

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO

*"EL ROL NORMATIVO DEL ESTADO ECUATORIANO
EN LA ECONOMÍA DIGITAL: ASPECTOS DE
CONTRATACIÓN TELEMÁTICA"*

Jacqueline Guerrero Carrera

2006

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 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.

.....
Jacqueline Guerrero Carrera
Fecha

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO**

***“EL ROL NORMATIVO DEL ESTADO ECUATORIANO
EN LA ECONOMÍA DIGITAL: ASPECTOS DE
CONTRATACIÓN TELEMÁTICA”***

Jacqueline Guerrero Carrera

Tutor: Dr. Gastón Velásquez

Quito

RESUMEN

El propósito del presente trabajo intitulado *El rol normativo del estado ecuatoriano en la economía digital: aspectos de contratación telemática*, guarda relación con la necesidad real y actual de analizar el papel que desempeña el Estado como responsable de generar un adecuado marco normativo general y específico, que impulse las actividades de comercio electrónico y de contratación telemática en particular, sobre la base de su responsabilidad de promotor de las condiciones económicas, políticas y sociales así como catalizador de la iniciativa privada a través de lineamientos, políticas y programas.

En concordancia, los objetivos planteados abarcan el análisis sucinto de los conceptos de Economía Digital y Comercio Electrónico, en los que se enmarca el de contratación telemática, tema central de la investigación; la comprensión clara de las particularidades y connotaciones propias de aquella modalidad de contratación que emplea medios telemáticos para su celebración; y la reflexión sobre el panorama normativo ecuatoriano aplicable y la perspectiva a futuro del Estado en este contexto.

La tesis se desarrolla a lo largo de tres capítulos que permiten abordar el tema desde su panorama más amplio para centrar y ubicar la temática específica que será objeto de análisis final con miras a absolver la pregunta central planteada. Así en el primer capítulo se hace un breve desarrollo de los temas de economía digital y comercio electrónico, que sirven como introducción para el contenido específico de la contratación telemática que se trata en el segundo capítulo y en conjunto permiten ir decantando los aspectos fundamentales del tercer capítulo que muestra un recorrido por el panorama del ordenamiento jurídico de la contratación telemática en el Ecuador.

ABREVIATURAS

CE	Comercio Electrónico
TIC	Tecnologías de información y comunicación
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo
OCDE	Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico
B2B	Business to Business (Negocio a Negocio)
B2C	Business to Consumers (Negocio a consumidor)
B2A	Business to Administration (Negocio a Administración)
C2A	Consumers to Administration (Consumidor a Administración)
CNUDMI/ UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CAN	Comunidad Andina de Naciones
LEY-67	Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos de Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 557 de 17 de abril de 2002.
Convención de Viena	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compra venta internacional de mercaderías.
Comunicaciones Electrónicas	En los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, por comunicación electrónica se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.
CONATEL	Consejo Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador
SI	Sociedad de la Información

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	6
Capítulo I: Economía Digital.....	10
1.1. ¿De qué se trata?.....	10
1.2. Comercio Electrónico: el nuevo paradigma de la Economía Digital.....	15
1.3. Incidencias del Comercio Electrónico y las TIC´s en el ámbito jurídico. Iniciativas globales y regionales.....	21
Capítulo II: Contratación Telemática.....	28
2.1. Generalidades.....	28
2.2. El ciclo contractual de la contratación telemática.....	32
2.2.1. De la formación del consentimiento.....	34
2.2.2. De la formalización.....	48
2.2.3. Del pago y la entrega.....	51
2.3. Validez Jurídica de la contratación telemática.....	52
Capítulo III: El ordenamiento jurídico de la contratación telemática en el Ecuador.....	56
3.1. La caracterización del Estado Social de Derecho ecuatoriano.....	
3.2. Marco legal nacional ley aplicable a la contratación telemática.....	
3.3. La necesidad de un marco legal adecuado: ¿Qué y quién debe normar y regular?.....	
Conclusiones.....	
Bibliografía.....	
Anexos.....	

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, en lo que para los profesionales del Derecho podría entenderse como una herejía, desde la comodidad de nuestra oficina o de nuestra casa, sin movernos y sin importar la hora, podemos celebrar un contrato con tan solo pulsar un botón o hacer un clic. Esta apología de la contratación, virtud de la modernidad y el avance tecnológico, constituyen objeto de breve análisis que se refleja en el presente trabajo. El contexto es el entorno ecuatoriano y su base normativa, que se vio enriquecida en abril de 2002 con la promulgación de la *Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos*, misma que ha servido, al menos, para llevar a la palestra temas de connotado interés general.

Sin lugar a dudas, el avance tecnológico y sus infinitos recursos constituyen hoy en día un elemento esencial del progreso humano, teniendo incidencia en casi todos los aspectos de la vida de las personas. La transformación y cambios en las formas de producción e incluso en las relaciones de los actores sociales, han permitido hablar del surgimiento de una nueva economía: *la digital*, caracterizada por elementos de inmediatez, desintermediación y una actitud básicamente pro consumidor. En este contexto cobra auge el denominado *comercio electrónico* que tiene como una de sus manifestaciones relevantes a la *contratación electrónica*.

El paradigma actual gira en torno a las redes que integradas con la informática permiten hablar de un elemento telemático, al amparo del cual se desarrolla toda una teoría de contratación en lo que se conoce como la *contratación telemática*, misma que si bien en el Ecuador es objeto de una regulación específica y determinada, genera múltiples interrogantes y desafíos.

CAPITULO I ECONOMÍA DIGITAL

1.1 ¿DE QUÉ SE TRATA?

“Cuando el más apartado rincón del globo haya sido técnicamente conquistado y económicamente explotado; cuando un suceso cualquiera sea rápidamente accesible en un lugar cualquiera y en un tiempo cualquiera; cuando se puedan “experimentar” simultáneamente el atentado a un rey en Francia y un concierto sinfónico en Tokio; cuando el tiempo sea sólo rapidez, instantaneidad y simultaneidad, mientras que lo temporal entendido como acontecer histórico haya desaparecido de la existencia de todos los pueblos; cuando el boxeador rija como el gran hombre de una nación; cuando en número de millones triunfen las masas reunidas en asambleas populares, entonces, justamente, entonces, volverán a atravesar todo ese aquelarre, como fantasmas, las preguntas: ¿Para qué?, ¿hacia dónde? ¿y después qué?”

Martin Heidegger, Friburgo, 1935.¹

Pretender dilucidar de lo qué se trata la economía digital, supone un primer y elemental reto, el de conceptualizar este actual y trascendente tema. Alcanzar el cometido implica abordarlo desde los principales enfoques, partiendo por el económico, pero sin dejar de lado el sociológico, el tecnológico, el cultural, etc. En cualquier caso, el punto de partida es la noción básica de economía, entendida más allá del conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de los individuos o de la colectividad, como un orden orgánico - funcional que en el caso de la economía digital se origina en las nuevas interrelaciones de individuos e instituciones, que traen consigo los medios electrónicos.

Citar tópicas afirmaciones como la incorporación de tecnologías de información en actividades transaccionales entre empresas, empresas y clientes o proveedores, entre personas, empresas y el gobierno; o la satisfacción de las necesidades digitales de la sociedad y los individuos; o el apareamiento de nuevas estructuras organizacionales basadas en el conocimiento de sus empleados y clientes, es decir en el predominio del capital intelectual sobre el capital físico; es hacer referencia a un mismo concepto: *economía digital*; misma que

¹ Cita realiza por Enrique del Percio, en su obra “Building the Empire Satate? Dinero, representación poder en el nuevo escenario mundial”, *Carta de América Revista de Cultura y Política Iberoamericana*, s.f., Pág. 1.

puede entenderse como aquella que se basa en la interconexión de la inteligencia humana y en la que “la riqueza se crea al aplicar el conocimiento”² y el know how es el generador del progreso y bienestar.

Sin embargo, es preciso analizar la relación sociedad – tecnología que da origen a la sociedad cognitiva y al tercer estado de evolución de la sociedad³, así como el impacto social y cultural del paradigma tecnológico. Los avances alcanzados han llevado a expresar que las tecnologías de la información y comunicación están redefiniendo parte de los patrones conductuales que regulan la interacción social y en función de que el tiempo y el espacio, han dejado de ser dimensiones restrictivas en el comportamiento de las personas, las empresas y el gobierno, llegando incluso a considerar que los medios tecnológicos constituyen un medio para alcanzar el desarrollo humano.⁴

A decir de muchos autores, desde una óptica sociológica la economía digital no se limita o restringe al impacto del empleo de equipos, tecnología, redes o Internet, en la vida de las personas, sino que implica una nueva forma de interacción de los individuos en un contexto de interrelación sociedad - tecnología, que dan como resultado una transformación eminentemente social y cultural, así como una redefinición de los principios económicos en

² Don Tapscott, *La Economía Digital*, trad. Magali Bernal Osorio, Colombia, McGraw-Hill, 1997, Prefacio.

³ En términos de Enrique del Percio, la sociedad global se desarrolla en el tercer escenario y se fundamenta en una solidaridad orgánica que guarda relación con el interés que une a un sujeto con otro; en este contexto el reto del derecho es abarcar la complejidad de la nueva sociedad en sí misma. Enrique del Percio, “Building the Empire Satate? Dinero, representación poder en el nuevo escenario mundial”, *Carta de América Revista de Cultura y Política Iberoamericana*, s.f., Pág. 43.

⁴ En el informe del PNUD sobre el desarrollo humano en el Ecuador del año 2001 se cita el discurso del Secretario General de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Yoshio Utsumi, quien en su mensaje por el Día Mundial de las Telecomunicaciones (17 de mayo de 2001) afirmó que “*Internet no sólo ha transformado nuestra forma de comunicarnos, sino que también ha cambiado radicalmente nuestras modalidades de trabajar, realizar actividades económicas, interactuar, divertirnos, obtener información y aprender..*” pero también reflexionaba en el sentido de que “*Los usuarios de Internet representan únicamente el 5% de la población mundial. El 85% de ellos habita en países desarrollados, en los cuales también se encuentra el 90% de todos los anfitriones de Internet...*”. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD-, *Las tecnologías de información y comunicación para el desarrollo humano – Informe sobre Desarrollo Humano*, Ecuador, Pág. 37, 2001. Ver www.pnud.org.ec

virtud de los cuales se desarrolló la actividad económica del Siglo XX.⁵ Ciertamente, el surgimiento de las nuevas tecnologías de comunicación e información que van desde simples dispositivos de enlace como teléfonos celulares, agendas electrónicas y microcomputadoras, hasta sofisticadas redes de información y la multimedia interactiva, ha sido el promotor de profundas transformaciones en la sociedad y de cambios cualitativos en las organizaciones y los gobiernos, pero la tendencia a la generalización, común cuando se habla de estos temas, provoca una suerte de ilusión que en ocasiones resulta hartamente difícil de verificar cuantitativamente.

Para los economistas menos tradicionales, la era industrial terminó y dio paso al inicio de la era de la inteligencia en red o era digital⁶, en la cual el paradigma contemporáneo llamado tecnología y particularmente las redes de información, constituyen la plataforma para el desarrollo de una nueva economía, que surge y se evidencia en la denominada *sociedad digital*. Empero la economía digital no sustituye a la economía tradicional, por el contrario, ambas conviven y se apoyan, en la medida en que las personas necesiten de bienes materiales para satisfacer sus necesidades de alimento, vestido, vivienda, etc. Se trata pues, de una nueva forma de vivir y ver las cosas, en razón de que el paso a la economía digital no supone una ruptura, sino una continuidad, de un proceso dinámico de transformación

⁵ También hay evidencias de que el uso de la tecnología permite una asimilación de lo nuevo a las prácticas tradicionales, como el trueque. Justamente, un fenómeno que se está poniendo de moda entre los cibernautas es el intercambio directo de bienes y servicios, sin la intervención de dinero ni formas electrónicas de pago, con el fin de obtener bienes de valores superiores. Ver www.oneredpaperclip.blogspot.com; www.cambiozapatorporvivienda.es/index.html.

⁶ En la historia de la humanidad se registran dos grandes momentos de transformación de las sociedades; la primera revolución dada por la agricultura, permitió la transformación de los primitivos habitantes en sociedades agrícolas; y la revolución industrial generó una transformación basada en la interacción entre el hombre y la máquina y la producción a gran escala. A consecuencia de la masificación del uso de las redes de información, especialmente las abiertas como Internet, se empezó a hablar de la tercera revolución: la digital, que transformará a la sociedad misma y la volverá un producto de la tecnología, al tiempo que se evidenciarán radicales cambios en las formas de interrelación de los agentes económicos. Pero se debe considerar que las revoluciones han afectado de forma distinta a los sectores de la economía, así probablemente las TIC's tendrán un impacto más profundo en los sectores de servicios, pero sin duda su poder de transformación es más amplio que otros factores de cambio en otras épocas de la historia.

constante en busca del bienestar.⁷ Instituciones, prácticas, métodos de producción y formas de trabajo tradicionales, han sido modificadas por nuevos clientes, productos, y formas de hacer negocios, como resultado de la evolución de la economía tradicional. En otras palabras, en la economía digital los participantes se integran y las relaciones económicas se desarrollan en virtud del elemento tecnológico, a través de mecanismos diferentes a los tradicionales, ocasionando cambios en las formas de creación de la riqueza y el desarrollo económico y social en general.

