

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

LA CONTRATACION ELECTRÓNICA EN EL SISTEMA JURÍDICO
ECUATORIANO

TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD A LOS
REQUISITOS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

PROFESOR GUIA:
DOCTOR JUAN JOSÉ PÁEZ.

AUTOR:
ABOGADO CARLOS ALBERTO JARA DEL PINO.

QUITO- ECUADOR 2006.

AGRADECIMIENTOS:

Se hace extensivo el agradecimiento al Profesor Guía Doctor Juan José Páez, al Decano de la Facultad de Jurisprudencia Doctor Enrique Gómez, por su valioso apoyo e incondicional ayuda para la elaboración del presente estudio.

De igual manera el más efusivo agradecimiento a la Universidad de las Américas que ha hecho posible cruzar a la meta trazada y conseguir un sueño anhelado.

El Autor.
DEDICATORIA.

El presente Trabajo de Titulación esta dedicado
A mis Padres, mis hermanos, mis profesores,
Fuentes infinitas de inspiración, apoyo y aliento.
A mi hija testimonio de agradecimiento a la vida
y cariño.

RESUMEN.

El presente trabajo de titulación es un estudio sobre la Contratación Electrónica en el Sistema Jurídico Ecuatoriano con el fin de esclarecer, actualizar y reforzar las bases para que la Contratación Electrónica sea un medio seguro y práctico en el Ecuador.

Para motivos de este estudio hemos realizado cuatro capítulos que tratan los siguientes temas.

CAPITULO I:

En este capítulo se hace una introducción sobre la historia y el avance de la tecnología en el mundo moderno, de igual forma se estudia la interrelación existente entre la tecnología, la sociedad globalizada y el derecho.

Para lograr este fin se ha estudiado y definido materias de vital importancia en este tema como lo es la JURIMETRIA.

CAPITULO II:

Este capítulo trata en general sobre el Comercio Electrónico, se hace referencia a la clasificación del mismo, los campos en los que interviene en el ámbito jurídico, y mercantil.

En la parte medular del capítulo descrito se estudia todo lo referente a Operaciones Comerciales Electrónicas; sus elementos, sus características, y su importancia.

CAPITULO III:

En este capítulo se ha estudiado la Contracción Electrónica de una forma amplia y detenida, se ha estudiado temas como la seguridad que ofrece este tipo de contratación, los principales problemas de tipo legal que presenta este medio contractual.

El estudio de otras legislaciones ha sido otro punto importante de este capítulo, y se ha relacionado la Contratación Electrónica con el ámbito social.

En la parte final se estudia un tema fundamental que es la Firma Electrónica, se estudia sus usos, sus efectos, las garantías que brinda y los requisitos de la misma.

CAPITULO IV:

En este último capítulo se estudia los Contratos Electrónicos, su formación; la validez legal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se estudia también los principales contratos electrónicos.

Se hace un estudio detallado de la compraventa electrónica dentro del Ecuador y se lo compara con otras legislaciones latinoamericanas y europeas.

En la parte final de este capítulo podemos encontrar las conclusiones y recomendaciones del estudio.

ÍNDICE GENERAL.

CARÁTULA.

DEDICATORIA.

AGRADECIMIENTOS.

RESUMEN.

CAPITULO I.

1.- Historia de la Tecnología.	7
2.- Avances Tecnológicos.	9
4.- Las Tecnologías de la Información.	10
3.- Las Telecomunicaciones.	11
5.- Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.	13
6.- Interrelación del derecho con el Avance de la Tecnología.	15
6.1.- Informática Jurídica.	16

CAPITULO II

Pag.

INTRODUCCIÓN	18
1.- El Comercio Electrónico.	18
1.1.- Definición.	18
2.- Campos en los que Interviene el Comercio Electrónico.	19
3.- Clasificación del Comercio Electrónico.	20
4.- La Operación Comercial.	22
4.1.- La Operación Comercial Electrónica	23
4.1.2.- Elementos de la Operación Electrónica.	24
4.1.3.- Características de la Operación Electrónica.	24
5.- Las Licitaciones Electrónicas	25

CAPITULO III

	Pag.
1.- La Contratación Electrónica.	27
1.1.-Principios Fundamentales del Derecho de Comercio Electrónico.	28
2.- Contexto Social de la Contratación Electrónica.	29
2.1.- Seguridad de la Contratación Electrónica.	30
3.- Principales Problemas de Carácter Legal.	34
3.1.- En el Campo del Derecho Civil.	34
3.2.- En el Campo del Derecho Penal.	37
4.- Parámetros de la Contratación Electrónica.	39
5.- La Firma Electrónica.	40
5.1.- Garantías de la Firma Electrónica.	41
5.2.- Usos de la Firma Electrónica.	43
5.3.- Efectos de la Firma Electrónica.	43
5.4.- Requisitos de la Firma Electrónica.	43

CAPITULOIV

1.- El Contrato Electrónico.	45
1.1.- Formación de los Contratos Electrónicos.	46
1.2.- Esquema de los Contratos Electrónicos.	47
1.3.- Validez Legal y Regulación Jurídica.	50
1.4.- Infracciones en el Ámbito Administrativo	52
1.5.- Partes dentro del Contrato Electrónico.	54
2.- Principales Contratos Electrónicos Relacionados con el uso del Internet.	57
3.- La Compraventa Electrónica.	58
3.1.- La Compraventa Electrónica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.	58
3.2.- La Compraventa Electrónica Comprendida en otras Legislaciones.	59
4.- Conclusiones.	61
5.- Recomendaciones.	62
ANEXO 1.	64
ANEXO 2.	65

RESUMEN.

El presente trabajo de titulación es un estudio sobre la Contratación Electrónica en el Sistema Jurídico Ecuatoriano con el fin de esclarecer, actualizar y reforzar las bases para que la Contratación Electrónica sea un medio seguro y práctico en el Ecuador.

Para motivos de este estudio hemos realizado cuatro capítulos que tratan los siguientes temas.

CAPITULO I:

En este capítulo se hace una introducción sobre la historia y el avance de la tecnología en el mundo moderno, de igual forma se estudia la interrelación existente entre la tecnología, la sociedad globalizada y el derecho.

Para lograr este fin se ha estudiado y definido materias de vital importancia en este tema como lo es la JURIMETRIA.

CAPITULO II:

Este capítulo trata en general sobre el Comercio Electrónico, se hace referencia a la clasificación del mismo, los campos en los que interviene en el ámbito jurídico, y mercantil.

En la parte medular del capítulo descrito se estudia todo lo referente a Operaciones

Comerciales Electrónicas; sus elementos, sus características, y su importancia.

CAPITULO III:

En este capítulo se ha estudiado la Contracción Electrónica de una forma amplia y detenida, se ha estudiado temas como la seguridad que ofrece este tipo de contratación, los principales problemas de tipo legal que presenta este medio contractual.

El estudio de otras legislaciones ha sido otro punto importante de este capítulo, y se ha relacionado la Contratación Electrónica con el ámbito social.

En la parte final se estudia un tema fundamental que es la Firma Electrónica, se estudia sus usos, sus efectos, las garantías que brinda y los requisitos de la misma.

CAPITULO IV:

En este último capítulo se estudia los Contratos Electrónicos, su formación; la validez legal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se estudia también los principales contratos electrónicos.

Se hace un estudio detallado de la compraventa electrónica dentro del Ecuador y

se lo compara con otras legislaciones latinoamericanas y europeas.

En la parte final de este capítulo podemos encontrar las conclusiones y recomendaciones del estudio.

CAPÍTULO I

1.- HISTORIA DE LA TECNOLOGÍA.

Con el pasar de los años la tecnología se ha convertido en una herramienta fundamental en el desarrollo de la vida cotidiana, pero para poder desarrollarse ésta ha tenido que sufrir una serie de cambios e ir evolucionando incluso más rápido que las propias necesidades del ser humano.

Podemos nosotros imaginar como nuestros antepasados desarrollaron métodos para poder suplir requerimientos básicos, tales como iluminación, comunicarse a la distancia entre muchas otras, requerimientos que en la actualidad no parecen más que métodos totalmente familiares para la sociedad en la que nos desenvolvemos.

