicación de las normas de los Tribunales de Justicia nacionales, del Derecho Internacional Privado, o de mecanismos alternativos de Resolución de Conflictos como es el Arbitraje y la Mediación, aspectos que serán analizados con más detenimiento en el capítulo IV de este trabajo.

2.2 FUENTES JURÍDICAS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Existen varios planteamientos de diversos autores sobre la transmisión de la voluntad por medios electrónicos en la contratación, el perfeccionamiento y validez del contrato, así como la jurisdicción aplicable, coincidiendo en afirmar que nos encontramos ante una nueva categoría en el sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones, debido a que no se trata de una nueva figura en la clasificación de las fuentes “sino de una nueva forma de expresión de la voluntad, se trata de un contrato que se materializa a través de un medio acorde con los avances de la técnica y la realidad que vivimos: el soporte electrónico.”⁴⁴ Esta nueva modalidad contractual únicamente se diferencia del acuerdo tradicional en cuanto a la forma electrónica empleada siendo susceptible de representar la voluntad de las partes.

Las fuentes del Derecho⁴⁵ en general consisten en ciertos principios básicos y doctrinarios de donde surgen las normas jurídicas del derecho y que

⁴⁴ Mariliana Rico Carrillo, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, p. 389.

⁴⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Buenos Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 1974, p.230.

de acuerdo con nuestro sistema pueden ser positivas y racionales. Las fuentes positivas o principales, son aquellas que están determinadas por disposiciones escritas, dicha esencia radica en crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas dentro del orden del derecho, encontrándose entre las fuentes positivas: la Constitución Política, la ley, el reglamento, el estatuto, el decreto, el decreto-ley, el decreto con fuerza de ley, la ordenanza y las instrucciones.

Las fuentes racionales o secundarias, radican en ciertos antecedentes lógicos y necesarios que contribuyen para completar el conocimiento y práctica de las anteriores, y son la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina científica.

Las fuentes del derecho en la contratación electrónica en el Ecuador, en su sentido más amplio, no son sino las mismas fuentes del Derecho en general, por tanto consisten en ciertos principios básicos y doctrinarios de donde emergen las normas jurídicas de esta nueva forma de expresión de la voluntad.

A continuación se repasará brevemente el alcance de las mencionadas fuentes del Derecho como instrumento de la contratación electrónica.

La Constitución Política, inequívocamente la suprema ley del Estado y principal fuente del Derecho, dispone en el artículo 23 numeral 18 que se reconocerá y garantizará a las personas la libertad de la contratación con sujeción a la ley, principio por el cual los individuos son libres para regular sus relaciones jurídicas estipulando libremente las cláusulas del acuerdo, siempre y cuando no vaya en contra de la ley, el orden público y las buenas costumbres. Principio también reconocido por el artículo 1561 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. La voluntad de las partes, es el elemento fundamental e importante dentro del

contrato, prevaleciendo para su interpretación: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (Artículo 1576 Código civil). Estas disposiciones comunes a todos los contratos permiten instituir al acuerdo por medios electrónicos, en donde lo más preponderante es la voluntad y no el medio que se utiliza para transportar la intención de las partes.

La ley al constituir otra fuente jurídica tomada en un ámbito más extenso y generalizado permite distinguir las leyes que contienen preceptos y normativa sobre la contratación a través de medios electrónicos como se observó en el párrafo anterior.

El Código Civil como fuente del derecho de la contratación electrónica, contiene varias disposiciones del libro IV sobre los contratos en general. Los medios electrónicos conjuntamente con las normas tradicionales permiten que las partes puedan manifestar su consentimiento, siendo el medio empleado uno de los principales presupuestos de la contratación electrónica, ya sea en acuerdos emitidos desde una página Web o cuando se perfecciona un contrato a través del correo electrónico o cuando se cierra la negociación por chats o videoconferencias, lo que implica que el uso de la tecnología no resta importancia ni hace que desaparezcan los principios generales que rigen al Derecho y a la contratación -*Principio de Inalteración preexistente del Derecho de obligaciones y contratos*.⁴⁶

De similar forma el Código de Procedimiento Civil como fuente jurídica de la contratación electrónica señala en el artículo 164, inciso segundo que serán considerados también instrumentos públicos los mensajes de datos;

⁴⁶ Ma. del Pilar Perales Viscasillas, *Formación del Contrato en el Comercio electrónico y Protección de los Consumidores*, Madrid, Editorial La Ley, Septiembre de 2001, p. 452.

recordando que el contrato electrónico será instrumentado por varios mensajes de datos.

Otra fuente de derecho de la contratación por vía electrónica, es el Código de Comercio porque a partir del artículo 141 y siguientes en "*el Libro II: Los contratos y las obligaciones Mercantiles en general*", posee disposiciones que regulan la contratación mercantil, la oferta y la aceptación del contrato así como su perfección y lugar de celebración. Este cuerpo legal hace que la normativa del acuerdo mercantil siga vigente en el contrato por medios electrónicos, siendo simplemente el método novedoso al emitir y aceptar ofertas, respondiendo a conceptos jurídicos ya conocidos.

Como fuente jurídica, la Ley Orgánica de Derechos del Consumidor, en adelante LODC, en los artículos 4, 5, 9 y siguientes, habla de los derechos y obligaciones del consumidor así como la información básica que debe contener una oferta previa a su aceptación como contrato y obligación de las partes, también el artículo 2 que trata del contrato de adhesión, acuerdo empleado comúnmente por los vendedores de productos o servicios en Internet.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos o Ley 67 y su Reglamento, constituyen las fuentes jurídicas que dan plena validez e instrumentan la contratación electrónica, como lo señala el artículo 45 de la Ley, que manifiesta: "Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos." Además el artículo 1 de esta Ley regula todo lo concerniente a los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la prestación de servicios electrónicos, y por supuesto la

contratación electrónica, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas.

Dentro de la normativa de carácter internacional, el artículo 5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el comercio Internacional, la denominada CNUDMI o UNCITRAL, otorga el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos al disponer: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.” De igual forma el artículo 11 de la misma ley, regula la validez y formación de los contratos a través de medios electrónicos, al señalar que en su formación en caso de no convenir otra cosa, la oferta así como su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, por lo que no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por el simple hecho de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. De esta manera el artículo 11 tiene por objeto promover el comercio internacional dando mayor certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos, siendo fuente jurídica de esta modalidad contractual, ya que el artículo no trata solamente de la formación del contrato sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma.

También constituye fuente de derecho de la contratación electrónica, la disposición prevista dentro del artículo 11⁴⁷ de la Convención de Viena⁴⁸ sobre los contratos de compraventa internacional del 11 de abril del año 1980, donde manifiesta que el contrato de compraventa no necesariamente tiene que celebrarse, tampoco probarse, por escrito, tampoco deberá cumplir requisito de

⁴⁷ Artículo 11.- El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

⁴⁸ Registro Oficial No. 153: 25 de noviembre de 2005.

forma alguna, pudiéndose probar por cualquier medio, inclusive por testigos, de tal manera que puede utilizarse toda tecnología moderna del comercio como es la contratación por vía electrónica, pero únicamente cuando verse sobre contratos a través de medios electrónicos en la modalidad B2B, es decir entre empresarios, ya que la Convención de Viena no es aplicable para la compraventa de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, por tanto este tratado internacional como fuente del derecho no se ajustaría a la contratación con consumidores.

Así también el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales es otra fuente jurídica del contrato electrónico, que permite según el artículo 3 la libertad de elección de la ley por las partes para la totalidad o solamente una parte del contrato; el artículo 4 señala que si en el contrato no se hubiese determinado la ley aplicable del artículo 3, el acuerdo se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

En tanto que el artículo 5 habla de los contratos celebrados por los consumidores y manifiesta que se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones de la ley del país en que tenga su residencia habitual. Esta Convención internacional actúa como fuente del contrato electrónico al consentir la libre elección de jurisdicción de las partes tanto en la modalidad B2B como en la B2C.

Como se puede apreciar la validez jurídica del contrato celebrado a través de medios electrónicos está respaldada por varias fuentes de derecho con carácter nacional e internacional con normas comunes a los contratos que ponen de manifiesto tradicionales fundamentos en la incursión de esta nueva forma de expresar la voluntad de las partes, así también el legislador ha trabajado en la creación de leyes específicas que regulan esta modalidad. En otros países de América Latina de la misma manera se puede constatar la producción de legislaciones sobre comercio electrónico y /o firma electrónica, que integra la intervención electrónica en el proceso de contratación, convirtiéndose en la fuente jurídica en países como Venezuela⁴⁹ con la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; Colombia con la Ley 527⁵⁰ y Chile que posee la Ley 19.799 sobre Documentos y Firma Electrónica.

2.3 PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La contratación electrónica se rige por varios principios generales que en su mayoría son determinados por la doctrina de la contratación clásica, que son:

- Principio de la autonomía de la voluntad; se respetará en toda forma contractual la voluntad de las partes. Entendido como la amplia libertad reconocida por el ordenamiento jurídico que poseen los contratantes

⁴⁹ Decreto- 1024 de 10 de febrero de 2001, publicado en la Gaceta Oficial No. 37.148 de 28 de febrero de 2001.

⁵⁰ Ley 527 18 de agosto de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los Mensajes de datos, del Comercio Electrónico y de las Firmas Digitales, y se establecen las entidades de certificación.

para poder crear, regular, modificar o extinguir, relaciones contractuales y a su vez determinar el contenido del contrato.⁵¹

- Principio de la libertad contractual, aplicación de la autonomía de la voluntad⁵², que consiste en la libertad que gozan los particulares para celebrar los contratos que acordasen, así como determinar su contenido, efectos y duración, con el único límite de respetar el orden público y las buenas costumbres.
- Principio de la fuerza obligatoria de los contratos y negocios jurídicos, principio que se funda en el aforismo *pacta sun servanda*, que quiere decir que los pactos deben observarse, las palabras cumplirse, y los contratos obligan. En el Ecuador es acogido por el artículo 1561 del Código Civil, que consagra: “Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legales”.
- Principio de la buena fe y la lealtad negocial, que obliga a las partes intervinientes a no actuar de una forma desleal en el proceso de negociación mediante medios electrónicos hasta la conclusión del acuerdo.
- Las partes son libres de utilizar cualquier instrumento, el principio jurídico aplicable es el de “no discriminación”, es decir que tienen vigencia las reglas generales previstas en las leyes⁵³, sin que pueda invocarse la sola presencia del medio digital para desecharlas. (Art. 45 de la Ley 67). Además tendrá la misma eficacia que el instrumento

⁵¹ Carlos Alberto Soto, *Contratación Contemporánea-Teoría General y Principios*, Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A., 2000, p. 380

⁵² Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1971, p.312.

⁵³ Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, p. 175.

público, si consiste en una diligencia de certificación, o como instrumento privado si se lo autentica ante el Notario. (Art. 164 del Código de Procedimiento Civil).

- Principio de Equivalencia Funcional⁵⁴, este principio tiene relación con el anterior, de manera que el documento escrito tiene igual valor o equivalencia que el documento realizado a través de medios electrónicos, tal y como lo determina el artículo 2 de la Ley No. 67.
- Principio de Protección de confidencialidad y privacidad, toda persona tendrá derecho a la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, guardándose el secreto de los asuntos ajenos al hecho que se motive su examen, el mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación, en este caso la información a través de medios electrónicos. En particular se deberá observar lo contenido en los artículos 5 y 58 de la Ley No. 67. Por tanto, todo incumplimiento a estos principios, principalmente aquellos referidos a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional será sancionado por la ley.
- Principio de la independencia del soporte, el contenido electrónico del contrato es independiente del soporte técnico utilizado en la transmisión de la voluntad.⁵⁵

El contrato electrónico como se ha podido apreciar, se diferencia del acuerdo tradicional en cuanto a la forma electrónica empleada, así los

⁵⁴Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico. Informe de la Sexta Comisión (A/51/168) - Ley modelo UNICITRAL (A51/162), en Internet: <http://www.un.org.at/uncitral>.

⁵⁵ Efraín Torres Chávez, *Breves Comentarios a la Ley de comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, Quito-Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones 2002, p. 67.

principios generales de la contratación rigen al contrato a través de medios electrónicos sumándose nuevos principios derivados del mundo del Internet como es la equivalencia funcional y la independencia del soporte.

2.4 LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Un contrato electrónico nace cuando una parte realiza una oferta y la otra acepta manifestando su voluntad por la que el destinatario de la oferta se muestra conforme con ella, operando la reunión o acuerdo de voluntades.

La oferta, es el acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales, que para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte⁵⁶, esto muy específicamente tratándose del comercio B2C y B2B.

Dentro de los derechos del consumidor en la LODC, la oferta es la práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor. (Art.2)

En un ámbito más general podemos decir que la oferta es una manifestación unilateral del consentimiento en virtud de la cual se propone la celebración de un contrato a una o más partes.

La oferta puede realizarse a persona determinada cuando se dirige a un sujeto individualizado, conocido o no por el oferente. Se hace a una persona indeterminada cuando va dirigida al público en general, y no a una persona en particular, y en términos tales que cualquiera puede aceptarla, y el que la acepte tendrá derecho a exigir cumplimiento del contrato. Ejemplo de oferta

⁵⁶ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*”, Tomo I, pp. 314-317.

indeterminada cuando en una página Web se vende celulares con la indicación del precio y características, oferta que no va dirigida a una determinada persona y cualquiera que lo acepte podrá exigir el cumplimiento del contrato. Por lo que la oferta pública tendrá carácter de vinculante, según lo manifestado por el artículo 148 del Código de Comercio: “Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior”. Ésta disposición también señala que podrá existir un plazo de vigencia de la oferta, que en concordancia con el artículo 46 de la LODC, deberá además señalar el precio anterior del bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendrá el consumidor, en caso de aceptarla, lo que se aplicará de igual manera para la oferta electrónica.

De tal forma que, para que nazca el acto bilateral de acuerdo de las voluntades de las partes y si éste no se produce sino mediante una oferta seguida de aceptación, es necesario que la aceptación tenga lugar mientras esté vigente la oferta.

