



**FACULTA DE JURISPRUDENCIA**

LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA A TRAVÉS DE INTERNET DENTRO DE  
LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y  
MENSAJES DE DATOS DEL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de ABOGADO

Profesor Guía:

DR. PABLO CARRASCO TORRONGUI

Autor:

EDGAR ESPARTACO NOVOA VILLAVICENCIO

Año:

2010

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

**DR. PABLO CARRASCO TORRONTGUI**

**PROFESOR GUÍA**

**Número de Cédula: 1707255285**

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se ha citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

**EDGAR ESPARTACO NOVOA VILLAVICENCIO**

**Número de Cédula: 1716182850**

## RESUMEN

El uso de los servicios electrónicos incluido el comercio electrónico, genera relaciones mercantiles que necesitan ser administradas por un marco jurídico adecuado mediante el cual, dichas relaciones puedan ser impulsadas y controladas integralmente.

En este sentido, la legislación de comercio electrónico en el mundo y de manera concluyente en el país, es reciente frente al vertiginoso avance de la utilización de estos medios electrónicos, factor que hace urgente la implementación de normas y reglas más claras en el régimen legal ecuatoriano, a fin de cumplir con uno de los postulados fundamentales de la doctrina de las ciencias jurídicas, esto es, “El derecho debe avanzar a la par con el desarrollo de los pueblos a quienes dirige”.

La Ley de Comercio Electrónico existente para reglar este campo específico de la tecnología, debió ser flexible y tener además una capacidad para adaptarse a la acelerada dialéctica de los avances tecnológicos.

Analizar la teoría de contratación a distancia dentro de la legislación civil ecuatoriana, determinar los parámetros y la doctrina general que rige la contratación a distancia, estudiar la firma electrónica y sus efectos jurídicos, son temas que se tratará en el desarrollo de la presente investigación para finalmente plantear la propuesta de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia en el Ecuador, que tendrá su sustento en los pioneros del comercio electrónico como lo es la Unión Europea.

En esta tesis el lector podrá saber los problemas y vacíos legales aún existentes para reglamentar la contratación a distancia a través del Internet. Constarán las características más sobresalientes de la contratación a distancia a través de Internet dentro de la Ley de Comercio Electrónico en el Ecuador y

se explicará la regulación vigente, estableciéndose nuevas circunstancias que deberían ser añadidas a la normativa legal del Ecuador.

## ABSTRACT

The use of electronic services including electronic commerce, generate business relationships that need to be administered by an appropriate legal framework through which these relationships may be promoted and monitored. The Legislation of electronic commerce in the world, let alone in our country is recent, but the rapid advance of the use of these electronic media are urgent to implement clearer rules and standards in Ecuador, to meet one of the fundamental postulates of the doctrine of legal science, "The law must go hand in hand with the development of peoples who directed". The existing Electronic Commerce Act to regulate this particular field of technology must be flexible and to have an ability to adapt to the dizzying dialectic of technological advances.

Analyze the theory of distance contracting within the Ecuadorian civil law, to determine the parameters and the general doctrine governing the employment of distance study of electronic signatures and their legal effects, are issues addressed in this thesis to finally develop the proposed protection of consumers in respect of distance contracts in Ecuador, which has its basis in the pioneers of electronic commerce as it is the European Community.

In this thesis the reader will know the problems and loopholes still exist to regulate the recruitment distance through the Internet. Contain the salient features of the hiring a distance via the Internet in the Electronic Commerce Law in Ecuador and explained the current regulations, establishing new circumstances that should be added to the legal regulations of Ecuador.

## ÍNDICE

1. CAPÍTULO I LOS CONTRATOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL-----	4
1.1. CONCEPTO DE CONTRATO -----	4
1.2. CLASES DE CONTRATOS -----	6
1.3. CLASES DE CONTRATOS -----	12
1.3.1. <i>Contratos Unilaterales y Bilaterales</i> -----	13
1.3.2. <i>Contratos Plurilaterales</i> -----	15
1.3.2.1. <i>Diferencias entre Contratos Bilaterales y Plurilaterales</i> -----	15
1.3.3. <i>Onerosos y Gratuitos</i> -----	17
1.3.4. <i>Contratos Consensuales y Reales</i> -----	18
1.3.5. <i>Contratos Típicos y Atípicos</i> -----	20
1.3.6. <i>Contratos Conmutativos y Aleatorios</i> -----	20
1.3.7. <i>Contratos Formales y No Formales</i> -----	22
1.3.8. <i>Principales y Accesorios</i> -----	23
1.3.9. <i>Contrato de Disposición y de Administración</i> -----	24
1.3.10. <i>Constitutivos y Declarativos</i> -----	25
1.3.11. <i>Contratos de Ejecución Instantánea y de Tracto Sucesivo</i> -----	25
1.4. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE UN CONTRATO----	26
1.5. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO -----	30
1.5.1. <i>El Error</i> -----	30
1.5.1.1. <i>Los Errores no Esenciales</i> -----	33
1.5.2. <i>La Fuerza</i> -----	33
1.5.3. <i>El Dolo</i> -----	34
1.5.3.1. <i>Características del Dolo</i> -----	34
1.5.3.2. <i>Clasificación del Dolo</i> -----	35
2. CAPITULO II LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA ----	36
2.1. DOCTRINA GENERAL -----	36
2.1.1. <i>Aspectos Generales sobre los Contratos a Distancia</i> -----	36
2.1.2. <i>Definición e Interpretación de la Voluntad en Contratos</i>	

<i>Electrónicos</i> .....	37
2.1.3. <i>Contrato Electrónico</i> .....	39
2.1.3.1. <i>Contratación entre Presentes</i> .....	39
2.2 CONCEPTO DE VENTAS A DISTANCIA .....	41
2.3. CONCEPTO DE CONTRATO A DISTANCIA .....	42
2.3.1. <i>Comunicación a Distancia</i> .....	43
2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.....	45
2.4.1. <i>Momento y Lugar del Contrato</i> .....	47
2.4.2. <i>Momento de la Ejecución del Contrato</i> .....	49
2.4.3. <i>Derecho de Desistimiento</i> .....	50
2.5. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO.....	52
2.6. DIRECTIVA 97/7/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO DE 1997 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA.....	54
3. CAPITULO III LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA DENTRO DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ECUADOR.....	58
3.1. ANÁLISIS DEL CONTRATO A DISTANCIA EN EL ECUADOR .....	58
3.2. DEFINICIÓN DE VENTAS A DISTANCIA EN EL ECUADOR - .....	60
3.3. PRINCIPIOS BÁSICOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA .....	63
3.3.1. <i>El Consentimiento en el Contrato Electrónico</i> .....	63
3.3.2. <i>Momento y Lugar del Consentimiento</i> .....	63
3.3.3. <i>La Oferta y la Aceptación</i> .....	65
3.3.4. <i>Legalidad de los Mensajes de Datos</i> .....	66
3.3.5. <i>Propiedad Intelectual</i> .....	68



3.3.6. Naturaleza Virtual -----	71
3.3.7. Principio de Reserva -----	71
3.3.8. Información Escrita -----	72
3.3.9. Envío y Recepción del Mensaje de Datos-----	73
<b>3.4. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO EN EL ECUADOR ----</b>	<b>75</b>
3.4.1. Teoría de la Emisión -----	75
3.4.2. Teoría de la Expedición -----	76
3.4.3. Teoría Cognoscitiva o del Conocimiento -----	76
3.4.4. Teoría de la Recepción-----	77
<b>3.5. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS-----</b>	<b>80</b>
3.5.1. Validez y Regulación Legal del Documento Electrónico -----	80
<b>3.6. JURISDICCIÓN -----</b>	<b>83</b>
<b>3.7. CONSENTIMIENTO -----</b>	<b>84</b>
3.7.1. Consentimiento según la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador-----	87
<b>3.8. INFORMACIÓN REQUERIDA PARA EL CONSUMIDOR</b>	
-----	<b>89</b>
3.8.1. Contratos B2C Referente a la Protección de Consumidores-----	91
3.8.1.1. Información al Consumidor -----	92
3.8.1.2. Principales Problemas -----	94
<b>4. CAPITULO IV LA FIRMA ELECTRÓNICA Y SUS</b>	
<b>EFFECTOS JURÍDICOS -----</b>	<b>98</b>
4.1. CONCEPTO DE FIRMA ELECTRÓNICA-----	98
4.1.1. Las Legislaciones y el concepto jurídico de Firma Electrónica --	100
4.2. ASPECTOS TECNOLÓGICOS -----	104
4.2.1. Código Hash -----	105
4.3. IMPORTANCIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA -----	107
4.4. EFICACIA PROBATORIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA ---	
-----	110
4.4.1. Prueba Documentaría -----	111

4.5. CERTIFICADOS DE FIRMA ELECTRÓNICA -----	112
4.5.1. Entidad Certificadora en el Ecuador -----	114
4.5.2. Procesos para Certificar Firmas Electrónicas -----	117
4.5.3. Requisitos de Fondo de las Firmas Electrónicas -----	118
4.5.4. Requisitos de Forma -----	118
4.5.5. Vigencia -----	120
4.5.6. Extinción del Certificado de Firma Electrónica -----	120
4.5.7. Suspensión del Certificado de Firma Electrónica -----	121
4.6. EFECTOS -----	122
5. CAPITULO V PROPUESTA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA -----	124
6. CAPÍTULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES -----	138
6.1 CONCLUSIONES -----	138
6.2 RECOMENDACIONES -----	140
BIBLIOGRAFIA -----	142
ANEXOS -----	145

## INTRODUCCIÓN

El objeto de esta tesis se basa en la tecnología actual que impone las pautas para el desarrollo de Internet; se han creado los llamados “escenarios digitales” que han servido de plataforma para la comercialización de bienes y servicios donde el consumidor y vendedor se comunican y concretan sus negocios a través de la red en lugar de hacerlo mediante el contacto físico directo.

Básicamente la normativa jurídica de comercio electrónico regula las relaciones jurídicas por medio electrónicos, éstas son:

Las relaciones de derecho público, que comprenden los vínculos entre Estados o entre particulares y el sector público, relacionados por medio digitales (e - government).

Relaciones de derecho privado entre empresas (business to business)(b2b).

En este tipo de comercio electrónico dos empresas se relacionan comercialmente por medio de Internet para la adquisición de bienes o servicios y es toda actividad inter-empresarial;

Entre empresas y consumidores (business to costumer) (b2c).

Estas relaciones comerciales se configuran entre los usuarios o consumidores particulares y las empresas ofertantes de bienes o servicios.

“De empresa a Estado.

Cubre todo tipo de relaciones entre las administradoras públicas y las empresas”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo. Comercio Electrónico. >Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires. Argentina. Pg. 52-53

Entre el Estado a consumidor.- Se basa en la relación entre las administraciones públicas y los ciudadanos.

Customer to Business o consumidor a empresa.

Estas relaciones se presentan entre agrupaciones de consumidores o frentes de consumidores individuales que se asocian para tener más fuerza y hacer pedidos a empresas transnacionales (c2b).

El presente trabajo investigativo se divide en 5 capítulos en los cuales mediante la aplicación y la investigación del Método Inductivo de investigación se ha ido desde las consideraciones generales y los orígenes del comercio electrónico, hasta las leyes aplicables para la contratación electrónica y el análisis de la ley vigente en el Ecuador para regular el comercio electrónico y los mensajes de datos.

En el Capítulo I se analiza una teoría base para la contratación en general, partiendo desde la cual se dan las pautas generales y principios aplicables para la contratación a distancia, y dentro de ésta para la contratación por medios electrónicos. Se toma como punto de partida la teoría tradicional sobre obligaciones y contratos defendidas por el autor Mosset Iturraspe, el Dr. García Falconí, entre otros autores destacados.

El Capítulo II, hace una reseña de la contratación a distancia dentro de la Ley de Comercio Electrónico en el Ecuador; en este capítulo se tratan las definiciones de contrato a distancia, así mismo se analizan las leyes que determinan la necesidad de consentimiento expreso del usuario para contratar y a su vez se determina los requisitos para validez de los contratos a distancia y las normas que amparan al consumidor.

En el Capítulo III del trabajo consta la Teoría General sobre Contratación a Distancia, la misma que sirve como fundamento para la realización de las

normas directrices internacionales de la OCDE, para la construcción de las leyes para comercio electrónico, se revisa además como soporte histórico la DIRECTIVA 97/7/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO DE 1997 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA.

En el Capítulo IV se estudia la firma electrónica y sus efectos jurídicos de acuerdo a la doctrina y a la legislación ecuatoriana, se desglosan los elementos conceptuales de firma electrónica, se define la importancia de la firma electrónica dentro de la contratación a distancia, la eficacia probatoria de la firma electrónica, referente a los de contratos y mensajes de datos.

Se recopila la información y la normativa necesaria para el funcionamiento de las entidades certificadoras de firmas electrónicas.

El Capítulo V, es el aporte a la normativa del Ecuador, que se hace en base a un proyecto de ley para la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia en el Ecuador.

# 1. CAPÍTULO I

## LOS CONTRATOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL ECUATORIANA

### 1.1. CONCEPTO DE CONTRATO

Las determinaciones doctrinarias desde el ámbito jurídico hacia la conceptualización del contrato como figura jurídica, han sido muy variadas y de distintas connotaciones, a tal efecto, es preciso hacer referencia sobre las principales posiciones.

En este sentido, el jurista Efraín Richard se refiere al concepto de contrato en los siguientes términos: “Por contrato se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial en el cual están en presencia dos partes, que formulan una declaración de voluntad común en directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”.<sup>2</sup>

En esta misma línea, el Derecho Civil argentino considera que contrato es el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.<sup>3</sup>

Por consiguiente, el contrato para el Derecho argentino es considerado como una de las especies dentro del género acto o negocio jurídico.

A tal efecto, el contrato “...es el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> RICHARD, Efraín H., Sociedades y contratos asociativos, Zavallá, Buenos Aires, 1987.

<sup>3</sup> Código Civil Argentino. Art. 1137.

<sup>4</sup> Código Civil Argentino. Art. 850

De manera complementaria a los conceptos expuestos, es preciso manifestar que la mayoría de Códigos Civiles latinoamericanos definen el contrato siguiendo los lineamientos del régimen jurídico francés, el cual expresa que esta figura jurídica se constituye como “la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.<sup>5</sup>

La relevancia e integralidad que caracterizan a la definición francesa, hacen que esta mantenga una hegemonía muy transcendente en el espectro jurídico internacional, gracias a lo cual, son varias las legislaciones que la han adoptado, tal es el caso del Código Civil español que la recoge sin variantes, o la legislación mexicana que apenas la ha modificado, refiriéndose al contrato como “...los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos”.<sup>6</sup>

Por su parte, el Código Civil italiano de 1865 definía el contrato como “...el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir un vínculo jurídico”.<sup>7</sup>

La referida definición sentó las bases para la concepción actual que el régimen legal italiano estipula sobre la figura jurídica del contrato, la cual profundiza aún más el concepto, determinando que este es “...el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”.<sup>8</sup>

En un análisis más detenido de este concepto, vale decir que la expresión “vínculo jurídico” contemplada en el Código de 1865, se la entendía como sinónimo de obligación y dejaba fuera por lo tanto, a las relaciones jurídicas reales que ahora de modo expreso, pueden ser objeto del contrato.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Código Civil de Francia, El Contrato, artículo 1101

<sup>6</sup> Código Civil de México, El Contrato, artículo 1793

<sup>7</sup> Código Civil de Italia de 1865, El Contrato, artículo 1098

<sup>8</sup> Código Civil de Italia de 1942, El Contrato

<sup>9</sup> STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S.; Reformas al Código Civil. Contratos. Parte general,

El Código Civil de Perú de 1984, define al contrato manifestando que es "...el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".<sup>10</sup>

Bien se puede llegar a la definición del contrato, apreciando los elementos y características que lo conforman:

Contrato es entonces un acto bilateral, entre vivos que tiene como objeto algo susceptible de una apreciación pecuniaria, que obedece a una causa justa.

Por último, para concluir la caracterización y ubicación del en una Teoría General del Derecho, que sin perjuicio de las obligaciones que asuman las partes, el contrato puede tener por objeto crear un sujeto jurídico encasillado directamente en la sociedad civil y relacionado mediante la asociación de esta.

## **1.2. CLASES DE CONTRATOS**

La figura contractual ha estado presente en las relaciones humanas desde tiempos inmemoriales, sin embargo, fueron los romanos quienes la configuraron y cimentaron sus estructura jurídica para concebirla con las connotaciones que actualmente la caracterizan, esto en virtud de los nexos surgidos con otros pueblos y las nuevas necesidades que de ellos se fueron derivando.

Tales circunstancias dieron lugar a la necesidad de plasmar por escrito los compromisos y obligaciones adquiridas por las partes intervinientes en las referidas relaciones, con la finalidad de garantizar su entero y satisfactorio cumplimiento.

---

<sup>10</sup> Código Civil de Perú, El Contrato, artículo 1351



Desde una perspectiva etimológica, el significado de la palabra contrato proviene de latín “Contractus” que se deriva del vocablo “Contrahere”, el cual significa concertar, lograr.<sup>11</sup>

Por su parte, la palabra convención que proviene del término latino conventio, tiene su origen etimológico de la expresión cum venire, la cual significa venir juntos.

Otro término relativo a la temática estudiada, es la palabra “Pacto”, que proviene del latín pactum o pactio, cuya raíz viene de pacis si, cuyo significado es tratar reunidos o ponerse de acuerdo.

Desde una óptica general, las tres figuras referidas en los párrafos precedentes, mantienen un relativo vínculo entre sí en el Derecho Romano, aunque su conceptualización no coincida plenamente con las implicaciones jurídicas que actualmente se requieren para estructurar una figura contractual basada en los parámetros necesarios de legalidad.

A continuación se establecen las relaciones más relevantes entre las figuras planteadas de manera precedente.

En cuanto a la convención y el pacto, el Derecho Romano los consideraba como conceptos equivalentes, que de manera general, expresaban un acuerdo de dos o más personas respecto de un objeto determinado.

Frente a esta circunstancia, la homogeneidad entre la convención y el pacto desprovisto de forma (nuda pactio) predomina entre los estudiosos del Derecho Romano.

En el mismo sentido, el periodo clásico que caracterizó al ámbito jurídico del imperio romano estructuró la figura de la contractas, que no significó no

---

<sup>11</sup> [www.monografías.com](http://www.monografías.com), Orígenes del contrato, TOMADO AL 15 DE OCTUBRE DEL 2009

implicaba el acuerdo de voluntades, sino que hacía referencia a la relación jurídica que configuraba un vínculo obligacional para las partes que intervenían en el acto.

La evolución social y consecuentemente las transformaciones jurídicas que se vivieron principalmente en Europa, dieron lugar a que en el Derecho Justiniano se concibiera al *pactum* o *conventio* como el acuerdo de voluntades o consentimiento de una o más personas para la realización de una actividad determinada.

A tal efecto, Michel Villey experto en Derecho Romano y citado por Galgano Francesco en su obra *Historia del Derecho Mercantil*,<sup>12</sup> afirma respecto del contrato en Roma, que éste no se trataba del acuerdo sobre la base del querer o voluntad individual, sino del intercambio justo y equilibrado que norma la relación jurídica bilateral ya formada, de lo cual se desprende que en el Derecho Romano no hubo una Teoría del Contrato, en consecuencia, el simple acuerdo, convención o pacto no bastaba para crear una obligación exigible.

Dicha consideración era la regla contractual antigua que dominaba en la época clásica y que subsistía incluso en tiempos de Justiniano.<sup>13</sup>

Cabe señalar que sólo se reconocía efecto creador de obligaciones exigibles a las convenciones acompañadas de ciertas formalidades, las cuales eran la causa por la que el Derecho Civil volvía exigibles las prestaciones nacidas del acuerdo.

El fundamento en que se basaba la relevancia de estas características de forma, mantenía que ellas daban más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes y encerraba en límites precisos la manifestación de voluntad.

---

<sup>12</sup> GALGANO, Francesco. *Los contratos en General*. Padova. 1990. Pg. 58

<sup>13</sup> VILLEY, Michel, *En tomo al Contrato, la Propiedad y la Obligación*, Gherzi, Buenos Aires, 1980

Cada una de las convenciones reconocidas en mérito a su forma - determinadas en la ley, por cierto, y muy limitadas- constituía un contractas y recibía un nombre particular.

De lo manifestado, se desprende que los romanos no concebían el contrato como una categoría genérica, sino que su aplicación se remitía a ciertos ámbitos singulares que eran denominados *numerus clausus* o serie cerrada.<sup>14</sup>

En el Derecho Romano clásico, el elemento subjetivo de los instrumentos contractuales circunscrito al acuerdo de partes, era extraño al concepto de contrato que en ese entonces se limitaba a aludir al "negocio" en sí o al vínculo que nacía entre los intervinientes.

Pese a la influencia del Derecho Oriental o de la Escuela Griega que llevaron a Justiniano a dar prevalencia al elemento subjetivo, identificando en alguna medida el contrato con la convención, no se llegó en el Derecho Romano a concebirlo totalmente en este sentido, por cuanto el contrato provisto de acción, debía ser integrado con otro elemento que variaba según las diversas categorías de contrato existentes en la época.

En lo referente al pacto, si bien este no generaba obligación, tampoco estaba desprovisto del todo de efectos vinculantes, por cuanto acordaba una excepción para responder al accionante, lo cual se ve confirmado en la expresión atribuida a Ulpiano: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (el simple pacto no engendra obligación, pero sí excepción).<sup>15</sup>

En la época imperial, las cuatro categorías de contratos que se distinguían eran:

- Reales o re.
- Verbales o verbis.

---

<sup>14</sup> CARRARA, Francesco, La formación del contrato, Ed. Vallerdi, Milano, 1915.

<sup>15</sup> OSTI, Giuseppe. El contrato en el nuevo Derecho Italiano. Ed. Utet, Tormo, 1959. p. 462

- Escritos o litteris.
- Consensuales.

**Los Contratos Reales o Re.-** Eran aquellos en los cuales el consentimiento se integraba con la tradición de la cosa que el acreedor efectuaba a favor del deudor, quedando obligado quien la recibía, a su restitución.

Dentro de esta categoría pueden mencionarse los siguientes actos:

El mutuo o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito por el cual se entregaba la cosa en guarda y la prenda que implicaba una dación en garantía.

**Los Contratos Verbales o Verbis.-** Eran los formados con ayuda de palabras solemnes que debían emplear las partes para expresar su consentimiento.

El principal o típico instrumento era la estipulación o *stipulatio*, en el cual las partes cambiaban sin interrupción, oferta y contestación.

Cabe señalar, que en los últimos tiempos la estipulación se redujo a la forma escrita *traditio cartee*.

**Los Contratos Escritos o Litteris.-** Estos se perfeccionaban por medio de una inscripción en el registro del acreedor con el acuerdo del deudor y tenían su base en la regular teneduría de libros de cuentas, característicos de las familia romana.

**El Nomen Transcripticium.-** Era el contrato literal clásico.

**Contratos Consensuales.-** Estaban formados por el solo acuerdo de las voluntades y constituyeron las primeras excepciones al principio que restaba validez al mero acuerdo para dar vida al vínculo contractual.

En esta clasificación se encontraban comprendidos la compraventa, la locación de cosas, la sociedad y el mandato.

En el decurso de la época imperial se reconocen como contratos, muchas convenciones constituidas sobre la base de alguna prestación de dar o de hacer y ejecutada por cualquiera de las partes en vista de una prestación recíproca.

**Contratos Innominados.-** Este tipo de contratos se clasifican en cuatro categorías:

- a) *do ut des*, cuando la prestación es un dar y la contraprestación es también un dar.
- b) *do ut facías*, la prestación es un dar y la contraprestación un hacer.
- c) *fació ut des*, la prestación es un hacer y la contraprestación un dar.
- d) *fació ut facías*, cuando prestación y contraprestación consisten en un hacer.<sup>16</sup>

Otra excepción al principio de que el simple consentimiento no puede generar acción, está constituida en el Derecho Romano por los numerosos grupos de pactos vestidos, los mismos que al principio eran escasos, pero que a lo largo de una lenta evolución histórica se fueron multiplicando de manera muy notoria.

En este proceso de admisión suelen señalarse tres fuentes distintas:

---

<sup>16</sup> PACCHIONI, Giovanni, Corso di Diritto Romano, Tomo, 1910, vol. II, p. 428

- El Derecho Civil.

Esta figura estaba determinada por la relación existente entre un simple pacto y la unión de este con un contrato, en virtud de la cual al menos en ciertos casos, tenía un carácter vinculante.

- El Derecho Pretoriano.

Esta etapa jurídica proveyó de acción a ciertas convenciones tales como el pacto de *constituto*, el pacto de juramento y el pacto de hipoteca, los cuales se distinguen de los demás, ya que están sancionados por una acción *in rem*.<sup>17</sup>

- Las Constituciones Imperiales.