No podemos realmente dar un punto de partida en el cual la tecnología empezó a surgir, ya que es un proceso que ha tomado mucho tiempo y se ha encontrado presente con sus limitaciones claro, pero desde la existencia misma del hombre en este planeta.

La invención de la rueda fue el primer paso, posteriormente la invención de la imprenta, la revolución industrial con la máquina a vapor, los viajes espaciales, entre otros grandes inventos

Pero es a partir de 1960 con grandes creaciones como, el televisor y quizás lo más sorprendente de los últimos tiempos el computador, invento que ha simplificado la vida de millones de personas y que sin lugar a duda dio paso a que en la actualidad estemos sufriendo lo conocido como revolución informática.

Sin lugar a duda esta revolución informática nos ha permitido la agilización de los procesos entre las empresas, la fácil comunicación entre las personas, el poder tener información sobre innumerables temas y en el campo del derecho nos permite tener entre otras asombrosas cosas información de otros países en cuestión de minutos, profundizar nuestros conocimientos en diferentes sistemas legales, y sobre todo realizar operaciones comerciales electrónicas.

Desde el punto de vista social la tecnología se ha encarnado en todos y cada uno de los niveles sociales ya que tanto el pequeño empresario, el obrero, o la empresa multinacional más grande del planeta requieren de la tecnología para poder tener un funcionamiento práctico y eficaz.

Es gracias a esta serie de fenómenos tecnológicos que en nuestros días la sociedad ha logrado ser considerada como una sociedad globalizada o también llamada sociedad de la información, ya que hoy la tecnología se encuentran al alcance de casi todos los niveles sociales y la difusión por el uso del Internet se ha convertido en una práctica masiva, en pocas palabras la tecnología es tan

importante para nuestras vidas cotidianas que ha facilitado enormemente la relación entre un sistema jurídico, el estado y los asociados al mismo.

2.- AVANCES TECNOLÓGICOS.

Como ya hemos citado el desarrollo tecnológico se ha incrementado con mayor intensidad a cuando se fusiona la obtención de la información, con el manejo de la misma. Estos dos elementos juntos, mas una completa red de sistemas encaminados al perfeccionamiento de la tecnología han sido capaces de revolucionar la sociedad a tal punto que el mundo se encuentra viviendo una transformación tan grande como la vivida el Inglaterra entre los años 1760 a 1820 la cual fue llamada Revolución Industrial.

En estas décadas los avances dentro del campo de la tecnología han sido fundamentales y enormes, a continuación citaremos los más importantes campos de desarrollo de los individuos:

- a.- Primeras expediciones al espacio.
- b.- "Comunicaciones inalámbricas tanto televisadas, radiales y telefónicas con cobertura mundial"¹.
- c.- El Internet, su uso e importancia como base de datos.
- d.- Desarrollo de sistemas como hardware y software.

¹ www.mundotecnologico.com

e.- Desarrollo y ampliación de la educación mediante sistemas de desarrollo práctico.

f.- En el campo del derecho la creación de bases de datos jurídicos, que nos permite revisar leyes y codificaciones de una manera rápida.

g.- Uso frecuente de la tecnología en el deporte y en la óptima preparación de deportistas.

Sin lugar a dudas estos y muchos otros han sido grandes aportes al mundo entero y han simplificado la vida de todos, creando profundos cambios culturales, económicos y legales, ya que “se considera a la tecnología y al manejo de la información como un recurso económico de gran importancia”².

3.- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

En un mundo globalizado el término “TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN”, es más frecuentemente escuchado y la sociedad en general adoptó por medio del uso de la tecnología y de la costumbre este tipo de términos, que en una visión global hacen referencia a la facilidad y velocidad del manejo de la información, pero vamos a desmenuzar este concepto y explicarlo detalladamente a continuación.

El término “Tecnología de la Información” hace referencia a una serie de fusiones y procesos, tomando como punto de partida el manejo rápido de la

²Rico Carrillo Mariliana, “Comercio Electrónico Internet y Derecho, 1^a Edición, Editorial Legis, Junio, 2003, Pág. 20

información, la robótica, la cibernética y la unión de las tecnologías, aplicando lo que conocemos en la actualidad como hardware y software.

Todos estos elementos al fusionarse nos permiten manejar una amplia base de datos con una rapidez y exactitud asombrosa, de igual manera es posible gracias a estos avances tecnológicos el transportar la información de un lugar a otro en cuestión de segundos logrando como resultado el simplificar las relaciones comerciales, el agilizar procesos de compra y venta de bienes, insumos y productos.

De igual manera estos avances han tenido un impacto muy marcado en la sociedad ya que nos permite comunicarnos y establecer vínculos con otras personas desde cientos de kilómetros de distancia.

En realidad el impacto social y las transformaciones culturales que ha sufrido el planeta y sus habitantes las debemos en gran medida a la Tecnología de la Información.

4.- LAS TELECOMUNICACIONES.

En el campo de las telecomunicaciones el planeta entero ha experimentado logros sin precedentes, las transmisiones radiales y televisadas en vivo o vía microonda fueron los primeros pasos, posteriormente han surgido muchos otros sistemas de comunicación a tal punto que en la actualidad podemos

asistir a conferencias virtuales a cientos de millas de su lugar de origen, obtener información de las más grandes bibliotecas del mundo con solo la utilización de un ordenador y del Internet, en fin miles de aplicaciones que han cambiado la concepción del mundo y que sin temor a equivocarnos han marcado a la humanidad y han escrito nuevas páginas en la historia de la misma.

Al hablar de comunicación estamos hablando de avance de progreso es por este motivo que los países más industrializados y poderosos del mundo conocidos como el “Grupo de los Siete en el año de 1994 han iniciado un proyecto para comenzar con la codificación y la protección del comercio electrónico.”³

Es ya una política mundial el tratar de conformar y fortalecer la llamada “Sociedad Mundial de la Información y Comunicación” razón por la cual el Grupo de los Siete y los miembros de la Unión Europea han celebrado en la ciudad de Bruselas en el año 1995 una convención con el fin de establecer reglas y principios bajo una política de competencia y libre acceso al mercado electrónico y a la información.

Las comunicaciones nos han acercado fronteras, han unido regiones, y han simplificado la vida de los seres humanos, nos comprendemos mejor y es más fácil entender y estudiar otro tipo de culturas.

³[_www.ispo.cec.be.g77keydocos7themepaq](http://www.ispo.cec.be.g77keydocos7themepaq).”Conferencia Mundial de la sociedad de la Información.

5.- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.

Como hemos mencionado anteriormente la sociedad actual se maneja por medio de transferencia de información, unificación de sistemas computarizados e inteligencia artificial o robótica, todos estos elementos han dado paso a una serie de nuevos programas e interrelaciones tanto en el ámbito comercial, económico y jurídico.

En estos tiempos es fácil adquirir bienes o servicios virtualmente con una mejor atención al cliente y una mejor calidad del producto, pero estos son procesos en los cuales se unifica más que todo la Tecnología la Información y la Comunicación, proceso que explicaremos detenidamente en nuestro estudio.

El término "las Telecnologías de la Información y las Comunicaciones hace referencia a una simbiosis entre la electrónica, el uso adecuado del Software y las telecomunicaciones".⁴

Fusión que ha revolucionado al mundo actual, de hecho existen legislaciones y codificaciones como la Alemana, Española, Anglosajona y Francesa que cuentan ya con un completo y complejo sistema jurídico que se ha encaminado a la protección de la Propiedad Intelectual, Protección sobre los derechos de

⁴ www.gtlic.ssr.es7demo7curtic71r101.htm.

autor, garantías de los documentos electrónicos tanto para el vendedor como a las personas que solicitan los servicios.

De igual manera se han creado organismos rectores en todo el mundo para regularizar el uso de la Tecnología y las Comunicaciones entre los que podemos destacar los siguientes:

- **Sociedad mundial de la información:** Creada en el año de 1990, de la cual son integrantes todos los países que conforman la Comunidad Europea de Naciones.

- **Consejo Europeo de Corfú:** Organismo que entre muchas otras actividades vela por los intereses de la comunidad electrónica, y es la “encargada de analizar proyectos, recibir informes tanto en los sectores públicos y privados”.⁵

En el ámbito Andino:

- **Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones:** Organismo encaminado a la elaboración y aprobación de proyectos relacionados con la tecnología y comunicación.