Por ello, diremos que la oferta electrónica, será aquella declaración unilateral de la voluntad que una persona realiza a través de medios electrónicos invitando a la otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aceptación de la misma, y éstas ofertas electrónicas se pueden clasificar⁵⁷ como aquellas realizadas vía e mail o correo electrónico, Chat, videoconferencia y aquellas realizadas en redes de comunicaciones como Internet u ofertas *on line*.

⁵⁷ Humberto Rolando Carrasco Blanc, *Derecho e Informática en el Nuevo Milenio*, Santiago de Chile, Editorial La Ley, Septiembre del 2000, p. 132.

La aceptación es el acto mediante el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella,⁵⁸ y resulta esencial para la existencia del compromiso entre las partes. Siendo la aceptación expresa o tácita.

La aceptación electrónica será definida entonces, como aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios electrónicos manifestando su conformidad a una propuesta recibida por ella, sin que la recepción, confirmación de recepción o apertura del mensaje de datos, implique aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes. (Artículo 46 de la Ley No. 67).

Las condiciones y circunstancias bajo las cuales debe darse la aceptación para que se forme el consentimiento son: 1) La aceptación debe producirse mientras la oferta esté vigente; 2) Dicha aceptación debe ser oportuna; y, 3) La aceptación debe ser pura y simple, como ya se dijo debe estar conforme con la oferta presentada.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato. Por tanto no está obligado a contratar quien no respondió a la oferta, lo que es corroborado por el artículo 142 del Código de Comercio:

“La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.

⁵⁸Humberto Rolando Carrasco Blanc, *Derecho e Informática en el Nuevo Milenio*, p. 132.

Vencidos estos plazos, la proposición se tendrá por no hecha, y si la aceptación llegare extemporáneamente a noticia del proponente, éste deberá dar aviso al aceptante de la insubsistencia de su proposición.”

La aceptación electrónica desde el Código de Comercio no presentaría mayores dificultades, en lo que a ofertas por correo electrónico se refiere. En cuanto a las ofertas desde las páginas Web, al no ser propuestas enviadas directamente al aceptante, son consideradas ofertas o invitaciones no obligatorias para celebrar contratos.

A su vez la Ley 67, al tenor de la Ley Orgánica del Consumidor, LODC, en los artículos 48 y 49 manifiesta, que el usuario o consumidor previo su consentimiento sin objeción podrá aceptar mensajes de datos o ser incluido en registros electrónicos en los cuales le proporcionen ofertas sobre determinado producto o servicio, de tal forma que como ya se expresó el silencio no constituye en ningún momento aceptación tácita.

La aceptación puede ser pura y simple⁵⁹ o condicional,⁶⁰ es pura y simple cuando implica adhesión a la oferta en los mismos términos en que ésta ha sido formulada, es decir cuando es congruente con la oferta. La aceptación es condicional cuando contiene reservas o modificaciones que cambian los términos de la oferta. En el primer caso, existirá inmediatamente la formación del consentimiento y se da en la oferta por medio de la página Web; en el segundo dichas modificaciones a la oferta podrán realizarse a través del correo electrónico, del Chat o videoconferencia.

⁵⁹ Artículo 145 del Código de Comercio, Registro Oficial S 1020: 20 de agosto de 1960, versión año 2001.

⁶⁰ Artículo 146 del Código de Comercio.

La oferta puede dejar de existir por dos causas: la retractación y la caducidad.⁶¹ Existe retractación cuando el proponente revoca la oferta o la deja sin efecto; mientras que la caducidad constituye el lapso⁶² que produce pérdida o extinción de los plazos de vigencia de la oferta, no siendo susceptible el perfeccionamiento del contrato.

De acuerdo con el artículo 145 del Código de Comercio, una vez aprobada la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales,” a no ser que antes de emitirse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente”. Por lo tanto será necesaria una declaración expresa para eliminar la obligatoriedad de la oferta, reservándose el proponente el derecho a revocarla entretanto que la aceptación se formule o llegue al destinatario.

Sin embargo en caso de darse la retractación intempestiva del artículo 143 del Código de Comercio: “El proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume.” En el caso de las ofertas on line, es difícil que pueda producirse la mencionada retractación, ya que el aceptante compra el bien en el instante en que navega en la página Web, y esta retractación podría ocurrir únicamente si el consumidor se detiene a pensar en la adquisición que va a realizar, y posteriormente accede a la página visitada y constata que la oferta ha sido modificada o que ya no se encuentra en la Web.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, Buenos Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 1974, p.312.

Con referencia a la oferta efectuada por e mail, no existirán dificultades porque se podrá tomar en consideración lo señalado por el Código de Comercio sobre la retractación, a menos que se haya fijado un determinado plazo.

La retractación tempestiva de la oferta impone al proponente el pago de indemnizaciones en el caso de que se produzca dicha retractación, ordenando pagar al aceptante los gastos en los que hubiere incurrido así como los daños y perjuicios causados, (Artículo 144 Código de Comercio). Pudiendo el proponente evitar el pago de la indemnización si cumple con el contrato ofrecido. De manera que el contrato deberá contener una estipulación que contemple este supuesto, y en caso de no contenerlo, en el contrato electrónico en la modalidad B2C el consumidor podrá siempre demandar ante la autoridad competente.

Dentro de las mayores dificultades que se presentan en la aceptación por medios electrónicos es la relacionada con la inclusión de condiciones generales de contratación a través del contrato de adhesión⁶³, ya que la mayoría de empresas que exhiben sus productos en Internet lo hacen aplicando este tipo de contrato, impidiendo la negociación de las estipulaciones en él contenidas, teniendo la parte aceptante que adherirse simplemente a lo estipulado por una parte. En cuanto a este aspecto es importante manifestar que en el ámbito de los consumidores estos contratos están sujetos a la Ley Orgánica de Derechos del Consumidor, cuando se trate de los contratos

⁶³ Contratos en los que el oferente fija de antemano todas las condiciones del contrato, la contraparte sólo puede adherirse a ellas o rechazarlas. Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, "Curso de Derecho Civil", Tomo I, 1971, p.323.

electrónicos entre empresarios antes que se produzca la aceptación podrán los contratantes discutir la oferta y la caducidad de la misma.

2.5 EL CONTRATO ELECTRÓNICO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El contrato celebrado por vía electrónica dentro del comercio electrónico hace que se concreten acuerdos de ventas y distribución de productos entre empresas y consumidores; así también entre unas empresas con otras en diferentes latitudes del mundo, dinamizando y facilitando el comercio local e internacional.

El comercio electrónico ha contribuido a la reducción de costos, gestión más rápida de negocios, se ha convertido en un medio que transmite bienes intangibles y servicios en general, elimina en muchos casos la cadena de intermediación, facilita la transmisión de la información, y sobre todo ha permitido la creación de un mercado electrónico especializado.

El acuerdo emitido por medio electrónicos celebrado entre personas ausentes que no se encuentran en el mismo lugar, no deja de lado al Derecho Civil y Mercantil, los mismos que deben acomodar sus tradicionales estructuras al impacto de las nuevas tecnologías. Evidenciándose la creación de leyes que incorporan todos los aspectos que traen la contratación y comercio electrónico, brindando solución a las nuevas circunstancias jurídicas de la tecnología con la aplicación de su articulado.

Concebido el comercio electrónico, como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de la red, representa un fenómeno de gran expansión debido al desarrollo de la World Wide Web, elemento clave que ha hecho posible que el comercio electrónico llegue al consumidor final.

De ahí que la contratación por medios electrónicos en el comercio electrónico cumple un papel muy importante al dar las pautas sobre las cuales puede realizarse la comercialización de bienes y servicios en sus distintas formas de comercio. En la modalidad B2C a través de la oferta electrónica, el consumidor puede conocer las estipulaciones de la oferta del producto que va a aceptar, para lo cual se hace necesario que lea detenidamente las condiciones del contrato antes de emitir la declaración de su voluntad.

De manera similar debe cuidarse que la jurisdicción establecida sea consentida por ambos contratantes, así como conocida, para en caso de suscitarse controversias sea fácil fijar la legislación aplicable para iniciar un litigio.

El uso de la contratación electrónica debe garantizar que las operaciones mercantiles o comerciales que se efectúan en la red, no dejen vacíos jurídicos de tal forma que los medios técnicos empelados para este fin sean seguros y sobre todo generen confianza a las partes contratantes.

2.6 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En la contratación mediante dispositivos de enlace electrónico, en especial aquella que se da en el comercio electrónico bajo la modalidad B2C (*Business to Consumers*), el usuario o consumidor a veces puede ser lesionado en sus derechos precisamente por la sustitución del modo tradicional de hacer negocios mediante este nuevo instrumento de comunicación, y por el desconocimiento de las disposiciones que lo amparan en el mundo virtual.

Los riesgos e incertidumbres que afectan a los consumidores se traducen en la inseguridad de la tecnología empleada por la falta de conocimiento o por la inaccesibilidad a este tipo de medios.

Las normas de protección al Consumidor, contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento, que por ser de carácter orgánico prevalecen sobre las leyes ordinarias; conjuntamente con otras disposiciones en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil; constituyen la base legal que tutela los derechos de los consumidores, igualmente lo ha entendido la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico UNICITRAL, que señala “La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor”.

La Ley 67 posee un capítulo que habla de los derechos de los usuarios o consumidores de los servicios electrónicos, en cuyos tres artículos⁶⁴ se hace referencia en primer lugar, a la importancia de la expresión de la declaración de la voluntad del consumidor para aceptar formar parte de un registro electrónico o admitir mensajes de datos, para lo cual su consentimiento será confirmado electrónicamente, debiendo conocer de forma clara, precisa y satisfactoria toda la información concerniente sobre los equipos y programas que requiere para acceder a los mencionados registros o mensajes o para efectuar cambios en dichos equipos y programas al existir el riesgo que el consumidor no pueda ingresar a ellos, por lo que los servicios de redes deben ser seguros, confiables y verificables.

⁶⁴ Artículos 48, 49 y 50 de la Ley No. 67.

Se le informará sobre su derecho a retirar el consentimiento sin la imposición de ninguna condición, costo o consecuencias. Al afectar estas modificaciones los derechos del usuario, se le deberán proporcionar los medios para evitarle perjuicios, hasta la terminación del contrato.

En segundo lugar la ley No. 67 manifiesta, que de necesitar el consumidor por escrito la información relativa a un servicio electrónico, incluido el comercio electrónico, el uso de medios electrónicos para permitir el acceso a esa información, será siempre que concurren los siguientes casos: a) si el consumidor ha declarado expresamente su uso y no ha retirado el consentimiento; y, b) si el usuario en forma previa a su consentimiento ha sido informado satisfactoriamente de manera clara y precisa, sobre: 1) su derecho de recibir la información en papel o por medios no electrónicos; 2) su derecho a objetar su consentimiento y las consecuencias, incluidas la terminación contractual o el pago de cualquier tarifa por dicha acción; 3) los procedimientos a seguir por parte del usuario para retirar su consentimiento y para actualizar la información proporcionada; y, 4) los procedimientos para que, luego de su aceptación, el consumidor pueda obtener una copia impresa en papel de los registros electrónicos y de existir el costo de esta copia.

En tercer lugar el capítulo sobre los derechos de los usuarios de servicios electrónicos, dispone que el proveedor de bienes o servicios debe proporcionar toda la información respecto al producto a ser adquirido, usado o empleado por medios electrónicos. El usuario debe estar bien enterado no sólo sobre lo que está contratando sino también debe saber acerca de los derechos y obligaciones que posee de conformidad con lo previsto en la LODC y su Reglamento.

De manera que el consumidor de conformidad con los artículos 44 y 45 de la LODC tendrá derecho a dar por terminado unilateralmente el contrato de servicios de Internet en cualquier momento, previa notificación por escrito al proveedor por lo menos con quince días de anticipación y derecho a que no se le facture por los servicios no prestados; y a ser debidamente atendido en el momento oportuno. También posee el derecho a la devolución, según el cual dentro de los tres primeros días de recibido el servicio de Internet, puede devolverlo o cancelarlo.

Además el consumidor está en toda la capacidad de recibir o no mensajes de datos no deseados o el denominado *Spam*⁶⁵ que es el correo no deseado que es enviado a quien no lo ha solicitado y que generalmente contiene mensajes publicitarios. Pudiendo el usuario solicitar que se le excluya de la lista de direcciones de información que no le interesa, porque el Spamming no solo conlleva la incomodidad de recibir información que no se pidió, sino trae consigo una situación de saturación de redes, horas hombre de descarga, nuevos negocios no entendidos, en fin, altos costos en tiempo y en dinero.

La solicitud de exclusión por parte del usuario es vinculante para el emisor desde el momento de la recepción de la misma, pudiendo incluso

⁶⁵ Spam (o correo basura) son mensajes no solicitados, habitualmente de tipo publicitario, enviados en cantidades masivas. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es la basada en el correo electrónico. Otras tecnologías de internet que han sido objeto de spam incluyen grupos de noticias usenet, motores de búsqueda, wikis, foros y blogs. El spam también puede tener como objetivo los teléfonos móviles (a través de mensajes de texto) y los sistemas de mensajería instantánea. <http://es.wikipedia.org/wiki/Spam>.

solicitar una sanción por el continuo y persistente envío de mensajes no deseados.

La publicidad de un determinado producto así como su promoción e información a través de servicios electrónicos, por redes electrónicas de información, incluida la Internet, se realizará de conformidad con las disposiciones legales, y su incumplimiento será sancionado, de manera que el consumidor pueda acceder a toda la información disponible sobre un bien o servicio sin restricciones, en las mismas condiciones y con las facilidades disponibles para la promoción del bien o servicio de que se trate. Por tanto el usuario tendrá derecho a no estar expuesto a la publicidad engañosa, abusiva o que induzca a error o engaño.