Guardando coherencia con lo manifestado al inicio de este acápite, luego de superar los aspectos sociológicos y económicos, y pese a ser un tema multidisciplinario, el mejor camino para entender, aunque somera y sucintamente, y esbozar un marco conceptual sobre la economía digital, es el trazado por los economistas y los profetas de la revolución informática. Del material de consulta e información que se puede encontrar sobre el tema, por razones metodológicas, es casi obligatorio reducir la fuente de consulta, sin perjuicio del rigor con el que se aborde el tema en cuestión. En este contexto, el tratamiento del tema realizado por Don Tapscott en su explicación sobre la nueva economía, la nueva empresa y la nueva tecnología⁸, permite en un recorrido por doce temas puntuales y superpuestos, decantar el objeto de estudio. Así, la economía digital se explica a través de los siguientes tópicos que la caracterizan: (*Anexo 1*) conocimiento, digitalización, virtualización, molecularización,

⁷ Sin embargo, es evidente que la era de la interconexión en red ha implicado un decaimiento del Estado de Bienestar, así como un cambio del mundo bipolar a uno globalizado; el Estado - Nación, cuya forma más pura se encuentra en el Estado de Derecho, se ve forzado a evolucionar y transformarse. Los logros del Estado - Nación se contrastan con el rebasamiento de las fronteras geográficas y un flujo masivo de bienes, servicios, inversiones y conocimientos en la sociedad de la información. El pilar del cambio es la desintermediación y el medio de poder son las inversiones.

El Secretario General de las Naciones Unidas en su informe sobre la función de las Naciones Unidas en el Siglo XXI afirmaba que en el nuevo mundo las personas y los grupos de individuos interactúan directamente sin que intervenga el Estado; sin embargo esto no supone la implantación de un gobierno mundial o el eclipse de los Estados Nación, por el contrario los Estados deben fortalecerse. El informe está publicado en la página web: <http://www.un.org/spanish/milenio/sg/report/full.htm>

⁸ Don Tapscott, *La Economía Digital*, trad. Magali Bernal Osorio, Colombia, McGraw-Hill, 1997, Páginas 43 a 66.

integración, desintermediación, convergencia, innovación, proconsumidor, inmediatez, globalización y discordancia.

La economía digital está basada en el *conocimiento* y la *innovación*, al tiempo que el capital y el trabajo giran en torno al intelecto de los individuos y en su capacidad de procesamiento de la información con el uso de recursos tecnológicos, así como su creatividad y habilidad de adaptación a un medio en el cual la palabra '*inteligente*' es el adjetivo sine qua non (sistemas inteligentes, tarjetas inteligentes, teléfonos inteligentes, casas inteligentes, etc.).

En la economía *digital* la información física y la información análoga o analógica, se transforma en digital y se difunde casi ilimitadamente a través de las redes de información, destacándose el rol preponderante que cumple el correo electrónico. Consecuencia de la era digital es la transformación de lo físico en *virtual*, "cambiando el metabolismo de la economía, los tipos de instituciones y relaciones posibles, y la naturaleza de la actividad económica en sí misma".⁹ Igualmente el adjetivo '*virtual*' acompaña a sustantivos como mercado, negocio, corporación, trabajo, realidad, compra, escenario, y un interminable etcétera. Por otro lado, la material eliminación de las fronteras ha contribuido a reforzar la *globalización* de la economía, que se evidencia principalmente en el Comercio Electrónico. Sin embargo, digitalización, virtualización y globalización, no serían posibles sin una infraestructura tecnológica, que la proporcionan los sectores productores de tecnología en términos amplios y de equipos informáticos y comunicaciones, en términos específicos, en una *convergencia* de determinados sectores de la economía.¹⁰

⁹ Don Tapscott, *La Economía Digital*, trad. Magali Bernal Osorio, Colombia, McGraw-Hill, 1997, Pág. 49.

¹⁰ De esta unión de recursos informáticos y comunicaciones a través de redes, surgen los medios telemáticos en función de los cuales se desarrolla la '*contratación telemática*', tema en cuestión del presente trabajo.

La corporación (*estructura molecular*), institución protagonista de la economía industrial, se transforma en el marco de la economía digital, para volverse más dinámica en función de cada individuo (*molécula humana*) que la compone, de los cuales se potencia el intelecto. Ahora bien, en una economía en red cada corporación se interconecta con otra a fin de sumar esfuerzos para el logro del bienestar común y la satisfacción específica de las necesidades de los consumidores, virtud del conocimiento particularizado de los gustos y preferencias de éstos por parte de los productores, en lo que se ha denominado la actitud *proconsumidor*.

En la economía digital, los agentes, corredores, distribuidores, representantes y demás actores y agentes económicos, que cumplen actividades de intermediación, han visto redefinido su rol, en razón del empleo masivo de las redes de comunicación. Incluso, la forma de trabajo al interior de una organización y la estructura misma de éstas, han experimentado adaptaciones por el empleo de herramientas como la Intranet y el correo electrónico, haciendo que las relaciones a todo nivel se vuelvan planas y horizontales, debido a las inagotable posibilidades de comunicación.¹¹

En la economía digital todo opera en tiempo real. En las relaciones de las personas, empresas y gobierno, los factores tiempo y espacio no son restrictivos, siendo por tanto la *inmediatez* el elemento clave de diferenciación con la economía tradicional.

Pero al igual que en todo proceso de cambio hay ganadores y perdedores, sectores que se ven afectados y otros que se fortalecen, ventajas y desventajas, oportunidades y amenazas. La tenencia del capital intelectual que da valor agregado, es la forma de acceder a la riqueza y a una posición privilegiada en la sociedad así como de participación en la vida comercial, pudiendo hablarse incluso de una mayor separación de los grupos sociales (incluso de grupos

¹¹ Sin embargo, también se habla del apareamiento de cibermediarios que vendrían a representar a los intermediarios del ciberespacio.

de países) en función de su acceso a los servicios tecnológicos, situación que se ve reflejada en lo que se conoce como la *brecha digital*.¹²

A manera de colofón y superando los aspectos éticos, sociales, administrativos, educativos, etc., vinculados al desarrollo de la nueva economía, se puede precisar, en términos no de economistas, sino más bien comunes, que la economía digital responde a la aplicación de la tecnología en el mundo de la economía, misma que tiene como principio estructural a la información y el conocimiento humano y cuyas formas de expresión se encuentran en el comercio electrónico, gobierno electrónico, e-learning, telemedicina, etc.

1.2 COMERCIO ELECTRÓNICO: EL NUEVO PARADIGMA DE LA ECONOMÍA DIGITAL

En el contexto de la economía mundial, las actividades empresariales constituyen el factor más importante de vinculación entre los particulares de cualquier nacionalidad y entre los estados propiamente dichos; la oferta y la demanda de bienes y servicios que se producen incesantemente, dan lugar al nacimiento y la extinción de obligaciones que conforman el mundo de la contratación. El Comercio Electrónico se encuadra en el marco de la

¹² La brecha digital en el contexto de país representa el acceso y uso desigual de los habitantes o grupos de habitantes y empresas, a las tecnologías de la información y comunicación. Similar concepto se aplica en el campo internacional a nivel de países. El informe anual del PNUD, presentado el 10 de julio de 2001, en el tema de tecnología de información y comunicaciones, hace referencia al adelanto tecnológico al servicio del desarrollo humano y establece que la carencia de servicios básicos imposibilita muchos países ingresen en la era de la información. De hecho, el informe señala que hasta el año 2001 la mitad de la población mundial no había utilizado nunca un teléfono (para el 2001 la electricidad no había llegado a unos 2.000 millones de personas y en los países menos adelantados hay un teléfono por cada 200 personas) y concluye que es preciso asegurar que el avance de la tecnología brinde posibilidades a los países en desarrollo y no cree una mayor distancia entre éstos y los países desarrollados.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Alianza contra la pobreza – Informe anual del PNUD del año 2001*, Edición Internet, Estados Unidos, Pág. 12, 2001.

A su vez, para el 2003 la UNCTAD en su informe sobre comercio electrónico y desarrollo señalaba que la mayoría de los países en desarrollo encuentran obstáculos al desarrollo de la economía electrónica debido a 4 factores básicos: i) el bajo nivel de ingresos; ii) la baja tasa de alfabetización; iii) la falta de sistemas de pago para transacciones en línea; y iv) la resistencia cultural al comercio en línea.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, *Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo*, Edición Internet, Ginebra, Pág. 13, 2003. Ver www.unctad.org

globalización económica y representa una forma de evolución en la interacción de los actores económicos, basado en la creación de nuevos escenarios denominados ‘mercados electrónicos’, en los cuales compradores y vendedores interactúan sin restricciones de lugar, tiempo y espacio, generando relaciones contractuales de corto, mediano y largo plazo.

Según datos del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, el crecimiento de la economía digital se debe a cuatro factores: i) El desarrollo de Internet; ii) La digitalización de la distribución de bienes y servicios; iii) El incremento del B2B¹³; y iv) La proyección en la venta de bienes y servicios tangibles demandados a través de Internet.¹⁴ En este sentido, el comercio electrónico adquiere un rol protagónico y se convierte en el paradigma de la economía digital, especialmente el basado en Internet, medio que a su vez es el paradigma de aquél.

La importancia económica que representa el Comercio Electrónico, requiere un análisis exhaustivo, un tratamiento adecuado y un esfuerzo conjunto de todos los actores de la sociedad, en pos del aprovechamiento de las infinitas posibilidades de contratación que significa la irrupción de las tecnologías de información y comunicaciones en el mundo empresarial y de negocios.¹⁵

¹³ Las estadísticas de oficiales de Estados Unidos indican el predominio de las transacciones B2B en el total del Comercio Electrónico. En 2001 las ventas anuales en línea B2B en Estados Unidos ascendieron a 995 mil millones de dólares, es decir el 93.3% de todo el Comercio Electrónico del país. Las estimaciones para Europa varían entre 185 mil y 200 mil millones; en la Región de Asia y el Pacífico se preveía que aumentarían rápidamente pasando de unos 120 mil millones en el 2002 a unos 200 mil millones en el 2003 y a 300 mil millones en el 2004. En América Latina se prevén 6.500 millones de transacciones en línea B2B en el 2002 y 12.500 millones en el 2003.

¹⁴ Fernando, Gutiérrez, *Comprendiendo la Economía Digital*, Razón y Palabra (Revista Electrónica en América Latina Especializada en tópicos de comunicación), No. 20, www.cem.itesm.mx

¹⁵ En el informe sobre comercio electrónico y desarrollo del 2001 de la UNCTAD, se analiza la crisis de los datos sobre comercio electrónico, originada en el exagerado optimismo de las proyecciones, los impactos de éste en la economía y las diferentes metodologías e indicadores para hacer las mediciones; además de que la mayoría de estadísticas y estimaciones de crecimiento son proporcionadas por empresas privadas. El informe señala que la medición del impacto del comercio electrónico en la economía depende de las definiciones que cada país adopte sobre indicadores de “disponibilidad” (número de empresas con ordenadores y acceso a Internet); e indicadores de “intensidad” (número de

Según el informe sobre comercio electrónico y desarrollo presentado por la UNCTAD en el 2003¹⁶, las estadísticas y cifras de Internet reflejaban lo siguiente: a) El número mundial de usuarios de Internet ascendió a 591 millones en el 2002, pero la tasa anual de crecimiento bajó al 20%; b) Al final de 2002 los países en desarrollo tenían el 32% del total mundial de usuarios de Internet y en América del Norte y Europa el 89% de los sistemas anfitriones de Internet; c) El usuario africano medio de Internet todavía tenía unas 20 veces menos capacidad de anchura de banda que el usuario medio europeo y 8.4 veces menos que el de América del Norte. El informe se remite también a cifras de la OCDE, de las que se desprende que: 1) Entre el 2001 y 2002 el porcentaje más alto de usuarios de Internet que compraron en línea está en los países nórdicos, el Reino Unido y los Estados Unidos donde el 38% de los usuarios habían hecho compras en línea; México tenía el porcentaje más bajo, menos del 0.6%; 2) El porcentaje de ventas de Internet varía de un máximo del 30% (Finlandia y Luxemburgo) a un mínimo del 1% (Singapur); 3) Las ventas al por menor por Internet siguen siendo una pequeña parte del total del comercio minorista (cerca del 1.5% en los Estados Unidos y la Unión Europea); 4) El total de ventas al por menor en línea en 2002 se estimó en 43.470 millones de dólares en los Estados Unidos (73 mil millones incluyendo viajes); 28.290 millones en la Unión Europea; 15 mil millones en la región de Asia y el Pacífico; 2.300 millones en América Latina y sólo 4 millones en África.

empresas que reciben pedidos por Internet y el valor de esos pedidos); y resalta que los países miembros de la OCDE han alcanzado un acuerdo sobre una definición operativa del comercio electrónico para utilizarla en el proceso de medición, que comprende las redes por las que se realizan las actividades de comercio electrónico (Internet u otras), los procesos comerciales concretos relacionados con el comercio electrónico y los distintos participantes (empresas, unidades familiares o gobiernos).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, *Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo*, Edición Internet, Ginebra, Págs. 26 y 27, 2001. Ver www.unctad.org

¹⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, *Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo*, Edición Internet, Ginebra, Págs. 5 y 18, 2003. Ver www.unctad.org

Al igual que la mayoría de los países en desarrollo estimar los volúmenes de comercio electrónico en el Ecuador es difícil, pues el análisis no se restringe a las empresas virtuales o aquellas dedicadas exclusivamente a Internet, sino a todo el universo de empresas que han incorporado las herramientas tecnológicas a su operación tradicional, en una o más fases, debiendo en cualquier caso, partir por definir los indicadores a aplicarse para este fin¹⁷. Sin embargo, hay datos que podrían permitir una aproximación hacia la realidad del país frente a las TIC y de los que se desprende que para el 2001 el Ecuador presentaba una densidad de usuarios de Internet cinco veces menor que el promedio de todos los países de América, así como la tasa de penetración más baja de la Comunidad Andina de Naciones.¹⁸ (Anexo 2)

Las actividades de comercio electrónico se iniciaron hace más de una década, incluso antes del apareamiento de Internet¹⁹, con el intercambio electrónico de información, de ahí que

¹⁷ Partiendo de la premisa de que el comercio electrónico implica la presencia de la empresa en el entorno electrónico con el fin de crear relaciones directas con los clientes, posibilitando que en el mismo se efectúen compras y ventas e incluso los pagos, para hablar de aquel en el Ecuador, se debería disponer de información sobre: usuarios de Internet, formas de uso del comercio electrónico (porcentajes de vendedores y de compradores) grado de uso de la red en las empresas, cifras de transacciones, etc.