Durante el Bajo Imperio romano se sancionó la convención de dar entre vivos y la que tenía por objeto la constitución de una dote, estas formas de acuerdo fueron conocidas como pactos legítimos.

Respecto de lo manifestado, es imperativo señalar que una convención cualquiera podía hacerse revistiendo las formas de la estipulación, por ello, en el último periodo del Derecho Romano el número de convenciones que vinculaban a las partes entre sí era grande.

### **1.3. CLASES DE CONTRATOS**

Los contratos han existido desde siempre y en la actualidad la doctrina ha distinguido de manera tradicional diversas clases de contratos, algunos de los cuales se encuentran estipulados en la legislación positiva nacional.

---

<sup>17</sup> Una acción es real (*actio in rem*) cuando decimos que un objeto es de nuestra propiedad o que un derecho nos compete.

A tal efecto, se plantean a continuación las principales figuras contractuales tanto desde el ámbito doctrinario, como desde la perspectiva jurídica vigente en el país.

### **1.3.1. Contratos Unilaterales y Bilaterales**

La distinción clásica entre contratos unilaterales y bilaterales fue sistematizada por Joseph Pothier y la acogió el Código Civil francés en sus artículos 1102 y 1103.

En este sentido, es importante señalar que la legislación civil ecuatoriana también integra entre sus disposiciones los postulados planteados por el referido tratadista, tal es así que en base a estos, se estructura una clasificación fundamental por la rica gama de consecuencias que de ella se derivan.

Desde la óptica doctrinaria, especialmente a partir de la nacida del Código Civil italiano dictado en 1942, se configuró teóricamente una concepción de contratos en virtud de la cual, se prefería hablar de instrumentos contractuales con prestaciones a cargo exclusivo de una de las partes (unilaterales) o con prestaciones recíprocas (bilaterales).

Se denominan bilaterales o con prestaciones recíprocas aquellos contratos que al momento de su perfeccionamiento engendran obligaciones mutuas, o sea para todas las partes intervinientes.<sup>18</sup>

Dentro de la serie de contratos típicos que integran esta categoría contractual, pueden mencionarse la compraventa, la cesión onerosa de derechos, la permuta, la locación de cosas, de servicio y de obra, la sociedad, la donación onerosa, el mandato oneroso, la fianza onerosa, el juego y la apuesta.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Código Civil de Ecuador, De las Obligaciones en General y de los Contratos, artículo 1455

<sup>19</sup> BORDA, Guillermo A., Contratos unilaterales y bilaterales, en L. L. 106-1092,

En lo referente a contratos unilaterales, vale decir que estos son aquellos en razón de los cuales, al momento de su perfeccionamiento solo configuran obligaciones para una de las partes intervinientes en el acto, entre los ejemplos más relevantes pueden mencionarse los siguientes:

- La Donación. Art. 1402 C.C.
  
- El mandato gratuito, denominado por el Código Civil, Agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos art. 2021 C.C.
  
- La fianza. Art. 2262 C.C.
  
- El comodato. Art. 2077 C.C.
  
- La renta vitalicia. Art. 2169 C.C.

Particularmente de los preceptos señalados, es necesario manifestar que a pesar de no estar considerados dentro de la clasificación expuesta, se acepta en el ámbito teórico, la estructuración de contratos bilaterales imperfectos.

Se les llama así a los contratos unilaterales de los cuales puede emerger a posteriori de su celebración o durante la vida del mismo, alguna obligación para la contraparte, en virtud de acontecimientos accidentales.

Así, en el depósito o en el comodato si se hicieran gastos por el depositario o el comodatario tendientes a la conservación de la cosa, surgiría para el contratante la obligación de abonar esos gastos.

En los contratos bilaterales, las obligaciones a cargo de cada una de las partes están unidas entre sí por la reciprocidad existente en ellos y que es precisamente la que los caracteriza.



Por su parte, en los contratos unilaterales existe un solo deudor y un solo acreedor, por ende, el peso del instrumento contractual está de un lado y del otro.

Por regla general, la extinción de la obligación por imposibilidad de pago que caracteriza al contrato unilateral, también se aplica en el negocio bilateral, quedando insubsistente la obligación respectiva.

### **1.3.2. Contratos Plurilaterales**

En el campo de la dogmática jurídica tiende a precisarse modernamente la noción de contrato plurilateral, ya sea como una subespecie de los contratos bilaterales o bien como una tercera categoría, al lado de los unilaterales y bilaterales, el cual abarca la intervención de tres o más partes.

#### **1.3.2.1. Diferencias entre Contratos Bilaterales y Plurilaterales**

Las diferencias más importantes entre estas dos formas contractuales son las siguientes.

- Los contratos bilaterales originan obligaciones correlativas para las partes, mientras que en los plurilaterales, cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todos los demás que intervienen en la relación de que se trate.
- En los bilaterales, la conclusión del negocio se produce tan pronto las partes lo declaran así de mutuo consentimiento; en los plurilaterales es necesario preciso establecer a quién y en qué forma se deben manifestar las diversas voluntades.
- En los instrumentos contractuales bilaterales, el dolo, la fuerza y el temor, vician el consentimiento de las partes, independientemente de los

factores que las originen; en los contratos plurilaterales, el vicio del consentimiento de uno de los contratantes anulará su adhesión al negocio, pero el contrato sigue siendo válido en tanto sea posible lograr el cumplimiento del objeto o finalidad común perseguida por los demás contratantes.

- Los contratos bilaterales son generalmente de ejecución instantánea, en tanto que los plurilaterales son de tracto sucesivo o de ejecución demorada y originan una situación económica que perdura, siendo preciso atender al régimen de su disolución y liquidación.
- En los contratos bilaterales, las obligaciones de las partes presentan un contenido típicamente constante (pagar el precio el comprador, entregar la cosa el vendedor); mientras que en los plurilaterales, las obligaciones de las diversas partes en principio idénticas y comunes, pueden tener un objeto diferente, esto es, por una parte puede obligarse a transferir la propiedad de una cosa, por otra a conceder el uso y goce de otra cosa, a entregar dinero, etcétera, tal como ocurre a veces con los aportes de los socios capitalistas en el contrato de sociedad.
- Los instrumentos contractuales bilaterales están limitados a las partes originarias, mientras que los plurilaterales admiten el ingreso o la posibilidad de nuevas partes, así como el retiro de las originarias.
- En los bilaterales cuando existe imposibilidad de ejecución de las obligaciones por una de las partes, generalmente acarrea la resolución del contrato; el incumplimiento de una de ellas autoriza a la otra a pedir la resolución o a declararla previa intimación; en los contratos plurilaterales, la imposibilidad o el incumplimiento llevan a una resolución limitada, con respecto a la parte incumplidora, salvo los casos de excepción que la ley establece.

### **1.3.3. Onerosos y Gratuitos**

El artículo 1457 del Código Civil ecuatoriano, establece la distinción entre contratos onerosos y gratuitos.

La onerosidad está determinada por la contraprestación que sigue a la prestación o por decirlo de alguna manera, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que sea precisa una relación de equilibrio o equivalencia entre ambos extremos.

En cuanto a la gratuidad, vale decir que esta es por definición, una liberalidad o beneficio en donde se da algo por nada, es decir, que no existe una contrapartida.

Dentro de esta categoría se encuentran los contratos de depósito, mutuo, gratuito, comodato, mandato gratuito, fianza gratuita y donación.

Desde el punto de vista de una política legislativa, es preciso manifestar que quien realiza negocios gratuitos siguiendo un ideal de solidaridad, caridad, beneficencia, etcétera, disminuye su patrimonio, puesto que salen de él bienes sin compensación alguna y esta merma, puede llegar a atacar la legítima de los herederos forzosos -donaciones inoficiosas-, perjudicar a los acreedores y aun conducir a la indigencia al propio autor de tales negocios, transformándolo en una carga para el Estado.

Por tal razón, el legislador ha implementado en el régimen jurídico contractual el cumplimiento obligatorio de cierto tipo de formalidades que buscan como fin último, proteger el bienestar patrimonial de un donante para que este no se constituya en una carga para el Estado, en consecuencia, el Código Civil establece a partir del artículo 1443 las disposiciones correspondientes a la temática referida.

Cabe señalar también que el beneficiario es en los contratos gratuitos motivo de una cláusula principal, puesto que es a ese beneficiario de manera específica a quien se ha querido ayudar, favorecer por amistad, altruismo o lo que fuere, tales contratos se encasillan como un *intuitu personae*.

#### 1.3.4. Contratos Consensuales y Reales

Los contratos reales tienen en doctrina dos significados diversos, por una parte, se alude al **contrato traslativo** o constitutivo de derechos reales, el cual se caracteriza por una eficacia real que se contrapone al meramente obligacional.

Por otra parte, se plantea la posición que alude al contrato en el cual la entrega de la cosa -*datio rei*- es lo esencial en la fase formativa del negocio, es este sentido, es importante señalar que esta figura contractual se contrapone al contrato consensual, el mismo que se perfecciona con el mero consentimiento.

Según Jorge Mosset, "...se atribuye a Gayo ser el primero en haber esbozado la categoría del contrato real, pero fue Justiniano quien perfeccionó el concepto, incorporando las figuras clásicas del mutuo, depósito, comodato y prenda. Los glosadores y posglosadores en nada innovaron la distinción romana".<sup>20</sup>

La legislación ecuatoriana establece una diferenciación entre contratos consensuales y reales que se encuentra estipulada en el artículo 1459 del Código Civil y que a tal efecto, expresa lo siguiente: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

---

<sup>20</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Los contratos. Edición: 1. Editorial: Rubinzal Culzoni. Páginas: 560 Año: 1997

De manera independiente a lo señalado, es imperativo manifestar que algunos autores impugnan la razón de ser de la categoría de los contratos reales, aduciendo que si bien hallaba justificación en el Derecho Romano donde sólo se reconocía efecto creador de obligaciones a las convenciones acompañadas de cierta formalidad.

Para la mayoría de los autores es innegable la plena validez y eficacia de las promesas de contrato real, aun cuando defiendan la existencia de contratos que se perfeccionan re, les choca negar la fuerza vinculante de esos precontratos, expresando que iría contra el principio de la obligatoriedad a mérito del solo consentimiento.

Para el autor Jordano Barea citado por Jorge Mosset,

la doctrina tradicional cae en una grave contradicción cuando, por un lado, considera a la entrega como requisito esencial de todos los contratos reales y, por otro, admite la validez de los correspondientes contratos consensuales preliminares. Si la entrega es necesaria para la perfección de los contratos reales, la posible estipulación de paralelos contratos consensuales preliminares, significaría la violación de las normas que establecen dicho requisito esencial. Llevando a sus últimas y lógicas consecuencias la doctrina tradicional, se debería estimar el contrato preliminar por falta de entrega o al menos por tratarse de un negocio in fraudem legis, que implicaría la violación indirecta de las normas que, según los partidarios de la 'realidad', requieren imperativamente la entrega para la perfección del contrato definitivo.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> JORDANO BAREA, Juan Bautista, La categoría de los contratos reales. Revista de Derecho Privado, Barcelona, 1958, p. 111. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op cit.

### **1.3.5. Contratos Típicos y Atípicos**

El contrato atípico o innominado responde a la necesidad social de regular este tipo de figuras que están en la realidad contractual.

El ordenamiento jurídico ha configurando directivas y estándares legales de acuerdo con los usos de la práctica usual, lo fundamental es no soslayar las circunstancias del caso concreto inspirándose en el fin económico y en los legítimos intereses de las partes.

### **1.3.6. Contratos Conmutativos y Aleatorios**

El Código Civil ecuatoriano incluye entre los preceptos que dedica a clasificar los contratos, uno destinado a distinguir la categoría de los conmutativos de la de los aleatorios, el cual se encuentra estipulado en el artículo 1457 y que respecto del contrato conmutativo manifiesta que "...cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

En el caso de los contratos aleatorios, estos se definen como aquel en el que no se sabe a cuál de las partes beneficiará.

Jurídicamente y de manera taxativa, el artículo 2163 de la legislación civil los enumera en el siguiente sentido.

Son aleatorios por su naturaleza:

- a) El contrato de juego, sea de azar o sea de destreza física.
- b) El contrato de apuesta.

- c) el contrato de lotería.
- d) el contrato de rifa.
- e) Contrato de renta vitalicia.

Son aleatorios por voluntad de las partes:

- a) La compraventa de la esperanza (*emptio spei*), de la cosa esperada (*emptio rei sperata*) y de la cosa sometida a riesgo.
- b) La compraventa a todo riesgo, con renuncia de las garantías de evicción o por vicios redhibitorios.

Para cada una de las partes es incierta la ganancia.

La clasificación de los contratos en conmutativos y aleatorios obedece más a una clasificación doctrinaria.

A tal efecto, varios autores afirman que los contratos aleatorios pueden ser sancionados por un juez en razón de sancionar una lesión, en cuyo caso, el Juez de lo Civil puede sancionar un contrato aleatorio si es que de acuerdo con las reglas de la sana crítica, determina que el desequilibrio es excesivo.

La distinción entre conmutativos y aleatorios puede aparecer en diversos puntos relacionados con cada uno de los contratos, por lo tanto, cabe objetar que la distinción que se busca no es la que puede existir frente a un negocio aleatorio en especial, sino de categoría a categoría.

El error de perspectiva consistente en atender, para efectuar el distingo, al momento de la ejecución del contrato y no al de su perfeccionamiento; como también el no diferenciar el ámbito jurídico de las oscilaciones económicas,

explica la existencia para alguna doctrina, de una "zona gris" en la que se ubican múltiples y variados contratos sobre los cuales no hay coincidencia acerca de si revistan en una categoría o en otra.

En conclusión, el contrato aleatorio se caracteriza porque el objeto del contrato -la ventaja perseguida por las partes-, depende de un acontecimiento incierto en su realidad - resultado del juego, por ejemplo - o cuyo conocimiento se discute entre las partes mismas - como acontece en la apuesta - y que precisamente por eso tiene función aleatoria.

### **1.3.7. Contratos Formales y No Formales**

Esta clasificación se fundamenta en la forma que toman las diferentes clases de contratos, puesto que a veces no cualquier modo es relevante para que la manifestación consiga su efecto, por lo tanto, se agrega un matiz de exigencia particularizada.

Conceptualmente, los contratos formales son concebidos como aquellos cuya solemnidad es predeterminada expresamente por las normas legales vigentes.

En cuanto a los contratos no formales, vale decir que son aquellos que pueden realizarse en cualquiera de formas en las que el uso social o la costumbre, considera manifestados la voluntad y el consentimiento de manera inequívoca.

Cuando no se designa forma por la ley para algún acto jurídico, se configura un acto no formal susceptible de ser realizado de la manera que los interesados juzgaren conveniente para sus respectivos intereses, debiendo aclarar que en estos casos, debe primar la supremacía propia de la voluntad de las partes intervinientes.<sup>22</sup>

Los contratos formales se subdividen en formales para su validez y formales para su prueba.

---

<sup>22</sup> Código Civil Ecuatoriano, artículo 1740 "...La venta de bienes raíces, servidumbres y la sucesión hereditaria, no se reputarán perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública ..".



En el primer caso, estos son denominados ad solemnitatem y se configuran cuando la forma es constitutiva o sustancial, mientras que en el segundo caso, este tipo de contratos solo se requieren para ser demostrados en juicio y se los ha llamado ad probationem.

Los contratos formales constitutivos a su vez se subdividen en dos categorías que se detallan a continuación.

Los solemnnes absolutos que se estructuran cuando no respetada la forma prescrita, acarrear la nulidad del vínculo contractual, el cual se caracteriza por engendrar únicamente obligaciones naturales.

Los solemnnes relativos se caracterizan ya que en estos, la omisión de la forma vuelve a la declaración incapaz para dar vida al negocio intentado y sus efectos específicos, pero idónea en cambio, para realizar otro negocio diferente con efectos parcialmente distintos.

En conclusión, no se puede subsanar la falta de solemnidades específicamente estipuladas en la ley ni tampoco se pueden agregar a los contratos, solemnidades ni formalidades no estipuladas expresamente por la legislación vigente, tales son los supuestos contemplados por el artículo 1741 del Código Civil, que al respecto manifiesta que "...si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso segundo del artículo precedente no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida".

### **1.3.8. Principales y Accesorios**

La distinción entre lo principal y lo accesorio aparece estipulada en el Código Civil ecuatoriano con motivo de las obligaciones referidas en el artículo 1458.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Código civil "Art. 1458.— El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella".

Un contrato es principal cuando no depende jurídicamente de otro instrumento contractual.

Por su parte, un contrato es accesorio cuando depende jurídicamente de otro instrumento contractual que es la razón de su existencia, como por ejemplo, la fianza.

No obstante, reconocer que la fianza como contrato puede acceder a una obligación no contractual -nacida de la ley, del acto ilícito, etcétera- y, asimismo, preceder a la obligación principal.

### **1.3.9. Contrato de Disposición y de Administración**

Cabe señalar que esta es una categoría propia de la doctrina y que no ha sido recogida por la legislación civil ecuatoriana, sin embargo, vale decir que se origina en la mayor o menor amplitud de los efectos propios a cada una de las especies.

Su importancia se aprecia con motivo de la capacidad para contratar y de las solemnidades requeridas para la validez de la figura contractual.

Un contrato es de disposición cuando disminuye o modifica sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio, o al menos compromete su porvenir por largo tiempo.

Son ejemplos de estos contratos, los de enajenación en general, la donación, los arrendamientos de inmuebles, etcétera.<sup>24</sup>

Un contrato es de administración cuando tiene por finalidad hacer producir a los bienes, los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, respetando

---

<sup>24</sup> Art. 1883. Código Civil.

su naturaleza, su destino y su integridad, tales como los contratos de mandato, agencia oficiosa, entre otros.<sup>25</sup>

### **1.3.10. Constitutivos y Declarativos**

Los contratos constitutivos son aquellos que crean situaciones jurídicas nuevas y por ende, producen sus efectos desde que se realizan y para el futuro, debiendo aclararse en este sentido, que están caracterizados fundamentalmente por el Principio de Irretroactividad.

Entre los ejemplos más prácticos de este tipo de instrumentos contractuales pueden mencionarse la compraventa, la permuta, la donación y otros similares.

Los contratos declarativos en cambio, presuponen la existencia de una situación o relación jurídica anterior que de algún modo reconocen o definen, no sólo en adelante sino también hacia atrás.

Contrariamente a los contratos constitutivos, sus efectos se producen retroactivamente entre las partes intervinientes, tal como acontece con la transacción.

### **1.3.11. Contratos de Ejecución Instantánea y de Tracto Sucesivo**

Desde un enfoque terminológico, es importante manifestar que la ejecución instantánea o coetánea comporta el cumplimiento de una sola ocasión, de un modo único o suficiente para agotar el negocio y esa circunstancia puede darse de manera inmediata o diferida.

En cuanto al contrato, será de tracto sucesivo o de cumplimiento continuado o periódico, cuando sus efectos se prolonguen en el tiempo o sean fluyentes.

---

<sup>25</sup> Art. 2047 y 2211 Código Civil.

Este tracto sucesivo puede comenzar concomitantemente con el perfeccionamiento del negocio -y en tal caso hay una ejecución inmediata- o puede sujetarse a un término inicial y será entonces de ejecución diferida.<sup>26</sup>

Precisada la distinción, cabe ejemplificar con el contrato de arrendamiento de un bien inmueble, urbano o rural, por el cual el arrendador se compromete a mantener al arrendatario en el uso y goce concedido sobre la cosa (Art. 1856. C.C) y éste, el arrendatario, a pagar el precio convenido, en dinero, en los plazos fijados (art. 1885 C.C); ambas obligaciones se prolongan en su duración hasta la extinción de la relación jurídica, previéndose plazos mínimos. Las consecuencias - la relación que se mantiene en el tiempo es regulada por el contrato que le dio nacimiento- no son similares a las que muestra un contrato de ejecución instantánea: compraventa o permuta, que se agota con el cambio de prestaciones.

#### **1.4. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE UN CONTRATO**

Existe en esta materia una diferencia de nomenclatura que podría conducir a serias confusiones, tal es así, que se habla de requisitos de los contratos y de sus elementos como cosas diferenciadas.

En este sentido, el Código Civil ecuatoriano hace la misma distinción, puesto que en el artículo 1460<sup>27</sup> alude a los distintos elementos contractuales y en el artículo 1461<sup>28</sup> enumera sus requisitos, que a tal efecto, son los que se detallan a continuación:

---

<sup>26</sup> ORGAZ, Alfredo, *Nuevos estudios de Derecho Civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, ps. 43 y ss.; *Hechos y actos o negocios jurídicos* cit., p. 8). Citado por: MOSSET ITURRASPE, Jorge Op cit.

<sup>27</sup> Código civil Art. 1460.— “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

<sup>28</sup> Código civil “Art. 1461.— Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1o.— Que sea legalmente capaz;

2o.— Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

- Capacidad.
- Voluntad sin vicios.
- Objeto lícito.
- Causa lícita.

Es importante señalar que la diferencia semántica entre requisito (condición para la validez) y elemento (componente del acto) es notoria al igual que la distinción técnico jurídica.

En este caso, los elementos siempre son integrantes de la figura contractual, mientras que si bien, hay requisitos que pueden estimarse integrados al contrato (objeto y causa), los hay también que no forman parte de él sino que se producen en las partes celebrantes (capacidad y voluntad).

La doctrina jurídica acostumbra a distinguir entre requisitos necesarios para la existencia del contrato y requisitos exigidos para su validez.

Los requisitos necesarios para la existencia del contrato son aquellos indispensables para que un contrato simplemente nazca a la vida jurídica, de manera independiente a si lo hace o no con validez o eficacia, por lo tanto, se refieren a una mera cuestión de existencia.

Tales requisitos son los siguientes:

- La expresión de voluntad.
- La existencia de un objeto.

---

3o.— Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

4o.— Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

- La existencia de una causa.

Reunidos estos tres requisitos el contrato existe, caso contrario no nace a la vida jurídica, lo que equivale a que no se ha producido el hecho.

No se trata de hacer un juicio de valor encaminado a saber si el acto es o no eficaz, sino de una mera consideración fenomenológica en torno al ser o no ser del mismo, sin embargo, como el Código Civil ecuatoriano no contiene normas relativas a esta cuestión de la existencia, generalmente los tribunales sancionan la omisión de alguno de los requisitos señalados declarando la nulidad del contrato, lo cual constituye un juicio de valor.<sup>29</sup>

Verificada la existencia de un contrato, su eficacia depende de que se reúnan o falten los requisitos de validez que son los señalados en el artículo 1488 del Código Civil para la generalidad de los actos jurídicos y los del artículo 1486 para una categoría especial, esto es, los actos jurídicos solemnes:

- Capacidad de las Partes.

La validez de un contrato está condicionada en primer lugar, a la circunstancia de que las personas que lo celebran, tengan aptitud legal para obligarse.

Los artículos 1461 y 1461 del Código Civil contemplan los casos de incapacidades absolutas, relativas y especiales.

- Voluntad Libre y Espontánea.

La voluntad expresada de forma libre y espontánea es suficiente para dar nacimiento a un contrato, en tal virtud, cabe mencionar que si algún vicio afecta esas cualidades de la voluntad, el acto no es considerado válido.

---

<sup>29</sup> BELTRAN DE HEREDIA, José. El cumplimiento de las obligaciones. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pg. 89

El artículo 1467 y siguientes del Código Civil ecuatoriano tratan de tales vicios, estos son, el error, la fuerza y el dolo.

- Licitud del Objeto.

El objeto del contrato está constituido por las obligaciones que se derivan de dicho contrato, las cuales, conjuntamente con las prestaciones emanadas del instrumento contractual deben ser lícitas, es decir, ir de acuerdo con las leyes, la moral, las buenas costumbres y el orden público.

En esta materia el Código Civil confunde entre objeto del contrato y objeto de la prestación, de allí las referencias a cosas que contienen los Art. 1478 y 1477 que se refieren, conjuntamente con el Art. 1478, a este requisito.

- Licitud de la Causa.

El artículo 1483 del Código Civil expresa *“que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”*.

Resumir en pocas líneas todo lo que la doctrina ha discutido alrededor de este requisito, es una tarea imposible, sin embargo del examen de varias teorías doctrinarias se colige que el debate sobre la causa es el más extenso y complejo del Derecho Civil.

De manera general, la causa es el *motivo* que induce a la contratación. Que se trate del motivo *sicológico* (como sostiene parte de la doctrina) o del motivo *jurídico* (tesis contraria y tradicional), es indistinto para este análisis.

El inciso segundo del artículo 1483 del Código Civil la define en la forma que se ha transcrito. Lo importante, por ahora, es destacar que la causa debe ser lícita, calificativo que dice relación con su apego a la ley, las buenas costumbres, la moral y el orden público.