Por lo anotado el consentimiento le otorga al usuario de servicios electrónicos no sólo los derechos señalados en los artículos 48,49 y 50 de Ley No. 67 sino también los contenidos en la LODC, que son entre otros:

1. Derecho a recibir información completa sobre los precios, requisitos, restricciones, calidad y condiciones de contratación y a no ser presionado para contratar o aceptar algún tipo de servicio específico; (Artículos 9, 18 y 19, LODC).
2. Derecho a recibir el servicio de Internet en condiciones de óptima calidad por parte del proveedor, su incumplimiento podrá ser sancionado; (Artículo 32 LODC)
3. Derecho un trato equitativo y a no ser discriminado en ningún momento y bajo ninguna circunstancia; (Artículo 4, numeral 5, LODC).

4. Derecho a dirigir quejas y peticiones al proveedor del servicio, a las autoridades públicas o a los jueces competentes; (Artículo 70 y siguientes, LODC).
5. Derecho a que el usuario pueda puntualizar sus quejas mediante un libro o registro de la empresa proveedora a través de Internet; (Artículo 4, numeral 12, LODC y Art. 5 Reglamento).
6. Derecho a recibir el soporte técnico necesario para el buen funcionamiento del servicio de Internet, sujeto a las condiciones establecidas en el Contrato de Servicios; (Artículo 25, LODC).
7. Derecho a recibir oportunamente las facturas correspondientes al servicio, y a ser atendido en su entendimiento; y, (Artículo 21, LODC).

Al hacer referencia de las normas de protección al consumidor como base mínima que garanticen al usuario de Internet la posibilidad de acceder a un amplio “escaparate” de páginas de información de ventas de productos y de servicios, trae como consecuencia que el consumidor sienta la confianza de optar por contratar y adquirir los productos tangibles e intangibles ofrecidos en la red, sintiendo la misma confianza del mercado tradicional. De ahí la necesidad de la seguridad que debe brindar el proveedor oferente de los bienes y servicios al informar de forma satisfactoria, clara y precisa sobre lo que está vendiendo, evitando caer en la denominada publicidad engañosa. Deberá igualmente proporcionar información sobre los pasos técnicos que deben darse para la celebración del contrato, además de los datos necesarios sobre su identidad y el lugar donde está ubicada la empresa, así como datos mínimos que permitan contactarlo, permitiendo que el acceso de consumidores sea en mayores proporciones.

CAPITULO III

FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

En el capítulo II se revisaron las características comunes de los contratos electrónicos, fuentes jurídicas y la forma como la oferta y la aceptación constituyen parte fundamental en la contratación electrónica.

Los contratos electrónicos dentro del marco de la legislación ecuatoriana encuentran su regulación en las disposiciones del Código Civil que establecen de manera general las reglas para determinar el momento, la validez y el lugar de formación de los contratos y su ejecución. En el presente capítulo se revisarán estos aspectos generales de la contratación, que a la luz de la Ley No. 67 determinan la base sobre la cual se materializa el contrato celebrado por el medio electrónico a través de la aceptación y la manera como se produce el perfeccionamiento para que pueda producir los efectos legales que se espera.

3.1 LA VALIDEZ DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El artículo 45 de la Ley No. 67 señala que los contratos electrónicos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos y que no se negará la validez o fuerza obligatoria a un contrato para la partes, por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos; determinado que la mencionada validez del contrato se refiere primero a la integridad que debe existir en los mensajes de datos que forman al acuerdo por medios electrónicos y segundo, dicha validez se refiere al consentimiento, más no a la presencia física de los contratantes.

Los requisitos que debe contener un contrato por vía electrónica para que sea válido, serán los mismos que se exigen en la contratación tradicional, que según lo manifestado en el artículo 1461 del Código Civil son: capacidad, consentimiento sin vicios (error, fuerza y dolo), causa lícita y; objeto lícito.

3.1.1 LA CAPACIDAD

La capacidad⁶⁶ legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra; como un requisito para la validez de un contrato y como presupuesto que permita a los contratantes obligarse, la capacidad es necesaria para la realización del acto o declaración de voluntades en el contrato electrónico.

En el ámbito electrónico y sobre todo en las redes abiertas como Internet, uno de los problemas que puede suscitarse, precisamente porque las partes no están presentes cara a cara, es la suplantación de identidad. El error en la persona como la falta de capacidad de los contratantes cuando un absoluta o un relativamente incapaz efectúa negocios masificados, contratos de consumo electrónicos en general, compras con tarjetas de crédito, títulos valores, retiros a cajeros automáticos ocasiona que el contrato se convierta en inválido (Artículo 1463 inciso segundo Código Civil). Al producirse este hecho, evidenciándose error de hecho sobre la persona, la otra parte con quien erradamente se contrató, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios

⁶⁶ La capacidad jurídica puede definirse como “la aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos”. Las personas que no pueden gozar de un derecho, son las llamadas incapaces de goce; las que no pueden ejercerlo, incapaces de ejercicio. Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, “Curso de Derecho Civil”, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1971, p.351.

que de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato (Art. 1471, Código Civil).⁶⁷

Por esta razón la contratación electrónica requiere articular una serie de mecanismos técnicos que garanticen:

- a) La identidad del emisor de un mensaje, por ejemplo de la oferta o la aceptación contractual;
- b) Que el mensaje no ha sido afectado o alterado; y
- c) Que no exista el repudio del mensaje, es decir, la negación por el emisor de que lo ha enviado o por el destinatario de que lo ha recibido.

Estos problemas en la contratación tradicional se resuelven gracias a la firma autógrafa. En efecto, en los documentos escritos la firma identifica a una persona, proporciona certidumbre en cuanto a la participación personal en el acto de la firma y vincula a esa persona con el contenido del documento. Para alcanzar estas mismas finalidades en la contratación por medios electrónicos se ha generalizado el empleo de la denominada firma electrónica.

La firma electrónica desde el ámbito jurídico tiene igual validez y se le reconocerán los mismos efectos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio. (Art. 14 Ley No, 67)

Desde el punto de vista del receptor, la firma electrónica proporciona la prueba legal que el mensaje ha sido transmitido por el emisor y que su identidad es la supuestamente conocida. Posee también, la misma validez y

⁶⁷ En países como Francia, se aplica la teoría de la apariencia para obligar al mayor; en los Estados Unidos de América el menor puede ser responsable de un agravio si las partes creyeron que estaba firmando con un adulto. Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, Buenos - Aires, Argentina, Ediciones Abeledo-Perrot, 2002, p. 184.

eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita como ya se indicó, debiendo reunir los siguientes requisitos tal como lo establece el artículo 15 de la Ley No. 67: a) ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular; b) que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por la Ley No. 67 y sus reglamentos; c) que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado; d) que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario; y, e) que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

La firma electrónica por lo anotado, cumple las mismas funciones que la firma manuscrita al otorgar la autoría de la declaración de voluntad siendo un medio idóneo para solucionar el problema de la identidad de las partes y de la capacidad de los contratantes en los acuerdos por vía electrónica.

3.1.2 EL CONSENTIMIENTO Y SUS VICIOS

Alessandri-Somarriva-Vodanovic⁶⁸ señalan que la palabra consentimiento viene del latín *consentire*; de *cum*, compañía, y *sentire*, sentir: “sentir con otro, tener un mismo sentimiento”. Expresa la idea de querer dos o más personas la misma cosa, de ponerse de acuerdo.

Y señalan que en Derecho, el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Integrado por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación, aspectos que ya fueron revisados en el capítulo anterior.

⁶⁸ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1971, p.313.

El consentimiento, es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para producir efectos jurídicos, declaración que debe tener una manifestación de la voluntad exterior de manera verbal o escrita.

El consentimiento contractual se forma mediante el concurso entre dos declaraciones de voluntad, que deben coincidir en un determinado momento para que pueda existir el contrato electrónico. Dicho consentimiento no puede estar afectado por el error, la fuerza o el dolo.

En la contratación electrónica pueden plantearse numerosas situaciones con relación al error en el consentimiento, ya que las partes se relacionan sin saber el lugar donde operan y pueden desconocer, efectivamente, el derecho aplicable o la existencia de una norma, o la interpretación que hacen los jueces del lugar.

“El error es la disconformidad del pensamiento con la realidad”. Se define como el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; o, en otros términos, siguiendo la definición de Doneau, “el error consiste en creer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero.”⁶⁹

Como lo señala el Código Civil en el artículo 1470 “El error de hecho vicia el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el contrato es diversa de lo que se cree.” Este tipo de errores pueden darse en las operaciones electrónicas, cuando se escoge un producto que está descrito en la oferta de una manera, y al momento de recibirlo es diferente en su calidad, tamaño, color o textura. Situación en la cual el consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, pidiendo la reposición del bien o la rebaja en el precio del mismo, de manera que si el consumidor de

⁶⁹ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, 1971, p.331.

haberlo conocido no lo habría adquirido o hubiera dado un precio inferior por ella. (Art. 20, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor).

Siguiendo a los autores Alessandri-Somarriva-Vodanovic, el dolo radica en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, aplicándose en tres campos: 1) En la celebración de los actos y contratos, constituyendo vicio del consentimiento; 2) En la ejecución de los contratos, en que obra como agravante de la responsabilidad del deudor, el cual se vale de procedimientos ilícitos para burlar al acreedor en el cumplimiento de las obligaciones, esto es llamado por los autores fraude; y, 3) En los delitos civiles. En este trabajo se hará mención al dolo como vicio del consentimiento desde la primera aplicación manifestada por los autores clásicos pero con aplicación a los contratos electrónicos.

El dolo puede viciar el consentimiento de la declaración por vía electrónica, al utilizar cualquier engaño o confabulación, afirmando lo que es falso o disimulando lo que es verdadero, es decir que viciará dicho consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. Esta situación puede evidenciarse cuando el proveedor de un producto mediante publicidad engañosa en la página Web, induce a la elección de un bien o servicio afectando los intereses y derechos del consumidor. (Artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor). En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que ha reportado el dolo. (Art. 1474 Código Civil).

3.1.3 LA CAUSA Y EL OBJETO LÍCITO

El objeto lícito conjuntamente con la causa lícita figuran como requisitos de validez del contrato tradicional. Sobre la Causa Lícita, nuestro Código Civil es claro al señalar que no puede haber obligación sin causa real y lícita. La causa es el motivo, la razón por la cual se forma el acto o contrato entre las partes. En tanto que la causa ilícita es la que está prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Para Luis Claro Solar⁷⁰ “el objeto lícito es el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara”.

El objeto⁷¹ que recae sobre la cosa material de acuerdo a la doctrina y al Código Civil⁷² debe ser: real, comerciable y determinada. El objeto es real cuando existe en la naturaleza o se espera que exista a futuro; es comerciable cuando es susceptible de dominio o posesión privada; y, la cosa sobre que versa el objeto es determinada, cuando se especifica su género y cantidad. La cantidad puede ser incierta de tal forma que el acuerdo determine las reglas o contenga datos que ayuden a fijarla.

En el caso que el objeto sea un hecho, se requiere que sea física y moralmente posible. Será físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres y al orden público.⁷³

Esto quiere decir que al tratarse de productos ofertados en la Web y en los que se concierte un contrato electrónico, la causa como motivo de la

⁷⁰ Citado por Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, 1971, p.362.

⁷¹ El objeto de un acto, es el conjunto de derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue. Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, 1971, pp.360-361.

⁷² Artículo 1477 del Código Civil, Tomo I con reformas. Registro Oficial-S 46: 24 de junio de 2005.

⁷³ Artículos 1476 y 1478 del Código Civil, Tomo I con reformas. Registro Oficial-S 46: 24 de junio de 2005.

contratación y el objeto sobre el que recae el contrato, cuando verse sobre bienes tendrá que encontrarse dentro del comercio y estar de acuerdo a la ley para que sea lícito. De similar forma cuando se relacione el acuerdo sobre algún servicio no tendrá que contravenir a la naturaleza y estar permitido por las leyes sin transgredir lo establecido por el orden establecido por el Estado, las buenas costumbres y lo dispuesto en el artículo 1480 del Código Civil.⁷⁴

Dentro de la contratación electrónica, con relación al objeto pueden existir inconvenientes frente a la imposibilidad de no distinguir la verdadera apariencia ni características reales del producto o servicio que se exhibe en el espacio virtual, por ello la importancia que el objeto sea determinado y determinable en el convenio de manera que no afecte la eficacia del contrato y que la parte que adquiere no se sienta perjudicada.

La ilicitud del objeto es otro problema que puede presentarse debido al carácter transnacional de la red de Internet, ya que consiente que personas ubicadas en distintos lugares del mundo puedan comprar y vender objetos restringidos o prohibidos en unos países y permitidos en otros, ocasionando que el contrato no sea válido según las legislaciones de unos países por el objeto sobre el que recae el acuerdo.

Entendiéndose que el contrato electrónico cumple con los requisitos de validez: objeto, causa y capacidad; deberá concurrir el consentimiento de las partes.

Por lo expuesto, la Ley ecuatoriana da validez al contrato electrónico en el que existe un verdadero acuerdo entre las partes sin presencia física de los

⁷⁴ Artículo 1480: Enajenaciones con objeto ilícito: Hay objeto ilícito en la enajenación: 1. De las cosas que no están en el comercio; 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y, 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.

contratantes, que no adolezca de vicios de ningún tipo en su consentimiento, donde existan causa y objeto lícito. Acuerdo que ha de expresarse mediante una voluntad común de las partes de designar como competentes a unos tribunales para conocer de los litigios que surjan de su relación jurídica.

Posteriormente se requiere de la firma electrónica como se indicó antes, previo certificado que asegure la correlación entre una clave y la identidad del titular de ésta.

3.2 PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El momento de perfección del contrato electrónico es el punto crucial que dará vida jurídica al contrato. Para conocer en que consiste el mencionado perfeccionamiento, es importante repasar el artículo 46 de la Ley 67, que dispone, dicho perfeccionamiento se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las Leyes y que las partes acordarán el lugar en donde se hará el perfeccionamiento; la recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no quiere decir que exista aceptación del contrato electrónico, salvo que las partes lo hayan pactado.

El contrato es perfecto de acuerdo a la doctrina civil cuando surte efectos jurídicos, es decir, que el perfeccionamiento se producirá con el mero consentimiento, surgiendo así el verdadero efecto contractual, el vínculo obligatorio, que consiste no sólo en el cumplimiento de lo expresamente pactado, sino en todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.⁷⁵

⁷⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Buenos Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 1974, p.16.