¹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, *Las tecnologías de información y comunicación para el desarrollo humano – Informe sobre Desarrollo Humano*, Ecuador, Pág. 41, 2001. Ver www.pnud.org.ec

Sin embargo, el Ecuador es considerado por el PNUD como un país `seguidor dinámico`, que no se encuentra en el grupo de países marginados, es decir que tiene expectativas para ampliar las oportunidades de su población en base al empleo de TIC. Frente a lo dicho, en el ranking de países elaborado por The Economist Intelligence Unit y el ebusiness forum, el Ecuador está en la categoría de países rezagados es decir que enfrentará mayores obstáculos al crecimiento del ebusiness, principalmente en cuanto a la conectividad, conjuntamente con Pakistán, Azerbaiján, Algeria y otros.

¹⁹ El Internet ha sido uno de los componentes de las TIC que ha experimentado el mayor desarrollo, lo cual ha concitado el interés mundial.

“La Internet es una libre asociación de miles de redes y millones de computadoras alrededor del mundo, que trabajan juntas compartiendo información.” Finnie, Scot, *Internet and on line services*, www.webopedia.internet.com, citado por Aníbal, Pardini, *Derecho de Internet*, Argentina, Ediciones la Rocca, 2002, Pág. 39. La Internet Society define a Internet como una red global de redes que posibilita a computadoras de todo tipo comunicarse en forma directa y transparente y compartir servicios a través de la mayor parte del mundo. En www.isoc.org

La conexión de redes se logra a través de backbones que transmiten la mayoría de la información en la red, mediante sistemas más grandes de redes que pertenecen a los proveedores del servicio de Internet o ISP, quienes distribuyen el acceso a la red. Estas redes que se conocen como rutas principales, se conectan con otras entre continentes y alrededor del mundo.

La creación de Internet no se debe a una iniciativa única o particular, teniendo más bien un origen de carácter militar, en el Programa de investigación de computación de la Agencia de Investigación avanzada de proyectos del Departamento de Defensa de los Estados Unidos (ARPA). En 1961

puede ser entendido desde dos concepciones: 1) una amplia, en virtud de la cual el comercio electrónico “está constituido por cualquier intercambio de datos por medios electrónicos, esté o no relacionado con la actividad comercial”²⁰; y 2) una en sentido estricto, cuando el comercio electrónico “se refiere a aquellas transacciones del ámbito comercial que se desarrollan a través de las nuevas tecnologías de la comunicación, donde se incluye la compra venta de bienes o servicios, los acuerdos preliminares y todas las actividades posteriores a la celebración del contrato respectivo”²¹. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos responde a la primera concepción y define al comercio electrónico como “toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información”.²²

En términos simples el comercio electrónico guarda relación con cualquier forma de transacción comercial en la que el ciclo contractual se desarrolla total o parcialmente a través de redes de telecomunicaciones, siendo sus principales instrumentos: el teléfono, el fax, la televisión, las transferencias, el intercambio electrónico de datos, e Internet. Por tanto, es claro que el comercio electrónico no se limita exclusivamente a la compra o venta electrónica de bienes, servicios o información, sino que incluye todas las actividades previas y posteriores que se desarrollan mediante el empleo de medios electrónicos, y que son conexas a la compra

investigadores independientes desarrollaron el protocolo básico TCP/IP, que establece las reglas para el intercambio de la información en la red en un lenguaje homogéneo. El correo electrónico e Internet se dieron a conocer públicamente en la Conferencia de Computación e Internet realizada en Estados Unidos en 1972. La World Wide Web o red mundial aparece posteriormente en 1989 y aunque a la WWW se la emplea como sinónimo de Internet, son diferentes, pues aquella es una parte de Internet que trabaja en base a un protocolo de éste de transferencia de hipertextos denominado http. En 1990 la ARPA entregó el proyecto de estructuración de Internet a la Fundación de la Ciencia Nacional, misma que en 1995 lo entregó a un consorcio de proveedores comerciales.

El funcionamiento de la red se explica a través del protocolo TCP/IP, que se forma con el protocolo de control de transmisión (*transmission control protocol: TCP*) y el protocolo de Internet (*Internet Protocol: IP*), que son entendidos por las computadoras que acceden a Internet y empleados para el intercambio de información en la red.

²⁰ Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 174.

²¹ Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 174.

²² Art. 44 de la Ley No. 67 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 557 de 17 de abril de 2002.

o venta propiamente (publicidad, búsqueda de información, negociación, trámites administrativos, etc.)

El comercio electrónico puede clasificarse desde dos enfoques, según los participantes y según la actividad. En la primera categoría se comprende el comercio electrónico entre empresas o B2B, entre empresa y consumidor o B2C, entre empresa y administración o B2A y entre consumidor y administración o C2A.²³ Al amparo de las tendencias actuales y considerando que una transacción comercial consta de procesos sucesivos que pueden realizarse total o parcialmente en línea, en la segunda categoría el comercio electrónico puede ser directo, cuando toda la transacción comercial se realiza de forma digital (como en el caso de compra de software o e-books); o puede ser indirecto cuando sólo una parte de la transacción de la efectúa de forma digital.

El comercio electrónico tiene como característica fundamental la aterritorialidad²⁴, por cuanto las relaciones de los agentes económicos y las transacciones comerciales traspasan los límites territoriales y barreras geográficas, lo que produce como consecuencia inmediata la democratización de la actividad comercial; sin embargo su desarrollo se ha visto obstaculizado por barreras tecnológicas y jurídicas como la validez legal de las transacciones y contratos con soporte electrónico, la falta de armonización de la legislación sobre las actividades de comercio electrónico, la protección de los consumidores y datos personales frente a la

²³ Hay quienes propugnan otra categoría denominada C2C o consumer to consumer. Las formas de CE más difundidas son el B2B o business to business y el B2C o business to consumers. En el informe 2001 de la UNCTAD sobre comercio electrónico y desarrollo se señala que la mayoría de las transacciones potenciales y efectivas de comercio electrónico no son las de consumo, es decir aquellas que ejecutan usuarios a través de uno de los navegadores de Internet, sino que el comercio electrónico tiene lugar entre empresas. Esto tiene un fundamento elemental, como es que la mayoría de la población mundial todavía no tiene acceso a un ordenador. Sin embargo no puede dejar de considerarse el comercio móvil, a través de teléfonos celulares y otros aparatos de acceso a Internet, cuya potencialidad si se orienta hacia los consumidores minoristas.

²⁴ La aterritorialidad al igual que la libertad son características propias del comercio electrónico basado en Internet, “ya que las relaciones se establecen a través de redes que traspasan los límites geográficos y resulta indiferente el lugar donde se encuentren las partes intervinientes”. Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 176.

amenaza potencial que supone el avance tecnológico, la seguridad de las transacciones y medios de pago, la falta de estándares consolidados y la proliferación de aplicaciones y protocolos de comercio electrónico incompatibles, y los problemas relacionados con propiedad intelectual y tributación.

1.3 INCIDENCIA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LAS TIC'S EN EL ÁMBITO JURÍDICO. INICIATIVAS GLOBALES Y REGIONALES.

La economía digital y el comercio electrónico en particular, han suscitado el interés y concentrado la atención de importantes estamentos a nivel nacional e internacional, siendo los aspectos normativos y de control los elementos fundamentales de análisis en torno a los citados tópicos. Igual importancia tienen las políticas y estrategias a nivel interno de cada país, relacionadas con temas de TIC, como: la creación de infraestructura, la desregulación de las telecomunicaciones, la educación y la capacitación, cambios legislativos, etc. En cualquier caso, el contar con políticas públicas y un régimen legal apropiado en cada país y a nivel internacional, que incluyan reglas de negocio modernas, deviene en imperiosa necesidad, con miras a lograr el objetivo fundamental de disminuir la exclusión social y la brecha digital al tiempo de brindar la oportunidad a la población de incorporación a la sociedad de la información.²⁵

²⁵ En el Informe del PNUD 2001 sobre el desarrollo humano en el Ecuador, se afirma que las nuevas tecnologías son sólo una herramienta, pues la decisión colectiva y el esfuerzo colectivo orientado por una política pública nacional son las que permitirán alcanzar los beneficios potenciales del avance tecnológico. Se señala también que “existe la necesidad de contar con una política pública frente a las TIC para democratizar el acceso a Internet, comunicar electrónicamente a las comunidades geográficamente aisladas, incorporar el Internet a la educación y lograr un refuerzo de la calidad del sistema, organizar un sistema nacional de telemedicina, establecer el gobierno electrónico y con ello favorecer la transparencia del sector público y mejorar la atención de los ciudadanos, hacer posible un comercio electrónico creciente y alcanzar otros fines de beneficio colectivo.”

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD-, *Las tecnologías de información y comunicación para el desarrollo humano – Informe sobre Desarrollo Humano*, Ecuador, Pág. 21, 2001. Ver www.pnud.org.ec

Para tratar los esfuerzos normativos realizados a nivel regional o mundial en el tema de comercio electrónico, es imprescindible en primer lugar, dilucidar algunos aspectos como el control de Internet y la regulación del ciberespacio.²⁶ Ciertamente, no existen tratados sobre Internet, su uso y desarrollo, en primer lugar debido a que no se ha llegado a un consenso sobre la naturaleza de lo que se conoce como el *ciberespacio*, pues para determinar el marco legal adecuado de regulación de Internet es preciso analizar las características del ciberespacio, su territorio, tiempo y estructura.

El elemento *territorio* enfrenta a los Estados a su principal reto cuando se trata del ciberespacio, pues la naturaleza de un Estado de Derecho condiciona su característica de ubicuidad respecto del control de todas las manifestaciones que se presentan en la sociedad y la red obliga incluso a redefinir el concepto de territorialidad de las normas jurídicas. “La naturaleza del ciberespacio no conoce la idea de territorio físico”²⁷, de ahí la dificultad de ejercer un control desde una perspectiva territorial, además de que jurídicamente siempre es

²⁶ Los distintos aspectos de la red están bajo el *control* de una serie de organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyas normas pese a no tener un carácter jurídico sino más bien técnico, son acatadas por los usuarios de la red, entre las cuales se cuentan:

- ✓ La ISOC (Internet Society: Sociedad de Internet) Está compuesta por más de 175 organizaciones y 8600 miembros de 170 naciones; es sede de las organizaciones como la IETF, el IAB, el IESG y la IRTF. Tiene como misión el asegurar un abierto desarrollo, evolución y uso de Internet, para el bienestar de toda la población del mundo.
- ✓ La IEFT (Internet Engineering Task Force: Fuerza de Tareas de Ingenieros de Internet) se encarga de los protocolos y conectividad de la red.
- ✓ La IAB (Internet Architecture Board: Plantel de Arquitectura de Internet) agrupa a los consultores de la Sociedad de Internet. Incluye a la IANA.
- ✓ El IESG (Internet Engineering Steering Group: Grupo de Dirección de Ingeniería de Internet) es responsable de los estándares de la red.
- ✓ La IRTF (Internet Research Task Force: Fuerza de Investigación de Internet) se encarga de la investigación respecto de la evolución de Internet.
- ✓ La ISFT (Internet Societal Task Force) se encarga de la ejecución de la misión de Internet.
- ✓ La IANNA (Internet Assigned Numbers Authority: Autoridad de Asignación de Números de Internet) está a cargo de las direcciones IP y por intermedio de la ICANN (Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet) distribuye direcciones a los registros regionales de Internet.

²⁷ Ramón Moles Plaza, *Derecho y Control en Internet: La regulabilidad de Internet*, España, Ariel Derecho, 2004, Pág. 22

necesaria una presencia e identidad real, que valide aquellas virtuales.²⁸ Al hacer referencia al *tiempo* del ciberespacio no deja de haber inquietudes; de hecho existen muchos conceptos jurídicos esencialmente temporales que podrían verse influenciados desde la perspectiva del ciberespacio; sin embargo, la incertidumbre que podría generarse por factores como momentos de emisión y recepción de información, al igual que en el factor territorial, se podrían aparentemente solventar con el establecimiento de reglas que prevean las situaciones que pudieren presentarse en torno a la distancia temporal entre emisor y receptor, siempre como supletorias del acuerdo y voluntad de las partes.²⁹ Así pues se destaca como cualidad esencial del ciberespacio, la simultaneidad que rompe el paradigma tiempo – espacio. Finalmente, la *estructura* del ciberespacio se entiende a través de la estructura de Internet³⁰; siendo esencial conocer su funcionamiento a partir del protocolo TCP/IP³¹ y de otros protocolos de Internet.