## **1.5. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

“El vicio del consentimiento es la ausencia de una voluntad sana con el objetivo de falsear, adulterar, anular dicha voluntad y alcanzar propósitos deseados lo cual compromete su eficacia.

La voluntad queda excluida cuando el consentimiento en su forma exterior está viciado”.<sup>30</sup>

No hay consentimiento válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por el Dolo.

Los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, según el artículo 1467 del Código Civil.

### **1.5.1. El Error**

Es una idea inexacta que se forma un contratante sobre uno de los elementos del contrato, en el que podemos creer que un hecho que es falso es verdadero y viceversa.

El error jurídicamente descrito, implica el defecto de concordancia entre la voluntad verdadera, la voluntad interna y la voluntad declarada lo que crea un desequilibrio en el contrato.

La doctrina distingue los errores que excluyen el consentimiento, aquellos que lo vician y los que jurídicamente resultan irrelevantes.

El error se clasifica en error de hecho que es el hecho de equivocarse sobre una circunstancia material; y el error de derecho, mientras que es el hecho de equivocarse sobre la existencia o interpretación de una norma de derecho.

---

<sup>30</sup> [www.mitecnologico.com](http://www.mitecnologico.com), Los vicios del consentimiento, TOMADO AL 28 DE OCTUBRE DEL 2009



De acuerdo con el artículo 1468 y 1469 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

En cambio, el error de hecho vicia el consentimiento siempre y cuando recaiga sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, concluye en artículo 1469 con dos ejemplos que aclaran la norma: “como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”.

El error mantiene ciertas características cuando se ha constituido como vicio de la voluntad, pudiendo mencionarse que este es espontáneo y se da como consecuencia de la ignorancia o de conocimiento errado de las circunstancias.

Adicionalmente produce una divergencia inconsciente entre la voluntad interna y la manifestación real y visible.

Por otra parte, la declaración de la voluntad no está seguida a los efectos queridos y que han conducido al sujeto a la celebración del acto jurídico.

Desde la perspectiva doctrinaria pueden mencionarse tres tipos de error, los cuales se detallan a continuación:

El error obstáculo es el aquel que hace el acto jurídico inexistente porque no sólo vicia sino que destruye el consentimiento, impidiendo que el acto jurídico se forme.

Este tipo de error puede configurarse en los siguientes casos:

- Cuando recae sobre la naturaleza misma del acto jurídico.

- Cuando recae sobre la existencia del objeto de la obligación.
- Cuando recae sobre la identidad del objeto de la convención.

El error que hace el acto jurídico anulable se manifiesta cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que constituye el objeto del contrato, tal como lo dispone el artículo 1469 del Código Civil.

Dentro de este a su vez, se distingue el error in-substancia o error sobre la sustancia de la cosa, que según la teoría tradicional, "...es la que afecta la materia que forma la cosa" y según la teoría moderna "...el error recae sobre esta cuando se refiere a la cualidad de la cosa que los contratantes tomaron principalmente en cuenta".

El **error intuiti personae** o **error sobre la persona** de aquel con quien uno contrata, que no causa vicio porque la mayor parte de las veces se contrata buscando un resultado sin tener en cuenta la persona del co-contratante.

El error es indiferente a la validez del acto cuando recae sobre cualidades no sustanciales sino en las puramente accidentales de la cosa, cuando recae sobre el valor de la cosa, salvo en el caso de que haya lesión, cuando recayendo sobre la persona no se trata de un contrato intuiti personae y cuando recae sobre los motivos del contrato.

Según el jurista Lizardo Taboada, el denominado error vicio es propiamente el error como vicio de la voluntad y afecta la función cognoscitiva del sujeto, pues su voluntad interna se forma basándose en la ausencia de conocimiento o de un conocimiento equivoco.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> LIZARDO TABOADA CORDOVA. Acto jurídico, negocio jurídico, contrato. Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L.

### **1.5.1.1. Los Errores no Esenciales**

Aunque el Código Civil no se refiere a los errores no esenciales, si menciona alguno de ellos como son el error de cálculo, el error sobre cantidad y el error sobre motivo.

### **1.5.2. La Fuerza**

La fuerza en general se contrapone a la libertad, que es un componente necesario para que los contratos surtan todos los efectos jurídicos que prescribe el Derecho.

El artículo 1472 del Código Civil vigente, determina que la fuerza vicia el consentimiento si se configuran las siguientes condiciones:

- Que sea capaz de producir una impresión fuerte.
- Que la persona coaccionada esté en su sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

No es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella, basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el fin de obtener el consentimiento.

La legislación civil conceptúa a la fuerza como todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, definido legalmente como el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento, pues lo que invalida al negocio jurídico es el miedo que ésta sufre, debido a la fuerza ejercida sobre ella.

### **1.5.3. El Dolo**

Es básicamente un engaño, un error provocado en virtud del cual se llega a otorgar un acto jurídico, con presunciones claras de que sin este engaño no hubiera existido un determinado contrato.

Constituye una causa por si suficiente para la anulación del acto jurídico.

En este sentido, según el artículo 1474 del Código Civil, el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

Si el dolo no cumple estas condiciones da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

El dolo no se presume, por lo que debe probarse, según el artículo 1475 del Código Civil, constituyéndose así en una presunción de hecho.

#### **1.5.3.1. Características del Dolo**

Los factores más relevantes que caracterizan al dolo son:

- Es un error provocado intencionalmente.
- Se utiliza para inducir a error.
- Es contrario a las reglas de la buena fe.

### 1.5.3.2. Clasificación del Dolo

El dolo se clasifica en:

- Dolo Incidental.

Es aquel que sin determinar a una persona a que otorgue un acto jurídico, la lleva a aceptar condiciones más onerosas, este dolo por tanto, es el que se utiliza para obtener indebidas ventajas y es por eso que es un dolo incidental, por que el engaño no es determinante para la manifestación de la voluntad.

El efecto de este tipo de dolo será indemnizar por el autor del dolo al que padeció, de los daños y perjuicios manteniendo el acto jurídico.

- Dolo Principal.

Es aquel que viciando la voluntad de una persona, la determina a otorgar un acto jurídico, tanto así que se constituye como un factor determinante sobre la voluntad ajena, o sea, a aquel que de no haber mediado no hubiera determinado la declaración de voluntad.

Se le llama también dolo causal, determinante o principal.

La doctrina lo distingue como nexo causal entre el engaño y la declaración de la víctima y por lo tanto, el que se constituye en genuino vicio de la voluntad.

## 2. CAPITULO II

### LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

#### 2.1. DOCTRINA GENERAL

##### 2.1.1. Aspectos Generales sobre los Contratos a Distancia

El concepto clásico de contrato considera como elemento principal al consentimiento, expresión del acuerdo de voluntades, entonces, "...el contrato es el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica".<sup>32</sup>

Este concepto clásico se origina como norma y doctrina a fines del siglo XVIII, pero ha sido considerado inmodificable hasta una época reciente.

Sin embargo, la realidad del mundo comercial demuestra que en la actualidad, tal declaración de voluntad común, característica de los tradicionales contratos negociados, es la excepción, pues existen varias "reglas nuevas", entre otras las que se detallan a continuación:

- Contratos con cláusulas predispuestas.
- Contratos celebrados sobre la base de condiciones generales.
- Contratos de adhesión, de ventanilla, el contrato normado.
- Contrato obligatorio o forzoso.

---

<sup>32</sup> Ursula Patroni Vizquerra, Pago Electrónico y clases de Medios de Pago Electrónico, PERÚ, Edición: No. 041

Más aun la contratación comercial propia de la actualidad referida a la adquisición de bienes y servicios a través de Internet y otros instrumentos situaciones similares, ha provocado que se utilice como denominación de estos contratos, la expresión “relaciones contractuales de hecho”.

Dicha denominación no es errónea, pero no se debe pretender que estas llamadas relaciones contractuales de hecho constituyan una figura distinta del contrato, sino incluidas dentro de su concepto general.

### **2.1.2. Definición e Interpretación de la Voluntad en Contratos Electrónicos**

Como antecedente al tema planteado en este numeral, es preciso hacer mención de lo estipulado en el artículo 46 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y mensajes de Datos, el cual determina una directriz básica en las relaciones contractuales, que se refiere al acuerdo de las partes en base a los requisitos y solemnidades que el marco legal vigente exige.

Debe añadirse además, que el lugar de perfeccionamiento del instrumento en estudio es el que surja del acuerdo de los intervinientes en el contrato.

Los contratos electrónicos como los contratos civiles, también mantienen su base en la Teoría de la Voluntad, de la cual se desprende la libertad contractual en la formación de los contratos.

Las partes que intervengan en una contratación electrónica pueden realizar los contratos que acuerden, con el solo hecho de expresar su consentimiento.

Para algunos autores como la Dra. María José Vega en su libro “La Oferta y la Aceptación en los Contratos Telemáticos”, expresa que se ha entendido que “...la voluntad que se inserta en un programa electrónico sería una voluntad

potencial, por tanto estaría condicionada a determinados presupuestos, específicamente determinados en el programa”.<sup>33</sup>

En el mismo sentido, el tratadista Parisi sostiene que “...la voluntad existiría desde el momento en el que el computador es programado, mientras que la declaración no tendría lugar sino cuando por la verificación de todas las condiciones previstas en el programa, el computador concluye el contrato. Por consiguiente, la distinción entre voluntad y declaración tiene relevancia también a los fines de la disciplina sobre el error”.<sup>34</sup>

Ambos autores se refieren a diferentes programas electrónicos que normalmente son creados por el oferente, teniendo como fin facilitar la culminación del contrato.

Sin duda alguna, la instalación de aquel programa no significa la aceptación de la oferta.

La voluntad y el consentimiento son pilares fundamentales para la emisión de la oferta y la aceptación de la misma.

“La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona dirigida a otra/s proponiendo la celebración de un contrato y la aceptación es la declaración de voluntad que emite el destinatario de una oferta dando su conformidad a ella”.<sup>35</sup>

El consentimiento se encuentra estrechamente ligado al concepto de voluntad de las partes, así, en el artículo “El Contrato Electrónico” escrito por Miguel Peña Fernández cita a Demolombe, quien define el consentimiento como el “...concurso de dos o varias voluntades en un mismo objeto jurídico”.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> MARIA JOSE VEGA, La oferta y la aceptación en los contratos telemáticos, Montevideo, Junio 2003

<sup>34</sup> Citado por: CORPECE, Jornadas de Comercio Electrónico, Mayo 2001

<sup>35</sup> DIANA BAUTISTA, El contrato electrónico y el Derecho Internacional Privado (Parte 1), TOMADO DE: <http://www.injef.com/derecho/derecho-de-las-tic/414.html> al 27 de marzo del 2010

<sup>36</sup> Peña Miguel, El Contrato Electrónico, Editorial Jims, 2º edición, p. 106



Por su parte, Ghestin entiende que se trata de una emanación de la voluntad o más precisamente, de una manifestación de la voluntad que, en un contrato, expresa un acuerdo sobre las propuestas de la otra parte, acuerdo que cerrará el convenio”.<sup>37</sup>

Se debe tener muy en claro que en los contratos electrónicos no cualquier declaración de voluntad es una oferta, incluso, ni siquiera es necesario que la oferta sea hecha por medios electrónicos para que la declaración de voluntad se convierta en oferta, con tal que cuente con elementos referentes a la descripción del producto y además, haya una intención clara de celebrar un contrato.

### **2.1.3. Contrato Electrónico**

#### **2.1.3.1. Contratación entre Presentes**

El momento del nacimiento del contrato, se permite conocer a partir desde qué momento el contrato existe, así como determinar cuál va a ser la norma aplicable al contenido del contrato, determinar así mismo los plazos de prescripción, el límite de la retroactividad en el caso de contratos sometidos a condición, la transferencia de los riesgos de la cosa objeto del contrato, los precios del mercado o la rescisión de los contratos hechos en fraude de los acreedores, es decir que se forman los diferentes elementos constitutivos del contrato que serán plasmados en las cláusulas.

Todos estos aspectos antes mencionados son de suma importancia dentro del ámbito de la contratación electrónica, por ejemplo, el de la determinación de los riesgos y otros parecen difíciles, como las modificaciones legislativas en dos momentos del contrato, puesto que la contratación electrónica se caracteriza por la velocidad en la ejecución.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*

También tiene especial importancia el lugar de perfeccionamiento del contrato, que permitirá determinar los tribunales competentes y el derecho aplicable.<sup>38</sup>

El contrato se perfecciona en el momento y en el lugar en que el proponente adquiere efectivo conocimiento de la aceptación de su propuesta por la contraparte y se han cumplido ciertas formalidades o solemnidades legales previstas en la ley, tal como lo establece el artículo 142 del Código de Comercio, que a tal efecto manifiesta "...la propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.

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

Adicionalmente, este parámetro se complementa con lo estipulado en el artículo 46 de la Ley 67, que ya ha sido estipulado de manera precedente y que versa sobre el lugar en que se perfeccionan los contratos, factor que tiene lugar en donde por medio del acuerdo de las partes, se haya establecido.

En general, sin que influya la distancia física entre las partes, la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento en el negocio jurídico electrónico no presentará problemas al menos en la mayoría de las hipótesis de contratación electrónica.

El consentimiento se entenderá perfeccionado en el mismo momento en que se emita la aceptación ya que éste será el instante en que conocerá la aceptación el oferente, coincidiendo, en consecuencia, las diferentes fases en que puede encontrarse

---

<sup>38</sup> SERRANO, María. El contrato electrónico. <http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/NUMERO1files/4-Serrano.pdf>

la aceptación, nos referimos a las etapas de declaración, emisión, recepción y conocimiento.<sup>39</sup>

En cuanto a las situaciones del negocio electrónico que son consideradas como una especie de contratación entre ausentes, cabe destacar la extraordinaria rapidez de la velocidad con que se desplazan las comunicaciones telemáticas, lo cual minimiza las diferencias ocurridas en el pasado entre personas distantes, haciendo en los hechos prácticamente inútil tal distinción, pues en las hipótesis de contratación electrónica, el momento de la declaración o emisión coincidirá en la gran mayoría de los casos, con el de la recepción o en el peor de los casos, la diferencia entre ambos momentos no podrá ser considerada un espacio de tiempo jurídicamente relevante, por lo que será perfectamente posible calificar casuísticamente algunos procesos de negocio, aun por correo electrónico, como instantáneos y por lo tanto, entre presentes en el acto contractual.

## **2.2. CONCEPTO DE VENTAS A DISTANCIA**

Según la Ley de Comercio Minorista que rige como directiva para la Comunidad Europea,<sup>40</sup> “...se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza”.

En particular estarán incluidas en este concepto aquellas ventas que se realicen mediante pedidos sobre catálogos previamente distribuidos a los posibles compradores, estos catálogos normalmente son distribuidos a través de cadenas de mensajes de datos vía correo electrónico, o en su caso, publicidad mediante páginas web que incluso dan el servicio de envío del producto, etc.

---

<sup>39</sup> Mendoza Cabrera, Miguel A., “Análisis sobre los aspectos contractuales del Comercio Electrónico en Venezuela”, en “Comercio Electrónico. Las Fronteras de la Ley”. [www.vaneduc.edu.ar/.../Contrato%20Electronico%20y%20Firma%20Digital.pdf](http://www.vaneduc.edu.ar/.../Contrato%20Electronico%20y%20Firma%20Digital.pdf), al 23 de Marzo del 2010.

<sup>40</sup> LEY DE COMERCIO MINORISTA DIRECTIVA 97/7/CE de 20 de mayo.

La venta a distancia es uno de los pilares del comercio exterior, éstas ventas a distancia no necesariamente tienen que darse por medio del Internet, también “...se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física al mismo tiempo del comprador y del vendedor, siempre y cuando que su oferta y aceptación se den a través de un medio cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia realizado por el vendedor”.<sup>41</sup>

Cabe indicar que las ventas a distancia, sean estas al por menor o al por mayor, se rigen por las mismas reglas que todos los demás contratos electrónicos, de ésta forma, el vendedor deberá indicar la descripción completa del producto, el precio, el medio de envío, la forma de pago, la garantía, el servicio técnico, etcétera.

Las ventas a distancia se perfeccionan con el pago y posteriormente la entrega del artículo, mientras que un contrato a distancia, se perfecciona con el acuerdo de compra – venta entre las partes.

### **2.3. CONCEPTO DE CONTRATO A DISTANCIA**

El estudio de los contratos a distancia adquiere importancia por los nuevos mecanismos de comunicaciones electrónicos que facilitan las ofertas y aceptaciones, aún sin que los sujetos se hayan conocido y se encuentren en lugares distantes y en tiempos reales inmediatos.

los contratos a distancia se celebran sin que las partes contratantes estén presentes físicamente de manera simultánea en el momento de suscribir el contrato, utilizando para ello el teléfono o cualquier medio telemático (Internet) o electrónico, la falta de presencia simultánea es la diferencia con el contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil. Ya que aunque en

---

<sup>41</sup> Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, España

este se establece una compra por catálogo, en la misma interviene un comercial que toma nota del pedido en presencia del propio consumidor.<sup>42</sup>

Para el autor Moreno Quesada,

los contratos a distancia, celebrado por personas distantes, que puede ser a su vez, de formación sucesiva cuando se utiliza la correspondencia epistolar o telegráfica, o de formación instantánea como sucede en los casos de contratación por medio del teléfono, fax, cajeros electrónicos, tarjetas plásticas electrónicas y centros o terminales crediticios computarizados.<sup>43</sup>

### **2.3.1. Comunicación a Distancia**

Esta comunicación es dividida por la doctrina en las siguientes fases:

- Oferta del producto.
- Descripción oral, visual o escrita.
- Precio.
- Condiciones de la contratación.
- Pedido por parte del consumidor.
- Recepción del producto.

Los contratos a distancia son llamados también “entre ausentes”, en cuanto al término ausentes, se debe precisar que se entiende por ausencia el hecho de

---

<sup>42</sup> <http://www.tuguialegal.com/ctotelematico.htm> (Contratos a distancia)

<sup>43</sup> MORENO QUESADA, Contratación a Distancia. Lima, TOMADO DE: [www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro1\\_parte1\\_cap8.pdf](http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap8.pdf), al 25 de Marzo del 2010

que una persona esté separada de la otra o alejada de un determinado lugar, o estando presentes no tengan posibilidad de dialogo por diferentes razones, por ejemplo el uso de un cajero automático, o incluso las comprar virtuales en las que se paga mediante tarjetas de crédito.

Aquellos contratos celebrados entre presentes no presentan mayores problemas ni comentarios, en cambio los contratos celebrados entre ausentes, muestran serios vacíos, especialmente cuando la legislación civil se refiere a que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es recibida en la dirección del destinatario, lo cual plantea serias dificultades.<sup>44</sup>

La contratación a distancia hecha por Internet es definitivamente un contrato a distancia que se ejecuta de forma inmediata, son aquellos que se celebran entre personas que intercambian sus declaraciones de voluntad de modo inmediato, de forma que, una vez llegado a un acuerdo, en el mismo momento llegan a conocimiento del destinatario, sin que las partes se encuentren presentes físicamente.

Estos contratos se dan en virtud de la rapidez del medio de comunicación empleado, siendo irrelevante la lejanía existente entre oferente y aceptante ya que, no es la ausencia o la presencia de los contratantes, sino el medio de la comunicación empleada.

Sin embargo de lo manifestado, es preciso señalar que la legislación ecuatoriana mantiene ciertos parámetros de retraso frente a los avances tecnológicos y las nuevas formas en que los seres humanos se relacionan, debiendo aclarar en este sentido, que actualmente el régimen jurídico nacional no contempla la contratación entre ausentes como una institución legal de

---

<sup>44</sup> RODRIGO VELARDE, Contratos a distancia, Capítulo VIII.

vigencia en el país, pero en el Código de Comercio por ejemplo, se habla de contratación de personas en diferentes plazas.

#### **2.4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA**

Partiendo desde una definición del concepto “propuesta”, se puede decir que es “...la declaración de voluntad dirigida a otra persona, en virtud de la cual se propone la celebración de un determinado contrato”.<sup>45</sup>

Para analizar la oferta o propuesta en el comercio electrónico, se debe tomar como referencia a la legislación española, cuya Ley 7/1996 regula la forma y el contenido de la propuesta de contratación.

Es imperativo comenzar manifestando que la propuesta de contratación deberá mostrar de forma clara que la oferta enviada mantiene un carácter de simple propuesta comercial.

La oferta o propuesta emitida por el oferente deberá básicamente contener lo siguiente:

- La identidad del proveedor.
- Las características especiales del producto.
- El coste del transporte.
- La forma de pago y las diferentes modalidades de entrega de los bienes.
- El plazo de validez de la oferta.

---

<sup>45</sup> PRIETO JOSE, Noticias Jurídicas, España, TOMADO DE: [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com) al 26 de Marzo del 2010.

Todas las legislaciones de los diferentes países incluida la ecuatoriana, coinciden en que la falta de respuesta por parte del receptor a la oferta emitida no deberá ser considerada bajo ningún concepto, como una aceptación tácita de la misma.

La propuesta deberá estar enmarcada dentro de la ley, respetando especialmente todas las disposiciones vigentes sobre la intimidad y la protección de menores, incluso debe dar la opción a sus receptores de oponerse a recibir ofertas comerciales.

Un ejemplo práctico del planteamiento referido en los párrafos precedentes, está constituido por las campañas publicitarias denominadas “emailing”, y en los emails tipo “SPAM” que llegan a los correos electrónicos diariamente, cuyas leyendas se expresan en los siguientes términos:

“Este es un informativo comercial en Ecuador. Agradecemos su atención a este informativo, si no desea recibir más información de empresas ecuatorianas a su email [edgarspartaco@yahoo.com](mailto:edgarspartaco@yahoo.com), favor haga click en el siguiente link.

## ELIMINAR

Un factor de connotada importancia y digno de destacar en cuanto a la publicidad electrónica se refiere, es que contribuye a la protección del medio ambiente disminuyendo el consumo del papel”.<sup>46</sup>

“Nota de Descargo: Este mensaje ha sido enviado en conformidad con el marco legal vigente, no puede ser considerado ILEGAL. Si desea ser removido de nuestra lista de distribución, favor enviar un email a: [postmaster@publi-ecuador.com](mailto:postmaster@publi-ecuador.com) con el titulo REMOVE”.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> TOMADO DE UN EMAIL DE: [noresponder@asterisk.com](mailto:noresponder@asterisk.com), ENVIADO AL EMAIL: [edgarspartaco@yahoo.com](mailto:edgarspartaco@yahoo.com)

<sup>47</sup> TOMADO DE UN EMAIL DE: [postmaster@publi-ecuador.com](mailto:postmaster@publi-ecuador.com) ENVIADO AL EMAIL: [edgarspartaco@yahoo.com](mailto:edgarspartaco@yahoo.com)



Luego de enviada y recibida la propuesta, el siguiente paso es la aceptación de la oferta, que no es más que “declaración de voluntad por la cual la persona a quién se dirige la oferta se vincula con el oferente mediante un contrato entre ambos. Debe coincidir con la oferta realizada y contener voluntad de obligarse. En caso de no coincidir con la oferta estaríamos ante un caso de contraoferta, que el inicial oferente deberá aceptar o no”.<sup>48</sup>

Para mayor seguridad este proceso se deberá realizar mediante firma, en este caso, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan hacia la Teoría de la Recepción, entendiéndose aceptado desde que el individuo recepta el documento y llega a su poder confirmado.<sup>49</sup>

#### **2.4.1. Momento y Lugar del Contrato**

El jurista español Antonio Berning establece que,

hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.<sup>50</sup>

Un punto muy importante en la contratación electrónica es que ésta debe reunir ciertos requisitos referentes al momento y lugar del contrato para que sea considerada como tal.

---

<sup>48</sup> PRIETO JOSE, Noticias Jurídicas, España, TOMADO DE: [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com) al 26 de Marzo del 2010.

<sup>49</sup> Código de Comercio, De los Contratos y Obligaciones Mercantiles en General, artículo 140 y siguientes

<sup>50</sup> BERNING ANTONIO, Derecho a la contratación electrónica, España, TOMADO DE: [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com) al 26 de Marzo del 2010.

Estos requisitos son:

- Que los contratantes se encuentren separados entre sí.
- Que exista un intervalo de tiempo entre el momento de la propuesta y el momento en que se acepta.

El artículo 29 de la Ley 34/2002 de la Comunidad Europea, establece que:

“...los contratos en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”.

Así por ejemplo, tomando en cuenta los párrafos citados anteriormente puede manifestarse que si la contratación se ha realizado por correo electrónico, se tomará como lugar de contratación aquel desde donde partió la oferta.

Así mismo, en caso de contratación o compras por páginas web, se considerará el lugar de contratación al país en el que radica el establecimiento de la empresa que opera la página web.