Tratándose de contratos celebrados vía Internet, por medio de la página Web o el correo electrónico al no encontrarse presentes las partes cara a cara de modo simultáneo, es necesario revisar el momento específico en que se forma el consentimiento a través de la oferta y la aceptación, debido a que la Ley No. 67 en el artículo 46 señala que el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades dispuestos en la ley, pero no habla del momento en que se efectúa.

La doctrina⁷⁶ ha planteado cuatro teorías clásicas que gobiernan el momento en que se forma el consentimiento:

1) Teoría de la declaración o de la aceptación, que considera perfeccionado el contrato en el momento en que la aceptación es emitida aunque aquella sea ignorada por el proponente. El consentimiento no se produce por el conocimiento recíproco de las voluntades de los declarantes, sino por el simple acuerdo de las voluntades exteriorizadas;

2) Teoría de la información o del conocimiento, que exige para la perfección del contrato que la aceptación sea recibida por el oferente y además conocida por él. El concurso de voluntades exigido por la ley sólo se produce cuando cada parte sabe la determinación de la otra;

3) Teoría de la expedición, que manifiesta que el aceptante además de emitir la aceptación, la debe enviar al oferente sin necesitar que éste conozca su contenido. Formándose el contrato no en el momento en que la declaración de aceptación se formula, sino desde que el destinatario de la oferta manifiesta su voluntad enviado una carta o correspondencia; y

⁷⁶ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, 1971, pp.326-327.

4) Teoría de la recepción, que señala como suficiente que el oferente reciba la aceptación, aunque no haya llegado a conocerla. El consentimiento se forma cuando la aceptación ha llegado a su destino, sin que sea necesario averiguar si el proponente tomó conocimiento de ella, porque se supone que recibida la aceptación fue leída.

De las cuatro teorías anteriores, nuestra legislación ecuatoriana acoge la teoría de la declaración o de la aceptación, en la que el contrato es perfecto cuando es dada la emisión de la aceptación sin que llegue al conocimiento del oferente; así lo ratifican las siguientes disposiciones:

- a) “El proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación” (Artículo 143 de Código de Comercio).
- b) “Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte sus efectos legales..”. (Artículo 145 del Código de Comercio).

Sin embargo de lo dispuesto por la ley mercantil sobre la perfección del contrato, en cuanto a la teoría de la declaración, por la cual el simple hecho de la aceptación de la oferta determina su perfeccionamiento, actualmente esta teoría carece de practicidad ya que únicamente se refiere al proceso interno de la voluntad del destinatario de la oferta, quedando sujeta al arbitrio del aceptante.

En la práctica, la teoría de la recepción, es utilizada comúnmente para establecer el momento de perfección del contrato, cuando el destinatario del servicio recibe por vía electrónica una notificación del proponente acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, confirmando la recepción del acuse de recibo.

Al constituirse el momento de la perfección del contrato electrónico una de las cuestiones que genera gran inseguridad sobre todo para el receptor, porque puede dudar si es el momento del envío de la aceptación o el de la recepción de la misma, debido a que la acción de hacer clic en la tecla de “Aceptar”, puede tener un significado diferente para cada Estado (aceptación de una oferta del prestador del servicio u oferta de contrato del cliente); o también una parte puede considerar que el contrato ya se ha celebrado, y la otra, de acuerdo con su legislación, comprender que aún no está vinculada por dicho contrato; es fundamental, por todo lo señalado, primero establecer el ámbito de aplicación del contrato, es decir si es nacional o internacional, ya que las normas a aplicar serán diferentes.

Por ejemplo en el ámbito internacional se aplicará la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que acoge la teoría de la recepción, ya que dispone que el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, y ello sucede en el momento en que la indicación del consentimiento llegue al destinatario u oferente.

En el ámbito nacional como se puede apreciar la teoría de la declaración o la aceptación de acuerdo a nuestra normativa vigente, es la que determina el momento de perfección del contrato aunque siguiendo las orientaciones de algunos autores y legislaciones⁷⁷, el criterio aceptado universalmente⁷⁸

⁷⁷ En el código de Comercio de México reformado, en el artículo 80 se acoge la teoría de la recepción: “Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”. De similar forma lo hace el Código Civil argentino, que adopta la teoría de la recepción, al manifestar en el artículo 915 que el contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente, y luego de que la manifestación de la voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce, o hubo de haberla conocido, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro medio útil. Citado por Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Abeledo-Perrot, 2002, p. 195.

aplicable a los contratos celebrados en Internet es el de la teoría de la recepción. Por ésta razón es importante revisar las reglas contenidas en el artículo 11 en el literal b) de la Ley 67, que determinan el momento de recepción de los mensajes de datos a efectos de fijar cuando se entiende recibida la aceptación de la oferta contractual:

“Artículo 11.- Envío y recepción de los mensajes de datos.- Salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes: [...]

b) Momento de recepción del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que ésta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos. [...]

Con el fin de proporcionar certeza del momento exacto en que el mensaje ingresó en el sistema de información del oferente⁷⁸, se puede acudir a los servicios de un proveedor de servicios de certificación para determinar el instante preciso del envío y recepción del mensaje, en concordancia con lo

⁷⁸ Ma. del Pilar Perales Viscasillas, *Formación del Contrato en el Comercio electrónico y Protección de los Consumidores*, Madrid, Editorial La Ley, Septiembre de 2001, p. 453.

⁷⁹ Mariliana Rico Carrillo, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, Colección Libros Homenaje- No. 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2004, p. 404.

estipulado en el apartado 3 del artículo 10⁸⁰ de la Ley UNCITRAL que permite la intervención de un tercero que certifique los datos de el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido un mensaje de datos.

El acuse de recibo por vía electrónica de la notificación del prestador del servicio acusando recibo de su aceptación al destinatario, constituye un medio seguro para establecer y probar el momento no sólo de recepción del mensaje de datos sino de perfección del contrato de acuerdo a la teoría de la recepción, aspecto que debería incluirse en nuestra normativa como formalidad de carácter obligatorio para brindar mayor confianza a los usuarios y consumidores de bienes y servicios de Internet.

Una vez determinado el momento en que se produce el perfeccionamiento del contrato electrónico desde el criterio de la teoría de la recepción y sometido a los requisitos y solemnidades previstos en las Leyes, las partes deberán acordar el lugar en donde se hará el perfeccionamiento, esto es puntualizar el sitio donde se celebra el acuerdo, previo concurso de voluntades de los contratantes que intervienen en el contrato, luego se precisará la competencia de los tribunales de Justicia, determinando la legislación aplicable.

⁸⁰ Artículo 10 - Conservación de los mensajes de datos:

1) Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

- a) que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta;
- b) que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y
- c) que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

2) La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.

3) Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar el requisito mencionado en el párrafo 1), siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1).

3.3 LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El lugar de celebración tiene consecuencias importantes para fijar la competencia de los tribunales, establecer la ley del país a aplicarse, el carácter nacional o internacional del contrato, ya que es común que se involucren diferentes legislaciones, por esta razón señalar el lugar de celebración del contrato electrónico será fundamental incluso para interpretarlo conforme a los usos y costumbres de ese lugar.

La Ley No. 67 en el artículo 46, inciso primero, precisa: “[.....] se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.” El mencionado lugar de perfeccionamiento se refiere al sitio donde se celebra el contrato previamente acordado por las partes, ya que el consentimiento no se forma con la presencia física de los contratantes sino a través del medio electrónico empleado, por lo que no se presume un lugar determinado de celebración del contrato.

El lugar de celebración del contrato es, en primera instancia, el que fijen las partes, determinándose así la jurisdicción aplicable, la misma que se encontrará en una de las cláusulas del acuerdo. La mayor parte de los contratos electrónicos poseen una estipulación a través de la cual las partes acuerdan el sometimiento de este a una específica legislación y jurisdicción, que de manera general es la del vendedor o la del prestador del servicio⁸¹, por lo que el domicilio del oferente debe ser indicado con precisión. Sin embargo resuelto el aspecto de la jurisdicción, en ocasiones puede producir problemas a los consumidores al restringirlos de algunos derechos que señalan sus respectivas legislaciones internas. La tendencia de contratación de consumo,

⁸¹ Mariliana Rico Carrillo, “*El contrato electrónico como fuente de obligaciones*”, Temas de Derecho Civil, Colección Libros Homenaje- No. 14, p. 404.

propone que se acepte el domicilio del consumidor como lugar de celebración, de manera que considere el domicilio del más débil como forma de protección de la parte adherente.⁸²

En forma general, cuando los operadores se encuentran en lugares distintos, se presume que el contrato se celebró en el lugar donde se hizo la oferta.⁸³ Al tratar de conjugar el domicilio virtual con un lugar fijo, algunas propuestas establecen la obligación⁸⁴ de inscribirse en un registro, y fijan el domicilio del oferente en el lugar donde esté registrado, y el lugar de celebración del contrato lo relacionan con el del registro inscrito, regulando así los sistemas de intercambio electrónico para que sean seguros y, por tanto, controlables según parámetros del derecho común.

La Ley No. 67 en el artículo 47 manifiesta que para la identificación de la procedencia de un mensaje de datos, se utilizarán los medios tecnológicos disponibles, y se aplicarán las disposiciones señaladas en esta Ley y demás normas legales aplicables.

En atención al apartado anterior el artículo 11, literal c) de la citada Ley establece el lugar de envío y recepción de los mensajes de datos salvo pacto en contrario, se presumirá que será: “el acordado por las partes, sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica, del emisor y del destinatario. Si no se los pudiere establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos.”

⁸² Ricardo Lorenzetti, *Los Contratos Electrónicos*, , Ediciones Abeledo-Perrot Buenos - Aires, Argentina 2002, p. 201.

⁸³ Modesto Bescós Torres, *Formas contractuales en el Comercio Electrónico*, España, El comercio en la SI ICE, Febrero 2004, No. 813, p. 175

⁸⁴ Proyecto español de Comercio Electrónico; art. 22.

De esta manera, las reglas indicadas orientan a la contraparte sobre la forma como puede determinar el lugar de envío y recepción de un mensaje de datos; mensaje de datos que puede contener la aceptación del destinatario del contrato electrónico fijando así el lugar de celebración sea en el caso de contratos con consumidores o cuando de contratos entre empresas se refiera la oferta del prestador de servicios determinará a través del sitio del giro principal del negocio el lugar de envío del mensaje de datos.

Por su lado el artículo 47 de la Ley 67 también resuelve el problema del lugar de celebración del contrato al manifestar que en caso de controversias, las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el acuerdo, y a falta de ésta, los contratantes se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario. Al respecto el Código de Procedimiento Civil prescribe:

“Artículo 27.- El que no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se lo encuentre”, lo que en el espacio virtual es difícil determinar porque al ser el contrato por medios electrónicos resulta complicado precisar con certeza el lugar donde se encuentran las partes en caso de que no lo hubiesen señalado en el acuerdo, a menos que a través de la tecnología existente se pueda ubicar el sitio donde se encuentra la parte a la que se quiera demandar.

“Artículo 28.- El que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de dichos domicilios exclusivamente, sólo el juez de éste será competente para tales casos.

Artículo 29.- Además del juez del domicilio, son también competentes:

1.- El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación;”.

En los dos artículos antes citados se tendrá que acudir a mecanismos tecnológicos que ayuden a precisar el lugar en donde se encuentra el servidor para establecer de donde provienen las cosas producto del convenio electrónico, y el banco, que registra los ingresos de los pagos por las transacciones o pago electrónico de un específico producto a través de una tarjeta electrónica para poder demandar, respectivamente.

De su parte, la Ley Modelo UNCITRAL en el artículo 15 declara que de no convenir otra cosa las contratantes, un mensaje electrónico se considera enviado en el local donde el remitente posea su establecimiento y recibido en el local donde el destinatario tenga su establecimiento, si tienen más de un establecimiento se tomará en cuenta aquel que guarde relación más estrecha con la transacción subyacente; si no existe una transacción subyacente, se considerará el lugar principal o, en ausencia de éste, su residencia habitual.

En correspondencia con el artículo anterior, y brindando la solución a la determinación del lugar del perfeccionamiento del contrato, el artículo 147 de nuestro Código de Comercio, manifiesta: “Residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”, disposición que en concordancia con la Teoría de la Declaración o Aceptación⁸⁵ señala, que el consentimiento se forma en el lugar en que la aceptación se dio, es decir el lugar donde el destinatario tecleo

⁸⁵ Arturo Alexandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, “Curso de Derecho Civil”, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1971, pp. 326-329.

“Aceptar”, siendo ese el lugar donde se llevó a cabo el perfeccionamiento del contrato.

En conclusión como puede observarse, a falta de acuerdo de las partes sobre el establecimiento del lugar de perfección del contrato, la solución brindada reviste varios matices según sea la naturaleza del contrato, al tratarse del contrato en la modalidad B2C se fijará el domicilio del consumidor y del lugar en donde la aceptación se otorgó, además no se privará al consumidor de la protección que garantiza sus derechos; por el contrario cuando de contratos entre empresas se hable la perfección del contrato se realizará en el domicilio legal del oferente o el que conste en el certificado de firma electrónica o donde tenga el giro de su actividad principal.

3.4 LA FORMA EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Dentro de nuestra normativa es importante establecer que tipo de contratos se puede celebrar por medios electrónicos, tomando en consideración que el derecho que nos rige tiene bases romanistas, en el derecho civil de acuerdo a la formación del contrato se distinguen a los contratos reales, consensuales y solemnes.

El artículo 1459 del Código Civil indica: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil, y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

En cuanto a que el contrato electrónico sea real, solemne o consensual, dependerá del objeto y la forma del mismo, se necesitará en el caso de la compraventa que las partes convengan en la cosa y en el precio⁸⁶.

El contrato real es el que se perfecciona por la entrega de la cosa, así como en los contratos solemnes la ley señala que no se ha producido el consentimiento mientras no se haya conferido la solemnidad, los contratos reales se presume que no se ha producido el acuerdo de voluntades mientras no se haya verificado la entrega de la cosa.