- **Comisión Nacional de telecomunicaciones (CONATEL) Venezuela:** Concede única en Venezuela es la “encargada de implementar y regularizar políticas sobre comercio y telecomunicaciones en general.

⁵ Recomendaciones al Consejo Europeo de Naciones, Bruselas- Bélgica,1994

6.- INTERRELACIÓN DEL DERECHO CON EL AVANCE DE LA TECNOLOGÍA.

Como podemos observar a lo largo de nuestro estudio el desarrollo de la tecnología ha significado grandes cambios en nuestra sociedad, este fenómeno se amplía también en el campo del Derecho, al ser este un campo que necesita de una gran innovación y de actualización constante la tecnología y la aplicación de la misma es de una importancia fundamental.

En los Estados Unidos de Norteamérica en la década de los años cuarenta Loevinger, un entendido en el campo jurídico comienza a utilizar un vocablo conocido como la JURIMETRIA, término que hace referencia a la implementación de los ordenadores dentro del campo del Derecho.

Específicamente Loevinger propone dentro del sistema jurídico anglosajón la sustitución de los jueces por computadoras al momento de dictar una sentencia, basándose en el argumento del Derecho Consuetudinario, ya que como conocemos en los Estados Unidos de Norteamérica se toma como referencia sentencias anteriores para decidir en casos similares es decir se aplica lo que se conoce como "Case Law".

Este argumento es cuestionado por otros juristas ya que al momento de dictar una sentencia influyen también aspectos morales, sociales y el criterio personal, factores que la inteligencia artificial carece por completo.

Posteriormente en el continente Europeo específicamente en Italia, Lozano, reconocido estudioso del campo Jurídico propone estudiar más a fondo las verdaderas y prácticas aplicaciones de la Jurimetria en el campo del Derecho, es decir se reconoce cada vez más que existe una estrecha relación entre el Derecho y la Cibernética, o como lo define Lozano se puede hablar ya de una ciencia conocida como la **luscibernética**.

Para entender de mejor manera la luscibernética debemos explicar que esta abarca dos campos importantísimos:

- El estudio y la creación de modelos electrónicos que ayuden al juez en el momento de dictar una sentencia, y,
- La facilitación de medios adecuados para el desempeño óptimo de las tareas de tipo Jurídico.

Esta última se la podría enmarcar como lo que hoy conocemos con el nombre de Informática Jurídica.

6.1. Informática Jurídica.

El origen de la informática Jurídica se basa en un sistema lógico interpretativo, ya que al respecto se ha podido determinar que la lógica del derecho es un

estudio sistemático y funcional de las normas, los conceptos y los razonamientos jurídicos.

En relación a este tema Marcelo Bauza nos dice el punto de partida de la Informática Jurídica deriva de la contratación de un fenómeno que es el razonamiento jurídico, el cual no constituye una operación aislada sino que se integra dentro de un proceso compuesto de varias etapas, cada una de las etapas en las que se desenvuelve este proceso constituye otros tantos sectores de desenvolvimiento para la informática jurídica, "los mismos que requieren ineludiblemente de una fase de investigación pura como paso previo para desencadenar en productos de aplicación concreta en materia legal."⁶

En una definición propia podemos decir que el Derecho Informático se encuentran en una relación muy estrecha con otras ramas de la informática, y se los puede considerar como un conjunto de normas que interactúan perfectamente con un sistema lógico, que a su vez regulan la tecnología necesaria para el tratamiento sistemático y racional de la información mediante el proceso electrónico de datos.

⁶ Bauza Marcelo "La Informática de la Información y en la Escena del Derecho" 1er Congreso Internacional de Derecho Informático, Lima-Perú, 1994. Pág. .6.

CAPÍTULO II

INTRODUCCIÓN.

Como hemos explicado en el capítulo anterior la tecnología, el comercio y el derecho se desarrollan en una relación cada vez más compleja, la cual da lugar a operaciones comerciales entre empresas, consumidores y proveedores de servicios, los mismos que basándose en un sistema normativo regularizado desenvuelven actos de comercio que en la actualidad y en el mundo globalizado son de carácter cotidiano.

Es así que para fines de nuestro estudio vamos a estudiar el comercio electrónico de una manera detenida y detallada.

1. EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

1.1. DEFINICIÓN: Al Comercio Electrónico se lo puede definir en un sentido completo y amplio como cualquier manera de transacción, operación o intercambio comercial basado en la transmisión de datos o información sobre redes de comunicación como es el Internet.

Si tomamos como punto de partida este concepto podemos determinar que el comercio electrónico no simplemente incluye la compra y venta electrónica de bienes, información, datos y servicios, sino también en uso de lo que se

denomina RED para actividades anteriores o posteriores a la venta, las cuales estudiaremos posteriormente.

2.- CAMPOS EN LOS QUE INTERVIENE EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

Como explicamos el Comercio Electrónico no se limita tan solo a la compra y venta de bienes, información y servicios, sino también existen muchas actividades que complementan y formalizan las operaciones comerciales y en las cuales el Comercio Electrónico se relaciona directamente, estas son:

- a. Cumplimiento a trámites administrativos relacionados con la actividad comercial.
- b. Atención al cliente antes y después de la venta.
- c. Negociación entre comprador y vendedor sobre precio, condiciones de entrega y lugar de entrega.
- d. Publicidad de productos, servicios, bienes, etc.
- e. Búsqueda de información sobre productos, proveedores, ofertas.
- f. Colaboración entre empresas con negocios comunes.
- g. Información sobre seguridad y normativa legal, relacionadas específicamente a contratación virtual, firmas electrónicas y mensajes de datos y protección a la propiedad intelectual en la Red.

Estas actividades son integrantes del comercio electrónico pero no necesariamente tienen que estar presentes en todos los ámbitos del mismo, ya

que la funcionalidad del comercio es tan grande y la demanda de servicios es tan variada que en ocasiones no todas las actividades antes mencionadas se las encuentra en conjunto dentro de una sola operación.

3.- CLASIFICACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

Dentro del comercio electrónico intervienen dos partes fundamentales, los usuarios, los proveedores, en cuanto a la administración pública esta actúa como agente o entidad reguladora y promotora de la seguridad jurídica y del comercio, pero no interviene directamente ya que el comercio electrónico se basa fundamentalmente en el derecho privado.

El “ E Government”, termino designado para la administración pública, puede ser considerada como usuaria sobre todo en lo referente a contratación y compras de servicios o bienes que desee realizar las entidades administrativas del sector público.

Así al comercio electrónico se lo puede clasificar en cinco ramas que son:

“BUSINESS TO BUSINESS”: El término en español es entre empresas y este radica en las operaciones comerciales que se dan entre proveedoras y un cliente final a través de un portal de Internet. Este a su vez proporciona los medios necesarios para que se consoliden las relaciones de venta, información y promoción. Un ejemplo práctico es un centro comercial virtual.

“BUSINESS TO CONSUMERS”: El término en español es entre empresas y consumidor y se lo puede definir como operaciones comerciales o modelos de negocios que permiten que todo tipo de transacciones entre empresas se las lleve a cabo mediante un modo electrónico, abarcando aspectos como posibles inversores, competidores y futuros compradores.

“BUSINESS TO ADMINISTRATIONS”: El término en español es entre empresas y administración, y se la describe como operaciones entre la administración pública y particulares o a su vez empresas. Un ejemplo claro es cuando un gobierno seccional desea comprar maquinaria para obras de alcantarillado y contrata según el monto por concurso público a cierta empresa para que realice el trabajo, en este caso el manejo de montos y tiempos de entrega pueden ser ofertados de manera virtual.

“CONSUMERS TO CONSUMERS”: El término en español es entre consumidores, y se la define como la venta directa entre particulares, el ejemplo más claro es la compra y venta de artículos que se realiza por medio del Internet.

“ADMINISTRATIONS TO CONSUMERS”: El término en español es entre la administración y el ciudadano, se la cataloga como operaciones en las cuales intervienen directamente los asociados a un estado con la administración pública, el ejemplo más claro es el pago de impuestos, el pago de prestaciones

sociales, o las declaraciones tributarias que se las realiza en la actualidad en el Ecuador por medio de Internet.