La posibilidad de regulación del ciberespacio se aborda a través de las diferentes posturas desarrolladas sobre el tema en cuestión, debiendo destacar tres de ellas.³² Una que propugna la libertad absoluta del ciberespacio, atendiendo a su naturaleza misma; sin embargo, la

²⁸ El comercio principalmente, requiere identidad de los actores y por tanto precisa de una arquitectura de identidad, que en el ciberespacio va más allá de lo físico y se reduce a password, claves, controles de acceso, etc.

²⁹ Por ejemplo, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos del Ecuador, en su Art. 11 establece las reglas para determinar el tiempo y lugar de emisión y recepción de mensajes de datos, mismas que pueden ser modificadas por el pacto en contrario del emisor y el destinatario.

³⁰ Ver nota 17.

³¹ El protocolo TCP/IP se compone del protocolo de transmisión: TCP y el protocolo de Internet: IP. “Cada computadora que accede a Internet entiende estos dos protocolos y los utiliza para enviar y recibir datos a lo largo de la red. El TCP/IP crea lo que se denomina *paquete-conector*, un tipo de red que intenta minimizar la posibilidad de perder cualquier dato que se envía por el cableado.” Aníbal, Pardini, *Derecho de Internet*, Argentina, Ediciones la Rocca, 2002, Pág. 50.

³² Mauricio Devoto expone la existencia de algunas de las posturas en torno al tema de la regulación del ciberespacio, sobre la base de las ideas de John Perry Barlow (el ciberespacio es diferente al espacio real y es libre por naturaleza); de Lawrence Lessig (el ciberespacio no tiene una naturaleza propia y su ley está en los códigos que lo estructuran); de David Post y David Jonson (el ciberespacio es independiente del mundo real y requiere de un nuevo orden legal propio); y de Andrew Shapiro (el ciberespacio es un lente a través del cual se puede mirar el mundo). Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital: La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Argentina, La Ley, 2001, Pág. 121.

anarquía de Internet es un mito y creer que las transacciones y actos en Internet se sustraen a las leyes tradicionales, es un craso error. Otra que sostiene que la regulación del ciberespacio se da a través de su código estructural³³; postura que enfrenta como principal escollo el origen del diseño del código que radica básicamente en agentes privados.³⁴ La regulación a través de la arquitectura del sistema se reduce a una suerte de reacción o respuesta frente a la demanda de los usuarios o cibernautas, pues las medidas de seguridad y la protección de la intimidad, confidencialidad y reserva de los datos e información, por ejemplo, han surgido por la necesidad de quienes *habitan* el ciberespacio. Para esta postura es claro que la regulabilidad del ciberespacio no depende del territorio ni de las fronteras, no existiendo por tanto, competencia territorial de los órganos estatales.³⁵ Una tercera postura propone la regulación del ciberespacio bajo un nuevo orden legal.³⁶

Factor clave para promover el comercio electrónico, es sin duda, el marco legal adecuado y homogéneo entre las naciones, que contemple los principios básicos para el desarrollo del comercio electrónico como son: la neutralidad tecnológica, el equivalente funcional y la

³³ El código estructural se refiere a la manera cómo hardware y software conforman Internet.

³⁴ Ramón Moles sostiene que en el estudio de la regulabilidad del ciberespacio, hay que recurrir a la arquitectura del sistema, que se integra por sus elementos técnicos: servidores, programas, accesos, lenguaje, a la autorregulación contractual o consensual y al Derecho Clásico (leyes, reglamentos, actos de administración). “Se trata pues de un sistema corregulado de carácter mixto regulación - autorregulación.” Ramón Moles Plaza, *Derecho y Control en Internet: La regulabilidad de Internet*, España, Ariel Derecho, 2004, Pág. 30.

³⁵ A decir de Manuel Moles, las comunidades y el territorio virtual se autorregulan “por normas técnicas conocidas como *netiquettes* o normas de cortesía que son implantadas por los administradores de las comunidades.... , y constituyen de hecho normas técnicas distintas de las normas jurídicas que forman parte del *soft-law*”, constituyendo una especie de Derecho Blando, formado a su vez por normas de aplicación voluntaria. Ramón Moles Plaza, *Derecho y Control en Internet: La regulabilidad de Internet*, España, Ariel Derecho, 2004, Pág. 46. Sin embargo, se evidencia también una regulación jurídico – administrativa que se evidencia en las normativas sobre propiedad intelectual, firmas digitales y en algunos países como el nuestro, normas sobre comercio electrónico. La ampliación de la explicación del Derecho Blando se puede consultar en la obra citada de Ramón Moles.

³⁶ En cualquier caso “el ciberespacio demanda una nueva comprensión acerca de la forma en que la regulación trabaja y una nueva comprensión de aquello que regula la vida. Nos obliga a mirar más allá del enfoque tradicional del abogado, más allá de leyes, regulaciones y normas”. Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital: La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Argentina, La Ley, 2001, Pág. 141.

consagración de la autonomía de la voluntad. De aquí que las iniciativas globales en materia de TIC y comercio electrónico, se han desarrollado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, específicamente en la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional, misma que impulsó la aprobación en diciembre de 1996 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con la guía para su incorporación al Derecho Interno de los Estados, la cual que tuvo una adición al artículo 5 en junio de 1998, respecto de la incorporación por remisión. Posteriormente, en el 2001 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas con la guía para su incorporación al Derecho Interno y finalmente, el 9 de diciembre del 2005, en lo que se puede considerar el primer gran avance hacia la regulación uniforme de los aspectos jurídicos de la economía digital, la Asamblea General aprobó la resolución por la cual se adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.³⁷

Cuando se hace referencia a las iniciativas regionales en materia de TIC y comercio electrónico, el punto de partida son los modelos impulsados por la Unión Europea y Estados Unidos, sobre la *Sociedad de la Información*³⁸ y la *Infraestructura Nacional de la Información (NII)*³⁹, respectivamente; ambos con una coincidencia sobre el rol fundamental que tiene el sector privado frente al desarrollo de la economía digital y la necesaria participación de los

³⁷ A mayo de 2006 la Convención ha sido suscrita por 3 estados: la República Centroafricana, el Líbano y Senegal. Cabe destacar que se requiere el depósito de 3 instrumentos para que el Convenio entre en vigor.

³⁸ La Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, adoptada en el 2000, es el resultado de una iniciativa europea denominada “*The Information Society*” que inició su debate en diciembre de 1993 en el seno del Consejo Europeo reunido en Bruselas, para posteriormente sobre la base del informe presentado por el grupo de trabajo liderado por Martin Bangemann, elaborar el plan de acción que permitiría llegar la iniciativa *eEurope*.

³⁹ La iniciativa “*The National Information Infrastructure: Agenda for Action*” promovida en 1993 por el gobierno de Bill Clinton “consideraba el término infraestructura de información con un significado expansivo, incluyendo mucho más que las facilidades físicas utilizadas para transmitir, almacenar, procesar y mostrar voz, datos e imágenes”... “Requiere el establecimiento de bases sólidas para permitir la vida en la era de la información y hacer estos avances tecnológicos útiles para la población en general, los negocios, bibliotecas y otras entidades no gubernamentales.” Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital: La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Argentina, La Ley, 2001, Pág. 26.

gobiernos para la incorporación de las sociedades a la era digital. En este contexto, el 08 de junio del 2000, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, adoptaron la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, con el objetivo de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.⁴⁰ En la legislación de Estados Unidos se destaca la Public Law 106'229 Jue 30,2000 Electronic Signatures in Global and Nacional Commerce Act, aprobada por el Congreso en enero de 2004, que tiene carácter federal y consagra la regla de validez para todos los actos y transacciones celebradas por medios electrónicos.

La Comunidad Andina de Naciones avanza a paso lento en el tema, pues hasta la fecha no se ha expedido ninguna Decisión Comunitaria que armonice las legislaciones de comercio electrónico de los países miembros, mismos que han realizado reformas a su normativa interna en temas puntuales, principalmente firma digital.⁴¹ Así Ecuador cuenta con una Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, elaborada siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Similar caso es el de Colombia, que adoptó una legislación específica (Ley 527 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. Perú por su parte incorporó

⁴⁰ Desde 1993 hasta el 2000, la Unión Europea aprobó varias Directivas sobre los temas que son vitales en el desarrollo de la economía digital como la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; y la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, que establece un marco común para la firma electrónica.

⁴¹ Sin embargo, temas como el comercio electrónico han sido motivo de múltiples debates en la CAN, de los cuales se formulado recomendaciones orientadas a superar los obstáculos que impiden el desarrollo del CE en la CAN y consolidar el principio de equivalencia funcional del documento electrónico y firma electrónica, en las normas jurídicas.

Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina –ASETA-, *Legislación sobre Comercio Electrónico en los Países Miembros de la Comunidad Andina – Análisis Comparativo y recomendaciones para su armonización*, 2002. En la página: www.aseta.org

a su ordenamiento jurídico una Ley sobre firmas digitales y certificados digitales y Venezuela expidió en el 2001 el Decreto-Ley No. 1024 sobre mensajes de datos y firmas electrónicas. Bolivia no ha aprobado una normativa específica para comercio electrónico o firmas electrónicas, pese a estar trabajando desde antes del 2002 en un proyecto de reforma al Código de Comercio para incorporar un capítulo sobre disposiciones generales para el comercio electrónico.⁴²

⁴² Tampoco existen iniciativas a nivel regional en América Latina, y los esfuerzos locales han sido de excepción, así Argentina cuenta con un Decreto sobre firma digital para el sector público; Brasil a través del Decreto No. 3.587 estableció normas sobre infraestructura de clave pública del Poder Ejecutivo Federal, y Chile cuenta desde abril del 2002 con la Ley No. 19.799 de Firma Electrónica.

CAPITULO II CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

2.1 GENERALIDADES

Dentro del marco de la economía libre de mercado a nivel mundial y la globalización económica, las actividades empresariales y comerciales tienen cada día una tendencia de crecimiento ascendente, dominando el mundo de la contratación, la oferta y la demanda de bienes y servicios de toda índole. En este contexto, cada vez son más los negocios que se desarrollan y concretan mediante la utilización de cualquier tipo de medios electrónicos, especialmente telemáticos, como Internet, innovando en las formas resultantes del proceso contractual.

Una realidad irrefutable es que en la actualidad se realizan un sin número de actos jurídicos con el empleo de medios tecnológicos, ya sean computadores, redes digitales o telemáticas, etc., que van desde el simple uso del correo electrónico, el empleo de formularios electrónicos de órdenes de compra, la transferencia de fondos, hasta la celebración de contratos que versan sobre diversas materias.

Frente a esta realidad económica y social, en la cual son elementos esenciales las telecomunicaciones y la informática, el análisis contractual se ve desafiado por los casi ilimitados recursos tecnológicos puestos al servicio de las relaciones comerciales de variada índole. La contratación electrónica y específicamente la telemática se desarrollan en el marco del Derecho Comercial, cuando las relaciones son entre comerciantes; al amparo de las normas de defensa de los consumidores, para las relaciones con consumidores y del Derecho Internacional Privado cuando se trata de compra venta internacional de mercaderías, aún cuando existe el criterio de que se requiere una regulación propia de esta modalidad de

contratación, que incide en el campo de la tecnología.⁴³ Ciertamente, es importante que especialmente en la fase de formación del contrato se identifique el derecho aplicable, así en el Ecuador cuando se trate de una contratación electrónica se aplicarán las disposiciones de la Ley 67 en primera instancia, las normas del Código de Comercio y del Código Civil y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, según sea el caso.

Pero, ¿qué se entiende por *contratación telemática*? La Ley 67 no define expresamente a la contratación electrónica ni a la telemática, pese a que el Capítulo II, del Título III de la misma se denomina "*De la contratación electrónica y telemática*". En todo caso, en primer lugar se precisa comprender lo que significa la contratación electrónica, misma que tiene como elemento diferenciador de la contratación tradicional, el medio electrónico por el cual se celebra "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".⁴⁴ Concepciones más amplias como la de la OMC, entienden a la contratación electrónica como "la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones".⁴⁵ Así, en términos generales, la contratación electrónica, goza de dos particularidades: i) es una

⁴³ La Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España, específicamente determina que los contratos celebrados por vía electrónica se rigen por los Códigos Civil y de Comercio y por las normas civiles y mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial, incluyéndose en este último ámbito la Ley 47/2002 de reforma a la Ley 7/1996 para la Ordenación del comercio minorista para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 07/7/CE en materia de contratos a distancia y el Real Decreto 1906/1999 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

La necesidad de una regulación específica ha sido impulsada por organismos como la Cámara de Comercio Internacional que a inicios de los años 90 consideraba que los compradores y vendedores del mundo carecían de un marco jurídico adecuado que permita regular sus negociaciones, y sus elementos: contratos, transporte, seguro, etc., cuando éstas se las realizan dentro del campo del comercio electrónico, pues las diferentes reglas internacionales del comercio no son adaptables en su totalidad a esta modalidad de comercio, y las mismas contemplan barreras para el desarrollo del comercio digital. Por su parte la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Comercio Internacional Privado, aprobó en diciembre de 2005 la Convención sobre utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que recoge las particularidades de la modalidad de contratación que emplea medios electrónicos para su realización.

⁴⁴ Miguel Ángel, Davara, *Manual de Derecho Informático*, España, Editorial Aranzadi, 1997, Pág. 165.