El artículo 47 de la Ley 7/1996 de la legislación española que regula la forma y el contenido de la propuesta de contratación, establece que:

una vez otorgado el contrato, la parte adherente deberá haber recibido, en el idioma utilizado en la oferta de contratación y sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, la dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio

social, las condiciones de crédito o pago escalonado, y en todo caso, el documento de desistimiento o revocación.<sup>51</sup>

#### **2.4.2. Momento de la Ejecución del Contrato**

Remitiéndose a los conceptos del Código Civil y teniendo como precepto la regla general referente a la ejecución de contratos electrónicos, se establece que "...hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido del aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe".<sup>52</sup>

En este sentido, el Código de Comercio manifiesta que el consentimiento se perfecciona mediante la aceptación hecha dentro de las 24 horas siguientes al de la propuesta.<sup>53</sup>

Toda información debe confirmarse por escrito o en soporte duradero (correo electrónico) en el momento de la ejecución del contrato.

Deben también mencionarse por escrito los siguientes parámetros:

- Las modalidades de ejercicio del derecho de retractación.
- El lugar de depósito de las reclamaciones.
- La información relativa al servicio postventa.
- Las condiciones de rescisión del contrato.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Ley 7/1996 de 15 de Enero de Ordenación de Comercio Minorista BOE 17/1/1996, corrección de erratas BOE 17/2/1996.

<sup>52</sup> JAVIER PAGADOR LOPEZ, La formación y ejecución del contrato electrónico, Universidad de Córdoba, Pag. 9.

<sup>53</sup> Código de Comercio, De los Contratos y Obligaciones Mercantiles en General, artículo 142

Antes de la celebración de cualquier contrato a distancia, el consumidor debe recibir información clara y comprensible sobre los aspectos que se determinan a continuación:

- La identidad y, en su caso, la dirección del proveedor.
- Las características del bien o del servicio, así como su precio.
- Los gastos de entrega.
- Las modalidades de pago, entrega o ejecución.
- La existencia de un derecho de resolución.
- El plazo de validez de la oferta, del precio y, en su caso, la duración mínima del contrato.
- El coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia.

Estas informaciones deben respetar los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales y de protección de los menores.

En el caso de las comunicaciones telefónicas, la identidad y el objetivo comercial deben indicarse al principio del intercambio.

### **2.4.3. Derecho de Desistimiento**

---

<sup>54</sup> Artículo 5 Confirmación escrita de la información Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

La ley de Comercio Minorista para Ventas a distancia (LEY 7/1996 de 15 de enero) de la Comunidad Europea, establece el derecho del desistimiento en el siguiente Artículo:<sup>55</sup>

**Artículo 44.-** 1. El comprador podrá desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto. En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquél.

2. El ejercicio del derecho o desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite, en cualquier forma admitida en Derecho.

3. El derecho de desistimiento del comprador no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien, el comprador deberá satisfacer los gastos directos de devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra.

El consumidor:

Dispondrá de un plazo máximo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna cuando el proveedor haya cumplido sus obligaciones en materia de información.

Dispondrá de un derecho de devolución de tres meses cuando el proveedor no haya cumplido sus obligaciones en materia de información.

El proveedor estará obligado a devolver las sumas pagadas por el consumidor en un plazo de treinta días. La Directiva determina los tipos de contrato a los

---

<sup>55</sup> Artículo 44 Ley de Comercio Minorista LEY 7/1996 de 15 de enero

cuales no se aplica el derecho de resolución. El ejercicio de ese derecho permite rescindir un contrato de crédito firmado con el proveedor o con un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor.

“En principio, el proveedor dispone de un plazo de treinta días para ejecutar el pedido.

En caso de no ejecución del contrato, el consumidor deberá ser informado y deberá poder recuperar las sumas abonadas. En determinados casos, es posible el suministro de un bien o de un servicio equivalente”.<sup>56</sup>

## **2.5. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO**

Los conceptos de tiempo y espacio en Internet, son diversos de los hasta ahora conocidos.

Tomando en cuenta que la contratación electrónica se originó como un fenómeno de las comunicaciones entre personas distantes físicamente, en la actualidad, debido principalmente a los avances tecnológicos experimentados en los últimos años, es posible anticipar que la comunicación electrónica será la preferida por una proporción mayoritaria de los suscriptores de documentos de naturaleza de negocios, ello debido principalmente a la rapidez de comunicación y capacidad de almacenamiento de los medios electrónicos.

“Un aspecto importante en el análisis del consentimiento, se refiere a la determinación de si el proceso de formación del consentimiento electrónico entre personas ausentes obedece a los criterios usados por el legislador -al establecer normas especiales para el perfeccionamiento de negocios jurídicos entre personas no presentes”.<sup>57</sup> En la teoría general de obligaciones y contratos.

---

<sup>56</sup> [www.iuriscivilis.com/.../la-normativa-europea-sobre-los.html](http://www.iuriscivilis.com/.../la-normativa-europea-sobre-los.html) tomado el 24 de Marzo del 2010

<sup>57</sup> TOMADO DE: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/.../at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/.../at_download/file), al 24 de Marzo del 2010

Para ello será necesario determinar en primer lugar, cuál ha sido el criterio utilizado por el legislador en la distinción entre contratos entre presentes y ausentes.

Sin embargo de lo dicho, para la expresión cierta del consentimiento no solo hace falta la expresión de la voluntad del aceptante sino además que ésta llegue efectivamente a conocimiento del oferente.

En este sentido, el jurista Javier Rodríguez, expresa lo siguiente respecto al consentimiento: “Siguiendo la teoría general de obligaciones y contratos, en todo debe concurrir consentimiento, objeto y causa para que estén válidamente constituidos conforme a Derecho y produzcan sus efectos. La cuestión de la forma de los contratos en nuestro ordenamiento es libre, a excepción de cierto número de ellos, para los que se establece la forma ad solemnitatem.

El consentimiento es algo interior y personal. La firma, al igual que la voz en los contratos verbales o el gesto humano, constituyen expresiones exteriores, modos en que se manifiesta ese consentimiento.

En este sentido, el consentimiento que se presta en los contratos celebrados por medio de Internet no difiere del que se debe proporcionar en otro tipo de ámbitos fuera de la contratación electrónica. Por tanto, lo que habrá que analizar serán las formas o mecanismos técnicos a través de los cuales se puede prestar el consentimiento en Internet.

De acuerdo con el principio de libertad de forma que se ha indicado, se han admitido, por vía jurisprudencial, medios como el telégrafo, el télex, el fax o incluso el correo electrónico para expresar el consentimiento, si bien sigue habiendo problemas por las facilidades de manipulación de dichos documentos y por su general desconocimiento. De todos modos, la admisión de estos medios de prueba no suelen considerarse aisladamente, sino que suelen ir

acompañados de otras pruebas o hechos que corroboran lo acreditado por medio del fax", el télex o el correo electrónico".<sup>58</sup>

## **2.6. DIRECTIVA 97/7/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE MAYO DE 1997 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA**

La DIRECTIVA 97/7/CE, regula la contratación a distancia por medios electrónicos dentro de la Comunidad Europea, y sirve de base para la regulación mundial sobre el tema.

La Directiva 97/7/CE ha sido modificada por la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE del Consejo.

Esta nueva directiva se creó con el propósito de completar la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, que establece una protección adecuada de los consumidores para la mayoría de los productos y servicios distintos de los servicios financieros, debido a la naturaleza específica de estos últimos.

La Directiva está dirigida a completar los vacíos legales estableciendo una base común para las condiciones según las cuales se celebran los contratos a distancia en materia de servicios financieros.

“Esta Directiva introduce normas comunes mínimas a nivel comunitario en materia de contratos a distancia, fundamentalmente, en aquellos contratos que se celebran utilizando como medio el Internet. La imposibilidad real de ver el

---

<sup>58</sup> JAVIER PRENAFETA RODRIGUEZ, Mayo 2003, Noticias Jurídicas



producto adquirido o de comprobar las características del servicio contratado son razones suficientes para incorporar la figura del derecho de rescisión, correspondiendo al consumidor ejercerlo en aquellos casos de recibir productos y servicios deteriorados y servicios o productos que no correspondan a la descripción de la oferta”.<sup>59</sup>

Esta Directiva no sólo se limita a la regulación, de los contratos formalizados por medios de Internet. También el Art. 1 se define el contrato a distancia como el realizado “(...) entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato” Por tanto, lo que caracteriza a este tipo de contratos es la falta de presencia física del consumidor y de la empresa proveedora a la hora de concertar un contrato y el medio empleado para ello.

El artículo 6 reglamenta el Derecho de Rescisión. El ejercicio de este derecho es procedente cuando un consumidor europeo tiene algún problema con la compra o el uso de algún bien o servicio para lograr una satisfactoria resolución del conflicto. Así dispone de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos.

El único gasto que tiene que soportar es el coste por la devolución de las mercancías al proveedor.

Este plazo se computa en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5. Por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5 si éstas se han cumplido después

---

<sup>59</sup> Normas Comunes Mínimas a Nivel Comunitario en Materia de Contratos a Distancia, Normativa Europea

de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente. Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables comenzará a partir de ese momento.

En el caso de que el proveedor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5(1), el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr: para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor; para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.

Cuando el comprador hace uso del derecho de rescisión obliga al proveedor a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos.

Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

Salvo pacto en contrario, los consumidores no podrán ejercer este derecho en estos contratos:

1. De prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables reseñado anteriormente.
2. De suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar.
3. De suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

4. De suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor.

5. de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

6. de servicios de apuestas y loterías.<sup>60</sup>

Como se mencionó, esta Directiva es pionera en regulación de contratos electrónicos principalmente por medio del Internet, y sirve de base al resto del mundo para la implementación de nuevas normas que permitan un mejor desempeño de contratación a distancia.

---

<sup>60</sup> [http://www.iuriscivilis.com/2009/09/la-normativa-europea-sobre-los.html#\\_ftn1\\_4059#\\_ftn1\\_405](http://www.iuriscivilis.com/2009/09/la-normativa-europea-sobre-los.html#_ftn1_4059#_ftn1_405) al 27 de Marzo del 2010

### **3. CAPITULO III**

## **LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA DENTRO DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ECUADOR**

En el Ecuador, la primera ley de telecomunicaciones en entrar en vigencia fue la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial 996 de 10 de agosto de 1992, esto hace menos de 20 años.

En lo que respecta al comercio electrónico y por ende a la contratación a distancia, La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos es relativamente nueva, tal es así, que fue aprobada el 17 de abril de 2002 y como introducción, se puede decir que básicamente regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas.

Esta ley fue impulsada por el gobierno de ese entonces como resultado del gran crecimiento de los negocios a través del Internet, con el objetivo de que los medios electrónicos se conviertan en un medio para el desarrollo del comercio, la educación y la cultura.

#### **3.1. ANÁLISIS DEL CONTRATO A DISTANCIA EN EL ECUADOR**

Para la Teoría de la Declaración o Emisión, citada por el Jurista Ruperto Pinochet Olave, la cual sostiene que "...el contrato se entiende perfeccionado, desde que el contratante expresa su declaración de voluntad de aceptación".<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Robayo Arturo, Las Nuevas Formas de Relación Comercial, Editorial Civitas, 2º edición, p. 58

Desde el punto de vista de los medios de comunicación que se generan a través del Internet, la doctora María José Vega por su parte, enumera tres formas para que se configure la formación de la voluntad:

- Off line.

Este es el caso de los contratos tradicionales, entre presentes, que no son objeto de estudio de este trabajo. Sin embargo, puede suceder que exista una oferta a través de Internet, o quizá debamos decir una invitación a contratar para ser más precisos, pero el negocio deberá concretarse en forma presencial. El caso típico se plantea en la venta de inmuebles. Muchas inmobiliarias, exhiben en su página distintos tipos de propiedades, en ella se describen los bienes, se establece el precio y formas de pago, modalidades de préstamos para financiar el negocio, etc. Pero la negociación se realiza fuera de Internet, ya que la venta de inmuebles es un contrato solemne y por lo tanto deberá realizarse con las solemnidades que establece la ley.

- On line.

Este es el caso en que la oferta y la aceptación se producen en Internet, aspectos que desarrollaremos más adelante por ser el núcleo de nuestro trabajo, un medio de trabajo bastante utilizado son los denominados "Chat" donde a través de mensajes escritos se realizan contratos.

- Off line-On line.

Cuando se recibe la oferta por un medio tradicional y se acepta a través Internet o viceversa, se dan casos en los que la publicidad llega mediante un canal de televisión e indica que para adquirir un producto hay que dirigirse a una página web donde se da el contrato.

### 3.2. DEFINICIÓN DE VENTAS A DISTANCIA EN EL ECUADOR

En el sistema jurídico ecuatoriano no se cuenta con una definición de lo que significa ventas a distancia como ya fue manifestado anteriormente, lo interesante es que la Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico llamada por sus siglas CORPECE, está promoviendo una nueva ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.<sup>62</sup>

Los legisladores pidieron una revisión al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Superintendencia de Telecomunicaciones, en este nuevo proyecto de ley si se establece lo referente a las ventas a distancia.

Con la finalidad de sustentar las pretensiones jurídicas del referido organismo, se analiza a continuación la doctrina española respecto al tema.

Para la doctrina ibérica, las ventas a distancia son consideradas como aquellas "...celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza (por correo, catálogo, televisión radio, teléfono, etcétera)".<sup>63</sup>

Existe otro concepto interesante, que define las ventas a distancia como,

"...una venta a distancia aquella realizada sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor. En ella, tanto la oferta como la aceptación se realizan de forma exclusiva mediante una técnica de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación organizado por el vendedor. Son ejemplo de ventas

---

<sup>62</sup> El 19 de Febrero del 2010, se llevó a cabo en el salón del Plenario de la Asamblea Nacional; el segundo y último debate sobre el Proyecto de ley de Comercio Electrónico, Firmas digitales y Mensaje de Datos, el cual fue aprobado en el 90% de su articulado.

<sup>63</sup> <http://www.camaravalladolid.com/DesarrolloEmpresarial/Comercio/Normativa/Comercio/VentasEspeciales/Ventasadistancia/tabid/368/Default.aspx>

a distancia, las ventas por catálogo, mediante publicidad postal, por teléfono, venta radial y televisiva”.<sup>64</sup>

Sin embargo, las tecnologías de comunicación por Internet otorgan a los consumidores y vendedores la oportunidad de estar simultáneamente en contacto aunque se encuentren en diferentes continentes, esto por la simultaneidad de transmisión de datos y su recepción, lo que llamamos hoy en día “Globalización”.

Por su parte, la doctrina francesa considera las ventas a distancia como “...las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza”.<sup>65</sup>

Una vez más, en este concepto persiste la idea de “no simultaneidad”, la cual está probada que existe en las ventas a distancia realizadas por Internet, ya que uno de los puntos más importantes en la venta a través de la Red es el momento en el que se realiza el pago.

Normalmente, un usuario que realice una compra a través de Internet, verá reflejado su pago inmediatamente en su cuenta bancaria.

Un concepto más acorde con la realidad ecuatoriana, constituye el vertido por la ASD internacional, el mismo que se expresa en los siguientes términos.

“Ventas efectuadas por un sujeto pasivo desde su país hacia un destino otro estado miembro, y cuyo destinatario no sea empresa ni persona exenta de IVA”.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> [http://www.indi.gva.es/portal/export/sites/default/contenidos/Documentos\\_Areas/Consumo/LAS\\_VENTAS\\_A\\_DISTANCIA.pdf](http://www.indi.gva.es/portal/export/sites/default/contenidos/Documentos_Areas/Consumo/LAS_VENTAS_A_DISTANCIA.pdf)

<sup>65</sup> BAYGUAL, A. citado por la revista Marketing y Comercio

<sup>66</sup> ASD INTERNACIONAL Representación de aduana.

Este concepto tiene una inclinación impositiva tributaria pero a pesar de su generalidad no presenta las limitaciones que los otros conceptos analizados.

En conclusión, para la mayoría de la doctrina y legislaciones, son ventas a distancia las que se celebran sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor siempre y cuando su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva mediante una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor.

A tal efecto, cabe señalar que muchas veces son sistemas públicos y abiertos de comunicación, donde el contrato se da en base a la confianza.

En la normativa de la Comunidad Económica Europea se encuentra curiosamente en el apartado de “**Exclusiones**”, el siguiente texto:

“No se considera venta a distancia las siguientes:

Ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados.

Ventas efectuadas en subastas, excepto las hechas vía electrónica.

Contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas, o de otros de consumo corriente que sean suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o en su lugar de trabajo, por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares.

Cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> CENTRO EUROPEO DEL CONSUMIDOR EN ESPAÑA



Bajo esta óptica entonces, las ventas por Internet quedarían como materia especial de ventas a distancia y solamente reglamentado por las leyes especiales que tenga cada país sobre comercio electrónico.

### **3.3. PRINCIPIOS BÁSICOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

Los principios básicos en la contratación electrónica en el Ecuador, nacen de los mismos principios que establece el Código Civil al respecto de los contratos, en base a esta directriz, pueden mencionarse los siguientes:

#### **3.3.1. El Consentimiento en el Contrato Electrónico**

Tal como se estableció de manera precedente, se considera como el acuerdo de voluntades, el cual debe ser declarado por las partes y necesariamente deben estar de acuerdo en todas las cláusulas del instrumento contractual.

El consentimiento no es creado por la declaración del oferente que cobra eficacia en virtud de la declaración, sino que el contrato no existe antes que se produzca el consentimiento, de tal manera que la aceptación de la oferta no es un asentimiento.<sup>68</sup>

#### **3.3.2. Momento y Lugar del Consentimiento**

La principal característica de la contratación electrónica es la contratación a distancia o sin presencia física simultánea del comprador y vendedor.

El Código Civil establece que los contratos se presumen celebrados en el lugar en que se hizo la oferta.

---

<sup>68</sup> SANDRO SUMARAN , Introducción a la Contratación Electrónica, España, Editoriales Barcelona, p. 76  
- 77

No obstante, la doctrina discrepa con tal aspecto, tal es así que el jurista Rogel Vide manifiesta que el lugar será donde se dio la aceptación.

En esta misma línea, otros tratadistas refieren que todo depende de donde se encuentra ubicado el oferente, en el caso de las grandes empresas centralizan sus operaciones en un único lugar, independientemente al número de sucursales.

La solución para resolver este problema, es que el lugar del contrato electrónico será donde acuerden las partes, para resolver problemas jurídicos en caso de que el caso amerite.

Además de lo ya citado, la legislación civil ecuatoriana plantea en el artículo 29 ciertas normas de competencia:

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

- 1.- El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación;
- 2.- El del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está en él presente el demandado, o su procurador general, o especial para el asunto de que se trata;
- 3.- El juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato;
- 4.- El del lugar en que estuviere la cosa raíz materia del pleito.  
Si la cosa se hallare situada en dos o más cantones o provincias, el del lugar donde esté la casa del fundo; mas, si el pleito se refiere sólo a una parte del predio, el del lugar donde estuviere la parte disputada; y si ésta perteneciere a diversas circunscripciones el demandante podrá elegir el juez de cualquiera de ellas;
- 5.- El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos; y,
- 6.- El del lugar en que se hubiere administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración.

Éste artículo abarca los temas de jurisdicción y competencia, depende de lugar, momento, hecho y circunstancias en las que se haya realizado el contrato.

Artículo 47 ley 67

### **3.3.3. La Oferta y la Aceptación**

Es una declaración de voluntad unilateral mediante la cual el oferente propone al destinatario la celebración de un contrato.

La finalidad de esta propuesta es que mediante la aceptación se celebre el instrumento contractual.

La sola declaración de voluntad del oferente no es apta por sí misma, para producir efectos jurídicos.

El Código de Comercio ecuatoriano dispone que la oferta a la propuesta conocida por el destinatario, obliga al oferente.

Una oferta dirigida al público, o sea a personas indeterminadas como es el caso de envíos masivos de e-mail, valdrá como oferta si el proponente indica claramente que su propuesta tiene carácter obligatorio.

El artículo 143 del Código Comercio establece que “...*El proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación*”.

La tesis de la revocabilidad de la oferta se sustenta en que aún no se ha perfeccionado el contrato.

La oferta es una declaración de voluntad y como tal, produce efectos jurídicos desde que se la declara.

A tal efecto, el Código de Comercio ecuatoriano establece algunas pautas respecto a la oferta y la aceptación, así, "...el contrato no se perfecciona si antes de darse la respuesta, se refiere a la aceptación, ocurra la retractación, muerte o incapacidad del proponente, se refiere al oferente, salvo indemnización de gastos, daños y perjuicios, los cuales se encuentran previstos en el artículo 144 para el caso de retractación intempestiva, mas no para el de muerte o incapacidad legal".<sup>69</sup>

#### **3.3.4. Legalidad de los Mensajes de Datos**

El artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos estipula el principio de reconocimiento jurídico de los mensajes de datos al siguiente tenor: "Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos".

La legislación ecuatoriana incorporó el principio fundado en el artículo 5 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre el Comercio electrónico que señala que "No se negará efectos jurídicos, validez, o fuerza obligatoria a la información por la razón de que esté en forma de mensajes de datos".

La Ley establece que los mensajes de datos deben ser tratados sin disparidad alguna respecto a los documentos consignados sobre papel.

Este principio es de aplicación general para todas las situaciones, por lo que no debe limitarse su alcance a la práctica de la prueba.

Acorde a la Ley CNUDMI, algunos países han reconocido en sus legislaciones a los mensajes de datos.

Así se tiene el caso de Venezuela en su Ley de Mensajes sobre Datos y Firmas Electrónicas, México e incluso Ecuador.

---

<sup>69</sup> Ponencia, Dr. Troya Jaramillo, Vicente, El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías en el Régimen de la Convención de Viena de 1980, Quito, noviembre de 2009

En México se considera como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

De manera general, las legislaciones nacionales de cada país y la ecuatoriana en el primer capítulo de la Ley de Comercio Electrónico, coinciden en definir los requisitos para los mensajes de datos, en los siguientes puntos:

- Que sea escrito.

El artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos establece que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos.

- Que contenga una Firma.

Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

1. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación.
  2. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.<sup>70</sup>
- Originalidad.

Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

---

<sup>70</sup> ARTICULO 97, del Código de Comercio Mexicano

1. Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;
2. De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.<sup>71</sup>

### **3.3.5. Propiedad Intelectual**

Por norma general, la propiedad industrial e intelectual en un principio reglamentaba un espacio físico con fronteras, pero estas fronteras han sido sobrepasadas por las nuevas tecnologías de la información, es entonces indispensable adaptar el marco jurídico para que se regule integralmente los nuevos cambios.

Los derechos de Propiedad Intelectual están vigentes en el caso de que la información traspase fronteras del espacio físico para situarse en el universo virtual o del formato analógico al digital y es necesario rehacer tanto las legislaciones como su interpretación.

Respecto a los derechos de propiedad intelectual el jurista Beercovitz opina "...que toda reproducción por digitalización de obras protegidas por el derecho de autor y susceptible de ser puesta a disposición de personas conectadas a Internet debe ser expresamente autorizada por el titular o cesionario de los derechos".<sup>72</sup>

El comercio es en sí un intercambio y cuando se hace por medios electrónicos se está utilizando una tecnología que permite formas instantáneas de recibir

---

<sup>71</sup> ARTÍCULO 93° del Código de Comercio Mexicano

<sup>72</sup> A. Bercovitz en *"Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales"*. Editorial Santander, 1995

contenidos de forma que pueden transmitir datos, imágenes, textos, etcétera, en tiempo real.

Las TIC o tecnologías de comunicación como el Internet, son herramientas tecnológicas diferentes a las tradicionales, (a radio, la TV, la prensa, el cine), factor que lo convierte en una posible amenaza para los medios tradicionales.

Los sistemas tecnológicos utilizados en la red son cada vez más veloces, accesibles y sofisticados, y es un sistema que ofrece a todos los usuarios una gran variedad de contenido tanto cultural como informativo, recreativo y a su vez, la compra y venta de bienes y servicios durante las 24 horas del día.

La comunidad “on net” ha puesto en marcha el funcionamiento de un modelo diferente para comunicarse, donde se permite establecer un feedback o retroalimentación simultánea entre usuarios que aplica a la información, compra de bienes y servicios, disfrute de programas culturales y recreativos.

En él se pueden encontrar ventajas y desventajas, las cuales pueden ser transitadas o visualizadas libremente por todos los flujos informativos, ya que se puede conseguir información y recreación de manera gratuita.

La posibilidad de encontrar música, video juegos, imágenes, obras literarias, videos, textos, dibujos, películas, documentos o cualquier otro producto, vuelve a la red una amenaza para los derechos de autor, ya que estos productos poseen un autor que debe ser protegido en sus derechos adquiridos.