De esta manera tanto los usuarios, los proveedores de servicios y la administración pública interactúan y realizan operaciones comerciales de vital importancia para el óptimo desarrollo de actividades económicas.

Si bien es cierto la administración pública realiza las veces de ente controlador por medio de sus órganos especializados y adscritos a la misma, no podemos dejar de lado que para que estas operaciones gocen de seguridad jurídica es necesario seguir un estricto ordenamiento jurídico que brinde la confianza necesaria para poder efectuar de manera correcta y legal dichas acciones de comercio.

4.- LA OPERACIÓN COMERCIAL.

La operación comercial se la puede definir como toda transacción o intercambio de bienes y servicios en la cual intervienen dos o más personas sean estas naturales o jurídicas.

La operación comercial tiene varios campos y aplicaciones, pero para motivo de este estudio nos centraremos en lo referente a “La Operación Comercial Electrónica”

4.1. LA OPERACIÓN COMERCIAL ELECTRÓNICA.

Se entiende como operación comercial electrónica a todo tipo de transacción de naturaleza comercial que se realiza en forma interactiva, mediante la utilización de medios electrónicos, o “la aplicación de nuevas tecnologías de la información”⁷

En lo referente a materia contractual las operaciones comerciales electrónicas intervienen en transacciones de toda índole como son: operaciones de suministro en intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, operaciones de representación comercial (“factoring”), operaciones de arrendamiento de bienes con opción a compra (“leasing”), operaciones de consultoría, “operaciones de concesión de licencias, operaciones de banca, de seguros, de concesión o explotación de un servicio público, de transporte, de mercaderías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea, o por carretera,”⁸etc.

Existen las que se catalogan con el nombre de operaciones comerciales no físicas, es decir sin la presencia de las partes, en la cual intervienen medios como el teléfono o el fax, pero el medio más utilizado y globalmente conocido es el Internet.

⁷ Islas Carmona Octavio y Guitierre Fernando, “ El Medio Inteligente” Editorial continental Pág 229

⁸ <http://premiun.vlex.com>

4.1.2. Elementos de la operación electrónica.

Entre los elementos principales que conforman una operación comercial de tipo electrónico se encuentran tres principales que son:

a.- Las partes: Estas pueden ser naturales o jurídicas. Esto implica que en una operación comercial debe existir un servidor o proveedor de servicio y un usuario.

b.- La transacción: La transacción en si es un elemento de vital importancia, ya que es aquí donde se origina propiamente la operación comercial y se da paso a “la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes o servicios por medios electrónicos”⁹.

c.- Comprobante o factura electrónica: Es el documento de “respaldo con el cual se certifica que la operación comercial electrónica realmente se llevó a cabo”¹⁰.

4.1.3. Características de la operación comercial electrónica.

Una operación comercial electrónica se caracteriza por los siguientes aspectos básicos:

⁹ Programa de trabajo de la OMC, párrafo 1, punto 3.

¹⁰ Pfaffenberger Bryan, “Diccionario de Términos de Computación” Pág. 439

- a. **La naturaleza comercial:** Esto quiere decir que las personas que realizan operaciones comerciales pueden ser ambas comerciantes o puede darse entre un comerciante y un consumidor.

- b. **Transacción de bienes o servicios:** El objetivo mismo de una operación comercial electrónica es el intercambio de bienes y servicios.

- c. **Utilización de medios electrónicos:** Esta es una de las características fundamentales de las operaciones comerciales de tipo electrónico ya que se utiliza medios sustitutos de los que utilizan soporte papel.

- d. **Tiempo real:** Se lo entiende como el procesamiento inmediato de la información requerida para una operación comercial. Esta característica es importantísima cuando hablamos de centros comerciales virtuales o licitaciones electrónicas ya que se “agiliza los procedimientos tradicionales”¹¹ empleados en este tipo de transacciones.

5.- LAS LICITACIONES ELECTRÓNICAS.

Las licitaciones electrónicas son materia de contratación pública, aquí los interesados en licitar tienen acceso a las bases que rigen el proceso licitatorio a través de las páginas Web que publica el respectivo del organismo estatal.

¹¹ Rico Carrillo Mariliana, “Comercio Electrónico Internet y Derecho”, Editorial Legis 2003, Pág.46

De esta manera se mantiene un estrecho vínculo y se puede permanecer en constante contacto con el organismo estatal, mediante al uso de tecnologías como el correo electrónico.

La utilización del correo electrónico en procesos de licitación es ventajosa ya que se amplían el número de posibles participantes y se reduce de manera sustancial los costos que se derivan del papel en trámites internos al permitir el procesamiento electrónico y automatizado de las ofertas.

CAPÍTULO III

1.- LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Los contratos entre personas jurídicas y naturales son muy comunes, de la misma forma antiguos y necesarios, es por eso que existen en la actualidad todo un sinnúmero de normas, leyes, codificación especializada, incluso normas que gozan de carácter internacional para su aplicación y efecto.

Pero en cuanto a la Contratación Electrónica es una materia relativamente nueva, ya que si bien es cierto la Contratación Electrónica o el Intercambio Electrónico de Documentos entre empresas, entre particulares y con el Estado, existen a partir de la década de los noventa con la aparición comercial del Internet, además una gran necesidad de realizar actos jurídicos de comercio sin la presencia física de las partes han sido los elementos fundamentales que han hecho posible que los bienes, servicios y productos lleguen de manera efectiva al consumidor final.

En concreto estos dos factores han sido en punto de partida para el crecimiento de la Contratación Electrónica en todas sus formas y en forma general del Derecho del Comercio Electrónico.

El Derecho del Comercio Electrónico se fundamenta en cinco principios fundamentales o rectores.

1.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

- a. Principio de Equivalencia:** Este hace referencia a un fundamento de “no discriminación respecto a las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas”¹². Es decir tiene la misma validez legal y jurídica un documento impreso en papel y firmado a mano que un documento y que presente una firma electrónica, ya que la voluntad expresa de las partes se encuentra intacta.
- b. Principio de Neutralidad de la Tecnología:** Este principio se fundamenta en el uso de todo tipo de tecnología para la transición de información o de documentos que presenten firmas electrónicas sin dar preferencia alguna a futuras tecnologías que se puedan usar en este campo, con el fin específico de no crear vacíos jurídicos en lo venidero.
- c. Principio de Inalteración del Derecho Preexistente:** Con este principio se trata de precautelar que tanto los contratos como las obligaciones de los contratantes no sean vulnerados o modificados por el hecho de utilizar un medio electrónico.

¹²Rico Carrillo Marialiana, “Comercio Electrónico Internet y Derecho” editorial Legis 2003, Pág. 58.

Illescas Ortiz en su obra "Derecho de la Contratación" al respecto dice que el principio de inalteración del derecho preexistente es un "requisito exigido con la finalidad de proveer seguridad a las relaciones contractuales"¹³

d. Principio de Buena Fe: Este se fundamenta en la no modificación del principio de inalteración del derecho preexistente, "es aquí donde el fundamento es la buena fe de las partes"¹⁴ "para la interpretación de los acuerdos contractuales"¹⁵.

e. Principio de Libertad Contractual: Este principio es básicamente el reflejo de la voluntad de las partes para contratar, exigir derechos y cumplir con las obligaciones.

2.- CONTEXTO SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

En la actualidad es absurdo negar el gran impacto que ha tenido el desarrollo y avance tecnológico en las actividades cotidianas del ser humano. Todo el funcionamiento global ha cambiado de manera radical, se han modificado costumbres, tradiciones y hasta el sistema legal mundial y en especial el ecuatoriano ha sido tomado sin la prevención necesaria para afrontar este cambio.

¹³ Illescas Ortiz "derecho de la Contratación" cit, pag. 50.

¹⁴ Rico Mariliana, "Comercio Electrónico, Internet y Derecho", Editorial Legis, Venezuela, 2003, pag 63

¹⁵ María Rodríguez de Castro, "El Nuevo Horizonte Contractual" editorial Comares, Granada, pag 34.