⁴⁵ Organización Mundial del Comercio, *El Comercio Electrónico y el papel de la OMC*, Edición Internet, Pag. 1.

convención o acuerdo de voluntades; y ii) utiliza como medio esencial para la celebración un elemento electrónico.⁴⁶

La contratación telemática deviene entonces en una especie muy particular de la contratación electrónica, en función del medio específico que emplea para su celebración: el *telemático*. De aquí la necesidad de diferenciar claramente a los instrumentos para el comercio electrónico que incluyen a los medios electrónicos y a los telemáticos, siendo estos últimos una especie de los primeros.⁴⁷

Aspecto fundamental es determinar qué contratos pueden celebrarse por medios electrónicos y particularmente telemáticos, partiendo de la premisa de que la tendencia mundial es hacia la eliminación de cualquier barrera y restricción legal que impida el empleo de medios electrónicos para el desarrollo de una contratación, como única manera para propiciar el desarrollo del comercio electrónico.⁴⁸ Sin embargo, se hace referencia sólo a la eliminación de obstáculos derivados del orden público interno de los Estados y no de impedimentos técnicos para emplear mecanismos electrónicos en cualquier tipo de contratación.

⁴⁶ Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 89.

⁴⁷ En su acepción más amplia, los principales medios electrónicos que se emplean para realizar el comercio electrónico son: el teléfono, el fax, la televisión, los sistemas electrónicos de pago (incluidas las tarjetas electrónicas), el EDI y el Internet. A su vez, Internet es el medio telemático por excelencia, pero en esta categoría se incluyen también distintas clases de redes como las WAN, LAN, VAN, entre otras.

⁴⁸ El Art. 9 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo determina que “Los Estados miembros velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.” En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales se establece que la forma de aumentar la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales, es la adopción de normas uniformes con el fin de eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

Resulta más fácil determinar aquellos contratos que no podrían celebrarse por medios electrónicos o telemáticos⁴⁹, para lo cual seguiremos la clasificación básica de los contratos a fin de establecer cuáles pueden perfeccionarse por vía telemática.

Los contratos consensuales, son aquellos que sin duda pueden celebrarse con el uso de medios electrónicos, por cuanto no precisan más que del consentimiento de las partes para su perfeccionamiento, como es el caso de la compra venta de muebles y mercaderías. Los contratos reales requieren para su perfeccionamiento la tradición de la cosa a que se refiere el contrato, por tanto para su celebración no se podría emplear medios electrónicos, pues la entrega sólo se puede efectuar físicamente, como sucede en un contrato de comodato o de mutuo.

Tampoco son susceptibles de perfeccionamiento por vía electrónica aquellos contratos cuya validez está subordinada al cumplimiento de alguna solemnidad, como la celebración por escritura pública y la inscripción en algún registro, siendo este el caso de la compra venta de inmuebles y de los contratos solemnes en general.

En términos del artículo 44 de la Ley 67 se puede realizar cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, con el empleo de mensajes de datos y a través de redes

⁴⁹ En el ámbito europeo esto se encuentra definido pues el numeral 2 del Art. 9 de la Directiva 2000/31/CE establece que se *podrán* excluir de la aplicación de las disposiciones de dicha normativa, los siguientes contratos: a) los de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) Los que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; c) los de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; y d) los relativos al Derecho de familia o de sucesiones. Por su parte la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, excluye de su aplicación, a las comunicaciones electrónicas relacionadas con: a) Los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; b) i) operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia, o de recompra. También se excluyen a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén y documentos o títulos transferibles que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

electrónicas, con la única limitación de cumplir los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que la rija, en todo lo que fuere aplicable.

2.2. EL CICLO CONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

En este acápite partiremos por establecer que la contratación telemática se puede realizar, principalmente, de dos formas: i) con el empleo del correo electrónico o e-mail, a través del cual se desarrolla particularmente el B2B, incluyendo también los negocios que se puedan concretar a través de conversaciones escritas directas con el uso de herramientas como el chat.; y ii) a través de las páginas web en Internet, que corresponde comúnmente al comercio con consumidores o al B2C

En una contratación se visualizan fases consecutivas y secuenciales, que permiten hablar de un *ciclo contractual*, mismo que inicia con la formación del consentimiento, fase que incluye a la oferta y la aceptación de la misma; seguido de una fase de formalización en la que se instrumenta el acuerdo de las partes sea a través de un contrato o con el empleo de una orden de compra o un formulario, etc.; y termina con la fase de ejecución que comprende el pago y la entrega. Desde otra perspectiva, en las transacciones electrónicas se distinguen tres fases, recogidas en el estudio de la OMC sobre comercio electrónico⁵⁰, siendo éstas: i) la fase de la búsqueda; ii) la del pedido y el pago; y iii) la de entrega.

La contratación electrónica al ser un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, al igual que otras modalidades de contratación, debe cumplir ciertos requisitos legales, tanto de existencia como de validez⁵¹, para que produzca plenos efectos legales.⁵² En

⁵⁰ Organización Mundial del Comercio, *El Comercio Electrónico y el papel de la OMC*, Edición Internet, Pág. 1.

⁵¹ Siguiendo el lineamiento de René Abeliuk que acoge la tendencia general de la doctrina, los elementos de un acto jurídico son de dos tipos: de existencia y de validez. Los requisitos de existencia

consecuencia, tema fundamental a abordar es el relativo a la *capacidad de las partes contratantes*.

Las normas de capacidad⁵³ e incapacidad se aplican a todos los actos jurídicos, incluyendo la contratación electrónica, considerando que ésta no es una contratación diferente a la civil o mercantil, y por tanto se sujeta a las reglas generales, especialmente en materia de capacidad de las partes contratantes. Así, cuando se trata de contratos regulados por la ley mercantil, el Código de Comercio se remite a las reglas de capacidad contenidas en el Código Civil, determinando por tanto que para realizar cualquier contratación y celebrar todo tipo de contrato deberá existir capacidad civil para contratar, lo cual –reiterando- también se aplica a la contratación electrónica. Sin embargo, el tema de la capacidad en la contratación electrónica es de suprema importancia, por la dificultad que existe para individualizar a las partes y determinar su capacidad, debido a que la comunicación entre ellas se da a través de un medio electrónico o simplemente de un ordenador. Cuando se trata de una contratación convencional, la individualización de las partes se produce al momento de establecer contacto con la otra parte, pudiendo percibir sus características físicas e intelectuales, de las cuales se desprenderá por lógica común - por lo menos en la mayoría de casos - la aptitud para la

son: el consentimiento, el objeto, la causa y las solemnidades; y los de validez: la ausencia de vicios del consentimiento, la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita.

⁵² Así se establece, por ejemplo, en el numeral 1 del Art. 23 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de España, que señala “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”.

⁵³ La capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos y se entiende como la aptitud legal de las personas para el goce y el ejercicio de los derechos civiles, por tanto puede ser de goce y de ejercicio. La capacidad de goce o adquisitiva es aquella en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y la capacidad de ejercicio se traduce en la aptitud que tiene un titular de un derecho para hacer efectivos sus derechos. En términos generales, todas las personas tienen capacidad de goce, siendo lo importante saber si se cuenta con capacidad de ejercicio, la cual hace remisión necesaria a las incapacidades. La incapacidad establecida en el Código Civil es de carácter estricto y por tanto no puede atribuirse a otras personas que no sean las designadas en la Ley, no siendo tampoco, susceptible de renuncia. Las incapacidades son absolutas, relativas y especiales; siendo absolutamente incapaces: los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y relativamente incapaces: los menores adultos, los disipadores y las personas jurídicas. Las incapacidades especiales comprenden a aquellos que incurren en las prohibiciones establecidas por la ley para ejecutar ciertos actos.

realización del negocio, especialmente cuando se trata de incapaces absolutos. En el caso de la contratación electrónica, especialmente la telemática que se realiza a través de Internet, la constatación es más compleja.⁵⁴

Por lo expuesto, un acto jurídico que realice un incapaz absoluto con el empleo de medios electrónicos tendrá la misma sanción que si se hubiese empleado cualquier otro medio para su realización; es decir, considerando que la incapacidad absoluta inhibe al incapaz para la celebración de todo acto o contrato, también cuando éstos se hubiesen celebrando por medios electrónicos, el acto no surte ningún efecto jurídico, ni aún obligaciones naturales.

2.2.1 De la formación del consentimiento

De conformidad con el numeral 2 del Art. 1488 del Código Civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios. El consentimiento es un acto bilateral, que considerado como un requisito de existencia de un acto jurídico se traduce en “el acuerdo de dos o de muchas personas en el contrato proyectado, la resultante de las voluntades que se unen, o sea la uniformidad de opiniones.”⁵⁵ Esta declaración de voluntad se refleja en la intención de las partes de obligarse o en el deseo de contratar, y debe ser expresada por las partes para se generen efectos jurídicos. Así por ejemplo, en los actos jurídicos bilaterales, cuando la voluntad proviene de ambas partes, surge el consentimiento.

⁵⁴ Humberto Carrasco cita a Carlos Barriuso para señalar que “lo usual es que antes del momento de la contratación electrónica se lleve a cabo actos de comprobación de esta capacidad, con preacuerdos. Pero también debería ser comprobado en el momento de contratar el acceso a la red (Internet) por el centro proveedor, al suscribir el contrato de prestación de servicios <<on line>>, con el usuario. Así, la única forma de contratar sería usando ilegítimamente claves pertenecientes a otros. En caso contrario, hasta el propio contrato de acceso quedaría afectado.” Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 119.

⁵⁵ Luis, Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen V, Tomo X, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 54.

Al hablar del consentimiento y la voluntad en la contratación telemática, se hace referencia a la forma en cómo puede manifestarse la voluntad de las partes, pues el avance tecnológico ha determinado que ésta no se realice exclusivamente a través de la escritura y las firmas ológrafas, sino que también se dé a través de medios electrónicos, pudiendo estar contenida en soportes magnéticos, electrónicos, ópticos o equivalentes.⁵⁶

Consecuentemente, puede haber declaraciones de voluntad electrónicas, cuando para manifestar su voluntad, las partes han empleado medios electrónicos, con la característica principal de la evidente ausencia física de las partes, que determina la incorporeidad de las relaciones.

Contratación entre presentes y contratación entre ausentes

Cuando se trata sobre la celebración y perfeccionamiento de cualquier contrato, en el caso de contratos no sujetos a solemnidades adicionales, se hace referencia al inicio del ciclo formativo del contrato que hace alusión al momento en el cual confluyen la oferta y la aceptación de la esencia del negocio en cuestión. En este contexto, se ha determinado que existe una contratación entre presentes y una entre ausentes; correspondiendo la primera a la contratación en la que la aceptación es conocida por el oferente inmediatamente de emitida la oferta o entre una y otra media un tiempo irrelevante o cuando las dos partes contratantes se encuentran físicamente en el mismo lugar al momento de la celebración del contrato (oferta y aceptación); y la segunda cuando la aceptación de la oferta no se da en forma inmediata una vez formulada la oferta o cuando las partes se encuentran en diversos lugares.⁵⁷

⁵⁶ El Art. 45 de la Ley 67 establece que “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”.

⁵⁷ Cuando las partes se encuentran presentes en el mismo lugar, la oferta y la aceptación nacen a la vida jurídica casi simultáneamente, salvo que el oferente conceda a la otra parte un tiempo para la contestación. Pero cuando las partes se encuentran en distintos lugares se creía que necesariamente

La contratación electrónica es considerada una forma de contratación entre ausentes, salvo que el medio electrónico empleado sea el teléfono, el chat o la videoconferencia en cuyo caso se entenderá que se trata de una contratación entre presentes, puesto que aunque la aceptación de la oferta contenida en un mensaje de datos pueda ser transmitida en un mínimo de tiempo en comparación con el correo normal, la aceptación debe entenderse hecha por correspondencia. Por excepción entonces, la contratación electrónica podría entenderse como contratación entre presentes⁵⁸, considerando la naturaleza del medio informático que permite el perfeccionamiento del contrato en forma simultánea. Ciertamente, el avance tecnológico hace pensar que en corto plazo se podrá considerar a la contratación telemática como contratación entre presentes, pero al momento la entendemos como una forma *sui géneris* de contratación entre ausentes o a distancia.

El consentimiento sólo llega a formarse cuando concurren las declaraciones conformes de las partes;⁵⁹ requiere del concurso de voluntades de las partes, que se inicia con la oferta de una de las partes y se completa con la aceptación de la otra parte, pero la formación del mismo merece especial análisis en materia de contratación telemática, destacándose el efecto negativo de eventos como la recepción, confirmación de recepción, o apertura de un mensaje

debía mediar un lapso para que el oferente conozca la aceptación. Esto ha sido superado con el empleo de medios de comunicación, porque las partes pueden encontrarse en lugares remotos y sin embargo pueden estar en contacto simultáneo a través del teléfono o por video conferencia virtual o utilizando los mecanismos de conversación a través de un computador, y entonces la oferta y la aceptación pueden dar lugar a la formación del consentimiento de forma inmediata.

⁵⁸ Por ejemplo, el correo electrónico es un medio que no goza de las características de interactividad y unidad de acto, lo cual permite sustentar que se entienda a la contratación telemática como una contratación entre ausentes.