Con el principio de protección de la Propiedad Intelectual se pretende dar seguridad a la información que circula en el Internet como textos, música, imágenes u otra expresión artística o científica.

Esta protección ha tomado más interés a nivel mundial, debido a que el Internet es un nuevo escenario donde existen y se desarrollan gran variedad de actividades de creación, por lo que se pretende establecer cuerpos legales

uniformes en el mundo, que respondan a las nuevas exigencias digitales como la desmaterialización de las obras.

En la legislación del Ecuador, el artículo 4 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos recoge el Principio de Protección de la Propiedad Intelectual al siguiente tenor: "Los mensajes de datos estarán sometidos a las leyes, reglamentos y acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual".

Este principio busca proteger los derechos de Propiedad Intelectual de los autores, creadores, etcétera, para que estos derechos no sean vulnerados.

El referido principio se encuentra acorde con la legislación interna, la Ley de Propiedad Intelectual y acuerdos internacionales como el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor, sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas, sobre bases de datos, entre otros.

Las páginas web pueden incluirse dentro del concepto de obras audiovisuales que son objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual.

**El Tratado Internet de la OMPI sobre Derechos de Autor** celebrado en 1996, determina los lineamientos que las legislaciones nacionales deben adoptar para proteger la Propiedad Intelectual dentro del Internet.

Dentro de sus disposiciones más importantes, está la protección de los derechos de autor, la protección de los programas de ordenador y bases de datos que se encuentran protegidos como obras literarias, así mismo, se establecen una serie de medidas de protección de la Propiedad Intelectual en el Internet.



### **3.3.6. Naturaleza Virtual**

Si se habla del carácter virtual de la contratación electrónica, el tiempo pasa de otra forma, si es que tan siquiera pasa.

El reloj de un computador es fácilmente manipulable, los documentos pueden ser editados, etcétera.

Pero dentro del comercio electrónico se puede crear una realidad y digitalizar esta parte de la actividad humana.

Se debería entonces encontrar un sustituto a la seguridad física del Derecho tradicional en la que se han basado las leyes.

Para reemplazar la relatividad de la naturaleza virtual de la información, es necesario que se aplique un sistema de “Certificación de Tiempo” que emita un sello fechador que asocia una fecha digital con un documento en un modo criptográficamente seguro, en el cual se correlacionan la existencia de los bits a los eventos humanos de referencia en general, y en particular al convenio de tiempo absoluto.

### **3.3.7. Principio de Reserva**

El artículo 5 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos reconoce el Principio de Confidencialidad y Reserva al siguiente tenor: “para los mensajes de datos cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la instrucción electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley y normas que rigen la materia”.

Este principio garantiza a cada uno de los interesados de la información en hacer pública la misma.

Puede intervenir un tercero sólo con el consentimiento de las partes o si existe un precepto legal o la autorización de autoridad competente que permita tener acceso a la información.

La violación de este principio se encuentra protegido según lo dispuesto el Título V de la ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

### **3.3.8. Información Escrita**

En el artículo 6 de la ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos se estipula el Principio de Información Escrita al siguiente tenor: “Cuando la Ley requiera u obligue que la información conste por escrita, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que éste contenga sea accesible para su posterior consulta”.

Cabe mencionar que este principio es nuevo para la concepción del documento original asociado a la imagen del documento físico con conceptos que deben ser superados:

1. Dejar una prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse.
2. Presentar un documento legible para todos.
3. Facilitar la producción de un documento con lo cual cada parte tenga un ejemplar de un mismo texto.
4. Proporcionar un documento presentable a las autoridades.

#### 5. Proporcionar soportes materiales que faciliten la conservación de datos.

Estos principios tienen como fin establecer que los mensajes de datos puedan cumplir con todas las funciones concebibles para los documentos escritos, además de ser accesibles para su consulta posterior, es decir, que la información debe ser legible e interpretable y que debe conservar todo programa informático que sea necesario para hacer legible dicha información según la Guía de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Así mismo, se debe recordar los Principios de Equivalencia Funcional y el de no Discriminación a los mensajes de datos estipulado a lo largo de la Ley Modelo de la CNUDMI.

La Electronic Signature in Global and National Commerce (USA) en el título primero, sección d sobre la retención de contratos y su registro, manifiesta que si un contrato o su registro, según cualquier ley, requiera ser retenido físicamente, ese requisito será satisfecho con registro electrónico.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos en su artículo 10, expresa la procedencia e identidad de un mensaje de datos “...Salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica, excepto en los siguientes casos”.

#### **3.3.9. Envío y Recepción del Mensaje de Datos**

El artículo 11 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos manifiesta que el “...envío y recepción de los mensajes de datos salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos”, el objeto del presente artículo es dejar

constancia de que la ubicación de los sistemas de información es indiferente y prevé un criterio objetivo que es el saber y el establecimiento de las partes.

Estos son los siguientes:

- Momento de Emisión del Mensaje de Datos.

Se da cuando el mensaje de datos ingrese en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre de éste o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto.

El concepto de emisión se refiere al comienzo de la transmisión electrónica del mensaje de datos, y del mencionado artículo se desprende que el momento de la emisión de un mensaje de datos será cuando estos ingresen en el sistema de un tercero que sea diferente persona del emisor o del destinatario.

- Momento de Recepción del Mensaje de Datos.

Este se configura cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario.

Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos, de no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que ésta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos.

Cabe mencionar que un mensaje de datos ingresa en un sistema de información desde el momento en que puede ser procesado en ese sistema de información.

En caso de que el mensaje de datos sea inteligible o utilizable por el destinatario, no entra en el ámbito de este artículo según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

- Lugares de Envío y Recepción.

Son los acordados por las partes, tal es el caso de sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica del emisor y del destinatario.

Si no se los pudiere establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades, o la actividad relacionada con el mensaje de datos.

A menudo, el sistema de información del destinatario en el que se recibe o recupera el mensaje de datos no se halla bajo la misma jurisdicción que el destinatario.

En este sentido, se pretende en primer término estar a la voluntad de las partes sobre el lugar de envío y recepción de un mensaje de datos.

En caso de no establecerse claramente el lugar, se estará al lugar del trabajo sinónimo u donde se desarrollen las actividades económicas relacionadas con el mensaje de datos que son términos sinónimos de los planteados por la CNUDMI, como establecimiento y establecimiento principal.

### **3.4. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO EN EL ECUADOR**

#### **3.4.1. Teoría de la Emisión**

“Es la teoría más antigua, sostiene que la perfección del contrato se produce por la simple emisión de la manifestación volitiva del aceptante. Con esta

postura se obvia que la aceptación debe ser comunicada al oferente al ser una declaración receptora”.<sup>73</sup>

### **3.4.2. Teoría de la Expedición**

Esta teoría intenta subsanar las deficiencias de la Teoría de la Emisión, añadiendo a la declaración positiva del aceptante la exigencia de que ésta rebase su ámbito de acción.

A tal efecto, requiere que el aceptante efectivamente dirija o envíe al oferente su declaración.

Como indica Diez Picazo, mientras la declaración de voluntad de aceptación se mantiene dentro del círculo o ámbito del propio aceptante, debe ser considerada como ineficaz para determinar la existencia de un contrato.

Se entiende que es necesario que el aceptante se desprenda de su declaración de voluntad y por decirlo de alguna manera, la ponga en camino dirigiéndola hacia su destinatario.

Consecuentemente, el contrato se considera perfeccionado una vez emitida y expedida la declaración del aceptante.

### **3.4.3. Teoría Cognoscitiva o del Conocimiento**

Los preceptos característicos de esta teoría, declaran insuficiente la emisión de la aceptación, por lo que se exige que el oferente conozca la declaración del aceptante para que nazca el contrato.

La situación de indefensión que se producía con el oferente en la anterior teoría, ahora se traslada al aceptante al admitir el conocimiento como

---

<sup>73</sup> SPOTA Alberto, Contratos en el Derecho Civil, Ediciones Esnaola, 1º edición, p. 41

determinante de la perfección, puede afectarse al aceptante si el retardo es imputable al oferente y este revocase la oferta de esta manera, se tiene por concluido el contrato con independencia del conocimiento efectivo del oferente, lográndose así un equilibrio entre los intereses de las partes.

El hecho de que el oferente mantenga su oferta hasta el momento en que se produce la recepción demuestra su interés en la conclusión del contrato, debiendo asumir las consecuencias que de éste se derivan.

Por su parte, el aceptante al emitir la declaración de aceptación y hacerla llegar a su destinatario, ha obrado diligentemente y tiene derecho a obtener los beneficios propios del contrato.<sup>74</sup>

#### **3.4.4. Teoría de la Recepción**

Con esta postura se trata de atenuar los efectos negativos derivados de la aplicación de la Teoría del Conocimiento.

Conforme a sus postulados, la conclusión del contrato se produce después de recibir el oferente la manifestación de voluntad del aceptante conozca o no su contenido.

Se entiende como concluido el contrato cuando el oferente tenga a su disposición la declaración del aceptante.

Estas teorías ubican la conclusión del contrato en diversos instantes que abarcan desde el momento en que se emite la aceptación hasta que la conoce el oferente.

En relación al momento en que el consentimiento se entiende formado, es necesario determinar si los contratos celebrados electrónicamente son

---

<sup>74</sup> <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/formacion%20del%20consentimiento.htm>, tomado el 4 de abril de 2010

instrumentos contractuales celebrados entre ausentes o lo son celebrados entre presentes.

En este caso, una u otra alternativa se determinará por el hecho de si la aceptación puede ser o no conocida inmediatamente por la contraparte.

De manera general, debe mencionarse que existen requisitos básicos que se deben seguir a la hora de implantar los servicios de promoción y ofertas que son el nacimiento del contrato, para no violar el principio del consentimiento expreso para el comercio electrónico.

1. Obtener con carácter previo la aceptación del interesado.
2. Identificar el mensaje publicitario.
3. Establecer procedimientos de revocación de consentimiento.

Además, hay que tener en cuenta que la dirección de correo electrónico es un dato de carácter personal y en consecuencia se debe informar al usuario sobre los siguientes parámetros.

- Existencia de fichero.
- Posibilidad de ejercitar derechos.
- Identidad o dirección del responsable del Fichero.

“...si la dirección de correo electrónico se ha obtenido de Fuentes Accesibles al Público, como por ejemplo, censo promocional o colegios de profesionales y se destina a prospección comercial o análogos, se hace necesario informar al interesado o afectado del origen de los datos”.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> TOMADO DE: <http://foros.inteco.es/seguridad/posts/list/62699.page>



En caso de que se obtenga la dirección de usuarios por modalidad indirecta de obtención de datos por no habérselos recabado del propio titular.

Si es legal solicitar el consentimiento, pero también es necesario que se informe acerca de la existencia o no de un fichero y del origen de las fuentes, es decir, de donde se ha obtenido la dirección de correo electrónico.

Por otra parte, en lo referente a las direcciones recopiladas en Internet, debe tenerse en cuenta que el mismo no tiene el carácter de fuente de acceso público, Internet es un canal de comunicación.

Se consideran como fuentes accesibles al público, las siguientes:

- “Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación y, exclusivamente, el censo promocional”.<sup>76</sup>
- Los repertorios telefónicos en los términos previstos regulados, las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.
- Los diarios y boletines oficiales y medios de comunicación.

En consecuencia, los datos recogidos en Internet no tienen carácter público, siendo necesaria para ello la obtención del consentimiento.

---

<sup>76</sup> <http://www.legalsolo.com/blogs/categoria/FUENTES%20ACCESIBLES%20AL%20PUBLICO/1;jsessionid=22FC985856CA22BAAE99D7D07A94457D>, tomado el 7 de abril de 2010

### **3.5. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS**

#### **3.5.1. Validez y Regulación Legal del Documento Electrónico**

En la actualidad, la mayoría de los negocios con fines mercantiles que se desarrollan en la red, tienen la particularidad de realizarse sin la existencia de un contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda.

Resulta evidente la necesidad de dar solución a los múltiples problemas de tipo jurídico que originan situaciones de inseguridad en la transmisión de la información y en la correcta identificación de las partes contratantes.

Hoy en día, han cambiado los modos y medios de negociar a partir de una nueva forma de estrategia empresarial, la misma que se basa en la utilización de las redes de comunicación para desarrollar actividades comerciales, esto es, el “Comercio Electrónico”.

El Comercio Electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales y está basado en el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos texto, imágenes y videos.

“El comercio electrónico comprende actividades muy diversas, como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimiento de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea, contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa.

Por otra parte abarca a la vez productos (bienes de consumo, equipo médico especializado) y servicios (servicios de información, financieros y jurídicos), actividades tradicionales

(asistencia sanitaria, educación) y nuevas actividades (centros comerciales virtuales)".<sup>77</sup>

En Internet y específicamente en los negocios electrónicos, todas o al menos la gran mayoría de estas actividades se realizan a través de la ejecución y/o celebración de actos o contratos, con la peculiaridad de que estos son ejecutados y celebrados electrónicamente y por ello, es que se habla de contratación electrónica.

Esta nueva forma de contratar bienes y servicios permite que desde cualquier parte del mundo se pueda contratar en segundos, por lo que en tal sentido, la manifestación de voluntad de los interesados trasciende sus fronteras de origen para dar vida al mercado electrónico.

El comercio electrónico a través de Internet y la red, son más que el medio para transmitir datos, ya que constituyen el mercado en sí mismo.

Un elemento esencial de los contratos por vía electrónica, consiste en establecer cómo y cuando el consentimiento de las partes se entiende formado, ya que generalmente será la formación del consentimiento de las partes lo que determinará el momento en que un contrato ha sido perfeccionado, de este hecho, nacerán los efectos jurídicos que se adjudican al acto de contratación. Hay que determinar si existió la formación efectiva del consentimiento en contratos negociados por medio de Internet y a distancia entre personas ausentes y en qué lugar, esto para determinar bajo que legislación se reglamentará el contrato.<sup>78</sup>

En materia probatoria, el artículo 51 de la Ley de Comercio Electrónico determina que "...se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos

---

<sup>77</sup> Cordovés, Boris. Ponencia presentada por la Comisión Nacional de Comercio Electrónico de Cuba. Citado por: DAVARA RODRIGUEZ, M., Manual de Derecho Informático, Aranzadi, Madrid, 1997

<sup>78</sup> DAVARA RODRIGUEZ, M., Manual de Derecho Informático, Aranzadi, Madrid, 1997

otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la Ley y demás normas aplicables”.

De acuerdo con el artículo 52 de la Ley de Comercio Electrónico, los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros emitidos de conformidad con la ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba.

Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, el documento electrónico es admisible en los países de sistemas judiciales que amparan la libre apreciación de pruebas conforme a las reglas de la sana crítica para aquellos medios probatorios no excluidos en forma expresa en la ley.

En tal virtud, el juzgador le deberá atribuir los efectos y fuerza probatoria después de una adecuada valoración y comprobación de autenticidad.

“...esto implica que el principio de la libre convicción del juez en la valoración de la prueba permite la utilización de documentos electrónicos en el proceso, en consecuencia, no deberá rechazarse la existencia del contrato y su autenticidad por el simple hecho de no estar firmado de puño y letra por los contratantes, ya que en estos casos, la firma puede suplirse por otros medios de identificación como son el uso de claves secretas y sistemas criptológicos”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=668>, tomado el 12 de abril de 2010

### 3.6. JURISDICCIÓN

En todo contrato es necesaria la presencia de la voluntad coincidente de las partes contratantes denominada como consentimiento, el cual consiste en "...la concordancia de las dos o más voluntades de las partes que celebran el contrato, sin cuyo consenso no puede llegar a formarse el contrato".<sup>80</sup>

En líneas anteriores se había manifestado que el lugar de perfeccionamiento del contrato será de acuerdo a la voluntad de las partes, sin embargo, habían juristas que opinaban de diversas formas ante este vacío legislativo y en consecuencia, con el criterio de la legislación civil nacional se ratifica razonablemente que el contrato se perfecciona en el momento y el lugar que la aceptación es conocida por el oferente.

Tomando como referencia a la legislación mexicana y española, hacen alusión al lugar en el que se perfecciona un contrato electrónico y dice al respecto:

Aunque el Código Civil mexicano establece que "...el contrato... se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta", la LSSICE (son las iniciales de Ley de Servicios de la Sociedad de Información de España) prevé para los contratos celebrados vía electrónica con consumidores, que se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual; para los celebrados entre profesionales y salvo pacto contrario, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Frente a tales determinaciones, el artículo 47 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos establece respecto a la jurisdicción que "...en caso de controversias las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano y esta ley, siempre

---

<sup>80</sup> Albaladejo, M. Derecho Civil, Tomo I, Derecho de Obligaciones, La obligación y el contrato en general. Editorial Bosch, Barcelona, 1994, pp. 358. citado por: DAVARA RODRIGUEZ, M., Manual de Derecho Informático, Aranzadi, Madrid, 1997,

que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario.

Para la identificación de la procedencia de un mensaje de datos, se utilizarán los medios tecnológicos disponibles, y se aplicarán las disposiciones señaladas en esta ley y demás normas legales aplicables.

Cuando las partes pacten someter las controversias a un procedimiento arbitral, en la formalización del convenio de arbitraje como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje”.

### **3.7. CONSENTIMIENTO**

El consentimiento es uno de los pilares básicos en la contratación, tanto así, que el consentimiento electrónico en los contratos ya existía incluso antes del Internet.

“...es innegable la insuficiencia de los conceptos clásicos para explicar adecuadamente las hipótesis de contratación electrónica, en el sentido que en tal modalidad contractual carece de sentido, bajo algunos aspectos, el calificar un determinado negocio como celebrado entre ausentes o entre presentes”.<sup>81</sup>

Sin embargo, si se toma en cuenta las características generales de simultaneidad y rapidez en los procesos de comunicación, mediante nuevas tecnologías si de clasificarlos se trata, la doctrina coincide en considerar que se está en presencia según los cánones tradicionales, de una especie de contratación entre presentes, esto a efecto de lo previsto en las leyes que se refiere a la perfección del negocio jurídico.

---

<sup>81</sup> Ius et Praxis v.11 n.2 Talca 2005

Lo anterior como regla general que admite excepciones en atención a las diversas características de los diferentes medios pertenecientes a las tecnologías de la información.

Todo proceso comunicacional puede presentar interrupciones, pero de acuerdo con el Jurista Moreno Navarrete, "...lo importante es determinar si tal interrupción representa un espacio de tiempo "jurídicamente relevante", ya que si no es así el proceso deberá ser considerado como ininterrumpido para los efectos en estudio".<sup>82</sup>

Para entender el concepto de consentimiento en las ventas a distancia hechas por medio electrónico mediante contratación electrónica, hay que tomar en cuenta que no existen las horas hábiles y por tanto, las transacciones comerciales se ven obligadas a desarrollar sus propias reglas relativas a horarios de comunicaciones.

Muchísimas empresas que hacen negocios a través del Internet, tienen a sus empleados trabajando las 24 horas del día.

Otro factor a ser tomado en cuenta, es la rapidez de las comunicaciones electrónicas que hace que no tenga en la gran mayoría de los casos trascendencia jurídica, el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, ello sin importar los lugares del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores o compradores y vendedores.

El tiempo virtual es igual en todo el mundo, no existen diferencias horarias y el tiempo de respuesta es insignificante sin importar la distancia física, de ahí a que se haya acuñado el concepto de globalización.

---

<sup>82</sup> Moreno Navarrete, Miguel Ángel. 1999. Contratos Electrónicos. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 37

La doctrina española califica como una especie de contratación entre ausentes, aquella que se produce mediante carta o correspondencia telemática, ya que entre las diversas comunicaciones o entre aceptante y oferente, media interrupción o un espacio de tiempo jurídicamente relevante.

Debido a su importancia, se citará el concepto de consentimiento vertido en el documento preparado por el Banco Interamericano de Desarrollo y llevado a cabo por la Iniciativa GLIN AMERICAS:

Como todo contrato el “contrato electrónico” toma forma a partir del consentimiento y la ausencia de fronteras obliga a analizar el lugar de celebración que a su vez determinará la ley aplicable y la jurisdicción competente en caso de conflicto.

“La Convención de Viena de 1998 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías establece que el contrato se perfecciona cuando llega al oferente la notificación de la aceptación. En los contratos electrónicos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en la Ley Modelo para el Comercio Electrónico y el derecho comparado, en general, aceptan pacíficamente que el contrato queda perfeccionado en el momento que la aceptación ingresa al sistema informático del oferente. No es necesario que el oferente tenga conocimiento de la aceptación. Basta que ingrese en su esfera de control. Se establece además, la obligación a cargo del oferente de emitir un “acuse de recibo” de la aceptación para dar seguridad a las transacciones comerciales”.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> <http://www.iadb.org/sds/doc/Firmadigital.pdf>, tomado el 17 de abril de 2010



### **3.7.1. Consentimiento según la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador**

De acuerdo con el artículo 48 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, se establece respecto de la aceptación de mensajes de datos que "...previamente a que el consumidor o usuario exprese su consentimiento para aceptar registros electrónicos o mensajes de datos, debe ser informado clara, precisa y satisfactoriamente, sobre los equipos y programas que requiere para acceder a dichos registros o mensajes.

El usuario o consumidor, al otorgar o confirmar electrónicamente su consentimiento, debe demostrar razonablemente que puede acceder a la información objeto de su consentimiento.

Si con posterioridad al consentimiento del consumidor o usuario existen cambios de cualquier tipo, incluidos cambios en equipos, programas o procedimientos, necesarios para mantener o acceder a registros o mensajes electrónicos, de forma que exista el riesgo de que el consumidor o usuario no sea capaz de acceder o retener un registro electrónico o mensaje de datos sobre los que hubiera otorgado su consentimiento, se establece el deber de proporcionar de manera precisa y satisfactoria la información necesaria para realizar los cambios, y se informará sobre su derecho a retirar consentimiento previamente otorgado sin la imposición de ninguna condición, costo alguno o consecuencias.

En el caso de que estas modificaciones afecten los derechos del consumidor o usuario, se le deberán proporcionar los medios necesarios para evitarle perjuicios, hasta la terminación del contrato o acuerdo que motivó su consentimiento previo".

La Ley de Comercio Electrónico protege de esta forma al consumidor para que tenga todas las herramientas necesarias para acceder a toda la información

que contiene un mensaje de datos, es así como empieza un contrato electrónico.

En el artículo 49 de la mencionada ley se establece el consentimiento para el uso de medios electrónicos, así “De requerirse que la información relativa a un servicio electrónico, incluido el comercio electrónico, deba constar por escrito, el uso de medios electrónicos para proporcionar o permitir el acceso a esa información, será válido si:

El consumidor ha consentido expresamente en tal uso y no ha objetado tal consentimiento; y,

El consumidor en forma previa a su consentimiento ha sido informado, a satisfacción, de forma clara y precisa, sobre:

Su derecho u opción de recibir la información en papel o por medios no electrónicos;

Su derecho a objetar su consentimiento en lo posterior y las consecuencias de cualquier tipo al hacerlo, incluidas la terminación contractual o el pago de cualquier tarifa por dicha acción;

Los procedimientos a seguir por parte del consumidor para retirar su consentimiento y para actualizar la información proporcionada; y los procedimientos para que, posteriormente al consentimiento, el consumidor pueda obtener una copia impresa en papel de los registros electrónicos y el costo de esta copia, en caso de existir”.

Se establecen dos requisitos cuando se necesite que la información de un servicio electrónico deba constar por escrito, el primero es el consentimiento del consumidor o destinatario del servicio, es decir, que debe estar de acuerdo en que toda la información que reciba o emita será plasmada en papel u otro medio no electrónico.

Por su parte, el segundo requisito establece ciertos parámetros para con el consumidor, entre los que pueden mencionarse los siguientes:

- Que tiene derecho a recibir la información por un medio no electrónico, es decir, podrá tener físicamente toda la información requerida.
- Que tiene derecho a objetar su consentimiento luego de haber aceptado recibir la información por un medio no electrónico y que así mismo deberá aceptar las consecuencias por el resultado de ésta objeción que incluso puede llevar a la terminación del contrato.

Los pasos a seguir por el consumidor si pretende desistir respecto del instrumento contractual, es decir, desea terminar el contrato, o busca actualizar la información proporcionada y así mismo, los pasos para que después del consentimiento el consumidor pueda tener una copia (medio físico o electrónico) de todos los registros electrónicos y el costo de la misma si el caso lo amerita.

### **3.8. INFORMACIÓN REQUERIDA PARA EL CONSUMIDOR**

En el régimen jurídico y social del Ecuador se cuenta con organismos de defensa al consumidor, a tal efecto, puede mencionarse a la Defensoría del Pueblo, Tribuna del Consumidor y las diferentes Intendencias, sin embargo, no se tiene un ente defensor o una ley defensora de los derechos de las personas en el comercio electrónico como es el caso de la Comunidad Europea con la Ley de Comercio Electrónico Minorista.