El contrato solemne requiere para su validez, además del consentimiento de las partes, la observancia de ciertas formalidades especiales, de tal manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; no basta del simple consentimiento de las partes, es necesario, además el otorgamiento de la solemnidad respectiva.

El contrato puede ser solemne por voluntad de las partes o por disposición de la ley⁸⁷; existiendo casos en los cuales un contrato consensual puede llegar a ser solemne por acuerdo de las voluntades de las partes.

El contrato es consensual cuando se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, bastando el simple acuerdo producido aún de forma verbal, sin necesidad que se otorgue escrito alguno ya que el consentimiento puede expresarse válidamente de cualquier modo que permita conocer su existencia y producir efectos jurídicos⁸⁸. La forma escrita sirve como medio de prueba para el caso de que se ponga en duda la existencia del contrato. Las partes pueden convenir que en un contrato de compraventa de

⁸⁶ Artículo 1740 del Código Civil.

⁸⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil de los Contratos*, Santiago de Chile, Editorial Zamorano y Caperan, 1976, p. 12.

⁸⁸ Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, Segunda parte, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1932, pp. 13-15.

una cosa mueble no se repute perfecto hasta el otorgamiento de la escritura pública.

En el caso del contrato electrónico el pedido de un bien tangible o mueble puede ser solicitado por vía electrónica a través de un e mail en forma escrita o por medio del Chat en forma verbal, estableciéndose el concurso de la voluntad de las partes a través de la oferta y la aceptación produciéndose el contrato consensual, luego la entrega será realizada a través de los servicios de correo común pudiendo cumplir algunas formalidades por acuerdo de las partes y por exigencia de la ley como es la entrega al consumidor de las copias debidamente suscritas y sumilladas del contrato y todos sus anexos⁸⁹ conjuntamente con el bien objeto del contrato, posteriormente será con la entrega de la cosa podemos decir que se produce el contrato real.

En atención a lo anotado, podemos concluir que de manera general sólo se pueden perfeccionar los contratos consensuales vía electrónica debido a que en diversas legislaciones concurren diferentes exigencias para la realización de los actos jurídicos como sucede en los contratos solemnes y reales por las diversas disposiciones existentes según la legislación de cada país. Y como lo manda el Código Civil en el artículo 1576: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, en el caso de la contratación electrónica, el medio electrónico empleado es el que permite dar a conocer esa voluntad o intención de los contratantes.

Por otro lado, hay algunos contratos donde la ley exige la forma escrita como condición para su existencia y validez, es decir cuando se refiere al

⁸⁹ Artículo 41 de la LODC.

principio de la forma escrita *ad solemnitatem*⁹⁰, cuya omisión trae consigo la nulidad del contrato. Tal y como lo señala el Código de Comercio en los artículos 165 y 166, respectivamente, que cuando las leyes de comercio exigen como requisito de forma del contrato, que conste por escrito, ninguna otra prueba será admisible; y a falta de escritura, el contrato se tiene como no celebrado”. “Si no se exige la escritura como requisito de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso.”

En el ámbito civil en el artículo 1726 en el párrafo primero, del Código de esa materia preceptúa que: “Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América” .

La forma escrita es exigida por seguridad en los actos jurídicos que se realizan, siendo dicha forma desde el punto de vista civil más formalista que la mercantil, sin embargo en la actualidad en la contratación electrónica esta forma escrita es equiparable a la forma electrónica según la Ley 67 en el artículo 6 “Cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que éste contenga sea accesible para su posterior consulta”.

En consecuencia de lo anotado, el contrato consensual únicamente se puede perfeccionar por el medio electrónico a través de la expresión de la voluntad de las partes, no pudiendo ingresar en esta esfera el contrato real ni el solemne como ya se analizó. La forma escrita tradicionalmente exigida por el legislador para la validez de ciertos actos o contratos, hoy por hoy es asimilable

⁹⁰ Mariliana Rico Carrillo, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, Colección Libros Homenaje- No. 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2004, p. 408.

a la forma electrónica por medios o soportes electrónicos de acuerdo al principio de equivalencia funcional que se revisó en el capítulo anterior, cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Defendiendo de ésta manera también el principio de libertad de forma para la celebración de contratos.

3.5 TIPOS DE CONTRATOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Los contratos que podrán ser instrumentados por medios electrónicos, no son precisados por la Ley No. 67 pero el considerando tercero de la referida Ley señala: "...a través del servicio de redes electrónicas, incluida la Internet se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario normarlos, regularlos y controlarlos, mediante la expedición de una Ley especializada sobre la materia."

En este sentido se puede interpretar que los contratos electrónicos determinados por la Ley No. 67 vienen a ser la mayor parte de los contratos carácter civil y mercantil. Sin embargo algunos de los contratos electrónicos más importantes que se presentan como operaciones de comercio electrónico, se confunden muchas veces con tradicionales contratos de compraventa y con otros que requieren de formalidades especiales para que sean totalmente válidos.

Conforme al artículo 1.2 del Real Decreto español 1906/1999⁹¹, de 17 de diciembre “*Sobre los Contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación*”, quedan excluidos del ámbito de aplicación los siguientes contratos:

- Los contratos administrativos
- Los contratos de trabajo
- Los de constitución de sociedades civiles y mercantiles
- Los que regulan relaciones familiares
- Los contratos sucesorios
- Los que se refieren a condiciones reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y obligatoria para los contratantes.
- Los que reflejen disposiciones o principios de Convenios internacionales.

Siguiendo el mismo Decreto también son excluidos de manera parcial los contratos referidos a:

- Servicios financieros: servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, contratos relativos a fondos de pensiones y operaciones a plazo y de opción.

- Los celebrados mediante máquinas o locales automáticos.
- Los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás derechos reales sobre los mismos.

⁹¹ REAL DECRETO 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

- Arrendamiento de bienes inmuebles, sujetos a leyes especiales, excepto los de temporada.

Los contratos mencionados quedarán sujetos a su normativa específica, que establece un nivel de transparencia y de control superior a la contratación electrónica o telefónica ordinaria.

Pero a manera de conclusión la Ley española 34/2002 de 11 de julio de "*Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*", señala en el artículo 23 inciso 4 que los contratos, negocios u otros actos jurídicos en los que la Ley señale para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que necesiten de acuerdo a la Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas se regirán por su legislación específica y no por esa Ley.

Por tanto los contratos antes anotados no podrán ser instrumentados a través de medios electrónicos ya que necesitan de una ley o procedimiento especial para que sean perfeccionados; en el caso de Ecuador ocurre algo parecido, por ejemplo la compraventa de bienes inmuebles necesariamente requiere de la tradición de la cosa, es decir la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, por lo que no es posible realizarlo por medios electrónicos, igualmente en el caso de un contrato de trabajo, dicho acuerdo deberá ser inscrito en la Inspección del Trabajo. En consecuencia considero como un referente válido lo dispuesto en el Real Decreto y Ley españoles sobre los contratos que no pueden efectuarse por medios electrónicos para nuestro ámbito jurídico.

De manera general los contratos que se celebran y ejecutan, de forma íntegra por medios electrónicos, concentrándose en las modalidades de comercio B2C (empresarios y consumidores) y B2B (entre empresarios), son en primer lugar: las telecomunicaciones⁹² y los contratos relativos a bienes o servicios relacionados en forma directa con la Internet o el comercio electrónico, como son los contratos de asignación de nombres de dominio y la transferencia de ellos; los servicios de apertura y mantenimiento de casillas de correo electrónico y páginas Web; servicio de acceso a Internet; la publicidad en Internet por medio de los “portales” y “buscadores”; periódicos, revistas; los shopping centers virtuales o e malls, etc.

Por otro lado, el sector financiero ha desarrollado tecnologías para la prestación de servicios a través de medios electrónicos como es la banca virtual, la misma que permite consultar saldos, realizar transferencias de dinero, ordenar pagos, etc.

Encontramos también contratos electrónicos, en el arrendamiento de obras como la confección de programas de software mediante lenguaje digital; educación o enseñanza a distancia (on line por medio de videoconferencias u off line, por ejemplo a través de programas o textos educativos en forma digital para el usuario); transferencia de tecnología: transferencia de bases de datos; asesoramiento profesional y técnico (jurídico, contable, financiero, etc.).

En los contratos en Internet y sobre todo los que se refieren a la contratación en la modalidad B2C, suelen utilizarse cláusulas generales, que son calificadas por algunos autores como contratos de adhesión a condiciones

⁹² Daniel Hargain, *Ejecución del contrato por medios electrónicos* en Comercio Electrónico, Montevideo-Uruguay, Editorial B de F Ltda., 2003, pp. 168169.

generales de contratación.⁹³ De hecho en algunos sitios Web se encuentran páginas que contienen "Términos o Condiciones Generales de Uso y Contratación", en los cuales, en forma unilateral, se exponen las condiciones de uso de la información, así también establecen condiciones especiales para usar y contratar a través del sitio.

Los contratos de adhesión en primer lugar, son aquellos en los cuales el oferente, fija de antemano todas las condiciones del contrato, y el destinatario sólo puede aceptar lisa y llanamente la oferta preestablecida. La libertad del aceptante queda limitada a la alternativa de admitir o rechazar la oferta.⁹⁴

El contrato de adhesión presenta las siguientes características:

- a) Es de carácter estricto o rígido, en el cual el adherente en ellos nada puede cambiar, como quiera que se hallen establecidos bajo la fórmula de contrato-tipo.
- b) Es general o impersonal, pues van dirigidos al público en general y no se especifica a la persona que se envía la oferta.
- c) Es durable, ya que la oferta sobre la cual se funda se hace por cierto tiempo.

La única particularidad de estos contratos radica en la aceptación en bloque de las condiciones estipuladas de antemano, pero en lo demás, la formación del consentimiento, de oferta y aceptación, el lugar y forma, la eficacia del contrato, etc., se rige por las reglas generales de los contratos, sólo exige que ambas partes consientan en el acuerdo .

⁹³Ricardo Luis Lorenzetti, *Comercio electrónico y defensa del consumidor*, publicado en www.latinlex.com.ar/contenidos/doctrinas/doctrina41.htm.

⁹⁴ Arturo Alexandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovich, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1971, pp. 323-324.

En tanto que las condiciones generales de contratación “son un conjunto de cláusulas o condiciones redactadas en forma previa y unilateral por un persona, natural o jurídica, con la finalidad de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.”⁹⁵

Las condiciones generales que forman parte del contrato tendrán eficacia una vez celebrado el acuerdo entre el oferente y el aceptante.

Por ende se puede decir que los contratos de adhesión a condiciones generales de contratación, son aquellos en los el consumidor tiene la alternativa de aceptar o rechazar la celebración de un contrato electrónico, aceptando íntegramente las condiciones redactadas previamente por el oferente.

Las condiciones generales y la aceptación por parte del consumidor se presentan de tal forma que demuestran que fueron leídas antes de aceptar, de tal suerte que el usuario queda vinculado al contenido de las cláusulas generales al momento de pulsar el botón de aceptar de la página Web visitada en la cual pretende adquirir un bien o servicio, pudiendo presentarse cláusulas que resulten lesivas a los derechos de los consumidores.

Al respecto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor manifiesta en el artículo 43, que son cláusulas nulas de pleno derecho o prohibidas y no producirán efecto alguno, las que:

1. “Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;

⁹⁵ Citado por Carlos Alberto Soto nota 103, *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto* en *Contratación Contemporánea*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2000, p. 412.

2. Impliquen renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación este condicionada al incumplimiento imputable al consumidor
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;
8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,
9. Cualquier otra cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.”

Dentro de la contratación electrónica se consideran prohibidas o más comúnmente llamadas abusivas⁹⁶ las cláusulas que prorrogan la jurisdicción,

⁹⁶ Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que atenten al principio de buena fe como fuente de integración del contrato o las que son negociadas individualmente causen perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Ramón Durán Rivacoba, *Condiciones Generales de la contratación y Cláusulas abusivas* en *Contratación Contemporánea*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2000, p. 470.

las que invierten la carga de la prueba, las que limitan los derechos del consumidor, entre otras⁹⁷.

Los contratos de adhesión a condiciones generales de contratación en la modalidad B2C, deberán regirse a través de la normativa que defiende los derechos de los consumidores, los principios generales del Derecho y de la contratación electrónica; estipulaciones que no deberán ir en contra del orden público, las buenas costumbres y principalmente la buena fe, aspecto que debe prevalecer durante la oferta y aceptación del bien o servicio objeto del contrato.

De tal forma que el consumidor deberá estar suficientemente informado de sus derechos y obligaciones, y tratándose de bienes o servicios a ser adquiridos, usados o empleados por medios electrónicos, el proponente tendrá que dar a conocer sobre todos los requisitos, condiciones y restricciones sobre el bien o servicio (Artículo 50 de la Ley No. 67); ya que en el marco de la contratación electrónica, primero debe existir una correcta información y aceptación por parte del adherente de las condiciones contractuales predispuestas, que van a regir el negocio a celebrar y deberán someterse a las disposiciones de forma establecidas en la Ley. El artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor habla sobre la obligatoriedad de las partes a recibir copias del contrato original en formato físico y que deberá estar redactado con caracteres legibles no menores a un tamaño de fuente diez puntos.

Si la oferta se envía por correo electrónico, las exigencias de información previa y remisión del texto completo de las condiciones generales pueden cumplirse en el mismo acto, pudiendo el consumidor llegar a un acuerdo individual con el oferente en cuanto al precio, fecha de entrega del producto,

⁹⁷ Ricardo Luis Lorenzetti, *Comercio electrónico y defensa del consumidor*, publicado en www.latinlex.com.ar/contenidos/doctrinas/doctrina41.htm.

forma de pago, ley aplicable o ciertas estipulaciones del acuerdo. Por tanto, el destinatario, antes de celebrar el contrato, tendrá que haber leído en la pantalla de su computador las condiciones generales a las que se somete, antes de manifestar su consentimiento y aceptar todas y cada una de las cláusulas del contrato.

En los contratos de modalidad B2B, es decir entre empresarios se presenta no sólo el contrato de adhesión a condiciones generales a través de la página Web, sino también los contratos de libre discusión, ya que cada una de las partes puede contribuir a fijar reglas aplicables al convenio por medio del correo electrónico, Chat o videoconferencia y discutir las condiciones propuestas por la otra.