⁵⁹ Nuestro Código Civil nada dice respecto del momento en el cuál debe entenderse que se ha formado el consentimiento, a diferencia del Código de Comercio que contiene ciertas disposiciones sobre la formación y nacimiento de las obligaciones mercantiles, a partir de la formulación de una propuesta y la aceptación de la misma, bien se trate de una propuesta verbal o de una propuesta escrita. El Art. 46 de la Ley 67 establece que “El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstas en las leyes...”, remitiéndose por tanto a las normas del Código de Comercio para el caso de los contratos mercantiles y a las normas de derecho internacional privado cuando se trate de contratos internacionales.

de datos, pues de conformidad con el Art. 46 de la Ley 67, estas actuaciones no implican la aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.

La oferta

El primer paso del consentimiento es la oferta⁶⁰, que para el tema de la formación del consentimiento en el ámbito de la contratación electrónica no supone mayores problemas, porque no se perfeccionará ni surtirá efectos legales mientras no se exprese la aceptación de la misma. La oferta puede ser formulada y dada a conocer empleando cualquier medio que acuerden las partes, incluyendo los medios electrónicos, pero puede no ser así aún cuando se trate de una contratación telemática, pues lo determinante es la forma de expresión de la aceptación de la oferta. Se puede hablar entonces, de una oferta electrónica entendida como “aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de ésta.”⁶¹

La oferta por regla general debe entenderse vigente mientras no venza el plazo fijado para la aceptación, en el caso de que se haya determinado este plazo, pues de lo contrario deberemos volver a la distinción de contratación entre presentes y entre ausentes. Cuando la contratación es entre presentes la oferta se mantendrá hasta un momento después de su formulación, pues se entiende que la aceptación se produce inmediatamente y de no ser así el

⁶⁰ La oferta es un acto de declaración unilateral de voluntad “por el cual una persona invita a otra a celebrar una determinada convención. La oferta puede hacerse determinadamente a una o muchas personas o indeterminadamente a cualquier persona y puede ser expresa o tácita”. Luis, Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen V, Tomo X, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 56.

En el Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se define a la oferta como una “práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor.”

⁶¹ Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 131.

Al respecto, el Art. 14 de la Convención de Viena establece que la oferta surte plenos efectos jurídicos cuando cumpla con los requisitos de ser lo suficientemente precisa, es decir indicar la mercadería vendida, cantidad, precio, calidad, etc.

oferente queda desligado del negocio propuesto, salvo que se hubiere concedido un plazo para contestar. Por el contrario cuando la contratación es entre ausentes, el oferente debe mantener la oferta en firme hasta que reciba la aceptación de la misma, conforme a las reglas prescritas en el Código de Comercio, en el caso de propuestas hechas entre partes que residen en distintas plazas.⁶²

La oferta electrónica, es decir siempre que intervenga un medio electrónico o telemático, también puede ser formulada en forma verbal o escrita, dirigirse a persona determinada o a personas indeterminadas y puede ser expresa o tácita. Sin embargo, lo usual es que la oferta electrónica sea escrita y esté contenida en un texto alfanumérico o gráfico en lenguaje de bits, cuya validez se asimila a la validez y eficacia jurídica de los documentos electrónicos, debiendo además cumplir con todos los requisitos para que surta efectos legales: ser *firme*, *completa*, es decir contener todos los elementos del negocio propuesto, *ser formulada por el oferente o su representante*, lo cual cuando se trata de ofertas on line no existe mayor problema, puesto que se entiende que quien colocó la oferta en la página web a la que accede el usuario, es efectivamente quien tiene interés en establecer un negocio jurídico, sin embargo en las ofertas enviadas por correo electrónico, puede suceder que quien envió la oferta no era una persona autorizada y lo hizo a nombre de otro;⁶³ estar *dirigida a un destinatario*, pudiendo

⁶² El Art. 20 de la Convención de Viena establece dos reglas en cuanto al plazo para la aceptación fijado por el oferente: a) Cuando el plazo se lo fije en un telegrama o en una carta, comenzará a correr desde el momento en que éstos sean entregados para su expedición o desde la fecha de la carta o desde la fecha que figure en el sobre; y b) El plazo fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.

⁶³ El Art. 10 de la Ley 67 contiene una presunción legal respecto de la procedencia e identidad de un mensaje de datos, estableciendo que éste se entiende que “proviene de quien lo envía y autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica..” Se exceptúan dos casos: a) Si se hubiese comunicado que el mensaje de datos no proviene de quien consta como emisor (persona que origina un mensaje de datos); y si el destinatario (persona a quien va dirigido un mensaje de datos) no hubiere efectuado diligentemente las verificaciones correspondientes o hizo caso omiso de su resultado, en los términos que establece la Ley y el reglamento.

ser una o varias personas determinadas, o personas indeterminadas (público en general) y *darse a conocer al destinatario*, empleado un medio adecuado para ese fin.⁶⁴

Las ofertas telemáticas pueden ser formuladas a través de e-mail o correo electrónico, en cuyo caso se trataría de una oferta electrónica dirigida a persona determinada con plena validez. Sin embargo, es usual que se envíen mensajes de datos a las direcciones de correo electrónico de un sinnúmero de usuarios, que contienen propuestas para la adquisición de bienes o la contratación de servicios, o son simples invitaciones para celebrar determinados negocios jurídicos conocidas como mailing,⁶⁵ mismas que se considerarían como simples invitaciones a contratar. En este caso también se incluyen las ofertas on line o aquellas realizadas en redes abiertas como el Internet, que comprenden las ofertas que se encuentran permanentemente a disposición de los usuarios en páginas web. Al respecto cabe distinguir entre páginas activas y pasivas, siendo las primeras las que “contienen propuestas de contratación y pueden ser ofertas vinculantes, por la suficiencia de sus antecedentes sumada

⁶⁴ Toda oferente incluyendo aquel que emplee medios telemáticos, deberá cumplir con lo que establece el Art. 18 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es decir proporcionar información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes y servicios ofrecidos de manera tal que el consumidor pueda realizar una elección adecuada y razonable. Ciertamente, la oferta electrónica dirigida a consumidores deberá cumplir con los requisitos específicos establecidos en el capítulo III, del título III de la Ley 67, que guardan relación con el consentimiento de los consumidores para aceptar el empleo de mensajes de datos y el uso de medios electrónicos, además de tener garantizado el acceso a la información de manera clara y precisa.

⁶⁵ El Art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales establece que “toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que se aceptada”. Así también, en la Convención de Viena se establece que “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.” Tácitamente se hace una distinción entre propuesta y oferta, entendiéndose la primera como una simple invitación; sin embargo, el Código de Comercio habla de propuesta como sinónimo de oferta. Se habla entonces de oferta sólo cuando la propuesta es precisa y contiene la intención del oferente de obligarse frente al aceptante. El Art. 148 del Código de Comercio en su inciso segundo prescribe que: “ dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración su precio y de que ellos existan en el domicilio del oferente.”

al carácter predefinido y personalizado (o receptivo) de sus destinatarios⁶⁶; y las segundas sirven como canales de promoción y difusión de productos pero no se consideran como ofertas formales, siendo necesario en todo caso, que se determine la parte a la cual va dirigida la oferta.

La configuración jurídica de la oferta realizada por medios electrónicos, o utilizando cualquier sistema de información⁶⁷, deberá sujetarse a los requisitos enumerados, para que tenga plenos efectos jurídicos, haciendo especial énfasis en el contenido de la información sobre los productos que se ofertan en Internet.⁶⁸

La retractación de una oferta también podría darse empleando medios electrónicos, los que facilitan incluso la determinación con exactitud de la hora en la que se emitió la retractación y de ser el caso la hora en la cual se envió la aceptación, para efectos de precisar cuál de las dos se envió primero y si procede la retractación o no.⁶⁹ En el caso de las ofertas emitidas por medio de correo electrónico, se aplican las reglas generales de la retractación.

La aceptación

⁶⁶ Anibal, Pardini, *Derecho de Internet*, Argentina, Ediciones La Rocca, 2000, Pág. 159.

⁶⁷ Según la Ley 67 se entenderá como sistema de información, “todo dispositivo físico o lógico utilizado para crear, generar, enviar, recibir, procesar, comunicar o almacenar, de cualquier forma, mensajes de datos”. Por su parte, en la Convención de las Naciones sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, se define a un sistema de información como “todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas” y a un sistema automatizado de mensajes como “un programa informático o medio electrónico o algún otro medio automatizado empleado para iniciar una acción o para responder operaciones o mensajes de datos, que actúe total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta”.

⁶⁸ La Ley 67 consagra expresamente la obligación del oferente en Internet de informar al usuario en forma objetiva, oportuna y veraz y en detalle las características de lo que se está adquiriendo, para qué sirve y cómo utilizarlo.

⁶⁹ La doctrina ha mantenido el criterio de que sólo cuando la oferta es completa y una vez que se ha comunicado al adquirente, adquiere el carácter de irrevocable, y si el oferente se retracta deberá indemnizar los perjuicios que cause al destinatario. La oferta puede ser retractada mientras no haya sido aceptada, a menos que el oferente haya renunciado a retractarse de la oferta, o se haya fijado un plazo para la aceptación. Se admite también que tanto la oferta como la aceptación puedan revocarse por quien las emitió, no obstante la revocación de la oferta deberá ser comunicada al aceptante antes de que éste emita la aceptación.

Frente a la oferta está la aceptación, entendida como la manifestación de voluntad tendiente a perfeccionar el negocio jurídico, y que se traduce en “la expresión de voluntad de la persona que admite o aprueba lo que otra le ha ofrecido o propuesto. En estricto sentido, es el consentimiento del destinatario que accede a tomar a cargo las consecuencias que se deriven de la propuesta.”⁷⁰ La aceptación puede ser pura y simple, cuando se ajusta estrictamente a los términos de la oferta, y condicional cuando introduce elementos diferentes a los contenidos en la oferta, pero en este caso se entenderá que existe una nueva oferta o una contraoferta; y también puede ser expresa o tácita, pero en este caso las dos producen los mismos efectos jurídicos.

La aceptación no debe darse, necesariamente, de la misma forma como se emitió la oferta, por lo cual para que haya una aceptación electrónica no se precisa que la oferta también se haya realizado por medios electrónicos, entendiéndose que aquella ha operado cuando para la declaración de voluntad de una persona respecto de una propuesta recibida, se han empleado medios electrónicos. Así por ejemplo, en el caso de las ofertas on line o permanentes, la aceptación se produce cuando el usuario llena los formularios que se presentan en las mismas páginas web que contienen las ofertas, en el momento en que presiona el botón de Aceptar.⁷¹

⁷⁰ José Ignacio, Narváez, *Obligaciones y Contratos Mercantiles*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, Pág. 83.

Además, el Art. 18 numeral 1 de la Convención de Viena establece que la aceptación puede ser entendida como toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento de una oferta.

⁷¹ Existe jurisprudencia respecto de la aceptación manifestada a través de la pulsación de un botón en lo que se conoce como clic-wrap agreements o point and clic agreements, cuya validez se basa en el acto de pulsar un botón por parte del usuario. El 16 de abril de 1998 el Tribunal de California que conoció la demanda presentada por Hotmail en contra de la empresa Van\$ Money Pie Inc., en razón de que ésta empleaba el servicio de correo electrónico para enviar publicidad no solicitada, incumpliendo las condiciones generales de contratación que había aceptado al abrir la cuenta de correo en Hotmail, determinó que debe aceptarse la forma de aceptación por pulsación de un botón de un formulario electrónico, cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello. Xavier, Ribas, *Comercio Electrónico en Internet, Aspectos Jurídicos*, Revista Electrónica de Derecho Informático REDI No. 2, 1998. Tomada de la página: www.derecho.org/redi/numero2/ribas2.shtml

Con la aceptación se concluye el proceso contractual iniciado con la oferta, y se termina la formación de la voluntad de las partes; pero para esto la aceptación debe reunir ciertos requisitos indispensables que le otorgan eficacia jurídica, como son: *provenir del destinatario de la oferta; darse a conocer al oferente mientras la oferta esté vigente*, es decir la aceptación debe ser oportuna, para lo cual deberá expresarse dentro del plazo convenido con el oferente o fijado por la ley⁷², así en el caso de ofertas enviadas por correo electrónico, que se entiende son ofertas hechas por escrito, los plazos de aceptación son los establecidos en el Código de Comercio; y *debe ajustarse a la oferta, por lo cual debe ser pura, simple y completa*.⁷³

El momento en que confluyen la oferta y la aceptación se entiende formado el consentimiento y se generan todos los efectos jurídicos que le son propios a este acto, pero "el consentimiento electrónico constituye, en sí mismo, una modalidad especial de declaración de voluntad para negociar, esto es así ya que la tecnología subyacente lo aleja de atribuir significado a las manifestaciones de voluntad, tal como lo hizo el legislador para los casos de los contratos entre ausentes y los celebrados por correspondencia".⁷⁴

Momento y lugar de formación del consentimiento

Establecer el momento y el lugar en los cuales el consentimiento de las partes se entiende formado, es determinante en relación a la contratación electrónica, pues al no requerirse de solemnidades, de la formación del consentimiento de las partes se deriva el perfeccionamiento

⁷² El Código de Comercio en el Art. 141 establece que cuando la oferta es verbal debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige, y en el Art. 142 prescribe que la propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o rechazada dentro de 24 horas si las partes residieren en la misma plaza, y si no a la vuelta del primer correo que salga después de las 24 horas de recibida la propuesta. También hicimos referencia anteriormente a lo establecido en el Art. 20 de la Convención de Viena.