En el país se han dado varias iniciativas en favor de la defensa al consumidor, una de ellas constituye la promulgación en 1990 de la Ley de Defensa al Consumidor que fue renovada en el año 2000, tal como lo establecía la Constitución vigente en ese entonces, que dispuso la expedición de un nuevo cuerpo legal normativo que contemple principios de defensa al consumidor.

Fue así como se elaboró y presentó un Proyecto de Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, el mismo que se aprobó y finalmente promulgó en el Suplemento del Registro Oficial N° 116, de 10 de julio de 2000.

En la referida ley que es la vigente actualmente, se tratan temas como los de defensa frente a los abusos de la publicidad, la exigibilidad de información básica comercial de todos los bienes y servicios, la regulación de los contratos de adhesión, en particular lo relacionado con cláusulas prohibidas, la implementación de normas claras sobre la responsabilidad de los proveedores, la determinación de reglas que permitan acceder de manera transparente a los créditos y la posibilidad de optar por formas alternativas de solución de controversias, entre otras.

Otro de los organismos a los que puede acudir el consumidor es la Subcomisión Sectorial de Trabajo de Derechos del Consumidor.<sup>84</sup> “Son miembros de la Subcomisión las siguientes instituciones:

- Por el sector estatal: Defensoría del Pueblo, Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), ministerios de Salud Pública; Gobierno y Policía; Agricultura y Ganadería; Comercio Exterior, Industrialización, Integración y Pesca; y, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME).
- Por la sociedad civil: Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, Fundación Ecuatoriana de Defensa del Consumidor, Asociación de Consumidores de Pichincha y Fundación de Desarrollo Social Eterna Juventud.
- Por los organismos internacionales internacionales: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS) y Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Registro Oficial N° 346, de 24 de junio de 1998.

Esta subcomisión que fue creada en junio de 1998 ha elaborado varios proyectos para defensa al consumidor, entre los cuales pueden mencionarse los siguientes:

- Elaboración del Plan Operativo de los Derechos del Consumidor, sobre la base del documento preparado por algunas organizaciones de la sociedad civil.
- Elaboración del anteproyecto de reglamento de la Ley de Defensa del Consumidor, presentado a la Presidencia de la República, que sirvió de base para el proyecto consensuado con las Cámaras de la Producción.
- Por iniciativa de la Subcomisión, se puso en marcha la capacitación a las autoridades que fungirán de jueces de contravenciones a la Ley de Defensa del Consumidor.

A pesar de estos logros, en materia de defensa al consumidor aún falta mucho por hacer sobre todo en el ámbito de Comercio Electrónico, donde apenas se cuenta con la Ley y Reglamento de Comercio Electrónico.

### **3.8.1. Contratos B2C Referente a la Protección de Consumidores**

No es igual la situación del consumidor que no está, en principio, en condiciones de internacionalizar sus contratos o someterse a jurisdicciones extrañas.

Cuando se trata de contratos con consumidores, toda la normativa tiende a la protección del consumidor y por lo tanto, se consideran celebrados en el lugar donde este tenga su domicilio habitual, así, no podrá verse perjudicado o privado de la protección que le garantiza la ley del país en que reside ni del acceso a la jurisdicción.

---

<sup>85</sup> PLAN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECUADOR, TOMADO AL 13 DE ABRIL DEL 2010 EN <http://www.planacionalderechoshumanos.gov.ec/contenidos.php?id=69&tipo=3&idiom=1>

No es casual que todas las legislaciones tiendan a dar seguridad a los consumidores dentro de este inmenso mercado que es el comercio electrónico.

En efecto, son los millones de consumidores los que hacen crecer esta nueva forma de comercio mundial que permite el acceso a los más variados servicios y a un enorme universo de bienes.

### **3.8.1.1. Información al Consumidor**

El artículo 50 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos señala la información al consumidor, en el siguiente sentido:

“...En la prestación de servicios electrónicos en el Ecuador, el consumidor deberá estar suficientemente informado de sus derechos y obligaciones, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento”.

Cuando se tratare de bienes o servicios a ser adquiridos, usados o empleados por medios electrónicos, el oferente deberá informar sobre todos los requisitos, condiciones y restricciones para que el consumidor pueda adquirir y hacer uso de los bienes o servicios promocionados.

La publicidad, promoción e información de servicios electrónicos, por redes electrónicas de información, incluida la Internet, se realizará de conformidad con la ley, y su incumplimiento será sancionado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

En la publicidad y promoción por redes electrónicas de información, incluida la Internet, se asegurará que el consumidor pueda acceder a toda la información disponible sobre un bien o servicio sin restricciones, en las mismas condiciones

y con las facilidades disponibles para la promoción del bien o servicio de que se trate.

En el envío periódico de mensajes de datos con información de cualquier tipo, en forma individual o a través de listas de correo, directamente o mediante cadenas de mensajes, el emisor de los mismos deberá proporcionar medios expeditos para que el destinatario en cualquier tiempo, pueda confirmar su suscripción o solicitar su exclusión de las listas, cadenas de mensajes o bases de datos, en las cuales se halle inscrito y que ocasionen el envío de los mensajes de datos referidos.

La solicitud de exclusión es vinculante para el emisor desde el momento de la recepción de la misma.

La persistencia en el envío de mensajes periódicos no deseados de cualquier tipo se sancionará de acuerdo a lo dispuesto en la ley analizada.

El usuario de redes electrónicas, podrá optar o no por la recepción de mensajes de datos que en forma periódica, sean enviados con la finalidad de informar sobre productos o servicios de cualquier tipo.

Éste proceso ya se aplica en los llamados “emailing”, incluso existen grupos de empresas que promocionan el servicio de envíos masivos de e-mail y en la parte final colocan la leyenda “...Si no desea recibir más este mensaje, HAGA CLICK AQUÍ”.

Estas empresas tienen planes de envíos masivos de e-mail, es decir, por enviar un e-mail con un mensaje de datos a cierta cantidad de usuarios (centenares de miles de usuarios) cobran cierta cantidad de dinero.

Dicha modalidad últimamente da la opción para que el receptor en caso de que no quiera recibir más e-mail que normalmente son promociones de productos o servicios de otras empresas, responda con un e-mail la negativa de que le sigan enviando más publicidad.

Mercadeo Web, una empresa especializada en envíos de publicidad masiva establece la diferencia entre spamming y emailing en los siguientes parámetros:

“El Emailing es un envío controlado, justo y correcto de una propuesta ó promoción a una persona que lo solicitó tácita ó expresamente.

El Spamming es un envío masivo, poco leal y agresivo de publicidad Web que la persona no solicitó ni desea recibir.

El Emailing es tremendamente efectivo, mientras que el Spamming es tremendamente ineficaz. Cualquier usuario odiará el correo <basura>, pero leerá una propuesta dedicada para él.

El Emailing está dictado por una norma básica que debe ser cumplida en todo momento “LA PERSONA QUIERE RECIBIR LA PROMOCIÓN Y LA HA AUTORIZADO”.<sup>86</sup>

### **3.8.1.2. Principales Problemas**

Consumers Internacional tras un estudio reciente encontró que al comprar por la Internet, el derecho de los consumidores a la reparación de los daños causados es gravemente vulnerado.

En dicha investigación, sólo el 53% de las empresas de los sitios analizados tenían políticas de devolución de bienes y sólo el 32%, proporcionaba información sobre como quejarse si algo saliera mal.<sup>87</sup>

Sólo una minoría de los sitios en la Internet informan sobre la aplicación de la ley del país del vendedor o del país del comprador en el caso de una disputa.

---

<sup>86</sup> <http://www.cristalab.com/blog/mercadeo-web.-emailing-si-spamming-no-c19296/>, TOMADO AL 13 DE ABRIL DEL 2010

<sup>87</sup> Consumers International



La directiva de la Comunidad Europea relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, establece una propuesta sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores e incluye los contratos entre un proveedor y un consumidor sobre bienes y servicios celebrados en el marco de un sistema de ventas o de servicios.

La protección se garantiza a través de las exigencias en la información que debe recibir el consumidor antes de la celebración del contrato, en las que se incluye la identificación del proveedor, características esenciales del bien o servicio, costo de la utilización de la técnica de comunicación a distancia, derecho de resolución y como ejercitarlo, plazo de validez de la oferta y de entrega en su caso del bien o servicio, ley aplicable, tribunales competentes o procedimientos extrajudiciales de reclamación o recurso y una vez celebrado garantizar los servicios de postventa.<sup>88</sup>

En éste punto, se debe diferenciar entre consumidor y revendedor:

- Vendedor.

Es la persona que hace de las ventas su forma habitual de vida y que forma parte de un equipo por medio del cual, una organización vende determinado bien o servicio, ofreciendo una remuneración por su trabajo.

- Consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa al consumidor establece que:

“Consumidor.- Es toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.

---

<sup>88</sup> " La contratación Electrónica" <http://www.utemcl/cyt/derecho/contratacion.html>

Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.

Proveedor.- Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión”.<sup>89</sup>

La Defensoría del Consumidor, la Tribuna del Consumidor, las Intendencias, la Defensoría del Pueblo, son organismos a los cuales únicamente puede acudir el consumidor, pero aquí surge una pregunta ¿A dónde acudir cuando el afectado es una persona jurídica o natural cuyo objeto es la reventa, es decir, cuando no es un consumidor final?

Respecto a ésta interrogante, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 843 determina que se sustentarán en juicio verbal sumario los siguientes procesos:

- Liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada.
- Las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario.
- Los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial.

Con éste artículo, queda clara la directriz de que las personas que no sean consumidores finales, deberán acudir ante un juez de lo civil para un juicio

---

<sup>89</sup> Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

verbal sumario, esto tiene su razón de ser ya que en el ámbito mercantil se requiere de una tramitación rápida para que sea eficaz.

Una de las ventajas del comercio electrónico es que aún en el país no está políticamente manipulado y por lo tanto, es uno de los pocos ámbitos donde el principio de la regulación del mercado, de la oferta y la demanda, prevalece.

## **4. CAPITULO IV**

### **LA FIRMA ELECTRÓNICA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS**

#### **4.1. CONCEPTO DE FIRMA ELECTRÓNICA**

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la firma es “...el nombre y apellido o título de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido o para obligarse a lo que en él se dice”.

La firma es cualquier método o símbolo que expresa la intención de vincularse el autor del mismo o autenticar un documento.

Existen varias técnicas usadas para la firma como: la firma ológrafa, la firma manual transformada en un sello, la firma manual digitalizada, la clave utilizada en una tarjeta de crédito, la clave criptográfica, etcétera.

La diferencia entre las mencionadas técnicas está en que cada una de ellas ofrece diferentes seguridades.

Según la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos:

“La firma electrónica son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”.

La mencionada ley se basa en elementos casi por completo, tomados de la Ley Modelo de la CNUDMI.

A diferencia de la concepción ecuatoriana y de la Ley Modelo de la CNUDMI, el Estado de Utah, que fue el primer sistema jurídico a nivel mundial que incorporó a su legislación la firma digital, concibió a la firma digital bajo conceptos específicos basados en la llamada criptografía la misma que la define de la siguiente manera:

“Como la transformación de un mensaje usando un sistema de criptografía asincrónica tal que una persona, teniendo el mensaje inicial y la clave pública del firmante, puede determinar con precisión si la transformación ha sido creada usando la clave privada que corresponde a la clave pública, y si el mensaje ha sido alterado desde que se ha hecho la transformación”.<sup>90</sup>

La criptografía asimétrica que “...se basa en propiedades matemáticas de los números primos lo cual permite que cada parte tenga una pareja de claves. La clave privada no se transmite nunca y se mantiene en secreto por el contrario la clave pública que se puede y se comunica a la otra parte. Existe pocas posibilidades de descifrar la clave privada con la pública lo que se cifra con una de estas claves se descifra con la otra”.<sup>91</sup>

Los requerimientos que debe cubrir una firma digital son:

- La autenticación (permite conocer la persona que emite y recibe el mensaje).

---

<sup>90</sup> Citado por: DAVARA RODRIGUEZ, Ángel. Firma electrónica y autoridades de certificación. Madrid. 2000

<sup>91</sup> GUERRERO David, Servicios de Certificación, Subdirección General de Tratamiento de la Información, Criptografía Simétrica

- Integridad del documento (El mensaje no ha sido manipulado) y no quedará la duda de que nadie más que el emisor puede haberlo firmado y, de tal forma, nadie podrá negar su existencia y validez jurídica.
- La firma digital es un conjunto de caracteres que está adjuntada a un documento o fichero acreditando quién es el responsable de dicho documento (autenticación) y que los datos que se exponen ahí son completamente verídicos (integridad).

“Para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta (sistema criptográfico asimétrico), a la que sólo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría (no revocación o no repudio), de esta forma, el autor queda vinculado al documento de la firma.

La validez de dicha firma podrá ser comprobada por cualquier persona que disponga de la clave pública del autor”.<sup>92</sup>

#### **4.1.1. Las Legislaciones y el concepto jurídico de Firma Electrónica**

Las diferentes legislaciones y juristas de varios países alrededor del mundo han definido a la firma electrónica, en este sentido, concuerdan en que la firma electrónica es sinónimo de “seguridad y confianza” dentro del mercado de contratación electrónica.

Así, se puede apreciar que en Alemania, la Ley del 13 de junio de 1997 posee un cuerpo breve y conciso de 16 artículos sobre la firma electrónica. El Artículo 2 define la firma digital como “...un sello creado con una clave privada, que permite el uso de la clave pública asociada, la verificación del propietario de la clave y el carácter de auténtica de la información. La clave pública está contenida en un certificado emitido por una certificadora”.<sup>7</sup>

---

<sup>92</sup> BARZALLO, José Luis, Los terceros de confianza en el Comercio Electrónico, Revista Redi.

En el caso peruano, la firma digital debe ser cifrada y brindar mucha confianza a los usuarios, en tal virtud, el Decreto Legislativo N° 681 del 14 de octubre de 1991 y la Ley No 26.612 del 21 de mayo de 1996, establecen que la firma digital "...es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada".

En cuanto se refiere a Chile, se enfocan más a la firma digital asimilándola con la identidad o la firma plasmada en un papel y en el Decreto Supremo N° 81, que es el regulador del uso de firmas digitales y documentos electrónicos al interior de la Administración del Estado.

Este instrumento legal la define como aquella manera de representación y confirmación de la identidad de un sujeto en el medio electrónico.

Desde una perspectiva técnica, es un conjunto de datos únicos encriptados, esto es, transformados en código.

Por su parte, la legislación argentina define la firma digital como el resultado de aplicar a un documento digital, un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta, bajo su absoluto control.

"La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma".<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Artículo 2 de la Ley de Firmas Electrónicas, [www.pki.gov.ar](http://www.pki.gov.ar)

Firma electrónica, de acuerdo al Artículo 5 de la ley de Firmas Electrónicas Argentina, es “(...)el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.<sup>94</sup>

España la define la firma digital o electrónica como “...el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge”.<sup>95</sup>

La Firma electrónica que en la normativa de la Comunidad Europea es tomada como un medio de confianza en la transmisión de datos electrónicos, se define distinguiendo tres tipos:

Firma electrónica general, que equivaldría a una firma manuscrita digitalizada, por lo tanto, “...la firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.

Para que la firma electrónica tenga el carácter de avanzada, debe tener los elementos necesarios que permita identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

La firma electrónica es considerada avanzada cuando en ella se obtiene un certificado reconocido y así mismo, se ha empleado un dispositivo seguro de

---

<sup>94</sup> Artículo 5 de la Ley de Firmas Electrónicas, [www.pki.gov.ar](http://www.pki.gov.ar)

<sup>95</sup> Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica



creación de firma, esto es, cuando la firma tiene que ser encriptada y desencriptada.

La firma electrónica reconocida, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, exactamente el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

La legislación en vigor más destacada sobre la firma electrónica a nivel europeo y estatal, está constituida por las Directivas 2000/31/CE y 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 y 13 de diciembre de 1999 respectivamente, que regulan en el primer caso, algunos aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior y en el segundo, el marco comunitario para la firma electrónica y por las Leyes 34/2002 y 59/2003 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y de firma electrónica.<sup>96</sup>

Las técnicas de encriptación permiten cifrar los mensajes de modo que solo el destinatario sea quien los puede ver, en este caso, necesitará estar en posesión de una clave pública o privada como ya fue mencionado de manera precedente.

En la actualidad existen distintas técnicas e incluso varios software para encriptación, aunque como curiosidad, desde la época Romana existía un tipo de encriptación (el "Método de Julio César") para comunicarse sin que el enemigo que interceptara los mensajes pudiera adivinar su contenido.

Para ello, se reemplazaba cada letra por la situada tres posiciones por delante en el alfabeto, por supuesto, éste método debía ser sumamente protegido de que llegue a oídos del enemigo.

---

<sup>96</sup> <http://www.lasasesorias.com/es/publica/firmaelectronica/firmaelectronica.html>

En conclusión, los elementos de autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio, pueden quedar especificados en el siguiente concepto de firma electrónica.

La firma electrónica permite que el emisor así como el destinatario de un contenido, puedan estar en contacto mutuamente con la certeza de que solamente ellos están interactuando, la firma electrónica permite que el contenido sólo se quede entre el emisor y el receptor y que el mismo no pueda ser alterado, así como que alguna de las partes pueda “repudiar” la información que recibió de la otra y que inicialmente fue aceptada.

#### **4.2. ASPECTOS TECNOLÓGICOS**

Las empresas que emiten certificados digitales utilizan una tecnología denominada criptografía de “clave pública” o conocida también como PKI (Public Key Infrastructure) por sus siglas en inglés.

Cuando se emite un certificado digital, necesariamente se deben crear dos claves al mismo tiempo, una privada y una pública.

La clave pública es administrada por la autoridad que certifica la firma y forma parte del certificado que será emitido (dependiendo del país, existen diferentes entidades de certificación, en España es la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, cabe mencionar que en nuestro país la autoridad Certificadora de las entidades de certificación sería, el Ministerio de Telecomunicaciones.

La clave privada en cambio, es almacenada solo en la computadora del solicitante del certificado y está totalmente controlada por él mismo.

Ni la autoridad certificante ni un tercero pueden tener acceso a esta clave privada y el dueño de la clave tiene libertad para usarla en lo que crea conveniente, siempre y cuando se ajuste a la norma jurídica.

La criptografía de clave pública se combina con la criptografía simétrica para garantizar la confidencialidad de los mensajes.

Al software del signatario se aplica un algoritmo “hash” sobre el texto a firmar, obteniendo un extracto de longitud fija y absolutamente específico para ese mensaje.

Un mínimo cambio en el mensaje produciría un extracto completamente diferente y por tanto, no correspondería con el que originalmente firmó el autor.

El extracto conseguido, cuya longitud oscila entre 128 y 160 bits (según el algoritmo utilizado) se somete a continuación al cifrado mediante la clave secreta del autor.

El algoritmo más utilizado en este procedimiento de encriptación asimétrica es el RSA (sistema criptográfico de clave pública). De esta forma se obtiene un extracto final cifrado con la clave privada del autor, el cual se añadirá al final del texto o mensaje para que se pueda verificar la autoría e integridad del documento por aquella persona interesada que disponga de la clave pública del autor.<sup>97</sup>

#### **4.2.1. Código Hash**

Existen muchos algoritmos de este tipo, uno de los más conocidos por sus siglas en inglés es SHA (Secure Hash Algorithm), el cual por sus características se ha posicionado como uno de los algoritmos más empleados para las firmas digitales.

Este código está basado en una función de identificación probabilística que permite identificar al emisor y al receptor del mensaje.

---

<sup>97</sup> <http://www.dragonsystems.net/certificados.htm>, tomado el 23 de abril de 2010

Una función de hash “...es una función para resumir o identificar probabilísticamente un gran conjunto de información, dando como resultado un conjunto imagen finito generalmente menor (un subconjunto de los números naturales por ejemplo”.<sup>98</sup>

El sistema simétrico necesita dos requisitos, el primero que deberá ser un Tercero Proveedor de Servicios, el cual a su vez, será quien facilite los equipos técnicos electrónicos para efectuar las operaciones y el segundo, de una Autoridad Certificadora, quien emitirá un certificado que debe cumplir con los requisitos legales de acuerdo a cada legislación sobre la firma digital o electrónica, en su caso, certificado que será el que normalmente se cifre y que generará un código único e inalterable que se adjuntará a la clave pública del emisor.

Su principal función es la de garantizar que los datos contenidos en la clave sean vigentes, auténticos y principalmente que no hayan sido alterados y corresponden a dicha, persona que será el emisor.

Este certificado emitido por una Autoridad Certificadora será el que estará cubierto con el “Código Hash”, que utiliza una función matemática que consiste en crear un conjunto de números que constituirá el certificado, así, éste Código Hash llega a crear un valor numérico de identificación.

Posterior al certificado, el emisor–originador codificará asimétricamente el certificado con su propia clave privada, con estos pasos queda listo el mensaje de datos para que sea enviado al destinatario.

Una vez que el receptor recibe el mensaje, procede a decodificar la firma electrónica, ésta vez con la clave pública.

---

<sup>98</sup> <http://www.edicioneslegales.com> al 24 de Marzo del 2010

Como el emisor–originador sabe que el mensaje ha sido codificado con su clave privada, le constará que éste es el autor del documento.

“...el sistema de firma electrónica opera de una forma inversa al envío del mensaje. Éste será codificado por el originador con su clave pública, y luego decodificado por el destinatario, con su clave privada. Con la función Hash, el certificado del texto quedará representado con un conjunto de números. Generando un código que será su vez encriptado inversamente, con la clave privada del originador y luego descriptado con la clave pública por el destinatario.

Este certificado con función hash aplicada y luego codificado de manera inversa al documento, constituye la firma digital.

Con la aplicación de la función hash, cualquier cambio hecho en el texto, sea del certificado, sea del original, es previsto de inmediato, atendido que el código de ciframiento variará al cambiarse aunque sea una letra de uno u otro, lo que se verá cuando se comparen los textos con la correspondiente llave pública por parte del destinatario”.<sup>99</sup>

### **4.3. IMPORTANCIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA**

La firma electrónica es el producto de la necesidad de brindar mayor seguridad jurídica a las comunicaciones electrónicas y acuerdos que se dan a través de las tecnologías, fruto del comercio electrónico y de los negocios internacionales.

Todos los documentos electrónicos deben contener una firma de responsabilidad para dar autenticidad o expresar la elaboración y la aprobación

---

<sup>99</sup> TOMADO DE: <http://www.iadb.org/sds/doc/Firmadigital.pdf> al 13 de Abril del 2010

del contenido, pero en este caso, no se trata de una firma como se la conoce al manuscrito distintivo de identidad que se dan en los documentos comunes o escritos.

Esta forma de cifrado de los documentos electrónicos es la solución dada por las nuevas tecnologías a la necesidad de garantizar jurídicamente las contrataciones realizadas por medios electrónicos, otorgándosele, siempre que reúna ciertos requisitos constantes en las legislaciones de cada país, la misma validez jurídica que una firma manuscrita.

Desde el punto de vista jurídico, la firma electrónica debe tener la misma validez que la firma manuscrita, por tanto, el reconocimiento de los mismos efectos jurídicos a los que caracteriza a una firma manuscrita (equivalencia funcional), incluida su admisión como prueba documental en un proceso judicial.

Se hablaba de que una de las características más importantes de la firma electrónica, es la seguridad y esto a su vez, desemboca en el valor probatorio jurídicamente expresado, la firma electrónica está concebida para operar en relación a documentos electrónicos, una clase de los cuales es el de carácter informático.

A pesar de que los documentos electrónicos, en un principio no son en realidad por lo que al régimen probatorio respecta, documentos, éstos guardan con ellos una estrechísima relación.

A tal efecto, cabe plantear un análisis más detenido y profundo.

Actualmente en la legislación ecuatoriana, la admisibilidad del documento electrónico es aceptada como prueba por la doctrina y por la jurisprudencia, tanto así, que lo equipara con un documento escrito.

Sin embargo, en comparación con la Comunidad Europea o con el régimen jurídico colombiano, en el país se cuenta con muy poca normativa sobre comercio electrónico y casi nada respecto de los procesos jurídicos en el comercio electrónico internacional.

La importancia de la firma electrónica va de la mano con las garantías que ésta brinda a los usuarios del comercio electrónico, entre las más importantes, pueden mencionarse las siguientes:

- Garantiza la inalterabilidad del mensaje, es decir, que los datos no hayan sido alterados.
- Garantiza la identificación del receptor y emisor del mensaje, así tienen la seguridad de que sólo dichas partes tienen conocimiento del mensaje.
- Garantiza la confidencialidad de los mensajes a través de los mecanismos de encriptación y desencriptación.