En el presente subtítulo al determinar que tipo de contratos pueden ser acordados por el medio electrónico, como se ha podido vislumbrar se presentan varias particularidades, ya sea por los procedimientos empleados para su perfección y por las solemnidades que exige la ley, o por la aplicación de regímenes de protección distintos para los contratantes, como sucede en el caso de los contratos entre empresarios y consumidores B2C; por tanto es importante tener presente los principios autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual que poseen los contratantes para elegir el tipo contractual por el cual desean contraer una obligación o adquirir un bien o servicio. El deber de la buena fe tiene que regir desde la presentación de la oferta en la página Web, lo cual impone entre otros deberes, el de información veraz sobre el producto o servicio exhibido y sobre hechos relacionados al contrato que puedan influir en la decisión de aceptar la oferta.

3.6 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Establecidas las obligaciones que genera la contratación electrónica a cada una de las partes, se procederá al cumplimiento de las mismas con la intervención de medios electrónicos de forma total o parcial.

Como ya se trató en el capítulo I, el Comercio electrónico directo, es aquel que se celebra y ejecuta a través de medios electrónicos, especialmente sobre bienes intangibles. En tanto que, si la celebración y la ejecución de los contratos se efectúa de manera parcial por medios electrónicos, por ser bienes tangibles, se denomina el comercio electrónico indirecto. Dentro de estas modalidades de comercio electrónico se encuentra el comercio de bienes y comercio de servicios.

El comercio electrónico de bienes se desarrolla mediante la figura de la compraventa, es decir, la entrega de la cosa por el precio pactado. El pedido y el pago se producen por medios electrónicos, mientras la entrega se cumple por medios físicos para hacerlos llegar a su destino.⁹⁸ Esta modalidad se realiza entre empresas B2B, entre B2C o entre C2C, logrando concertar negocios a través del Internet de manera masiva debido al gran número de visitantes de la red, además de reducir costos operativos para las empresas sin necesidad de efectuar grandes gastos por publicidad, siendo posible también la disminución de personal.

Los consumidores, del mismo modo reciben beneficios porque acceden a una gama más amplia de ofertas, pudiendo comparar entre una y otra, escogiendo el precio que más convenga, obteniendo más información de lo que van a adquirir.

⁹⁸ Un ejemplo de comercio electrónico indirecto, B2B es el que realiza CAMARI en el Ecuador (Comercializadora Solidaria Camari FEPP cía. Ltda.) www.camari.org, en donde el adquirente debe aceptar políticas y condiciones de negociación establecidas en la Web.

En cuanto al comercio electrónico de servicios, es importante remitirnos a la categorización de “comercio de servicios” creada por la Organización Mundial del Comercio en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)⁹⁹.

La mencionada clasificación se basa en aspectos económicos y se refiere a los servicios internacionales que definen el alcance del GATS para regular:

a) Los servicios suministrados del territorio de una parte al territorio de la otra, sin necesidad de que ocurra un desplazamiento del proveedor o del adquirente (Ejemplo: enseñanza a distancia, telecomunicaciones. etc.);

b) Los servicios suministrados en el territorio de una parte a los consumidores de otra, donde le es brindado el servicio (Ejemplo: turismo, tratamiento médico, etc.);

c) Los servicios suministrados por conducto de la presencia de entidades proveedoras de servicios de una parte en el territorio de otra, que constituyen sucursal o filial en el territorio de otro Estado miembro para prestar servicios a los residentes en este último país (Ejemplo: los servicios bancarios, cadenas de restaurantes, etc.) y;

d) Los servicios suministrados por nacionales de una parte en el territorio de otra, es decir, quien brinda el servicio se traslada temporalmente al territorio de quien lo recibe (Ejemplo: proyectos de construcción, servicios de consultoría o técnicos).

De la clasificación descrita podemos conocer cuales son los servicios susceptibles de ser prestados a través del medio electrónico dentro del comercio electrónico. En la primera y tercera categorías se pueden dar

⁹⁹ Organización Mundial de Comercio, *Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los textos legales*, Ginebra, Suiza, 1995, pag. 344.

prestaciones con la intervención íntegra de medios electrónicos, es decir comercio electrónico directo; en las otras dos categorías existirán medios físicos para la ejecución del contrato, comercio electrónico indirecto.

La responsabilidad por la calidad, idoneidad y seguridad de los bienes y servicios¹⁰⁰ que son colocados en la página Web y en general en el mercado es asumida por el vendedor. Tratándose de los servicios, se presume que el proveedor debe ejecutar de la manera más eficiente y diligente su trabajo de servicio al cliente con miras a que se obtenga el resultado que se espera, esta condición se aplica especialmente a los servicios profesionales.

Las condiciones que contempla el Derecho del Consumidor para que exista responsabilidad del oferente, de acuerdo al artículo 71 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor son:

1. Que los defectos del bien sean tales que por ello no sirva para el uso normal o sirva de manera imperfecta.
2. Que los vicios causen daños al consumidor en sus bienes, salud y vida.
3. Que el oferente no haya declarado la existencia del vicio, de haberlo sabido el usuario no se le hubiera pasado por alto.
4. Que el defecto haya existido cuando el bien estuvo en el mercado o en la página Web.

En los bienes y servicios, el comprador tiene derecho a demandar la rescisión del contrato o reducción del precio, además el pago por daños y perjuicios, cuando el bien o servicio que adquiere esté afectado por vicios que impiden o limiten su buen funcionamiento.¹⁰¹

¹⁰⁰Haydeé Alvarado Aillón, *Postgrado con especialidad en Derecho Empresarial*, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005, pp.107-109.

¹⁰¹En concordancia con los artículos 20 y 75 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Para concluir, tanto en el contrato de bienes como en el de servicios existe la obligación de pagar por el precio pactado para el comprador o para quien recibe el servicio, que se efectúa a través de las tradicionales tarjetas de crédito y de débito, las tarjetas virtuales, el dinero efectivo electrónico, los sistemas de micropagos, los cheques electrónicos y el pago por medio de teléfonos móviles.¹⁰² Sistemas de pago en los cuales debe primar la seguridad, ya que es la forma de garantizar fiabilidad y confiabilidad en un sistema electrónico de compras. En la relación contractual entre el comprador y el vendedor de los bienes y servicios comercializados por la red de Internet, es de destacar la normativa sobre la actividad comercial aplicadas a los supuestos que se desarrollan en la red, esto es entre otras las disposiciones de defensa y derechos de los consumidores y legislaciones específicas de contratación a través de Internet, entendiendo que las normas referidas a la firma electrónica y los controles que maneje cada Estado permiten el cumplimiento de las mismas.

“Art. 20.- Defectos y Vicios Ocultos.- El consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, la reposición del bien o la reducción del precio, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan inadecuada o disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad del uso al que habitualmente se le destine, que, de haberlos conocido el consumidor, no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.”

“Art. 75.- Servicios Defectuosos.- Cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado. Además, el proveedor de tales servicios, será sancionado con una multa de cincuenta a quinientos dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar.”

¹⁰² Mariliana Rico Carrillo, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, Colección Libros Homenaje- No. 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2004, p. 412.

CAPÍTULO IV

JURISDICCION EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El contrato electrónico, al efectuarse dentro de un espacio virtual, rompe con el principio de territorialidad en la celebración de los contratos civiles y comerciales, por lo que al presentarse conflictos sobre el objeto, la causa, obligaciones de las partes o la interpretación del mismo, deberá existir una cláusula de sometimiento a una legislación establecida en la misma forma contractual. Pero el problema surge cuando las partes no han estipulado sobre una ley que rija el contrato, presentándose así dificultades al negociar, llevando consigo incluso la no aceptación y realización del acuerdo. Esta problemática debe ser resuelta por la determinación de la competencia de los jueces según sea el caso y por supuesto por el Derecho Internacional Privado.

4.1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA JUDICIAL

La jurisdicción¹⁰³ y la competencia¹⁰⁴ de un contrato electrónico no deben ser exclusivas del Derecho nacional de los países, sino que tiene que tomarse en consideración el Derecho internacional Privado por la concepción tan amplia del mundo de Internet.

¹⁰³ La jurisdicción, es el poder de administrar justicia consistente en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes. Artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

¹⁰⁴ La competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados. Artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

Al efectuarse el comercio en la red, precisar la naturaleza nacional o internacional del contrato no es tan fácil ya que dependerá de la normativa aplicable para establecer la competencia de los tribunales y la ley aplicable. En el evento que el acuerdo sea celebrado entre los contratantes que residen en el mismo domicilio y coinciden el mismo lugar de celebración y cumplimiento del contrato, se puede decir que a pesar de haberse celebrado en Internet, es un contrato nacional o interno, regulado por las normas del país. Bastando con que las partes no lo hayan internacionalizado, sometiendo su regulación a un entorno jurídico diferente del nacional.

Pero, cuando en la contratación existe una conexión entre distintos ordenamientos jurídicos, es importante resolver la competencia de los tribunales que vayan a conocer del asunto y la ley aplicable. En la contratación off line no existiría problema ya que las partes podrían acordar los vínculos jurídicos que se fijarían, no obstante en la contratación on line es cuando pueden surgir controversias.

En primera instancia, el tema de la legislación aplicable sería resuelto por la vía contractual, siendo las partes por la aplicación del principio de autonomía de la voluntad¹⁰⁵, libres de elegir la Ley del lugar o tratado internacional que rija su contrato internacional por ser a quienes incumbe la elección de la jurisdicción como de la legislación.

¹⁰⁵ Principio de Autonomía de la voluntad de las partes y libertad de contratación contenido en el artículo 18 de la Constitución Política del Ecuador y en el artículo 4 de la Ley UNCITRAL que señala: Modificación mediante acuerdo

1) Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del Capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo.

2) Lo dispuesto en el párrafo 1) no afectará a ningún derecho de que gocen las partes para modificar de común acuerdo alguna norma jurídica a la que se haga referencia en el Capítulo II.

La Ley 67 señala en cuanto a la Jurisdicción que “En caso de controversias se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y esta Ley, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario.”

De conformidad con el precepto anterior las condiciones y términos los establecen las partes por su voluntad, sometiéndose a lo señalado por el contrato especialmente cuando se refiere al comercio electrónico entre empresas, porque las cláusulas de elección serán acordadas entre los contratantes, siempre y cuando el objeto del acuerdo sea lícito y no contravenga al Derecho Público ecuatoriano¹⁰⁶, considerando que los efectos de los contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán de acuerdo a las leyes ecuatorianas¹⁰⁷, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa¹⁰⁸. A falta de jurisdicción estipulada los contratantes se sujetarán al Código de Procedimiento Civil a las disposiciones relativas al fuero competente¹⁰⁹, que ya fueron revisadas en el capítulo anterior en el subtítulo del lugar de celebración del contrato; cuando se trate de consumidores se determinará el domicilio del usuario conforme a la Ley Orgánica del Consumidor.

Cuando se refiera al señalamiento de la competencia y jurisdicción de contratos nacionales no se produciría mayor problema por el respaldo en las leyes ecuatorianas, pero al tratarse de contratos de carácter internacional por

¹⁰⁶ Artículo 1505 del Código Civil

¹⁰⁷ Artículo 15 del Código Civil.

¹⁰⁸ Artículo 154 del Código de Comercio.

¹⁰⁹ Artículo 24 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

involucrar a individuos de diferentes ordenamientos jurídicos como ocurre de manera común en Internet, con los contratos de adhesión en sitios Web contenidos por estipulaciones predeterminadas, generalmente sobre la legislación y jurisdicción del vendedor, el consumidor ante la posibilidad de resultar perjudicado en sus derechos, deberá conocer el derecho aplicable al contrato antes de adquirir un producto.

El usuario al realizar compras en páginas Web¹¹⁰ debe asegurarse que la empresa que vende vía Internet sea fácilmente localizable y mejor aun si esta cerca a la ciudad donde vive, esto facilita el inicio de cualquier acción judicial en caso de incumplimiento por parte del vendedor.

El inciso segundo del artículo 47 de la Ley 67 manifiesta que a través de las disposiciones de esa ley y las demás normas legales aplicables, se procederá para la identificación de la procedencia de un mensaje de datos utilizando todos los medios tecnológicos disponibles, recordando que el artículo 11 de ese mismo cuerpo legal expresa en el literal c) que salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son en el caso del lugar de envío y recepción, los acordados por las partes, sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica, del emisor y del destinatario. De no poder establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos, disposición que guarda estrecha relación con lo determinado por el artículo 15.4 de la ley UNCITRAL.

¹¹⁰ Magdalena Vélez Egüez, en: www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Manual.4.htm.anchor#962077anchor#962077

El consumidor, por tanto deberá leer detenidamente en la Web, el nombre de la empresa, domicilio, teléfono, correo electrónico, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil y, en su caso, en cualquier otro Registro Público similar pudiendo de esta manera verificar si los datos de la empresa son correctos.

De igual forma se cuidará que en la propuesta u oferta de venta de productos el vendedor facilite los siguientes datos: Identidad del proveedor, nombre del responsable, representante legal, vendedor, etc., teléfonos, dirección, ciudad donde tiene su residencia habitual la empresa, número de RUC, número de afiliación al Registro Mercantil, o a las Cámaras de la producción, teléfonos, referencias personales, de tal forma que sea mucho más fácil determinar el lugar de envío del mensaje de datos o del portal de Internet.

4.2 NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Conforme al Derecho Internacional Privado, se presentan normas que pretenden armonizar las relaciones jurídicas de las partes en caso de controversias y de no incluir tribunales en los contratos celebrados electrónicamente.