Ya dentro del campo del derecho el ser humano ha creado una nueva y novedosa forma de suscribir contratos , negocios jurídicos y actos jurídicos en general, estos se los realiza en la actualidad por medio de medios digitales y electrónicos que han modificado la estructura misma de la doctrina y de los contratos tradicionales, ya que en estos nuevos contratos no es necesaria la presencia física de las personas para la suscripción del mismo, creando vacíos jurídicos inmensos en lo referente a seguridad, protección, nulidad por vicios de consentimiento y validez probatoria en nuestras legislaciones.

En relación a este tema la legislación Española cuenta con un registro único y calificado de personas que se encuentra aptas y autorizadas para realizar este tipo de contratos electrónicos.

En el Ecuador es la ley de Comercio Electrónico el cuerpo Jurídico que regula lo referente a Derecho Electrónico en General.

2.1.- SEGURIDAD DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Los contratos tradicionales en la actualidad son contratos considerados seguros desde el punto de vista jurídico. En cuanto a lo referente a la contratación electrónica, ésta en teoría debería ser aun más segura ya que nos permite tener sistemas digitales de verificación de autenticidad del documento y de la firma electrónica respectivamente, es así que analizaremos la seguridad

que brinda las diferentes legislaciones entre ellas la estadounidense, chilena, española y peruana al respecto.

En cuanto a la Contratación Electrónica la legislación estadounidense hace mucho énfasis a la compatibilidad que debe existir entre los diferentes sistemas de verificación y protección de datos para lo cual han establecido una serie de reglas muy claras sobre todo en lo referente a firma electrónica y privacidad del documento.

La legislación chilena hacen énfasis a un sistema basado en la seguridad de la firma electrónica ya que se afirma que es de alta complejidad el plagiarla, así mismo este sistema se complementa con una extensa red de servicios de certificación y veracidad del documento, para lo cual el proveedor del servicio debe contar con un equipamiento adecuado y los recursos humanos y materiales suficientes para que no existan vacíos jurídicos en la suscripción de contratos y las partes no puedan negar la veracidad del mismo.

La Legislación Española hace una fusión entre la Contratación Electrónica y los ya tradicionales Contratos de Adhesión, ya que su sistema de datos electrónicos para la suscripción de contratos cuenta ya con reglas predeterminadas.

De igual forma la Ley Española número 1551 hace mención a que “el proveedor del servicio debe hacer llegar al usuario reglas claras, establecidas

con anterioridad y que son formalidades esenciales para poder contratar electrónicamente"¹⁶ estas son entre otras las siguientes:

1. Idioma o idiomas oficiales del contrato.
2. Registro del contrato por parte del proveedor en su base de datos.
3. Políticas de protección de datos y veracidad del documento.
4. Medios electrónicos para la corrección del documento en la introducción de datos y
5. Medios electrónicos para la suscripción del contrato y autenticidad de la firma electrónica.

La Legislación Peruana se enfoca en un sistema de verificación de la firma electrónica para lo cual "debe existir un órgano regulador que utiliza un complejo sistema de verificación basándose en un banco de datos electrónico".¹⁷

También esta legislación en el artículo 5 del proyecto de ley número 5070-99-cr. "Dice que el titular de la firma tiene la obligación de asegurar que todas sus declaraciones hechas a las entidades de registro o verificación tienen que ser exactas y completas con el fin de formalizar y brindar seguridad a la contratación."¹⁸

¹⁶ Real Ley Española 1551-1999 Madrid-España.

¹⁷ Séptimo Congreso de Derecho Informático, Derecho e Informática, Lima-Perú,2000

¹⁸ Proyecto de ley número 5070-99-cr, artículo 5.

Como podemos observar en nuestro estudio la tendencia mundial es tratar de brindar la seguridad suficiente para que la Contratación Electrónica se expanda y exista menos temor en cuanto a la suscripción de contratos de carácter electrónicos.

De igual manera se busca la unificación y la compatibilidad de la tecnología para que los mercados mundiales se puedan integrar y se pueda realizar operaciones comerciales de manera segura y sin la exigibilidad de la presencia física de las partes.

Debemos enfatizar que la creación de Entidades de Certificación y Verificación son de vital importancia para que el sistema sea seguro y exista un completo almacenamiento de los contratos que se realizan en el país, además estas entidades deberán contar con los medios tecnológicos y el respaldo jurídico de una buena codificación o cuerpo de leyes especializado para verificar la autenticidad del documento y en especial de la firma electrónica.

Todo este sistema enmarcado en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil se debe complementar con el Derecho Penal con el fin de clasificar los delitos y estipular las penas a los mismos en caso de existir violaciones a la Contratación Electrónica en si.

3.- PRINCIPALES PROBLEMAS DE CARÁCTER LEGAL.

Dentro de la contratación electrónica existen varios problemas de carácter jurídico que nacen esencialmente por ser un tema nuevo y un tanto controversial ya que como se especificó en capítulos anteriores este tipo de contratación rompe los esquemas tradicionales de la contratación.

3.1. EN EL CAMPO DEL DERECHO CIVIL:

Nuestra legislación estipula que una de las formalidades esenciales para que un contrato sea válido es el consentimiento de las partes pero es aquí donde la Contratación Electrónica presenta problemas y vacíos jurídicos que a continuación estudiaremos de forma más amplia.

- Cuando se forma el consentimiento.

Este tipo de contratación no exige la presencia física de las partes, al utilizar computadoras y medios electrónicos para efectuar las negociaciones o contratos no se puede definir con claridad cuando se formaliza el consentimiento o la aceptación de las partes, aquí se crea una interrogante clave en este sentido:

¿Cuándo se considera que las partes aceptan el contrato en su totalidad?, existen varias alternativas en este sentido.

- En el momento en el cual yo envío el documento al otro servidor o proveedor del servicio solicitado.
- En el momento en el cual mi documento llega el otro servidor o proveedor.
- En el momento en el cual el destinatario final o proveedor del servicio solicitado abre el documento enviado.

De igual manera al ser la Contratación Electrónica un medio en el que se pueden suscribir contratos de un país al otro o de un continente al otro al momento de existir la aprobación o consentimiento de las partes ¿en qué lugar radicará la jurisdicción? O ¿Cuál es la ley que se aplicará en caso de controversia o incumplimiento del contrato?

Para tratar de esclarecer estas interrogantes se aplica varias leyes de carácter internacional en el que interviene el Derecho Internacional Privado como son:

- La E-SIGN ACT emitida en el año 2000 por los ESTADOS UNIDOS
- Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación Electrónica emitida en España.
- Convenio de Roma de 1980 referente a la ley aplicable a obligaciones contractuales.

Esta última es la que aplica España en caso de controversia o incumplimiento de obligaciones contractuales pero el problema es que existen muchas otras legislaciones que no reconocen estas leyes como validadas.

En el caso concreto de nuestro País La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, esclarece las interrogantes planteadas en relación a consentimiento o aceptación y lo referente a Jurisdicción.

Consentimiento o Aceptación.- El artículo 46 de la Ley de Comercio Electrónico nos dice que "el perfeccionamiento de los Contratos Electrónicos se someterá a las formalidades de las leyes ya existentes"¹⁹, es decir se hace mención a las normas que estipula nuestro Código Civil, o la Constitución Política del Estado, pero en relación al lugar de perfeccionamiento del contrato se da lugar al libre albedrío de las partes.

De igual manera el momento que se envía, se recepta o se abre un mensaje que contenga datos o información no es sinónimo de aceptación del mismo, salvo en casos que las partes lo acordaran así.

Jurisdicción.- En relación a la Jurisdicción es la misma Ley de Comercio Electrónico en su artículo número 47 nos da tres alternativas que son aplicables en caso de controversia.

1. Se deja a voluntad de las partes el estipular en el "contrato a que jurisdicción se someterán en caso de controversia."²⁰

¹⁹ Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art 46, ro-s557:17 abr-2002

²⁰ Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art 47, ro-s557:17 abr-2002

2. Si no se establece previamente en el contrato la jurisdicción se aplicará lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil y lo estipulado en la Ley de Comercio Electrónico.

3. La Contratación Electrónica en el Ecuador se la puede someter a la "Ley Orgánica de Defensa Del Consumidor en cuyo caso el domicilio es el del consumidor o usuario"²¹.