⁷³ En doctrina se ha considerado que cuando la aceptación no coincide con todos los términos de la oferta y contiene modificaciones a la misma que impiden la formación del consentimiento, ésta no es válida. El Art. 146 del Código de Comercio determina que la aceptación condicional o las modificaciones a la propuesta, se tendrán como propuesta. En términos de la Convención de Viena, la aceptación que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente objete las modificaciones.

⁷⁴ Anibal, Pardini, *Derecho de Internet*, Argentina, Ediciones La Rocca, 2000, Pág. 177.

del contrato, y consecuentemente se desprenderán los efectos jurídicos del mismo. Así también, de la determinación del lugar de formación del consentimiento se derivará la legislación aplicable al contrato, cuando las partes no se han sometido a una legislación particular y la fijación de la competencia de los tribunales que deberán resolver las controversias que surjan entre las partes en torno al contrato que las vincula, a falta de pacto expreso de las partes.

Cuando la contratación electrónica pueda ser considerada una contratación entre presentes en razón de la posibilidad que el medio electrónico brinde para que la oferta y la aceptación se expresen simultáneamente, no habrá mayores dificultades en cuanto al perfeccionamiento de la contratación. Pero al tratarse de una contratación entre ausentes por regla general, adquiere especial relevancia la determinación del momento de perfeccionamiento de la aceptación⁷⁵, respecto del cual en una contratación electrónica o telemática, la Ley 67 se remite a las normas aplicables a cada contrato para determinar el momento de perfeccionamiento del contrato, y a la voluntad de las partes para determinar el lugar de perfeccionamiento del contrato. En el caso de contratos internacionales, de conformidad con lo establecido en el Art. 18 de la Convención de Viena el perfeccionamiento de un contrato opera cuando hay una declaración expresa u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta, pues el silencio o la inacción no se entienden como aceptación, y dicha aceptación llega al oferente,

⁷⁵ La doctrina ha intentado solucionar el problema a través de varias teorías, que consideran que el contrato debe entenderse celebrado:

1. En el momento en que el destinatario emite su adhesión a la oferta (Teoría de la emisión).
2. En el momento en que el destinatario haya remitido su aceptación al oferente (Teoría de la expedición).
3. En el momento en que el oferente tiene conocimiento de la adhesión de la otra parte (Teoría del conocimiento).
4. En el momento en que la aceptación llega al domicilio del proponente.

En el ámbito de la contratación electrónica el criterio que ha predominado es el de considerar perfeccionado el contrato en el momento en que el proveedor envía un acuse de recibo de la aceptación del usuario y éste confirma la recepción de dicho acuse. En el caso de contratos sujetos a nuestra normativa, para aplicar este criterio se requeriría un acuerdo previo de las partes, que incluya la forma, el método y el plazo para que el proponente envíe la confirmación del recibo de la aceptación.

dentro del plazo que éste haya fijado, o dentro de un plazo razonable. Por su parte, nuestro Código Civil no establece expresamente cuándo opera el perfeccionamiento de un contrato, a diferencia del Código de Comercio que acoge la teoría de la expedición al señalar en el artículo 145 que “Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente...”

Ahora bien, cuando la aceptación se ha realizado con el empleo de mensajes de datos se observarán las normas de la Ley 67 relativas al tiempo y lugar de envío y recepción de los mismos.⁷⁶ Pero cuando la aceptación es dada por el usuario al proveedor de bienes y servicios en Internet, mediante la pulsación del botón, surge la interrogante de ¿cuándo se entiende celebrado el contrato?.

En relación al lugar de perfeccionamiento del contrato, siguiendo el lineamiento de la legislación española, Miguel Ángel Davara sostiene que “respecto al lugar donde se concluye el contrato realizado por medios electrónicos unido a la transmisión telemática, a efectos de la

⁷⁶ El Art. 11 de la Ley 67 contiene las reglas supletorias a los acuerdos expuestos de las partes, respecto del tiempo y lugar de emisión y recepción de los mensajes de datos, así: se entenderá por: a) Momento de emisión: cuando el mensaje de datos ingrese en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo el control del emisor o de quien los envió en su nombre o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto; b) Momento de recepción: i) Cuando el mensaje de datos ingresa al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario; ii) Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónico cuando se recupere el mensaje de datos; y iii) De haberse señalado un lugar preciso de recepción, cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de que se haya recuperado o no el mensaje de datos. Cuando se trate de contratos internacionales la remisión es al Art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que establece las siguientes reglas: a) La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que lo envíe a nombre de éste, o en el momento en que esa comunicación se reciba; b) La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado; en otra dirección electrónica del destinatario cuando pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección. Se presume que opera la recuperación en el momento en que la comunicación electrónica llega a la dirección del destinatario; c) La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme lo establecido en el Art. 6 de la Convención.

determinación de la Ley a aplicar y el Juez competente, si no ha habido sumisión expresa, debe entenderse que el lugar de celebración del contrato es el del lugar en el que se hace la oferta y como tal se actuaría.⁷⁷ En nuestra legislación el lugar de formación de un contrato mercantil según los términos del Código de Comercio es el de la residencia - nótese que no se habla de domicilio - del comprador o de quien en términos generales manifiesta la aceptación en virtud de la cual se obliga para con el oferente.⁷⁸ La Ley 67 sigue la línea del Código de Comercio, estableciendo en primer lugar la supletoriedad de la disposición sobre el lugar de perfeccionamiento de los contratos electrónicos, a la voluntad de las partes, las cuales podrán determinar el lugar de perfeccionamiento de los mismos.

Vicios del consentimiento

Considerando nuevamente lo establecido en el numeral 2 del Art. 1488 del Código Civil, para el perfeccionamiento de un acto jurídico no sólo es necesario que las partes consientan en dicho acto, sino que el consentimiento esté exento de vicios.⁷⁹ Es decir, que si la voluntad existe, se requiere además que sea libre y no producto de la violencia; que sea cierta y no haya sido determinada por un error, y que tampoco ese error constituya un engaño en cuyo caso habría dolo. De lo dicho y acogiendo lo prescrito por el Código Civil, se desprende que los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.

⁷⁷ Miguel Ángel, Davara, *Manual de Derecho Informático*, España, Editorial Aranzadi, 1993, Pág. 189

⁷⁸ El Art. 147 del Código de Comercio establece que “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.”

⁷⁹ La doctrina argumenta que aún el consentimiento viciado, constituye consentimiento. En derecho romano es el principio *qui vi aut errore consenit tamen consentit* que en doctrina moderna se justifica en la convivencia social y política de la sociedad. Luis Claro Solar enfatiza que “los vicios del consentimiento suponen, pues, que la convención ha podido formarse, porque el acuerdo de voluntades se ha producido; pero el consentimiento de las partes o de una de ellas se halla viciado hasta el punto de que puede anularse el contrato.” Luis, Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen V, Tomo X, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 138.

Al hablar de la contratación telemática, los vicios del consentimiento adquieren particularidades diferentes, por las características propias de esta modalidad de contratación, así por ejemplo, “no existe una comunicación en persona entre las partes contratantes, sino que entre ellas aparecen dos o más ordenadores con sus respectivos instrumentos físicos y lógicos; documentos desmaterializados o electrónicos (y con ellos una dificultad en materia probatoria); la representación virtual del objeto de contratación en algunos casos, etc.”⁸⁰, por tanto, los vicios del consentimiento en la contratación telemática pueden manifestarse en figuras como el extravío de un mensaje antes de llegar a su destinatario; la repetición; la manipulación ilícita; la trazabilidad; la interceptación, etc.⁸¹

En materia de contratación telemática, se aplica todo lo dispuesto por el Código Civil en relación al error de derecho, por lo que nadie podrá alegar el error en la concepción de un precepto legal para anular un contrato celebrado con el empleo un medio telemático. El justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe, pero constituye un vicio de la voluntad, traduciéndose en la incongruencia del pensamiento con la realidad, siempre que no sea producto de una acción deliberada o imputable de quien lo sufre.⁸² Por tanto, el error en la persona en una contratación telemática también tendrá como sanción la nulidad relativa del

⁸⁰ Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 153.

⁸¹ El Art. 27 de la Convención de Viena establece que si las partes hacen una comunicación por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho de invocar tal comunicación. En el Art. 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de comunicaciones electrónicas en Contratos Internacionales, se contempla la posibilidad de que frente a un error por parte de una persona física al introducir datos en una comunicación electrónica que se intercambie con un sistema automatizado de mensajes de otro – siempre que éste no brinde la posibilidad de corregir el error- se retire la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si se cumplen dos supuestos: a) Si la persona notifica el error tan pronto sea posible, una vez que se hubiere percatado del mismo; y b) Si la persona no ha utilizado los bienes o servicios recibidos de la otra parte, ni ha obtenido beneficio de cualquier naturaleza.

⁸² Al respecto Humberto Carrasco siguiendo el pensamiento de Barriuso Ruíz, señala “quien ejecuta un programa sin saber su funcionamiento e incurre en algún error, no podrá excusarse en él para alegar el vicio del consentimiento, puesto que debería haberse abstenido de realizarlo, o buscar los procedimientos para ilustrarse, o en todo caso habérselo hecho saber a la otra parte contratante.” Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 159

contrato, más aún cuando el problema de que las partes incurran en algún tipo de error, sea sustancial, esencial o sobre la persona, puede ser más frecuente en materia de contratación telemática que en una contratación tradicional.

Existe fuerza⁸³ en la contratación telemática cuando por ejemplo “intencionalmente se infecta nuestro computador con algún virus y la parte que lo realizó o un tercero, amenaza que si no se contrata, no se facilitará el antivirus, constringiendo de esta manera a la celebración de un determinado acto jurídico”⁸⁴ o cuando mediante el empleo de la fuerza o la intimidación se obtengan claves de seguridad, o claves de firmas electrónicas que obliguen a una parte a emitir su consentimiento.

El dolo como vicio del consentimiento⁸⁵ también puede presentarse en materia de contratación telemática, cuando una de las partes contratantes se ha valido de maniobras fraudulentas, llevadas a cabo a través de medios electrónicos, para inducir a la otra parte a contratar y prestar su consentimiento, de modo tal que en otras circunstancias no habría consentido o está presente cuando durante la transmisión de un mensaje de datos, se produce un cambio del contenido del mismo.⁸⁶

⁸³ La fuerza implica la exposición de la víctima a una impresión o temor de sufrimiento, que la obliga o induce a consentir o a contratar, pero su consentimiento está viciado; pero no necesariamente la fuerza debe provenir de una de las partes contratantes, pues puede ser ejercida por un tercero con el fin de obtener el consentimiento.

⁸⁴ Humberto, Carrasco Blanc, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*, Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, Pág. 170.

⁸⁵ El dolo incidental, o sea aquel que no es obra de una de las partes y que no ha sido causa determinante del contrato, es decir que no ha sido de tal gravedad que ha inducido a consentir, no vicia el consentimiento y sólo da lugar a la indemnización de perjuicios. En este sentido el Art. 1501 del Código Civil señala que “en los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona y personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él...”

⁸⁶ En el inciso sexto del Art. 29 del Código Civil se define al dolo como la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro y se entiende como todo fraude, engaño, maquinación insidiosa de uno de los contratantes que induce al otro contratante a prestar su consentimiento para la celebración del contrato de manera tal que sin el dolo la otra persona no hubiera contratado. El dolo debe provenir de una de las partes contratantes y vicia el consentimiento cuando traducido en maniobras fraudulentas, se da antes de prestar el mismo, cuya sanción es la nulidad relativa y da lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

2.2.2 De la formalización

La contratación telemática, entendida como un proceso que se formaliza al momento de confluir la oferta y la aceptación, se puede instrumentar a través de un documento que puede ser un contrato o un formulario de pedido o una orden de compra, etc. Nos interesa particularmente los contratos electrónicos, que se consideran en primer lugar como una especie de convención, es decir como un contrato en esencia producto de una manifestación bilateral de voluntad destinada a crear obligaciones, contenida en un soporte electrónico, y luego como un documento electrónico, cuya elaboración, envío y aceptación puede efectuarse mediante mensajes de datos, entendiéndose que éste proviene de quien lo envía y autoriza a quien lo recibe a actuar conforme al contenido de dicho documento.

Un elemento importante es el relativo a la identificación de las partes que intervienen en la celebración del contrato electrónico, que al igual que en cualquier contratación civil o mercantil es lo que permite establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. Pero básicamente, la necesidad de comprobar la identidad de las partes intervinientes en una contratación telemática, se debe al alto riesgo que existe en esta modalidad de contratación de incurrir en un error respecto de la identidad de la persona con quien se está contratando, siendo un problema el determinar la identificación de quien realiza la oferta y de quien la recibe y acepta, factor que otorga a un negocio la seguridad jurídica necesaria y que va a evitar un posible vicio del consentimiento por error en la persona con quien se contrata, que

Miguel Ángel Davara formula la interrogante acerca de ¿Quién es el responsable de un cambio en el contenido del mensaje durante su transmisión? Y al respecto se ha pronunciado en el sentido de que si las partes han aceptado emplear medios electrónicos para la realización de la contratación, el hecho de que se cambie el contenido del mensaje y especialmente si ha habido error o engaño por parte de las mismas personas contratantes, no se impedirá por ese motivo que el contrato se perfeccione. Sin embargo esto ocurre también en la contratación tradicional cuando el dolo proviene de las dos partes el contrato no es anulable por tal causa. Miguel Ángel, Davara, *Manual de Derecho Informático*, España, Editorial Aranzadi, 1993, Pág. 181.

consecuentemente daría lugar a la nulidad relativa del contrato, cuando la consideración de la persona ha sido el elemento determinante para realizar la contratación.