La Convención de Roma del 19 de Junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, es un instrumento que contribuye al establecimiento de la legislación aplicable a falta de ésta entre empresas; y, entre empresas y consumidores.¹¹¹ Excluye determinados tipos contractuales y

¹¹¹ “Artículo 5 - Contratos celebrados por los consumidores:

1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá

aspectos de regulación del acuerdo a través de la libre autonomía de las partes en cuanto a la ley aplicable y obligaciones estipuladas, así como la identificación de los vínculos de ésta ley aplicada en un Estado con la de otro, de manera que en el caso de efectuarse un acuerdo entre empresarios o profesionales, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos con el contrato, es decir que se tomaría en cuenta el domicilio el vendedor o del profesional que presta sus servicios. Cuando los contratos se realicen con consumidores, la elección de la ley aplicable deberá procurar la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual. El consumidor al demandar puede escoger entre su jurisdicción y la vendedor, pero si por el contrario el es demandado se aplicará la ley de su país.

Dentro de los instrumentos internacionales el Ecuador ratificó el 18 de mayo de 1982, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en Montevideo; disposiciones que determinan la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero entre los Estados partes, de tal forma que las diversas leyes que puedan confluir serán aplicadas armónicamente de acuerdo a un trato equitativo.

producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

- Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
- Si la otra parte contratante o su representante hubiera el encargo del consumidor en ese país, o
- Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.”

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.

Estos instrumentos internacionales tratan de solucionar de alguna forma el problema de la falta de ley aplicable, protegiendo en ciertas ocasiones al vendedor y en otras a la parte más susceptible de la contratación, el consumidor.

Pese a lo anotado, es importante tomar en consideración la relevancia del Derecho Público de cada Estado en la contratación, ya que “ciertas actividades comerciales hoy en día están sujetas no sólo al Derecho Privado que regula relaciones entre particulares, sino al Derecho Público que regula relaciones entre particulares y el Estado o las Administraciones Públicas”¹¹², es decir que la forma en que los productos pueden ser vendidos en un determinado país, es decir publicidad, contenido, comercialización, etc., se regulan primero con arreglo a normas de Derecho Mercantil Nacional, para posteriormente ser comercializadas a nivel internacional y su incumplimiento puede conllevar sanciones administrativas e incluso penales, de tal manera que no sólo deben observarse las leyes externas sino principalmente las internas o nacionales.

El oferente que venda sus productos en páginas Web, está obligado a respetar las leyes estatales que rigen el Derecho Público de la economía de los mercados nacionales en los que funcionan su portal, esto es las leyes del país desde el que se puede adquirir el producto, país en cuyo mercado se oferta el producto, de modo que debe sujetarse a todas las leyes de todos los países en cuyos mercados se comercializa un producto.¹¹³

¹¹² Alfonso Luis Calvo C., Javier Carrascosa G., *Problemas de Extraterritorialidad en la Contratación Electrónica* en *El Comercio Electrónico*, Edisofer, Madrid-España, 2001, p.146.

¹¹³ Alfonso Luis Calvo C., Javier Carrascosa G., *Problemas de Extraterritorialidad en la Contratación Electrónica* en *El Comercio Electrónico*, p.147.

De igual forma el vendedor puede delimitar vía Internet el acceso a ciertos productos por parte de consumidores de determinados países evitando que no se quebrante las normas de dichos estados.

Para complementar, a continuación las siguientes propuestas¹¹⁴ para la determinación de legislación aplicable en los contratos electrónicos en los casos en que no exista sumisión expresa:

1. Aplicación de la legislación del vendedor
2. Aplicación de la legislación del comprador, que salvaguarda los derechos del consumidor
3. La creación de normas específicas para Internet que tengan alcance internacional, que se hace presente con la *lex mercatoria* que permite la unificación de reglas entre los agentes económicos para resolver sus conflictos dentro del comercio internacional.
4. Aplicación de forma estricta del sistema de nombres de dominio. De esta manera, la ley aplicable debería ser la del país donde se halle el servidor del que partió la oferta.
5. Aplicación de los convenios internacionales, como ya se trató en este capítulo.

A falta de la fijación de ley aplicable en el contrato, la legislación del vendedor se empleará en los contratos celebrados en la modalidad B2B, es decir en el comercio electrónico entre empresas. En tanto que la legislación del comprador se empleará en todos los contratos electrónicos con los consumidores en la modalidad B2C. Lo fundamental a la hora de establecer la

¹¹⁴ Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Abeledo-Perrot, 2000, p. 853.

legislación aplicable será determinar la modalidad en la cual se realiza el negocio dentro del comercio electrónico.

A lo largo del presente trabajo se ha citado en reiteradas ocasiones al articulado de la Ley modelo UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Comercial Internacional), ley que es de carácter internacional basada en la Lex Mercatoria¹¹⁵ constituyendo un régimen legal modelo que ha permitido la autorregulación de la comunidad internacional del comercio electrónico, considerada como un instrumento¹¹⁶ que puede servir en el ámbito internacional para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan trabas al mencionado comercio electrónico, como en el caso citado anteriormente servirá para determinar la legislación a falta de ésta.

La conclusión evidente, en razón de no existir una legislación uniforme para todos los países conectados a Internet sobre la ley aplicable, consiste en establecer una cláusula específica de sumisión a la legislación del estado en el que consientan los contratantes de acuerdo al principio de autonomía de las partes que no lesione derechos de los consumidores, ni contravenga las normas internas de los Estados.

¹¹⁵ “La Lex Mercatoria, llamada así por la similitud con el derecho mercantil costumbrista que naciera para las relaciones jurídicas del comercio en la Edad Media, especialmente en las Ferias de Flandes, y que funcionaba en forma paralela a la supervivencia del Derecho Romano que regía las restantes relaciones.” Vivién Matteo, *Internacionalidad de los Contratos celebrados por medios electrónicos y determinación de la Ley aplicable a ellos* en Comercio Electrónico, Motevideo-Uruguay, Editorial B. de F. Ltda., 2003, p.176.

¹¹⁶ Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico. Informe de la Sexta Comisión (A/51/168) - Ley modelo UNICITRAL (A51/162), en Internet: <http://www.un.org.at/uncitral>.

Como se indicó, en el contrato debe señalarse los jueces competentes para conocer sobre la controversia surgida, o falta de éste se buscarán métodos alternos de solución de los conflictos.

4.3 VÍAS DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

La resolución de controversias por mecanismos privados que promueven la defensa de los derechos derivados de las obligaciones contractuales electrónicas en los ámbitos nacional o internacional, se puede canalizar de una manera más inmediata que la judicial, esto es por medio de alternativas extrajudiciales: el arbitraje y la mediación.

4.3.1 EL ARBITRAJE

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el que las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrativo que se conformaren o por árbitros independientes designados para conocer dichas controversias.¹¹⁷

Es un procedimiento que guarda las formalidades de un juicio: demanda, contestación a la demanda, términos de prueba concluye con un dictamen que se denomina laudo arbitral que equivale a la sentencia, que es de resolución obligatoria. Existen dos clases de árbitros: en derecho que comúnmente son abogados y en equidad generalmente concedores de la materia que se discute.

¹¹⁷ Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación, Ley 000, Registro Oficial 145 de 4 de Septiembre de 1997.

En materia de comercio electrónico, el artículo 47 de la Ley 67, en su inciso tercero dispone: "Cuando las partes pacten someter las controversias a un procedimiento arbitral, en la formalización del convenio de arbitraje como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje."

Este enunciado pone de manifiesto el interés por la resolución extrajudicial de conflictos a través de medios electrónicos o telemáticos, cuyo objetivo primordial será la celeridad y la eliminación de gastos de desplazamientos; en los términos que establezca la norma específica, tratándose de Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación.

La solución arbitral debe estar estipulada en el contrato, fijándose las materias a ser sometidas a arbitraje, el procedimiento, la calidad y forma de designación de los árbitros, que en éste caso deberán estar familiarizados con las prácticas de comercio electrónico y las tecnologías.

Al plantear el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación que el convenio arbitral debe figurar por escrito, surgiría un problema para la formalización de dicho documento al emplearse medios electrónicos, no obstante se facilita la prueba de la existencia de dicho convenio arbitral y se protegería a ambas partes, asegurando la existencia de una voluntad libre e inequívoca, de acudir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias entre las partes.

La formalidad de que el convenio arbitral conste por escrito, se cumpliría según el criterio de la equivalencia funcional previsto en el artículo 6 de la Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico internacional, siempre que la

información que contiene el mensaje de datos sea accesible para su posterior consulta, en concordancia con la Ley 67, artículo 6.

En los contratos de adhesión, la voluntad de someterse a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente, por ser el arbitraje un acuerdo voluntario, en el que las partes son libres para convenir en el empleo de las formas electrónicas para su realización según el principio de libertad de contratación vigente en el comercio electrónico.¹¹⁸

A nivel internacional el procedimiento arbitral está reglado por la Convención de New York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, la Convención de Panamá de 1975, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y por supuesto el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Industrial), organismo competente para conocer y solucionar los conflictos del uso de nombres de dominio en Internet, a través del denominado arbitraje on line.

4.3.2 LA MEDIACIÓN

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.¹¹⁹

La diferencia con el arbitraje, es que en la mediación hay un propósito de mayor profundidad para conseguir que las partes alcancen un acuerdo. La

¹¹⁸ Mariliana Rico Carrillo, *Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Internet: Una solución a la luz del Derecho Internacional Privado* en Temas de Derecho Internacional Privado, Colección Libros Homenaje- No. 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2003, p. 744.

¹¹⁹ Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación, Ley 000, Registro Oficial 145 de 4 de Septiembre de 1997.

intervención de un tercero- el mediador- animará y propondrá una solución para ayudar a las partes a decidir los mejores logros.

La mediación puede utilizarse como un instrumento de solución de conflictos de carácter confidencial, sin que llegue a entablarse un proceso judicial o como una etapa dentro de un juicio arbitral. Las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo.

Una vez iniciada la mediación, al considerar que las alternativas de solución no convienen a los intereses de alguna de las partes no se firmará acuerdo alguno, evento en el cual se suscribirá un acta de imposibilidad, quedando expedita la vía judicial. De firmar las partes el acuerdo se obligan a acatarlo. Caso contrario su cumplimiento puede ser conminado con la intervención del juez ordinario, sin necesidad de que se discuta nuevamente el derecho y sin que el acuerdo alcanzado por las partes pueda ser impugnado por ellas.

De no existir una solución por la vía de la Mediación se recurrirá al Arbitraje, de manera que se evite asistir a un tribunal judicial.

La autoridad encomendada de efectuar procedimientos de mediación internacional sobre tópicos específicos es el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI¹²⁰ que mantiene un servidor Web sobre comercio electrónico¹²¹.

La Asociación Americana de Arbitraje¹²², también resuelve gran variedad de controversias a través de la mediación, arbitraje, elecciones y otras formas de solución de disputas fuera de los tribunales ordinarios, ofreciendo un foro

¹²⁰ <http://www.wipo.org/>

¹²¹ <http://ecommerce.wipo.int/>

¹²² <http://www.jurisint.org/es/ctr/9.html>

para las audiencias a través de 38 oficinas en Estados Unidos y 2 Centros Internacionales en Dublín y Nueva York.

La AAA asesora en el diseño del arbitraje para corporaciones, sindicatos, agencias gubernamentales, bufetes de abogados y a tribunales, cumpliendo un papel instrumental en establecer sistemas de arbitraje que puede utilizar una variedad de técnicas de resolución de disputas, principalmente en casos de empleo, consumo, tecnología, cuidado de la salud, bancarrota, servicios financieros, contabilidad, comercio internacional, acciones de clase, etc.

La OMC¹²³ (Organización Mundial de Comercio) tiene su propio organismo para arreglo de diferencias, sea para asistir consultas o para anteponer disputas entre sus miembros relativas a sus derechos y obligaciones bajo las provisiones del Acuerdo que establece el comercio mundial.

Las conciliaciones y procedimientos de mediación son realizados de forma voluntaria con el fin de alcanzar un acuerdo. La disputa durante estos procedimientos debe ser confidencial y sin perjuicio de los derechos para cada parte en cualquier procedimiento futuro.

En el Ecuador, el CIAM¹²⁴ es el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación creado en el año 2006 como resultado de una alianza entre la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano - Británica, y la Cámara de Industriales de Pichincha, ofrecen a la comunidad ecuatoriana e internacional, la posibilidad de acceder a un sistema de resolución alternativa de conflictos.

El arbitraje y la mediación constituyen herramientas alternativas para la resolución de conflictos, mecanismos que actualmente son utilizados de forma

¹²³ <http://www.wto.org/anniv./econ.htm>

¹²⁴ http://www.ciam.org.ec/Preguntas_Frecuentes_es.htm

frecuente por las empresas y las personas naturales que pretenden solucionar sus controversias no sólo en materia comercial y en el caso específico que trata este trabajo en comercio electrónico sino también en otros ámbitos como el ambiental, laboral, tributario, etc. De ahí que la imparcialidad de los tribunales de arbitraje y mediación en materia comercial, deben responder no sólo a los intereses comerciales de las grandes empresas transnacionales, sino a los derechos irrenunciables de los Estados y de las personas, de tal forma que ésta práctica alternativa pueda reemplazar a la justicia ordinaria a efectos de acortar los tiempos de resolución de los conflictos pero sin dejar de garantizar la defensa y derechos de las partes, al emitir los tribunales arbitrales fallos inapelables que vayan en detrimento de los más débiles. De ésta manera los contratantes tienen en sus manos la opción de solucionar sus controversias derivadas de las obligaciones contractuales electrónicas en los ámbitos nacional o internacional por medio de la mediación, el arbitraje o la justicia común.

CONCLUSIONES FINALES

- Para la presente tesis, las modalidades que comúnmente se utilizan por medios electrónicos son los contratos B2B (entre empresarios) y B2C (entre empresarios y consumidores) acuerdos que abarcan varias actividades dentro del comercio electrónico, haciéndose necesario el tener presente el régimen de protección para cada parte, es decir definir mecanismos legales que permitan tanto al consumidor como al vendedor hacer respetar sus derechos y cumplir las obligaciones inherentes a cada uno, protección que debe ser garantizada tanto para los prestadores de bienes y servicios en general como para los usuarios o consumidores en especial, en similares condiciones de confianza y seguridad que ha brindado desde épocas pasadas el comercio tradicional.
- La determinación del lugar en donde se encuentra cada contratante y su identificación, así como el sitio del establecimiento del prestador de servicios, constituyen aspectos fundamentales dentro del comercio electrónico, por ende el desarrollo de la tecnología y de las leyes deben permitir que esta identificación sea confiable, segura y permanente, de tal forma que el consumidor pueda en primera instancia tener acceso a esa tecnología y luego pueda sentirse protegido por ella; se debe tender a una legislación uniforme con estándares mínimos que aseguren una visión armónica o uniforme a nivel internacional independientemente de la ubicación geográfica o jurisdiccional, así también se debe trabajar en

sistemas de certificación electrónica de sitios y de personas en medios electrónicos.