En el Ecuador ya se está comenzando a emplear la firma electrónica, tanto así, que el Ministerio de Telecomunicaciones, emite el instrumento legal con el cual se otorgue plena aplicabilidad a la firma electrónica en el Ecuador, el cual está ya en vigencia, y el Banco Central del Ecuador es el emisor del certificado de firma electrónica.

“...se puede decir que la firma electrónica juega un papel fundamental en el desarrollo del comercio electrónico, a pesar de que en el Ecuador solo un 2% de la población tiene acceso al Internet, esta figura indudablemente posibilita la expansión del comercio dentro de la economía globalizada, y en el ámbito gubernamental otorga una herramienta eficaz a la administración para emitir

ocumentos y certificaciones a bajo costo, y proporciona a los administrados facilidad para obtener los mismos”.<sup>100</sup>

#### **4.4. EFICACIA PROBATORIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA**

El artículo 5 de la Directiva Europea sobre Firma Electrónica, dedicado a consagrar el reconocimiento de su eficacia jurídica, parte del principio de que toda firma electrónica certificada tiene el mismo valor probatorio que la firma manuscrita.

La firma electrónica en el Ecuador tiene los siguientes efectos según el artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico:

“La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio”.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico nacional no descarta la eficacia jurídica de los documentos electrónicos y los contempla como posibles medios de prueba que deberán valorarse por los tribunales tras el examen de los mismos, que se realizará valiéndose de los medios que aporten las partes o que el juez estime necesarios.

La firma electrónica tiene en relación con un documento electrónico, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

Por ello, es obligatorio su admisión como prueba procesal en juicio, la cual debe ser valorada conforme a los criterios de apreciación judicial establecidos en las normas procesales del Código de Procedimiento Civil, es decir, si aquél contra quien se imputa un documento firmado electrónicamente alega error o

---

<sup>100</sup> ESTRELLA MARCELA, Estudio Jurídico VIVANCO & VIVANCO, TOMADO DE: [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4766&Itemid=130](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4766&Itemid=130) al 22 de Marzo del 2010



falsedad, intervienen los peritos y a la vista de sus dictámenes y de las alegaciones de las partes, decide el Juez.

No obstante, existe una presunción legal favorable a la validez de la firma electrónica cuando la Autoridad de Certificación que ha intervenido en la misma, está acreditando que la firma es válida y de por sí, que la firma empleada por el firmante está certificada oficialmente.

Cabe aclarar que los mensajes de datos también tienen pleno valor jurídico, como el caso de los documentos escritos.

#### **4.4.1. Prueba Documentaría**

En el campo jurídico, el documento es el elemento esencial dentro del sistema procesal y contractual del derecho, cuyas implicaciones abarcan varios ámbitos legales, como el caso del soporte probatorio.

El documento es definido por el tratadista Carnelutti "...como una cosa que hace conocer un hecho. De allí se deriva que el documento, es algo material, tiene una finalidad representativa de un acontecimiento y debe ser anterior al litigio en el cual pretende utilizar como prueba".<sup>101</sup>

Existe una parte de la doctrina que no da cabida a considerar el documento electrónico como medio de prueba documental, en la medida en que el documento siempre debe ser el escrito en un soporte de papel, a tal efecto, es preciso manifestar que la relevancia propia de los documentos electrónicos se contraponen al planteamiento doctrinario, en cuyo caso, esta parte de la doctrina esta equivocada.

---

<sup>101</sup> CARNELUTTI, CITADO POR DIEGO MARTÍN BUITRAGO BOTERO ABOGADO U DE MONTERREY, ASPECTOS JURIDICOS DE INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO, TOMADO DE: [www.informatica-juridica.com](http://www.informatica-juridica.com) el 24 de Marzo del 2010

El documento electrónico es aquel conjunto de datos encaminados a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes de datos en lenguaje natural, realizado mediante funciones electrónicas.

#### **4.5. CERTIFICADOS DE FIRMA ELECTRÓNICA**

Para la validez de una firma digital es necesario que se configuren otros elementos tales como los Certificados Digitales.

“Los certificados Digitales, son documentos digitales, emanados de un certificador, que acreditan la vinculación entre una clave pública y una persona. Consiste en una estructura de datos firmados digitalmente por la autoridad certificadora, con información acerca de una persona y de la clave pública de la misma. Las entidades certificadoras emiten los certificados una vez comprobada y acreditada la identidad del sujeto”.<sup>102</sup>

Los certificados digitales son el equivalente del documento de identidad en lo que a la verificación de personas se refiere, ya que permiten que un sujeto demuestre que es quien dice ser, es decir, que está en posesión de la clave secreta asociada a su certificado.

Todos los países que tienen una normativa respecto de la firma digital, establecen taxativamente las condiciones de validez de los certificados digitales, entre las más importantes se encuentran:

En la identificación de los datos del propietario del certificado, se debe especificar su nombre completo, ocupación, su dirección e-mail, localidad, las mismas formalidades que establece el Código de Procedimiento Civil para el planteamiento de una demanda.

---

<sup>102</sup>: <http://www.iadb.org/sds/doc/Firmadigital.pdf>, PAG. 13, TOMADO DE AL 24 de Abril del 2010

Que exista una validación que será emitida por una Autoridad de Certificación debidamente autorizada.

Que exista número de serie identificador, que será único para cada certificado emitido por una misma Autoridad de Certificación.

Y finalmente, que exista una firma de la Autoridad de Certificación que da pie de la validez del mismo.

En conclusión, los certificados digitales deberán constar de las siguientes partes:

- La indicación de la autoridad certificadora que lo ha emitido.
- Datos de firmante del mensaje.
- La clave pública del firmante.

Los certificados de firma digital son tan comparables a un documento de identidad o a una certificación notarial y funcionan de la siguiente forma:

Primero se recibe un mensaje firmado, en donde la clave pública del remitente viene cifrada y el mensaje es acompañado de un Certificado emitido por la autoridad de certificación, cuya clave pública el receptor conoce.

El receptor usa la clave pública de la tercera parte de confianza para verificar que el Certificado es auténtico.

En el mismo certificado consta que la clave pública del remitente es auténtica.

Utiliza la clave para comprobar que la firma o el documento es auténtico.

Algunos países aceptan los certificados de firmas internacionales a condición de reciprocidad establecida por acuerdo y cuando tales certificados sean reconocidos por un certificador licenciado en el país.

En el Ecuador solamente se exige que se cumplan con los requisitos de la Ley de Comercio Electrónico y tengan fiabilidad, cabe señalar en el país no se cuenta con acuerdos internacionales suscritos con ningún país sobre firmas electrónicas.

Mientras que en la Legislación del Perú, para aceptar los certificados de firma electrónica extranjera es necesario que un certificador nacional se haga responsable del certificador extranjero para autorizarlos por la autoridad competente.

El funcionamiento del certificado digital, es que se materializa en un archivo que sólo puede ser emitido por la Autoridad Certificadora, luego de comprobar la identificación. Existen certificados para personas naturales y personas jurídicas. La característica principal del certificado digital, a diferencia de otros mecanismos de seguridad, reside en que es oponible a terceros, es decir que compromete al firmante.

El certificado es emitido para ser archivado en el disco duro de la computadora del solicitante. Este archivo constituirá la identificación para realizar operaciones a través del Internet. Según la seguridad que el solicitante necesite, existen diferentes tipos de certificados, existen certificados para individuos e instituciones. Cada tipo brinda diferentes niveles de seguridad.

#### **4.5.1. Entidad Certificadora en el Ecuador**

“En la actualidad, la información se ha constituido en un activo básico y primordial en el desarrollo y calidad de vida de las sociedades en general; es por ello que los países encaminan sus esfuerzos en establecer políticas claras

que permitan superar los obstáculos respecto al derecho de la confidencialidad y seguridad de la información. Como respuesta la firma electrónica se ha constituido en una herramienta tecnológica basada en estándares internacionales y algoritmos matemáticos seguros, robustos y muy difíciles de vulnerar.

La firma electrónica no tiene relación alguna con el escaneo o digitalización de la firma autógrafa tradicional, sino que consiste en una combinación de algoritmos de encriptación que mediante el uso de una clave privada y una clave pública permiten cifrar y descifrar la información. Cabe señalar que cada firma electrónica está vinculada a un certificado electrónico el cual garantiza la identidad y autoría del firmante, similar a la cédula de identidad tradicional lo hace con nuestra firma autógrafa; con esto, el nivel de seguridad, confidencialidad, integridad y transparencia en los procesos electrónicos es mucho mayor que en los procesos físicos o manuales y el ahorro de tiempo y recursos genera beneficios tangibles a corto y mediano plazo”.<sup>103</sup>

El Banco Central del Ecuador - BCE es el autorizado como la entidad certificadora de información, título que es conferido por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones–CONATEL, esto fue el 8 de Octubre del 2008 mediante resolución No. 481-20-2008.

La principal función del Banco Central del Ecuador como entidad certificadora de firmas electrónicas, es precisamente la emisión de certificados de firma electrónica para personas naturales o personas jurídicas e incluso para funcionarios públicos.

Según el Banco Central del Ecuador, la firma electrónica ofrece a los usuarios los siguientes beneficios:

---

<sup>103</sup> “La Certificación de Información de la firma digital cuenta con regulación del CONATEL” TOMADO DE: [www.conatel.gov.ec](http://www.conatel.gov.ec) al 14 de Abril del 2010

Trámites judiciales y notariales, Trámites de gobierno (Gobierno Electrónico), Comercio Electrónico, Compras públicas, Facturación Electrónica, Gestión Documental (Cero Papeles), Contratos Electrónicos, Home Banking seguro, Servicios Web, Dinero Electrónico, Balances Electrónicos.<sup>104</sup>

Así mismo, el BCE establece la validez del certificado de firma electrónica por dos años, a partir de la fecha de emisión y se almacena en un dispositivo de hardware llamado Token, es portable, fácil de usar y brinda el más alto nivel de seguridad, su vida útil es de 10 años, éste dispositivo es muy parecido a los actuales “pen drive” o “memory flash”.

Como en todos los países del mundo, este certificado de firma electrónica no es gratis, el Banco Central del Ecuador ha determinado sus costos:

Los precios de los certificados de acuerdo a la regulación No 169-2008 del 22 de octubre del 2008 son:

- Emisión del Certificado de Firma Electrónica \$43,00 + IVA.
- Dispositivo Portable Seguro – Token \$26,00 + IVA.

TOTAL: \$69,00 + IVA.

- Renovación del Certificado, \$22,00 + IVA, esto se dará cada dos años.<sup>105</sup>

Cabe señalar que existen otros costos cuando se trata de certificado revocado. Como puede verse, la Resolución para que un ente certifique la firma electrónica es muy nueva en el Ecuador, fue emitida hace algo más de un año y a diferencia de otros países que ya mencionamos anteriormente cuyas

---

<sup>104</sup> [https://www.bce.fin.ec/documentos/EIBancoCentral/EntidadCert/informacion\\_Firmas\\_Electronicas.pdf](https://www.bce.fin.ec/documentos/EIBancoCentral/EntidadCert/informacion_Firmas_Electronicas.pdf), AL 6 DE ABRIL DEL 2010

<sup>105</sup> [https://www.bce.fin.ec/documentos/EIBancoCentral/EntidadCert/informacion\\_Firmas\\_Electronicas.pdf](https://www.bce.fin.ec/documentos/EIBancoCentral/EntidadCert/informacion_Firmas_Electronicas.pdf), AL 6 DE ABRIL DEL 2010

entidades certificadoras de firmas electrónicas son empresas privadas, en el Ecuador lo maneja un ente público como lo es el Banco Central del Ecuador.

#### **4.5.2. Procesos para Certificar Firmas Electrónicas**

Es importante destacar las dificultades que se deben solucionar, partiendo de las que se originan en la propia certificación digital, estas son:

Verificar la veracidad del origen de la información, es decir cómo saber si realmente la información que llega es de quien dice ser el remitente, además si la transacción solicitada es realmente la que se solicitó. Sin embargo más que un problema asociado al fechado digital como solución, podría decirse que se trata de un problema común que puede ser resuelto a través de la firma digital.

“La prerrogativa jurídica de las firmas digitales es que permiten presumir que quien las impuso en un mensaje de datos tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo”.<sup>106</sup>

“Este es el efecto jurídico de la propiedad de No Repudio de mensajes de datos que tiene la certificación digital. Esta presunción, garantiza que quien observe una firma digital en un mensaje de datos puede suponer válidamente y de manera inequívoca que el firmante es quien dice ser y que se vincula con el contenido del mensaje”.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> BERNANDO ANDRES CARVAJAL SANCHEZ, TESIS DE GRADO: “ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO”

<sup>107</sup> ERICK RINCON CARDENAS, Expediente electrónico, “Del documento Electrónico al archivo electrónico”, tomado el 24 de Marzo del 2010 de: [web.certicamara.com/media/32208/archivoelectronico.pdf](http://web.certicamara.com/media/32208/archivoelectronico.pdf)

#### **4.5.3. Requisitos de Fondo de las Firmas Electrónicas**

Existen requisitos esenciales que debe contener una firma electrónica y que son los siguientes:

- Debe ser certificada por la autoridad certificante.

Responder a formatos estándares reconocidos internacionalmente, fijados por la autoridad de aplicación y contener como mínimo, los datos que permitan.

1. Identificar indubitablemente a su titular y al certificador licenciado que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única.
2. Ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación.
3. Diferenciar claramente la información verificada de la no-verificada incluidas en el certificado.
4. Contemplar la información necesaria para la verificación de la firma.
5. Identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido.<sup>108</sup>

#### **4.5.4. Requisitos de Forma**

El contenido general de los certificados digitales deberán contener lo siguiente:

Datos de la entidad certificadora.

- Nombre, dirección y domicilio del titular.

---

<sup>108</sup> Hugo Daniel CARRION, ANALISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACION Y PROYECTOS A NIVEL MUNDIAL SOBRE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES (distintas soluciones), Última actualización 17 de Febrero de 2010. TOMADO DE: <http://www.delitosinformaticos.com/firmaelectronica/analisis3.shtml>



- Identificación del titular nombrado en el certificado.
- El nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la entidad de certificación.
- La clave pública del titular.
- La metodología para verificar la firma digital del titular.
- El número de serie del certificado.
- Fecha de emisión y expiración del certificado.<sup>109</sup>

Según el artículo 22 de la Ley de Comercio Electrónico en el Ecuador, los requisitos del certificado de firma electrónica para ser considerado válido, deberán contener los siguientes datos:

- a) Identificación de la entidad de certificación de información.
- b) Domicilio legal de la entidad de certificación de información.
- c) Los datos del titular del certificado que permitan su ubicación e identificación.
- d) El método de verificación de la firma del titular del certificado.
- e) Las fechas de emisión y expiración del certificado.
- f) El número único de serie que identifica el certificado.
- g) La firma electrónica de la entidad de certificación de información.

---

<sup>109</sup> <http://www.edicioneslegales.com> al 24 de Marzo del 2010

- h) Las limitaciones o restricciones para los usos del certificado.
- i) Los demás señalados en esta ley y los reglamentos.

#### **4.5.5. Vigencia**

En la legislación ecuatoriana el artículo 24 de la Ley de Comercio Electrónico, Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas y el artículo 11 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, se determina que la duración del certificado de firma electrónica, se fijará por acuerdo contractual y en caso de que el contrato no lo determine, el certificado de firma electrónica tendrá una validez de dos años contados a partir de su expedición.

En el país, la Secretaría de Informática, órgano dependiente de la Secretaría General de la Administración Pública establece los procedimientos de cómo obtener una certificación de la firma electrónica y establece que la vigencia es de dos años renovables a dos años más, así mismo, establece el costo, dirección, etcétera.<sup>110</sup>

#### **4.5.6. Extinción del Certificado de Firma Electrónica**

El certificado de la firma electrónica se extingue por varias causas:

La extinción del certificado de firma electrónica se producirá desde el momento en que se comunique el deseo de dejar de usar el certificado a la entidad de certificación de información.

Otro caso de extinción, es el de fallecimiento del titular de la firma electrónica, aquí se extingue a partir de que acaece el fallecimiento.

---

<sup>110</sup> Existe una página web: [www.informatica.gov.ec](http://www.informatica.gov.ec) en donde se pueden encontrar todos los pasos para obtener la certificación de una firma electrónica en el Ecuador

Si se trata de personas plagiadas o desaparecidas, se extingue la firma electrónica desde el momento en que se realiza la denuncia ante las autoridades competentes tal secuestro o desaparición.<sup>111</sup>

Cabe mencionar que cualquiera que sea el caso de la extinción del certificado de firma electrónica, éste no exime a su titular de las obligaciones previamente contraídas derivadas de su uso.

De acuerdo con el artículo 24 de la Ley de Comercio Electrónico, los certificados de firma electrónica se extinguen por las siguientes causas:

- Solicitud de su titular.
- Extinción de la firma electrónica, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de esta ley.
- Expiración del plazo de validez del certificado de firma electrónica.

#### **4.5.7. Suspensión del Certificado de Firma Electrónica**

En caso de revocatoria del certificado de firma electrónica, debe ser inmediatamente notificada al titular del certificado, con notificación de las causas que le provocaron tal decisión.

“La suspensión temporal dispuesta por la entidad de certificación de información deberá ser inmediatamente notificada al titular del certificado y al organismo de control, dicha notificación deberá señalar las causas de la suspensión”.<sup>112</sup>

Según el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico, la entidad de certificación de información podrá suspender temporalmente el certificado de firma electrónica solamente cuando se configuren las siguientes condiciones:

---

<sup>111</sup> ANDRANGO Federico, La Globalización del Comercio, Editoriales Araujo, 3° edición, p. 45

<sup>112</sup> Art. 25 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de datos.

- Que la suspensión se disponga por parte del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo previsto en la ley.
- Que se haya comprobado por parte de la entidad de certificación de información, la existencia de falsedad en los datos consignados por el titular del certificado.
- Que se halle causas para determinar el incumplimiento del contrato celebrado entre la entidad de certificación de información y el titular de la firma electrónica.

La entidad de certificación de información deberá levantar la suspensión temporal una vez desvanecidas las causas que la originaron, o cuando mediare resolución del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en cuyo caso, la entidad de certificación de información está en la obligación de habilitar de inmediato el certificado de firma electrónica.<sup>113</sup>

La revocación del certificado de firma electrónica puede hacerse solamente por parte del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo previsto la ley, en los siguientes casos:

- La entidad de certificación de información cese en sus actividades y los certificados vigentes no sean asumidos por otra entidad de certificación.
- Se produzca la quiebra técnica de la entidad de certificación judicialmente declarada.<sup>114</sup>

#### **4.6. EFECTOS**

Se pueden señalar como efectos de la firma electrónica los que se detallan a continuación:

---

113 Art. 25 de la Ley de Comercio Electrónico, Firma electrónica y Mensaje de datos.

114 Art. 26 de la Ley de Comercio Electrónico, Firma electrónica y Mensaje de datos.

- El identificar irrefutablemente al firmante del documento electrónico garantizando la autenticación, integridad y no repudio del documento firmado.
- Se convierte en una forma segura y verificable de manifestar la voluntad mediante medios electrónicos.
- Cuando se firma un documento mediante firma electrónica se convierte en un instrumento privado con validez jurídica y cualquiera que desee refutar el contenido de un instrumento por el firmado, es quien debe probar que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intención de hacer o contratar.
- Da la seguridad de que no es viable encontrar una firma electrónica sobre un documento en blanco, ya que la firma solo existe con el conjunto de datos a los cuales se vincula, hay que señalar que la firma digital no existe si la separamos de su mensaje.
- Al comprobar la firma, se comprueba también la inalterabilidad o autenticidad del documento, o sea, que la validez de la firma depende de que el documento no haya sido alterado.

La legislación ecuatoriana prevé respecto de los efectos de la firma electrónica, que esta tendrá "...validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio".<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Ley de Comercio Electrónico, Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, artículo 14

## **5. CAPITULO V**

### **PROPUESTA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA**

Regulación de la Contratación Electrónica y Protección a los Consumidores.

#### **PROYECTO DE LEY PARA REFORMAR LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO DEL ECUADOR**

##### **ANTECEDENTES**

Debido a que la contratación electrónica se ha convertido en la forma más eficaz de llevar a cabo negocios comerciales a través de Internet, merece establecer una nueva normativa de relaciones constitutivas de derechos y obligaciones.

En ésta propuesta de ley vamos a tratar puntos de gran relevancia en el comercio electrónico tales como la regulación del spamming y el emailing desde el punto de vista de comunicaciones comerciales, así mismo se debe regular a las empresas que prestan servicios como “intermediarios” del comercio electrónico, creadores de páginas web, envíos masivos de emails, software para contratos, etcétera.

Artículos inspirados en la normativa de la Comunidad Europea que trata sobre la protección de consumidores en materia de contratos a distancia como el plazo que se debe establecer para la entrega del artículo, la información completa de las partes contratantes, terminación del contrato, los efectos del pago mediante tarjeta de crédito son temas que en la actual Ley de Comercio

Electrónico, Mensaje de Datos y Firma Electrónica, necesariamente deben estar incorporados ya que se están practicando diariamente.

## **CUERPOLEGAL**

A CONTINUACIÓN DEL CAPITULO III DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO SE INSERTARAN LOS SIGUIENTES ARTÍCULOS:

**Art. ...**

### **Comunicaciones Comerciales y Spamming**

“Los envíos de datos, a través de medios electrónicos deben estar claramente identificados y no prestarse a equívocos con el fin de aumentar la confianza del consumidor.

Los mensajes de datos comerciales, enviados a través de correos electrónicos, deben ser reconocidos claramente por el destinatario desde su recepción.

Los emisores que envíen por correo electrónico mensajes de datos comerciales no solicitados deberán consultar regularmente los registros “opt-out”<sup>116</sup> los que se inscriben las personas que no desean recibir este tipo de correo, las cuales deberán estar exentas del envío de este tipo de correos electrónicos”.

Nuestra Ley de Comercio, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, causó en el Ecuador una innovación tecnológica relacionada con la transmisión de información utilizando medios electrónicos. Precisamente uno de los objetivos fue el de regular el envío de mensajes de datos por medios electrónicos, ésta es la razón por la que éste artículo debe ir incorporado en la Ley de Comercio Electrónico.

---

<sup>116</sup> El Opt-out es un mecanismo que implica que Usted debe solicitar la baja de una lista en la que está suscripto, TOMADO DE: <http://www.cauce.org.ar/OptOut>, AL 1 DE ABRIL DEL 2010

En esta referida Ley nace como delito informático el SPAM, tomándolo como “sabotaje”. Así mismo la ley establece que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Esto se refiere a mensajes de datos que hayan sido enviados por correo electrónico.

El artículo 5 de la Ley de Comercio electrónico establece principios sobre confidencialidad y reserva: "se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley y demás normas que rigen la materia".

El Spam incluso es castigado penalmente dentro de los nuevos artículos que se incorporan al Código Penal ecuatoriano consta el siguiente:

“Obtención y utilización no autorizada de información.- La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

A pesar de las mencionadas leyes, el comercio electrónico en el Ecuador necesita de una ley más específica sobre el tratamiento de un SPAM, la normativa en el Ecuador sobre el Spam, es muy general.

**Art...**

### **Responsabilidad de los Intermediarios**

“Se exime de toda responsabilidad a los intermediarios que desempeñan un papel pasivo encargándose del simple “transporte” de información procedente de terceros.



Los proveedores de infraestructura o de acceso no podrán ser considerados responsables de la información transmitida, siempre que no sean ellos los originarios de la misma y no seleccionen el destinatario de la transmisión o de la información considerada.

Sin embargo, los operadores de sitios web tienen la obligación de informar lo antes posible a las autoridades públicas competentes de las supuestas actividades ilícitas que pudieran llevar a cabo los internautas. De la misma forma, los proveedores de alojamiento tienen la obligación de comunicar a las autoridades competentes información que permita identificar a los propietarios de las páginas que tengan contenido considerado ilícito o contrario a las leyes y ordenamiento jurídico del Ecuador”.

La razón por la que éste Artículo debería estar en la Ley de Comercio, es para regular los intermediarios electrónicos, tal como lo hace el Código de Comercio con los intermediarios.

Nuestra legislación ecuatoriana no trata sobre la “exclusión de los intermediarios electrónicos”. Esta ley estructurada contiene algunos puntos lógicos.

Normalmente las empresas contratan servicios de publicidad y crean una página web la cual deberá estar enmarcada dentro de las leyes ecuatorianas, los creadores de estas páginas web tienen la obligación de dar aviso a la autoridad competente en caso de que la página web tenga un contenido ilegal, cabe recalcar que la autoridad competente para éste tipo de casos es la CONATEL.

Así mismo a los “transportadores de información” que haya sido originada por terceros, se les exime de toda responsabilidad, siempre y cuando desempeñen un papel pasivo, esto se refiere a que no debe contribuir para la conformación de un delito.