Debemos anotar que las partes pueden en caso de controversia someterse a un proceso arbitral y no necesariamente acudir a la justicia ordinaria.

De igual forma no debemos pasar en alto que un sistema jurídico idóneo brinda las seguridades necesarias para la inversión extranjera y reduce considerablemente el fenómeno conocido como riesgo país.

3.2. EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL.

En este campo se dificulta la aplicación de leyes preventivas contra delitos que se cometen en el Comercio Electrónico ya que no necesariamente el delincuente está en el lugar donde se emite el documento, esto se conoce en Contratación Electrónica como "delincuentes a distancia". Nuestra legislación en este sentido realizó varias reformas al Código Penal para que éste se

²¹ Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art47, ro-s557:17 abr-2002.

acople a las necesidades de la Contratación Virtual, imponga sanciones y estipule penas para los posibles infractores.

Específicamente se ha reformado artículos relacionados con:

1. Obtención no autorizada de información
2. "Destrucción de Documentos electrónicos"²²
3. Falsificación electrónica de documentos.

Todos estos artículos se tratarán en forma más detenida en capítulos posteriores.

Es muy importante que el Ecuador adopte medidas de actualización y sobre todo forme parte de convenios internacionales que apuntan a la prevención del delito informático, puede ser de gran ayuda pertenecer a la Convención Internacional sobre Delitos en Internet.

En el país casi todas las instituciones públicas o privadas han sido objeto de la delincuencia informática, los delitos van desde ingreso sin autorización a bancos de datos o a documentación privada hasta incumplimiento de contratos que se realizan por medios electrónicos.

²² Código Penal Ecuatoriano, Art. 202 Registro Oficial 183 – septiembre –1976, actualizado a 2006.

Debemos tener en cuenta que la legislación Ecuatoriana ya reconoce como medios de prueba a los mensajes de datos o información, firmas electrónicas y certificados de origen nacional o extranjeros dentro de un proceso judicial.

Pero a su vez es muy difícil la localización de los que cometen los delitos ya que las personas naturales o jurídicas que son víctimas de estos delitos en muy pocas ocasiones lo denuncian por un gran temor a causar una desenfundada inseguridad en los usuarios.

4.- PARÁMETROS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

En relación a los usuarios estos tienen que tener en cuenta ciertos parámetros para que la Contratación Electrónica sea segura, estos son los más importantes:

- A. Obtener la suficiente información en lo referente a condiciones de la contratación, deberes y obligaciones tanto del proveedor como del usuario.
- B. Seguridad desde el punto de vista de privacidad de la información, se debe tener todas las garantías suficientes para suscribir un contrato electrónico.
- C. Es recomendable que se estipule con anterioridad en el mismo contrato la jurisdicción aplicable en caso de controversia.

D. Es recomendable de igual manera dejar abierta la posibilidad de someter la contratación a un proceso extrajudicial de Arbitraje o mediación ya que éste brinda una economía procesal muy ventajosa, es decir se hace referencia a que las partes puede llegar a un tipo de arreglo extrajudicial que satisfaga los requerimientos y controversias que se puedan dar.

5. - LA FIRMA ELECTRÓNICA.

La firma en general es un medio por el cual se confirma la identidad de una persona, fundamentados en este principio a la firma electrónica se la puede definir como un medio de representación de la identidad de un sujeto, expresada técnicamente mediante un medio electrónico.

Al respecto Efraín Torres Chávez nos dice que la firma electrónica “consiste en una serie de caracteres puestos al final de un documento elaborado según procedimientos matemáticos y realiza un resumen codificado del mensaje, de la identidad del remitente y el receptor”²³.

La firma electrónica nos permite realizar transacciones de carácter comercial como suscripción de contratos, trámites administrativos entre otros.

²³ Torres Chávez Efraín, “Breves Comentarios de la Ley de Comercio Electrónico” Corporación de artículos y Publicaciones 2002, Pág. 26.

De igual manera la Firma electrónica guarda una estrecha relación con la encriptación, que es un proceso mediante el cual la información es codificada de tal manera que no puede ser interpretada por intrusos fácilmente.

La encriptación tiene dos elementos:

- 1.- Un mensaje.
- 2.- Una clave privada de acceso entre emisor y receptor, con la cual se puede descifrar el mensaje.

La legislación ecuatoriana en este sentido protege la legalidad del uso de este medio y lo ampara el "REGLAMENTO GENERAL A LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS"

5.1. GARANTÍAS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

En lo referente a las garantías que ofrece la utilización de la firma electrónica podemos decir que es un medio seguro, incluso brinda más garantías que las que ofrece la firma convencional basándonos en los siguientes aspectos.

- Se garantiza que los firmantes no puedan repudiar el documento firmado.
- Se garantiza la identidad de los firmantes, es decir que realmente firmen las personas que deben ser.

- El documento es íntegramente verificado por la autoridad competente.
- La firma electrónica es más segura y difícil de plagiar en comparación a la que se realiza en papel.
- Los documentos que presenten firmas electrónicas y provengan de entidades autorizadas por el "CONATEL" son totalmente reconocidos como instrumentos públicos o privados y su utilización como documento probatorio es totalmente legal.

La legislación uruguaya autorizó para todos los casos a la firma electrónica como procedimientos seguros y de idéntica validez jurídica que los documentos de forma autógrafa.

El Código Civil Ecuatoriano reconoce como instrumentos privados a documentos que presenten firmas autenticadas por autoridad competente o por un notario, de esta manera la firma electrónica tendrá la misma " validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta norma" ²⁴

²⁴ Torres Chávez Efraín, "Breves Comentarios a la Ley de Comercio Electrónico" Corporación de Estudios y Publicaciones, nov 2002, Pág.,27

5.2. USOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

La firma electrónica en la actualidad es ampliamente utilizada en: Relaciones entre empresas, relaciones con los proveedores, relaciones con clientes, en operaciones bancarias y hasta en operaciones de carácter tributario.

5.3. EFECTOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

En cuanto a los efectos de la firma electrónica la ley de Comercio Electrónico en su artículo número 14 nos dice claramente que “la firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos y será admitida como prueba en juicio”¹². Este artículo tiene concordancia con lo que expone el artículo número 52 del mismo cuerpo legal que hace referencia a la admisibilidad de la firma electrónica dentro de un proceso judicial.

5.4. Requisitos de la Firma Electrónica.

Para que la firma electrónica se la pueda considerar como válida tiene que gozar de dos requisitos:

¹² Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Art., 14, ro-s557:17abt-2002.

- La ley de Comercio electrónico establece en el artículo 15 que la firma electrónica debe “ser individual y vinculada exclusivamente a su titular”¹³
- Se requiere la comprobación y autenticidad de la firma electrónica por medio de un certificado conferido por autoridad y entidad competente.

En lo referente al primer requisito el legislador ecuatoriano comete un error al decir que la firma electrónica tiene que ser individual ya que no existe la firma colectiva y en caso de las personas jurídicas el caso es el mismo se requiere la firma correspondiente al representante legal.

¹³ Ley de Comercio Electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de Datos, Art. 15,ro-557:17 abr-2002

CAPITULO IV

1 .- EL CONTRATO ELECTRONICO.

Los contratos en general se los define como actos jurídicos que son celebrados entre dos o mas personas naturales o jurídicas, y que tienen como propósito el crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.

Los contratos electrónicos se basan en el mismo principio doctrinario pero la diferencia radica en que este tipo de contratos se los suscribe sin la presencia física de las partes integrantes del mismo, de igual forma en lo referente al consentimiento o la aceptación formal del contrato se lo realiza a través de medios electrónicos de almacenamiento de datos, es decir las partes están conectadas por un sistema de radio, cable, o medios ópticos virtuales. Hay que recordar que las partes a su vez expresan claramente su voluntad de contratar entre si.

En pocas palabras "Todo contrato celebrado sin la presencia física simultanea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, concretados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio"¹⁴, se los puede catalogar como contratos electrónicos.

¹⁴ Bauza Marcelo " La Informática de la Información y en la Escena del Derecho" 1er Congreso Internacional de Derecho Informático, Lima-Perú, 1994. Pág. 25.