- Así mismo, la seguridad en las transacciones comerciales por Internet debe ser avalada por mecanismos sencillos, ágiles y fiables de pago para el fomento del comercio electrónico brindando certidumbre al consumidor respecto del cumplimiento de obligaciones contraídas por los prestadores de bienes y servicios a través de medios electrónicos, debiendo ser obligación de los proveedores de servicios, el suministro de información necesaria acerca del nivel seguridad y de las limitaciones del riesgo producido por el empleo de sistemas de pago fraudulentos o no autorizados, dando a conocer también sobre la corresponsabilidad entre el proveedor y el emisor de tarjetas de crédito, o el reembolso respectivo, en este sentido los sellos de confianza promueven el cumplimiento de la privacidad de la información de los consumidores proporcionando mayor confianza y credibilidad en las actividades comerciales y transaccionales realizadas por Internet, reduciendo con ello la percepción de inseguridad y desconfianza en los consumidores.
- Los costos de conexión a Internet y acceso a dichos equipos deberían estar a disposición de la gran parte de ecuatorianos, con la instalación de infraestructuras modernas de telecomunicaciones por parte del Estado, de manera que todos podamos realizar transacciones comerciales y prestar servicios por medio de esta gran red que permite interactuar a personas ubicadas en distintos puntos del mundo, alentando no sólo al consumidor común sino a pequeñas y medianas empresas a adoptar el comercio electrónico como un mecanismo que permita desarrollar el

mercado y por tanto la economía del país, por tanto a través del uso generalizado de las TICs (Tecnologías de Información y Comunicación) se logrará un mejor aprovechamiento de las oportunidades comerciales y los métodos de negocios generados con la implementación adecuada de las tecnologías en la actividad mercantil, siendo los creadores de políticas públicas sobre esta materia los primeros en velar que no se trasladen costos adicionales a los ciudadanos para que puedan beneficiarse del uso de las tecnologías.

- La validez del contrato electrónico se encuentra amparada por normas de carácter nacional e internacional, como son: la Ley de Comercio electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de datos; la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y convenios internacionales como la Convención de Viena de la cual forma parte el Ecuador, sin existir normativa de carácter comunitario a nivel de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) hasta el momento, por lo que sería importante que la Secretaría General de la CAN cree un régimen de armonización mínima en el tratamiento de los contratos vía electrónica, especialmente a lo que a servicios transfronterizos se refiere, reconociendo en una Decisión andina los ordenamientos propios de cada país que conforman la CAN e incentivando a los países con menor desarrollo en comercio electrónico a su práctica regular con mecanismos que puedan contribuir a mejorar las legislaciones locales.
- Tanto la oferta electrónica realizada vía e mail o correo electrónico, Chat, videoconferencia como la aceptación dentro del contrato electrónico cumplen un rol relevante al expresar la voluntad de los

contratantes, haciéndose imprescindible que la figura del acuse de recibo de la notificación del prestador del servicio manifestando su aceptación al destinatario, constituya parte de la perfección del contrato en nuestra legislación como formalidad de carácter obligatorio para brindar mayor confianza a los usuarios y consumidores de bienes y servicios de Internet, ya que esta figura no se encuentra reconocida dentro de la Ley 67 ni dentro de la ley mercantil, como se analizó en el presente trabajo.

- Como se ha señalado en páginas anteriores, el contrato electrónico es instrumentado por uno o varios mensajes de datos, de ahí la importancia de la integridad al ofrecer la seguridad que garantiza que el mensaje de datos no ha sido alterado, dicho nivel de protección en las redes se ha logrado gracias a la firma electrónica y los certificados electrónicos o digitales que son expedidos por las Entidades de certificación. Lamentablemente las Entidades de certificación acreditadas, no pueden cumplir su función de emitir certificados de firma electrónica en el Ecuador, debido a las altas garantías bancarias que deben depositar al CONATEL para que puedan actuar, haciendo que el uso de firmas electrónicas y sus respectivos certificados, a cinco años y medio de haberse publicado en el Registro Oficial la Ley de Comercio, Firmas electrónicas y Mensajes de datos, todavía no sea una realidad que la podamos palpar. La decisión política por parte de las autoridades competentes para solucionar esta dificultad que impide el correcto desarrollo del comercio electrónico en el Ecuador, debe ser inmediata porque de lo contrario el “Reglamento para la Acreditación y Regulación

de entidades habilitadas para prestar servicios de certificación de Información y servicios relacionados”, viene a convertirse en letra muerta.

- Debería la Organización de las Naciones Unidas conformar una comisión especializada que promueva la creación de una red transfronteriza de organismos que garanticen los derechos del consumidor, árbitros en caso de litigio entre consumidores de un país y prestadores de servicios establecidos en otro distinto, lo cual supondría, un sistema más simple, eficaz y económico que la vía judicial. A nivel mundial, no se ha dictado una legislación que regule con certeza el concepto de localización de una sede social tan importante al momento de dirimir un conflicto internacional de Comercio Electrónico.
- Para que los usuarios dentro del territorio nacional, que adquieren bienes y servicios en la red se sientan representados por un núcleo que participe activamente en las decisiones que conciernen o afecten a los consumidores en esta materia, y que además demanden a su nombre prácticas que vayan en su contra, debería conformarse una Asociación de consumidores de productos y servicios por Internet, puesto que ya lo han hecho países más avanzados en estas prácticas, como España.
- La desmaterialización de documentos y la conservación de datos al encontrarse amparadas tanto por la Ley No. 67 como por su reglamento, debería convertirse en una práctica común especialmente para la concreción de los negocios y acuerdos nacionales e internacionales, no sólo entre empresas sino también para los consumidores que requieren desmaterializar documentos para efectuar transacciones de bienes

inmuebles de forma ágil y confiable, sin tener que esperar la llegada de dichos instrumentos por los medios tradicionales, de ahí la necesidad imperativa de la difusión de medios tecnológicos que consientan en primer lugar el uso de la firma electrónica, segundo el establecimiento de mecanismos que permitan el fácil empleo de la firma electrónica por parte de los funcionarios competentes y tercero la capacitación para quienes según la ley tengan por medio de su firma electrónica certificar operaciones de desmaterialización.

- En toda transacción comercial por medio de Internet, la protección de las partes es primordial, el consumidor debe recibir del oferente toda la información sobre lo que va a adquirir de forma clara, precisa y satisfactoria, pero también tiene la responsabilidad de concurrir a la página Web en la cual figuran los términos y condiciones a las que se va a someter, como un paso fundamental antes de aceptar la oferta, para evitar futuros inconvenientes sobre el producto o servicio ofertado y pérdidas de tiempo y dinero.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, Registro Oficial No. 977: 28 de junio de 1996.
2. Alessandri R. Arturo, Somarriva U.Manuel, Vodanovich Antonio, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1971.
3. Alvarado Aillón Haydeé, *Postgrado con especialidad en Derecho Empresarial*, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005
4. Angarita Nelson Remolina, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Volumen I, Universidad de Los Andes, Impreso en Colombia, Giro Editores Ltda., septiembre de 2006.
5. Barros Errázuriz Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Segunda parte, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1932.
6. Bescós Torres Modesto, *Formas contractuales en el Comercio Electrónico*, España, El comercio en la SI ICE, Febrero 2004, No. 813.
7. Botana García Gema, *Noción de Comercio Electrónico en Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, Madrid, Editorial La Ley, 1era edición, 2001.
8. Cabanellas Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomos I y II, Buenos Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 1974.
9. Calvo C. Alfonso Luis, Carrascosa G. Javier, *Problemas de Extraterritorialidad en la Contratación Electrónica en El Comercio Electrónico*, Edisofer, Madrid-España, 2001.
10. Carrasco Blanc Humberto Rolando, *Derecho e Informática en el Nuevo Milenio*, Santiago de Chile, Editorial La Ley, Septiembre del 2000.

11. Código Civil, Tomo I, con últimas reformas 2005, Registro Oficial 46: 24 de junio de 2005.
12. Código de Comercio, Registro Oficial 1202: 20 de agosto de 1960.
13. Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No. 1: 11 de agosto de 1998.
14. Convenio de Berna para la protección de Obras literarias y Artísticas, Registro Oficial No. 844: 2 de enero de 1992.
15. Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, BOE del 19 de julio de 1993.
16. Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional del 11 de abril del año 1980, Registro Oficial No. 153: 25 de noviembre de 2005.
17. Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, Registro Oficial No. 10: 27 de septiembre de 1947.
18. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Registro Oficial No. 885: 3 de marzo de 1998.
19. Convención Universal sobre Derechos de Autor, Registro Oficial No. 847: 7 de enero de 1992.
20. Dávara Rodríguez Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, España, Editorial Arazandi, septiembre de 2001.
21. Decisión Andina 351 sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Registro Oficial No. 366: 25 de enero de 1994.

22. Durán Rivacoba Ramón, *Condiciones Generales de la contratación y Cláusulas abusivas en Contratación Contemporánea*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2000.
23. Espinoza Céspedes José Francisco, *Contratación Electrónica, Medidas de Seguridad y Derecho Informático*, Lima –Perú, Editorial RAO, 2000.
24. Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico. Informe de la Sexta Comisión (A/51/168) - Ley modelo UNICITRAL (A51/162), en Internet: <http://www.un.org.at/uncitral>.
25. Hargain Daniel, *Ejecución del contrato por medios electrónicos en Comercio Electrónico*, Montevideo- Uruguay, Editorial B de F Ltda., 2003
26. Hocsman Heriberto Simón, *Negocios en Internet*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.
27. Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 145 de 4 de Septiembre de 1997.
28. Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Corporación de Estudios y Publicaciones, publicada en el Registro Oficial No. 557 de 17 de abril de 2002, Quito- Ecuador.
29. Ley de Propiedad Intelectual, Tomos I y II., Registro Oficial 320: 19 de mayo de 1998.
30. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución aprobada por la Asamblea General en su 85ava sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996 (A51/162).

31. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial 116: 10 de julio de 2000.
32. Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela, Decreto- 1024 de 10 de febrero de 2001, publicado en la Gaceta Oficial No. 37.148 de 28 de febrero de 2001.
33. Ley 527 de Colombia de 18 de agosto de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los Mensajes de datos, del Comercio Electrónico y de las Firmas Digitales, y se establecen las entidades de certificación.
34. Loredó A. Alejandro, *Contratos Informáticos y Telemáticos, Comercio Electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana* en <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=3926>.
35. Lorenzetti Ricardo Luis, *Comercio electrónico y defensa del consumidor*, publicado en www.latinlex.com.ar/contenidos/doctrinas/doctrina41.htm.
36. Lorenzetti Ricardo, *Los Contratos Electrónicos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Abeledo-Perrot, 2002.
37. Lorenzetti Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Abeledo-Perrot, 2000.
38. Martínez Nadal Apolonia, *Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de certificación*, España, Civitas Ediciones, Tercera edición, 2001.
39. Matteo Vivién, *Internacionalidad de los Contratos celebrados por medios electrónicos y determinación de la Ley aplicable a ellos* en Comercio Electrónico, Montevideo-Uruguay, Editorial B. de F. Ltda., 2003.

40. Organización Mundial de Comercio, *Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los textos legales*, Ginebra, Suiza, 1995
41. Pardini Aníbal A., *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Ediciones la Roca, 2002.
42. Peñaranda Quintero Héctor Ramón, *Iuscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática*, Maracaibo-Venezuela, Fondo editorial para el Desarrollo de la Educación Superior (FEDES), 2001.
43. Perales Viscasillas Ma. del Pilar, *Formación del Contrato en el Comercio electrónico y Protección de los Consumidores*, Madrid, Editorial La Ley, Septiembre de 2001.
44. Real Decreto 1906/99, de 17 de diciembre. Regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. RCL 1999, 3260.
45. Reglamento de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, Decreto Ejecutivo 508. Registro Oficial No. 120: 1 de febrero de 1999.
46. Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Registro Oficial 735: 31 de diciembre de 2002.
47. Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Decreto Ejecutivo 1311, Registro Oficial 287: 19 de marzo de 2001.
48. Rico Carrillo Mariliana, *Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Internet: Una solución a la luz del Derecho Internacional Privado* en Temas de Derecho Internacional Privado, Colección Libros Homenaje- No. 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2003

49. Rico Carrillo Mariliana, *El contrato electrónico como fuente de obligaciones* en Temas de Derecho Civil, Colección Libros Homenaje- No. 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2004
50. Rico Carrillo Mariliana, *La Aplicación de Técnicas Informáticas en el Campo del Derecho Procesal* en Temas de Derecho Procesal, Colección Libros Homenaje- No. 10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2003.
51. Soto Carlos Alberto, *Contratación Contemporánea-Teoría General y Principios*, Bogotá Colombia, Editorial Temis S.A., 2000.
52. Torres Chávez Efraín, *Breves Comentarios a la Ley de comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, Quito-Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones 2002.
53. Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre Derechos de Autor, Registro Oficial No. 711: 25 de noviembre de 2002.
54. Vargas Gómez Urrutia Marina, *Protección Internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico* en Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores, Madrid, Editorial La Ley, 1era edición, 2001.
55. Vélez Egüez Magdalena, en:
www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Manual.4.htm.anchor#962077anchor#962077.

PÁGINAS WEB VISITADAS:

1. <http://ecommerce.wipo.int/>

2. http://www.ciam.org.ec/Preguntas_Frecuentes_es.htm
3. <http://www.jurisint.org/es/ctr/9.html>
4. <http://es.wikipedia.org/wiki/Spam>.
5. <http://www.wipo.org/>
6. <http://www.wto.org/anniv./econ.htm>