**Art...**

### **Información Previa**

“1.- Previamente a la celebración de cualquier contrato de bienes o servicios a ser adquiridos usados o empleados por medios electrónicos, con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de la información siguiente:

- a) identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección;
- b) características esenciales del bien o del servicio;
- c) precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos;
- d) gastos de entrega, en su caso;
- e) modalidades de pago, entrega o ejecución;
- f) coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica;
- g) plazo de validez de la oferta o del precio;
- h) cuando sea procedente, la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos a servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

2.- La información contemplada en el apartado uno, cuya finalidad comercial debe resultar inequívoca, deberá facilitarse al consumidor de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación utilizada, y deberá respetar, en particular, los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales”.

Este artículo está inspirado en la normativa de la Comunidad Europea sobre el comercio electrónico, la razón por la que éste artículo debe ir incorporado en la ley de Comercio Electrónica del Ecuador es porque tal como se da en los contratos civiles, los contratos electrónicos deben contener todos los datos de las partes contratantes.

Esta propuesta de artículo es bastante completa y lógica, como en todo contrato, los datos de los contratantes es de vital importancia, cabe resaltar que estos datos son confidenciales, y concluye con que se respetarán los principios de buena fe en materia de negocios o relaciones contractuales.

En materia de contratos tenemos el código civil que establece los requisitos y datos que debe contener un contrato, pero en éste artículo lo hacemos de forma más específica y enfocado a lo que es el contrato electrónico.

**Art...**

### **Confirmación de la Información**

“1.- El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras a) a f) del apartado 1 del artículo anterior a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él.

En todo caso, deberá facilitarse:

- Información por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de resolución.
- La dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde el consumidor puede presentar sus reclamaciones.
- Información relativa a los servicios posventa y a las garantías comerciales existentes.

- En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia, cuando éstos se presten en una sola vez, y cuya facturación sea efectuada por el operador de técnicas de comunicación. No obstante, el consumidor, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde puede presentar sus reclamaciones”.<sup>117</sup>

Éste artículo debe incluirse dentro de la Ley de Comercio Electrónico debido a la cultura del soporte escrito que aún prevalece en el Ecuador, se deberá cambiar progresivamente el soporte escrito con un soporte electrónico duradero.

Este artículo establece que el consumidor deberá tener soporte escrito o duradero, el soporte duradero en España según el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, establece que se entenderá por soporte duradero: “todo instrumento que permita almacenar la información de modo que pueda recuperarse fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que tal información está destinada y permita su reproducción sin cambios”.

Lógicamente cuando el consumidor en un contrato electrónico recibe un documento escrito, se desnaturaliza su figura, pero la ley aun da la opción de recibir la confirmación por escrito o por un medio electrónico que será almacenado.

---

<sup>117</sup> Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia - Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6 - Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3

**Art...**

### **Terminación del Contrato**

“Respecto a todo contrato negociado a través de Internet, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.

A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará:

- En el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo que dispone sobre la confirmación escrita de la información.
- Por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo anterior si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente.
- Cuando el proveedor no haya cumplido las obligaciones, el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr.
  - a) Para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor.
  - b) Para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.

Cuando el consumidor haya ejercido el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, el proveedor estará obligado a devolver las

sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos. Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días”.<sup>118</sup>

Artículo tomado completamente de la Directiva de la Comunidad Europea sobre el comercio electrónico y que debe vincularse a nuestra legislación debido a que establece y regula tiempos de devolución en caso de inconformidad del artículo contratado electrónicamente, es una normativa que varios países desarrollados la tienen plasmada desde hace mucho tiempo.

Al comprar electrónicamente, el comprador obtiene todos los datos del artículo, peso, dimensiones, características, fotos, etc., pero no siempre puede estar conforme con el artículo recibido debido a su mal estado, o imperfección, y es cuando se deberá devolver la cosa para que el comprador obtenga la suma abonada o un artículo de similares características a la que compró siempre que esté de acuerdo.

En la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor se establece el derecho a devolución:

“Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien y, cuando no sea posible, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada, en un plazo no superior a treinta días, en los siguientes casos:

Cuando en el producto que se hubiere adquirido con determinada garantía y, dentro del plazo de ella, se pusiere de manifiesto la deficiencia o características del bien garantizado, siempre que se hubiere destinado al uso o consumo

---

<sup>118</sup> Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia - Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6 - Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3  
Diario Oficial nº L 144 de 04/06/1997 p. 0019 - 0027

normal de acuerdo a la naturaleza de dicho bien. Este derecho se ejercerá siempre y cuando el proveedor haya incumplido con la garantía;

Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,

Cuando considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto resulte inferior al que debiera ser o la cantidad sea menor a la indicada en el envase o empaque.

Sin perjuicio de las acciones civiles, penales o administrativas a que hubiere lugar, el proveedor que incurriere en uno de los casos contemplados en este numeral, e incumpliere su obligación una vez fenecido el plazo establecido, será sancionado con una multa equivalente al valor del bien o servicio, que en ningún caso será inferior a ciento veinte dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin que por ello se extinga su obligación de reparar o reponer el bien, o en su caso restituir lo pagado”.

Nuestra propuesta de artículo va en base a nuestra Ley de Defensa al consumidor, pero enfocada hacia el comercio electrónico, son básicamente los mismos pilares, añadiendo algunos casos en los que procede la devolución de la cosa en determinado tiempo según la situación.

**Art...**

### **Ejecución**

“1.- Salvo si las partes acuerdan otra cosa, el proveedor deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de treinta días a partir del día siguiente a aquél en que el consumidor le haya comunicado su pedido.

2.- En caso de no ejecución del contrato por parte de un proveedor por no encontrarse disponible el bien o el servicio objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

3.- No obstante el proveedor suministrará al consumidor un bien o un servicio de calidad y precio equivalentes si esa posibilidad se hubiese previsto antes de la celebración del contrato o en el contrato. Se deberá informar al consumidor de esta posibilidad de forma clara y comprensible. Los gastos de devolución consecutivos al ejercicio del derecho de resolución, en dicho caso, correrán por cuenta del proveedor, y el consumidor deberá ser informado de ello. En tales casos, el suministro de un bien o de un servicio no podrá asimilarse al suministro no solicitado”.

Un artículo complementario al anterior, tomado igualmente de la Directiva de la Comunidad Europea, que debe estar incluido en nuestra Ley de Comercio Electrónico ya que establece el tiempo máximo de entrega del artículo que deberá ser en máximo 30 días, así mismo establece la opción de que en caso de que no exista el artículo objeto del contrato se podrá sustituir por un objeto de similares características siempre y cuando así se haya establecido en el contrato.

La Ley Orgánica de defensa al consumidor, establece lo siguiente:

“Art. 18.- Entrega del Bien o Prestación del Servicio.- Todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto a precio, tarifa, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento”.



Ley de Comercio Electrónico no trata sobre la entrega del bien adquirido a través de medios electrónicos, el derecho del consumidor, devoluciones, etc; por lo que se hace necesario un artículo que regule dichos temas.

**Art...**

### **Pago mediante tarjeta**

“El consumidor puede solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago;

En caso de utilización fraudulenta, se abonarán en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan”.<sup>119</sup>

Nuestra legislación ecuatoriana en la Ley Orgánica de defensa al consumidor hace referencia al pago con tarjeta de crédito y establece lo siguiente:

Art. 50.- El precio para el pago con tarjeta de crédito, será el mismo precio que al contado.

Toda oferta, promoción, rebaja o descuento exigible respecto a la modalidad de pago al contado, será también exigible por el consumidor que efectúa pagos mediante el uso de tarjetas de crédito, salvo que se ponga en su conocimiento oportuna y adecuadamente, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa, lo contrario.

Se debe incorporar este artículo en la ley de Comercio Electrónico ya que nuestra legislación no contempla la anulación del pago de la tarjeta de crédito en caso de uso fraudulento en el comercio electrónico. Investigué acerca del procedimiento a seguir cuando una persona es estafada por el uso fraudulento

---

<sup>119</sup> Art. 8 de la Directiva 2002/65/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE:

de las tarjetas de crédito, y lo que establece el banco emisor de la tarjeta de crédito es que el afectado tiene que probar en cinco días a partir del momento de utilización de la tarjeta de crédito que la empresa que realizó el cobro es ilegal o son estafadores y en ese caso bloquearían el pago.

En la web existen muchos estafadores que piden los códigos de tarjetas de crédito y logran obtener dinero, la responsabilidad recae sobre el ente pagador de la transacción que muchas veces es el mismo que el emisor de la tarjeta.

En el Ecuador no tenemos regulado el pago con tarjetas de crédito por medios electrónicos, muchas de las transacciones ahora se realizan por tarjeta de crédito, medios como PayPal (pago seguro mediante tarjeta) ya son aceptados en muchas tiendas del país, y éste tipo de transacciones deberían ser muy reguladas.

**Art...**

### **Suministro no Solicitado**

“Se prohíben los suministros de bienes o de servicios al consumidor sin encargo previo de éste, cuando dichos suministros incluyan una petición de pago;

Se dispensa al consumidor de toda contraprestación en caso de suministro no solicitado, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento”.

Un artículo bastante obvio pero que no está en nuestra normativa, si una persona no adquirió un producto y éste le llega a sus manos, la persona no está obligada al pago y la no contestación no será tomada como consentimiento.

En páginas anteriores hablamos de que en la legislación de la Comunidad Europea se establece de que para este tipo de casos, la persona que recibe el suministro está obligada a la devolución del artículo si lo es requerido por la persona que envía siempre y cuando se le reconozca los costos de envío.

Con estos artículos que deberían plasmarse en un nuevo proyecto de ley que se está generando en la Asamblea Nacional, queremos que usted empresario, comerciante, usuario de Internet, ama de casa, etc., conozca de todos los beneficios de un comercio electrónico. Es prioritario que parte del crecimiento del país sea en el ámbito tecnológico, y esto a su vez debe empezar con un ordenamiento jurídico, recordemos que un país que no avanza con la tecnología es un país que queda rezagado en el tiempo y por supuesto los niveles de competitividad se reducen casi a cero.

## 6. CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 6.1 CONCLUSIONES

- Nuestra ley de comercio electrónico necesita un cambio urgente, han surgido nuevas figuras como el spam, emailing, defraudaciones electrónicas, delitos electrónicos, etc., que necesitan ser reguladas.
- La legislación ecuatoriana es muy similar a la Española y Colombiana en lo que se refiere a firma electrónica y Entidad de Certificación, ya que los todos estos países hemos tomado la ley Modelo de la UNCITRAL, en lo que respecta a las firmas electrónicas.
- Existen conceptos que no se encuentran definidos en la Ley de Comercio electrónico, tales como las ventas a distancia, o el uso fraudulento de tarjetas de crédito, o el plazo para la entrega de las compras a través del Internet, etc.
- Los artículos propuestos para una reforma de la ley de Comercio de Electrónica son de vital importancia, ya que establecen parámetros de primera necesidad en el comercio electrónico, fundamentado en la normativa de la Comunidad Europea.
- El comercio electrónico a través del Internet tiene tendencia a crecer aceleradamente, lo que va a ayudar a una contratación más rápida y eficaz entre ausentes.
- El comercio electrónico es un fenómeno de carácter global que rebasa el ámbito territorial de los Estados, por lo que se necesita la colaboración de todos los Estados, convenios, tratados multilaterales y bilaterales,

convenciones, para evitar temas como la doble tributación, el pago de impuestos, etcétera.

- Necesitamos de organismos públicos y privados a los cuales acudir en los diferentes problemas que se puedan dar en materia de comercio electrónico.
- La firma electrónica jurídicamente entendida, tiene el mismo valor probatorio que un documento firmado, es por esto que los contratos electrónicos tienen la misma validez que los contratos civiles.
- Hasta que no exista una normativa jurídica completa en lo que respecta a contratación electrónico, éstos deben adaptarse a la teoría general de los contratos que rige nuestro Código Civil.
- Los pioneros en materia de Contratación electrónica es la Comunidad Europea, varios países latinoamericanos han tomado como ejemplo esa legislación.
- El comercio electrónico exige a los estados armonizar sus legislaciones mediante tratados o convenios recíprocos que conduzca a un mejor progreso de la contratación electrónica.
- El comercio electrónico a diferencia del comercio mercantil, fluye las 24 horas del día de los 365 días de todo el año, al ser global, las economías de todos los países nunca paran.
- En nuestro país el comercio electrónico aún no ha sido manipulado políticamente, por lo que todavía el mercado electrónico se regula por la oferta y la demanda.

## 6.2 RECOMENDACIONES

- Crear organismos públicos y privados a los cuales acudir en los diferentes problemas que se puedan dar en materia de comercio electrónico.
- Implementar una nueva ley y un reglamento que regule el comercio electrónico para mercados mayoristas y minoristas, que se acople a las actuales tendencias de contratación electrónica a través del Internet.
- Realizar convenios de cooperación o tratados multilaterales relativos a las políticas de contratación electrónica a través del Internet.
- Fomentar las entidades que brindan el Servicio de certificación de firmas electrónicas para una mayor seguridad al comercio electrónico.
- Mayor difusión de los beneficios (bajos costos) del uso del Internet como herramienta para importaciones y exportaciones, tendríamos una mejor balanza comercial, mayores plazas de trabajo, mejor remuneración, mejor nivel de vida.
- Promulgar una ley de Ordenación del Comercio Electrónico minorista y así mismo una ley de competencia, que ambas regulen las compras a través del Internet.
- Establecer incentivos para generar mayores contratos electrónicos mediante el rompimiento de barreras arancelarias, siempre y cuando se mantenga una equidad en la balanza comercial.
- No manipular políticamente el comercio electrónico ya que las partes involucradas deben estar en condiciones de hacer negocios entre ellas

por Internet bajo los términos y las condiciones que hayan acordado, en un contrato electrónico se debe respetar el acuerdo entre las partes.

- El comercio electrónico exige propiciar el reconocimiento gubernamental de los contratos electrónicos; dar soporte a normas internacionales consistentes sobre la aceptación de las firmas electrónicas y otros procedimientos de autenticación; promover el desarrollo de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en las transacciones comerciales internacionales; fijar normas básicas predecibles en la concesión de crédito; y simplificar el uso de registros electrónicos.
- Se debe proteger la propiedad intelectual ya que el comercio electrónico en Internet con frecuencia implica la venta y el licenciamiento de propiedad intelectual. Para un mayor crecimiento del comercio electrónico, los vendedores deben saber que su propiedad intelectual no será robada y los compradores deben saber que están obteniendo productos certificados.

## BIBLIOGRAFIA

### BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

ALCOBER GARAU, Guillermo, LA FIRMA ELECTRONICA COMO MEDIO DE PRUEBA, Oficina de Corredores de Comercio, Madrid, 1994.

ALESSANDRI SOMARRIVA, Vodamovic, CURSO DE DERECHO CIVIL, Nacimiento, Santiago de Chile, 1961.

BAÑUELOS SANCHEZ, Froylan. DE LA INTYERPRETACION DE LOS CONTRATOS, Segunda Edición, Editorial Kraft Cia. Ltda. Colombia 1983.

BARRIUSO RUIZ, Carlos. LA CONTRATACION ELECTRONICA, Kikinson, Madrid, 1996.

BARRIUSO RUIZ, Carlos. CONTRATACION ELECTRONICA MARCO LEGAL Y DEONTOLOGIA. Merida. 1997.

BARROS ARRAZURIZ, Alfredo. CURSO DE DERECHO CIVIL. Volumen V. Cuarta Edición, Editorial nacimiento. Santiago de Chile. 1931.

BOFFI BOGERO, Luis M. TEORIA DE CONTRATACION. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1987.

CALDERON CARRERO, José de la M. LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL Y LOS METODOS PARA SU ELIMINACION. Mc. Graw Hill. Madrid. 1997

CAVANILLAS MUJICA, Santiago. INTRODUCCION AL TRATAMIENTO JURIDICO POR MEDIOS ELECTRONICOS. EDI. Actualidad Informática. Arauza. Pamplona 2001.

CARRION, Eduardo. LOS CONTRATOS EN MATERIA CIVIL. 1979.

CONCEPTO DE CONTRATO A DISTANCIA EN [javier.ribas@es.pwcglobal.com](mailto:javier.ribas@es.pwcglobal.com)

DIRECTIVA SOBRE VENTA A DISTANCIA EN [javier.ribas@es.pwcglobal.com](mailto:javier.ribas@es.pwcglobal.com)

GAUDEMET, Eugene. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. ED. Porrúa SA, México. 1974

LA FIRMA DIGITAL EN [javier.ribas@es.pwcglobal.com](mailto:javier.ribas@es.pwcglobal.com).



LARREA HOLGUIN, Jua. MANUAL DE DERECHO CIVIL. Vol. III. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1999.

LORENZETTI, Ricardo. Comercio Electrónico. >Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires. Argentina

LOS CONTRATOS EN LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA EN javier.ribas@es.pwcglobal.com.

MERINO PEREZ, Gonzalo. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA CIVIL Y PENAL. Tomo VI. Guayaquil. Ecuador. 1975.

MONTAÑO GALARZA, César. EL ECUADOR Y LOS PROBLEMAS DE DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL. Editorial Universitaria. Quito 1995.

NARVAEZ PAZOS, Luis. TEMAS DE PRACTICA FORENSE. Dpto de Publicaciones Facultad de Jurisprudencia Universidad Central. Quito. 1999.

PALACIO PIMENTEL, Gustavo. LAS OBLIGACIONES. Ed. Dapalma. Buenos Aires. 1994.

PARARGUEZ, Luis. APUNTES AL CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Libro Cuarto.

PEREZ GUERRERO, Alfredo. JURISPRUDENCIA CIVIL ECUATORIANA.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARAZANDI. Corte de Justicia de Chile, 1976.

REZONICO, Luis María. MANUAL DE LAS OBLIGACIONES. Depalma. Buenos Aires, 1959.

TROYA C, Alfonso. ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 1978

VALENCIA ZEA, Arturo. DERECHO CIVIL. Tomo VI. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá Colombia. 1970.

## LEYES

Constitución de la República del Ecuador

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Ley de Comercio Electrónico

Reglamento a la Ley de comercio Electrónico

Ley orgánica de Defensa del Consumidor

*Directiva 97/7/ce del Parlamento Europeo y del consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.*

#### OBRAS REFERENCIALES

CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Sexta Edición, 1968.

CÓDIGO CIVIL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

COUTURE, Eduardo. VOCABULARIO JURIDICO. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1976.

DIRECTIVA 97/7/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 17 DE FEBRERO DE 1997, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA

LEY DE COMERCIO MINORISTA VENTA A DISTANCIA. BOE 17 DE ENERO DE 1996.

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

PROYECTO DE LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS.

## ANEXOS

### PROPUESTA DE CONTRATACIÓN DE VENTA A DISTANCIA POR INTERNET (MODELO ADAPTADO A LA NORMATIVA ECUATORIANA)

En Quito, a..... de..... del 2009

#### Partes contratantes

De un lado, el Sr. XXXX domiciliado en..... Con C.I..... de ocupación.....

Y de otro lado la Sra. YYYY con domicilio en..... Con C.I. .... de ocupación.....

#### Exponen

Que el Sr. XXXX es propietario de la empresa "NOVICOMPU S.A". ubicada en la Av. Amazonas N345-4 y Naciones Unidas, dedicada entre otras actividades a la venta de accesorios para computadoras y sus complementos, y que utiliza para difundir sus ofertas la página Web de Internet "[www.novicompu.com](http://www.novicompu.com)" de la que es titular.

Que la Sra. YYYY está interesada en la compra del siguiente producto:

REFERENCIA	DENOMINACIÓN	PRECIO
LAPTOP HP	HP DV4-2045DX	\$699

Artículos difundido y presentados por el Sr. XXXX en su página Web en la forma y condiciones establecidas en las presentes

## **Cláusulas**

**1ª** Las condiciones generales de venta descritas a continuación, (en adelante “Condiciones Generales”), rigen las relaciones contractuales entre todo comprador (denominado en lo sucesivo “comprador”, “consumidor”, “receptor” o “cliente”) y la entidad comercial denominada NOVICOMPU (en lo sucesivo “vendedor”, “parte vendedora” o “NOVICOMPU”) dedicada entre otras actividades a la venta de computadoras y repuestos.

Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor.

Toda comunicación comercial por correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica equivalente se regirá por su normativa específica.

## **2ª Propuesta de contratación.**

Toda propuesta de contratación se entenderá como una oferta comercial.

Si la parte vendedora utilizase las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax, será necesario el consentimiento previo del consumidor.

NOVICOMPU y el Sr. XXXX cumplen las disposiciones vigentes sobre condiciones generales de contratación.

### **3ª Información previa.**

Todos nuestros productos aparecen y presentan en nuestra página Web con sus características esenciales, así como su precio, en el que van incluidos impuestos, pero no los gastos de transporte y entrega.

El precio total determinado en el apartado anterior se entenderá para aquellas operaciones efectuadas a través de tarjeta de crédito o transferencia bancaria. En el caso de que se opte por la modalidad del reembolso, al precio total determinado para cada artículo se incrementará un 10% (diez por ciento) en concepto de gastos de envío.

Esta oferta comercial tendrá un plazo de validez de 30 días naturales en el que se respetará el precio inicial de la oferta. Transcurrido el plazo, dicha oferta se entenderá como desistida.

La información contenida en el apartado anterior se facilita al comprador a través del presente contrato que queda de forma permanente en nuestra página Web como garantía de principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como salvaguarda de los principios de protección de quienes según la Ley sean incapaces de contratar.

Si el receptor deseara hacer la compra de uno de nuestros artículos publicados en la página web, luego del pago, el cliente recibirá factura de la compra y el modelo de notificación ejercitando el derecho de desistimiento en la venta a distancia.

La factura emitida por NOVICOMPU es el único documento que acredite la compra; detalla los artículos vendidos y desglosa las partes correspondientes a impuestos y cualesquiera otros conceptos cargados al cliente si los hubiere.

#### **4ª Necesidad de consentimiento expreso.**

La falta de respuesta a la oferta de venta a distancia no se considerará como aceptación de ésta.

Si la parte vendedora, sin la aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado, se aplicará lo dispuesto en los párrafos siguientes:

1.- Queda prohibido enviar al consumidor artículos o mercancías no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio.

2.- En caso de que decida devolverlo, el comprador no indemnizará por los daños o deméritos sufridos por el producto.

3.- No será de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero cuando quede claramente de manifiesto al receptor que el envío no solicitado se debía a un error, correspondiendo al vendedor la carga de la prueba. El receptor tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.

#### **5ª Ejecución y pago**

Salvo acuerdo en contra de las partes, NOVICOMPU ejecutará 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.

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. En el supuesto de que el vendedor no realice este abono en el plazo señalado, el comprador podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

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.

### **6ª Derecho de desistimiento.**

El comprador dispondrá de un plazo máximo de siete días hábiles para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles.

El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.

El derecho de desistimiento no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien podrá exigirse al comprador que se haga cargo del coste directo de devolución del producto al vendedor.

No obstante lo anterior, en los supuestos en que el vendedor pueda suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, los costes directos de devolución, si se ejerce el derecho de

desistimiento, serán por cuenta del vendedor que habrá debido informar de ello al consumidor.

Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.

A efectos del ejercicio del derecho de desistimiento, el plazo se calculará a partir del día de recepción del bien.

### **7ª Servicio técnico y garantía**

NOVICOMPU posee un servicio técnico de postventa.

Corren por cuenta del cliente los gastos de reenvío, reparación y nueva remisión.

Todos nuestros artículos tienen la garantía señalada por su fabricante.

NOVICOMPU no se hace responsable de la mala o indebida utilización de los productos vendidos.

NOVICOMPU carga a su costa la reparación y gastos de reenvío sólo en el caso de que el artículo aún estuviese en garantía. Una vez subsanado el problema y cuando se proceda a devolver el artículo reparado al usuario, NOVICOMPU, a la remisión del mismo, reintegrará los gastos originados del envío por parte del cliente.

### **8ª Resolución de controversias**

Las partes contratantes se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales del domicilio de la parte vendedora para todas las cuestiones litigiosas suscitadas con motivo del presente contrato.



**Tomado de:**

**inamitabike.com/userfiles/file/PROPUESTACONTRATO.doc, modificado para la aplicación de NOVICOMPU (Venta de equipos electrónicos).**

### **INFORMACION GENERAL**

La oferta de venta a distancia deber incluir, al menos, los siguientes extremos:

- a) Identidad del proveedor.
- b) Características especiales del producto.
- c) Precio y, en su caso, debidamente separados, los gastos del transporte.
- d) Forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- e) Plazo de validez de la oferta.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> FITZGERALD, JERRY. Comunicación de datos en los negocios. 2ª Reimpresión - Ed. Limusa - México - 2000 - pág.39