En el Ecuador este tipo de contratación es totalmente válido, la utilización de medios electrónicos es totalmente legal y son reconocidos dentro de un proceso judicial como un medio de prueba efectiva.

Pero al igual que los contratos tradicionales estos se forman y perfeccionan con ciertas características y presentan una serie de particularidades que estudiaremos a continuación.

1.1.-FORMACION DE LOS CONTRATOS ELECTRONICOS.

Para el desarrollo de este tema debemos tener en cuenta dos partes fundamentales para el funcionamiento de este tipo de Contratación Virtual.

a.- La oferta

b.- la Aceptación.

A.- LA OFERTA: La oferta se la puede definir como una expresión de la voluntad por medio de equipos electrónicos, en la cual el proveedor del servicio propone a los usuarios la celebración de un determinado contrato, este tiene carácter obligatorio siempre y cuando se indique con anterioridad que la propuesta tiene este carácter contractual .

Se puede dar el caso que se proponga a varias personas al mismo tiempo la celebración de un mismo contrato, en este caso cada uno de las personas interesadas por su cuenta aceptara o rechazara la oferta.

Si es positiva la aceptación se crean inmediatamente vínculos jurídicos contractuales entre el proveedor y el interesado, el simple hecho de no enviar una respuesta a favor ni en contra de lo propuesto en el contrato se entiende como una negativa pura y simple de no aceptar la oferta.

Como dijimos anteriormente la oferta es una declaración de la voluntad, pero esta declaración es de carácter unilateral con lo cual la oferta por si sola no crea ningún vinculo jurídico, es estrictamente necesario que exista la aceptación para que se pueda dar paso al perfeccionamiento del contrato.

La oferta debe contener una serie de requisitos para que sea valida y formal entre los principales anotaremos:

- 1.- Debe tratarse de una oferta posible.
- 2.- Se tiene que dejar en claro la intención de contratar.
- 3.- Tiene que existir la aceptación como parte fundamental para que se cree un vinculo jurídico contractual.

4.- Debe contener todas la partes esenciales de un contrato.

5.- Debe contar con una formalidad indispensable que es la firma electrónica.

B.- LA ACEPTACIÓN: De igual forma la aceptación es una expresión de la voluntad por parte del usuario o interesado hacia el proveedor u oferente en la cual se deja en claro la intención de contratar.

Al extender la aceptación al oferente se entiende que el usuario esta de acuerdo con todos los punto y términos del contrato, de esta manera nace una relación contractual obligatoria ente las partes y de igual modo todo lo estipulado en el contrato tiene el mismo carácter.

Al igual que la oferta la aceptación tiene varios requisitos para que sea valida y cree efectos jurídicos entre las partes, entre los mas importantes destacaremos:

1.- Debe existir una clara intención de contratar.

2.- La aceptación tiene que ser clara y echa mientras la oferta se encuentre valida.

3.- La Aceptación debe guardar una estrecha relación con la oferta.

1.2. ESQUEMA DE LOS CONTRATOS ELECTRONICOS.

**OFERTA: expresión unilateral de
Voluntad, intención de contratar.**

**ACEPTACION : Puede ser positiva o
negativa**

**OFERTA + ACEPTACION
POSITIVA=**

**VINCULO JURIDICO
OBLIGATORIO,
SUSCRIPCION DEL CONTRATO**

1.3.-VALIDEZ LEGAL Y REGULACION JURIDICA.

Los Contratos Electrónicos en el Ecuador están plenamente vigentes y gozan de validez jurídica reconocida por la legislación de nuestro país.

El campo en el que interviene este tipo de contratación es muy amplio y variado, se fusiona en la contratación virtual el derecho penal, el derecho civil, el derecho mercantil, e incluso normas de uso tributario son aplicables en este caso.

De igual forma la legislación ecuatoriana reconoce los contratos electrónicos como medios de prueba totalmente validos en un proceso judicial ya sea en casos de incumplimiento de contrato o discrepancia entre las partes.

Entre las principales normas en las cuales se sustenta la Contratación Virtual en el País podemos anotar las siguientes.

- A.- Código Civil.
- B.- Código de Procedimiento Civil.
- C.- Código Penal.
- D.- Código de Procedimiento Penal.
- E.- Ley de Comercio Electrónico.
- F.- Reglamento General a la ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

G.- Normas para la Declaración y Pago de las Obligaciones Tributarias a Través de la Internet.

H.- Normas Internacionales.

Dentro del ámbito del Derecho Penal existe lo que se conoce como Delincuencia Virtual, la cual como se explica en el capítulo anterior es muy difícil de ser localizada ya que el delincuente virtual no comete el delito en un lugar y tiempo determinado.

De igual forma existen mucho delitos que minan la seguridad jurídica de la Contratación Electrónica para lo cual nuestra legislación codifica y castiga el cometimiento de los principales delitos de carácter electrónico que se cometen en el Ecuador , los cuales serán descritos a continuación:

- Aquel empleado que vulnere claves de seguridad para obtener información protegida será castigado con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos dólares americanos.
- La divulgación de información protegida, secretos comerciales o industriales, será castigado con tres a seis años de reclusión menor y multa de diez mil dólares americanos.
- La divulgación o utilización de información protegida por parte de personas que se encuentren a cargo de estos menesteres serán castigados con seis

a nueve años de reclusión menor y multa de dos a diez mil dólares americanos.

- Destrucción maliciosa de documentos electrónicos serán reprimidas con tres a seis años de reclusión menor.
- Para quien falsifique documentos electrónicos nuestra legislación penal reprime con tres a seis años de prisión y una multa máxima de seiscientos dólares americanos.

Los delitos que enumeramos se encuentran estipulados en la Ley de Comercio Electrónico a partir del artículo 45 en adelante.

Del mismo modo dentro del ámbito administrativo se cometen una serie de infracciones que se las cataloga en leves o graves.

1.4.- INFRACCIONES EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

Son consideradas Infracciones Leves: cualquier demora o incumplimiento de lo requerido por un organismo de control.

Son consideradas Infracciones Graves: El uso indebido de certificados que presenten firmas electrónicas por parte de un organismo de control, la omisión

o el desacato a las peticiones que realizan los organismos de control cuando se presume que existen actividades ilícitas por parte de el destinatario.

También se considera Infracciones Graves el incumplimiento de resoluciones dictadas por parte de organismos de control y el no permitir la realización de auditorias por parte de organismos de control.

Esto lo que establece la Ley de Comercio Electrónico en su artículo número 40.

En cuanto a lo referente a sanciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones aplicara lo dispuesto en el artículo número 41 del mismo cuerpo legal según sea el caso.

En el Ecuador dentro de su regulación jurídica existen organismos encargados de la promoción, autorización y control de los servicios de carácter electrónico.

El organismo encargado de la difusión del comercio electrónico y firmas electrónicas en general se llama Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXT).

El organismo encargado de la Autorización para que se creen entidades de información que certifiquen la validez de la contratación virtual es el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y

El organismo de control de dichas entidades de información es la Superintendencia de Telecomunicaciones.

1.5.- PARTES DENTRO DEL CONTRATO ELECTRONICO.

Dentro de la Contratación Electrónica intervienen una serie de elementos que hacen posible el desarrollo de la misma entre los que anotaremos los siguientes.

PARTES PRINCIPALES

A.- EL OFERENTE O PREVEEDOR: Se considera con este nombre aquella persona natural o jurídica que actuando de buena fe se encarga de la representación, guía empresarial y todo tipo de información referente al objeto mismo del contrato.

Es decir el oferente es la parte que provee el servicio o el bien determinado, y que espera que la parte interesada o consumidor suscriba un contrato con el basándose en lo que se denomina como **Aceptación** por parte del sujeto activo.

B.- EL USUARIO: Se denomina usuario a la persona natural o jurídica que requiere de algún bien o servicio y recurre a la contratación virtual es decir el usuario hace las veces de sujeto activo dentro de la contratación virtual.

Hay que recordar que la Administración Pública puede dentro de materia de Contratación Electrónica tanto sujeto activo como sujeto pasivo indistintamente según se diera el caso, mas nunca oferente y usuario al mismo tiempo.