En la contratación tradicional la identificación de las partes se logra a través de la identidad de los comparecientes, que incluye: los nombres y apellidos completos según los datos de la cédula de ciudadanía o partida de nacimiento del sujeto, el número de cédula o documento de ciudadanía y la firma o huella digital, sin embargo, en la contratación electrónica pese a que es fácil identificar el número telefónico o el fax, o la dirección de e-mail, los DNS (Domain Name System), número IP, el password o clave de usuario, etc., desde donde operó alguna de las partes, lo difícil es establecer quién exactamente utilizó cualquiera de dichos mecanismos.

Reiterando, la identificación de las partes dentro de un proceso de contratación, se vincula principalmente con la autenticidad de los datos o información, pero también con la obligatoriedad que asumen las mismas de cumplir o no un contrato, de tal forma que si participó una persona no autorizada a nombre de otra, utilizando su dirección de e-mail o nombre de usuario, no obliga a la segunda.

A más de la identificación lograda a través de las firmas digitales y electrónicas, existen algunas formas de identificación de las partes en redes de telecomunicación, especialmente en Internet, como las siguientes: a) *Por medio del contrato de acceso a Internet* que suscribe el usuario con el proveedor de servicios de Internet, el cual se consignan todos los datos de identificación del cliente (nombres, apellidos, número de cédula de ciudadanía, dirección del domicilio o lugar de trabajo, teléfono, fax, etc.); b) *Por medio del número de cuenta*, en el caso de computadores a los que tienen acceso varias personas o usuarios, de tal forma que a cada uno se le asigna una cuenta que será la que permita identificar al usuario, pues se lleva un registro de las cuentas y de las personas que usan cada una; c) *Por medio de la dirección de*

e-mail, pues aún cuando un ordenador pueda tener varios usuarios, cada uno de ellos dispondrá de un correo electrónico diferente, lo que permitirá identificar el sujeto exacto con el cual se realiza una negociación determinada; y d) *Por medio de los nombres de dominio*⁸⁷, que es lo que permite identificar a la persona, empresa, institución, etc., que actúa dentro de Internet, y que se asigna en cada país de acuerdo con ciertos parámetros y luego de pagar un valor determinado, *o de las direcciones IP*.⁸⁸ El problema que se presenta entonces, es que sólo se puede comprobar la identificación de la máquina que se usa, pero no del individuo que actúa en ella, de tal manera que aún cuando se trate de un servidor personal, se corre el riesgo de que un tercero pueda acceder al equipo y operar a nombre del dueño del servidor. Incluso puede haber mecanismos para utilizar las direcciones IP de un usuario y acceder a un sistema sin ser identificados. El único mecanismo que en la actualidad permite garantizar la autenticidad e identidad de los contratantes, es la firma digital basada en criptografía.

Un contrato electrónico puede ser unilateral o bilateral, correspondiendo el primer tipo cuando una de las partes se obligue para con otra que no contrae obligación alguna (donación de programas de antivirus); y el segundo cuando las partes se obligan recíprocamente, como en el caso de las compras de mercaderías. También puede ser un instrumento gratuito u oneroso, dependiendo de si la utilidad del contrato es para una sola de las partes o para ambas, gravándose una en beneficio de la otra. Puede ser conmutativo o aleatorio, principal, nominado o innominado, de libre discusión o de adhesión y de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

⁸⁷ Un nombre de dominio es una dirección numérica asignada a un terminal o computadora conectada a la red, pero debido a la dificultad de manejo de direcciones numéricas se han asignado también direcciones alfanuméricas.

⁸⁸ Una dirección IP es un número o la dirección de Protocolo de Internet, que identifica a un ordenador que posee una conexión con Internet.

Particular mención merecen los contratos de adhesión on line, es decir aquellos que se formalizan mediante la pulsación de un botón (o haciendo clic) en las palabras OK, ACEPTAR o similar.

Otra forma de instrumentación telemática de un acuerdo, es mediante el uso de formularios electrónicos o e-forms⁸⁹, en los cuales se incluyen las órdenes de compra y que se consideran una forma de contratos de adhesión y por tanto le son aplicables todas las disposiciones legales establecidas para éstos.

Sin perjuicio de lo expuesto es preciso señalar que es normal en el comercio electrónico, que confluyan oferta y aceptación dando origen a una relación contractual, sin una expresión concreta, evidenciada mediante actos concluyentes que demuestran inequívocamente la voluntad de las partes.

2.2.3 Del pago y la entrega

En la Ley 67 no se norma el tema de la ejecución de los contratos celebrados con el uso de medios telemáticos, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el español, en el cual se encuentran disposiciones relativas a la ejecución en el caso de ventas a distancia.⁹⁰ Para el caso de contratos con consumidores, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su

⁸⁹ Existen diferentes clases de formularios electrónicos, como aquellos que se encuentran en las páginas web, o los que se basan en un formato de documento portátil de Adobe y que se pueden imprimir, o aquellos personalizados y los de tipo comercial.

⁹⁰ El Art. 43 de la Ley 47/2002 de reforma de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la ejecución y pago, establece lo siguiente: “1) Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el vendedor deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de treinta días a partir del día siguiente a aquel en que el comprador le haya comunicado su pedido. 2) En caso de no ejecución del contrato por parte del vendedor por no encontrarse disponible el bien objeto del pedido, el comprador deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes, y en cualquier caso en un plazo de treinta días como máximo las sumas que haya abonado... y 3) De no hallarse disponible el bien objeto del pedido, cuando el consumidor hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el vendedor podrá suministrar sin aumento de precio un producto de características similares que tenga la misma o superior calidad. En este caso, el comprador podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien inicialmente requerido.”

artículo 18 establece como una obligación del proveedor la de entregar o de prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad con las condiciones acordadas con el consumidor.

Tema de estudio independiente, es el del pago electrónico, mismo que constituye un pilar fundamental en el desarrollo del comercio electrónico y se entiende como una nueva forma de pago que se efectúa con el empleo de medios como tarjetas (con bandas magnéticas o microprocesadores) de crédito o débito, o a través de transferencias bancarias.

2.3 VALIDEZ JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

Por principio general, sólo cuando un negocio jurídico reúne todos los requisitos de ley para su existencia y validez, las obligaciones y derechos derivados de aquel, adquieren fuerza vinculante y plena eficacia jurídica; principio que se hace extensivo a la contratación telemática, por lo cual el análisis debe partir por determinar si los contratos realizados con el empleo de medios telemáticos se consideran legalmente celebrados, por cumplir con los requisitos generales de existencia y validez.⁹¹ Así lo establece el Art. 44 de la Ley 67 que señala "*Cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensaje de datos, a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rija, en todo lo que fuere aplicable, y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que los señalados en dicha ley*". Consecuentemente se reconoce la validez de los contratos que se hubieren instrumentado mediante mensajes de datos, sin que

⁹¹ Del texto de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se puede deducir que pueden existir otros requisitos para la validez de un contrato celebrado vía telemática, aplicables en forma obligatoria a los contratos celebrados con consumidores, salvo acuerdo en contrario a los contratos con no consumidores y con exclusión expresa de los contratos celebrados mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente; requisitos relacionados fundamentalmente con el acceso a determinada información por parte del destinatario de un servicio cuando efectúe un pedido como son el acceso a las condiciones generales de contratación, a la información sobre los pasos técnicos para celebrar el contrato, medios para corregir datos antes de que opere el pedido, entre otras.

se pueda restar fuerza obligatoria por esa razón, evidenciándose además el principio fundamental de *equivalencia funcional*.⁹²

Cuando se trate de contratos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales reconoce el valor jurídico de las mismas, determinando que “no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”.⁹³

La validez jurídica de la contratación electrónica nace y se desprende de la ley, pero también está vinculada a la aceptación de las partes y la manifestación de la voluntad de las mismas, lo cual cuando se habla de contratación por medios telemáticos, puede expresarse mediante la pulsación de un botón⁹⁴, sin que cambien los efectos jurídicos que tal negocio jurídico debe producir. Ciertamente, los problemas a sortear, respecto de la contratación electrónica, más que jurídicos son de forma y se refieren a la fiabilidad, seguridad, integridad, e intangibilidad de las negociaciones por medios electrónicos.

En función de los principios de autonomía de la voluntad⁹⁵ y libertad contractual, la voluntad de las partes por sí sola da lugar a la creación de una estructura jurídica con fuerza obligatoria,

⁹² Un principio básico en materia de comercio electrónico, contratación electrónica y firmas digitales, es el de equivalencia funcional que implica un reconocimiento legal del medio electrónico que le permita ser equivalente a un medio tradicional, siempre que se cumpla con las exigencias que determine la ley, especialmente para efectos probatorios. Así por ejemplo, el contenido de un documento electrónico o de un contrato celebrado vía electrónica, debe surtir los mismos efectos jurídicos que el contenido de un documento con soporte papel.

⁹³ Artículo 8 numeral 1.

⁹⁴ Los contratos clickwrap son una forma de contratos de adhesión “que se formalizan presionando el botón izquierdo del ratón (haciendo “click”) sobre la palabra “acepto” o mensaje análogo.

⁹⁵ En doctrina general, la formación de los contratos está regida por la autonomía de la voluntad y dos sub. principios de ésta que son: el consensualismo y la libertad contractual. Si consideramos a los contratos electrónicos como contratos atípicos, por carecer de regulación propia, son entonces una manifestación de la Autonomía de la Voluntad, que no es más que la soberanía de los individuos para celebrar cualquier contrato que convenga a sus intereses, sin importar que aquellos estén o no regulados por la ley, y regular sus relaciones jurídicas, respetando los parámetros limitativos del orden público y las buenas costumbres. La autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual,

así todo acuerdo emanado de la voluntad privada para crear derechos u obligaciones, modificarlos o extinguirlos, es un contrato y tiene validez jurídica. De igual manera, las partes son libres para atribuir a los contratos celebrados los efectos que estimaren pertinentes y la voluntad de los contratantes es la que determina los efectos del contrato.

En materia de contratación electrónica en general y telemática en particular, se estará siempre a la voluntad de las partes contratantes, las mismas que podrán determinar los medios a través de los cuales celebrarán el contrato, pudiendo éstos ser de tipo electrónico o telemático, pues la autonomía de la voluntad implica también la definición de los medios que deseen emplear las partes para desarrollar sus relaciones jurídicas, incluyendo aquellos que emplea la contratación electrónica, no pudiendo en cualquier caso, negarse validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos, como lo prescribe el Art. 45 de la Ley 67. Consecuentemente, el reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas –mensajes de datos- no implica la obligación de las partes de utilizarlas en sus negociaciones o de aceptar el empleo de las mismas, sin embargo la anuencia para hacerlo puede ser tácita y se podrá deducir de la conducta de las partes⁹⁶, salvo el caso de contratos celebrados con consumidores, para los cuales se requiere

que se remontan al derecho patrimonial romano, son los principios rectores de la contratación en todos los tiempos y recogen la concepción básica de que los individuos son libres para regular sus relaciones jurídicas, con la única limitación de que no contraríen el orden público y las buenas costumbres. En tal sentido, las leyes relativas a los contratos son supletorias a la voluntad de las partes y se aplican sólo frente al silencio de las partes, pero al mismo tiempo la libertad de contratación se subordina al orden legal, pues la ley determina que sólo el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes.

En los últimos tiempos la libertad contractual se ha visto debilitada, incluso se habla de la casi extinción de la misma, en consideración a las nuevas prácticas de contratación, en las que predomina la voluntad de una de las partes y sus condiciones son impuestas en muchas veces por coacción.

La libertad de las partes para contratar, al igual que otros derechos, no es absoluta y tiene limitaciones, que actualmente, por ejemplo, responden a la necesidad de precautelar los intereses colectivos y sociales; así el Estado a través de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor busca garantizar a los ciudadanos el íntegro ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y que pueden verse afectados con una contratación abusiva, cumpliendo con su función tuitiva para equiparar las partes intervinientes en la contratación, previniendo los evidentes peligros de la contratación dictada por una sola de las partes.

⁹⁶ Numeral 2, Art. 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales.

expresa aceptación del consumidor para el empleo de un medio electrónico para proporcionar o permitir el acceso a información relativa a un servicio electrónico, incluido el comercio electrónico, que deba constar por escrito.⁹⁷

En materia de contratación electrónica la validez de los contratos constituye la regla y su nulidad la excepción. Los problemas de nulidad sea absoluta o relativa de los contratos y especialmente de los contratos electrónicos y dentro de estos de los contratos de adhesión on line, se derivan en primer lugar de los vicios de consentimiento, es decir del error esencial, la fuerza y el dolo.

El principio de equivalencia funcional relacionado con la validez jurídica de la contratación electrónica, se expresa también en el cumplimiento del requisito de que la información conste de forma escrita y original, mediante un mensaje de datos, siempre que se cumpla con lo que determine la ley⁹⁸; así lo establecen los artículos 6 y 7 de la Ley 67 y el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales. Ésta última además, extiende el principio de equivalencia al cumplimiento de un requerimiento de firma de un contrato a través de una comunicación electrónica, bajo los supuestos de que se utilice un método para determinar la identidad de la parte y para indicar la voluntad de la parte respecto del contenido de la comunicación electrónica, así como que el método empleado sea fiable y apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica.

⁹⁷ Art. 49 de la Ley 67.

⁹⁸ Tales requisitos corresponden a la accesibilidad a ulterior consulta y la conservación del mensaje de datos en forma íntegra.