Dentro de las partes integrantes de la Contratación Electrónica existen otros elementos que la integran y que se los denomina por su naturaleza como partes complementarias o secundarias, sin que esto implique de ninguna manera que sean de menor importancia estas son:

- PARTE EXPOSITIVA DEL CONTRATO.

En esta parte del contrato como su nombre lo indica se exponen concretamente lo que ha motivado a las partes a la suscripción de un vínculo jurídico o relación contractual.

Es fundamental anotar que se debe expresar claramente y de una forma sencilla la intención libre de contratar, y de igual forma se debe dejar muy en clara la aceptación de ambas partes a crear una relación contractual basándose en los requerimientos de cada uno de los sujetos integrantes del contrato con el fin de perseguir un objetivo común.

- CLÁUSULAS CONTRACTUALES:

Son consideradas cláusulas del Contrato Electrónico aquellos acuerdos de carácter obligatorio a los cuales se someten las partes, y que tienen que constar muy claramente en el texto del contrato, por supuesto estas para la elaboración de estas cláusulas se toma como base en el principio de buena fe. El incumplimiento de una o de todas las cláusulas contractuales por parte de los sujetos tanto activo como pasivo origina el incumplimiento del contrato.

Entre las principales cláusulas dentro de un Contrato Electrónico anotaremos:

- Obligaciones de las partes integrantes del contrato.
- Tiempo o plazo estimado para el cumplimiento del contrato.
- Esclarecimiento de términos en otros idiomas que no son claros.
- Cláusulas orientadas a la garantía jurídica del contrato.
- Manera de solución de conflictos.

- LISTA DE ANEXOS:

Tiene un gran valor que en los contratos electrónicos consten con lo que denominamos anexos, que no son mas que una serie de especificaciones técnicas en relación a los sistemas, programas, pruebas y resultados finales sobre el objeto mismo de la contratación, y que se utilizaran para la elaboración

del contrato. Debemos recordar que estos anexos son de carácter obligatorio para las partes.

2.- PRINCIPALES CONTRATOS ELECTRONICOS RELACIONADOS CON EL USO DE INTERNET.

Existe una gran variedad de contratos electrónicos, pero para motivos de nuestro estudio nos fijaremos en contratos relacionados con el acceso del usuario a la Red.

a.- Contrato de desarrollo de sitios Web: el objeto de este contrato es el diseño y elaboración de una página Web siguiendo la especificaciones del cliente.

b.- Contrato de alojamiento: Llamado también de “hosting”, el fin del mismo es proporcionar hospedaje en la Red; este contrato va por lo general como parte anexa del anterior.

c.- Compraventa electrónica: Aquí se trasfiere la propiedad de una cosa, y se paga un precio cierto en dinero.

3.- LA COMPRAVENTA ELECTRONICA

DEFINICION:

La compraventa electrónica es un “contrato bilateral oneroso y consensual por medio de la cual una persona llamada vendedor se compromete a transferir la propiedad de una cosa o derecho a otra llamada comprador, quien a la vez se obliga a pagar por ello un precio cierto en dinero” ¹⁵, esta transacción se la realiza por medio de medios electrónicos (teléfono, fax, Internet, etc.).

3.1.- La compraventa electrónica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Este tipo de contratación en el sistema jurídico ecuatoriano lo regulan en parte la ley de comercio electrónico, y en todo lo referente a formalidades, nulidad por vicios de consentimiento, perfeccionamiento, precio, obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, entre otras, se rige a las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano.

3.2.- La compraventa electrónica comprendida en otras legislaciones.

Alemania: Fue el país pionero en Europa en materia de contratación electrónica y en compraventa electrónica. En 1997 se promulga la primera ley que regula este tipo

¹⁵ Martínez y Flores Manuel “ Derecho Mercantil Mexicano”, Pág. 38 Editorial Pax- Mexico, 1980.

de contratación, la misma que fue remplazada en el año 2001 por una ley mas completa y que acopla los principios de las directivas europeas en esta materia.

Italia: Cuenta con una legislación muy completa en comercio electrónico, el desarrollo en esta materia se inicia con la unificación de una serie de decretos y reglamentos que conformaron la ley número 15.3 promulgada en 1997. Esta ley regula en general el documento electrónico en lo referente a requisitos y fuerza probatoria.

Portugal: Existe un Decreto- Ley promulgado en 1999, que se encamina a regular todo lo referente a firma electrónica. Su objetivo fundamental es regular la validez, y valor probatorio de los documentos electrónicos.

España: En esta materia el legislador español se ha preocupado en los últimos años de tener un cuerpo legal idóneo en comercio electrónico, es así que en la actualidad España es el país que más leyes y reglamentos ha promulgado en esta materia. En 1998 fue aprobado en Real Decreto 14-1998, desde esa fecha se ha actualizado este decreto casi todos los años con el fin de

incorporar al ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva Europea de Comercio Electrónico.

Colombia: Fue el país pionero en Latinoamérica en promulgar en 1999 una ley que legisla lo referente a mensajes de datos y firmas digitales. En el año 2000 se reglamenta en este país lo referente a entidades de certificación de firmas digitales.

Argentina: En este país se promulga la Ley 25506 de Firma Digital en el año 2001, y esta regula lo referente a la eficacia jurídica de la firma electrónica.

Ecuador: La preocupación ante la carencia de un cuerpo legal en materia de comercio electrónico hizo al legislador ecuatoriano que en 1998 promulgue La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Esta Ley hace referencia a los organismos de control, certificación, difusión y promoción del comercio electrónico en el país.

En otra de sus partes esenciales esta ley hace referencia a la prueba dentro de materia electrónica, se habla también de la firma electrónica y en su parte final se hace referencia a las infracciones informáticas.

4.- Conclusiones:

-Se observa que las legislaciones europeas y anglosajonas están un paso adelante en relación a las legislaciones latinoamericanas, que si bien es cierto son en su gran mayoría muy completas no son aplicadas de manera practica en nuestros países.

- El entendimiento del tema contractual en el marco electrónico es de vital importancia para los profesionales del derecho, ya que de esta manera se puede estar acorde con el mundo globalizado.

-El desconocimiento del tema ha generado una gran desconfianza que no permite el desarrollo de la contratación virtual de manera idónea.

-Frente al contexto del derecho moderno la contratación electrónica es un medio práctico y eficiente que agiliza las relaciones contractuales.

-La contratación electrónica ha sido un mecanismo utilizado en el país durante varios años, pero es desde 1998 cuando se crea la Ley de Comercio Electrónico cuando se codifica y reglamenta este tipo de contratación en el Ecuador.

-La evolución del comercio electrónico y el cuerpo legal correspondiente en el Ecuador no esta acorde con la evolución de otras legislaciones

como la estadounidense -que se han preocupado en garantizar la seguridad de los usuarios de la contratación virtual.

-La Ley de Comercio Electrónico en el Ecuador es una ley bien estructurada pero sin embargo tiene vacíos jurídicos en cuanto a la seguridad de la contratación en sí, esto se debe ya que en algunos aspectos esta ley extrae fragmentos de otras legislaciones y no se acopla de una manera práctica a la realidad ecuatoriana.

- Se observa que existe una tendencia a contratar virtualmente en el país. Esta tendencia se va incrementando de manera abismal, ya que es un medio efectivo y rápido de establecer relaciones comerciales.

5. –Recomendaciones

- Es importantísimo que el Ecuador suscriba convenios y tratados internacionales para que de esta forma la riqueza cultural en materia de Derecho Electrónico crezca y se consolide

-Sería importante que en el Ecuador se cree una conciencia social para que tanto personas naturales como jurídicas tomen esta forma de contratación como un medio seguro, para establecer relaciones de carácter contractual.

-Realizar una campaña de difusión de la contratación electrónica para que de esta forma se cuente con una base cultural más amplia en esta rama del Derecho.

- Por parte de los profesionales del derecho se debe enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley en el cual se refuerce la seguridad jurídica en el campo de contratación electrónica, para que de esta forma este sea un medio mucho mas seguro.

- Se recomienda crear una sala especializada en contratación electrónica, para que las Cortes Superiores del Ecuador den trámite y resuelvan controversias que pueden surgir.

- Se recomienda que todas las personas entendidas en el derecho fomenten la contratación virtual como un medio alternativo y práctico para realizar operaciones comerciales.

