



RESUMEN.

Las comunicaciones en todos sus ámbitos llevan implícito, una potencialidad de volverse convergentes, una vez que pasen a un plano superior que sería la transmisión a través de medios tecnológicos. Lo que, implica que la comunicación de la información puede realizarse por medio de distintos medios o servicios como ejemplo: por teléfono, internet, televisión, ordenador, celular, etc. De la misma forma la información puede ser transmitida por audio, voz, video, o mensaje de texto, conservando su contenido.

Las comunicaciones como problema regulatorio no son algo reciente, sino que posee un largo recorrido. En documentos referentes al comercio internacional como la Convención de Viena de 1980 (sobre Compraventa Internacional de Mercaderías), se regula el tema de las comunicaciones. Se habla de ellas, cuando se topa el tema de la formación del contrato de compraventa internacional de mercadería, en lo que; refiere al perfeccionamiento. Este sucede cuando la oferta ha sido aceptada en debida forma, para que esto ocurra el consentimiento debe ser expresado por un canal o medio de comunicación.

El mensaje de datos es una creación que viene dada por el modelo internacional en la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico, elaborada por la UNCITRAL en el año de 1996. En el literal a) de su artículo 2 efectúa una definición de mensaje de datos, basado en los casos que se entenderá que la información de conformidad a la vía que se utilice para su creación, intercambio o almacenamiento puede ser considerada como mensaje de datos.

PALABRAS CLAVES: Mensaje de Datos, TICS, Firma Electrónica, Certificado de Firma electrónica, convención de las Naciones Unidas.



INDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	10

CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

1.1. Comercio, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías.	13
-Características del Nuevo Escenario en las Nuevas Tecnologías.	13
-Comercio Electrónico.	24
-Contratación Informática – Contratación Electrónica.	25
1.2. Descripción del Tratamiento de las Comunicaciones en el Ámbito Internacional.	40
-Características del Nuevo Escenario Regulatorio de las Comunicaciones en Base al Factor Convergente.	43
-Regulación de las Comunicaciones en el Ámbito Internacional en Base al Factor Convergente: Descripción de los Diferentes Modelos Regulatorios.	51
1.3. Descripción del Tratamiento de las Comunicaciones en la Legislación Ecuatoriana	65
-Concepto Mensaje de Datos.-	66
-Características del Mensaje de Datos.-	68
-Requisitos de Validez del Mensaje de Datos.-	81
-Firma Electrónica y Mensaje de Datos.-	83
-Certificado de Firma Electrónica.	87



CAPÍTULO II

LAS COMUNICACIONES EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

2.1. La Contratación Electrónica y la Teoría General del Contrato.	95
2.2. Tratos Preliminares.	97
2.3. La Oferta.	99
-Concepto.	99
-Requisitos	102
-La Contraoferta	106
2.4. La Aceptación	109
-Concepto	109
-Efecto de la Aceptación	113
2.5. Perfeccionamiento del Contrato.	114
-Teoría de la Emisión	114
-Teoría de la Expedición	115
-Teoría de la Recepción	116
-Teoría de la Cognición	116
-Lugar de Perfeccionamiento	119
2.6. Obligaciones de las Partes.	128
2.7. Medios de Pagos Electrónicos.	132
-Clasificación de los Medios de Pagos.	136
-Tarjeta de Crédito.	136
- Tarjeta de Débito	140



-Dinero Electrónico	141
-Tarjetas Inteligentes o Smarts Cards	142
-Tarjeta Relacionista.	143
-Monederos Electrónicos.	143
-Cheque Electrónico y Documentos Electrónicos con Función de Giro	143
-Pago Mediante Móvil	144
-Sistema de Cuentas Centralizada	145

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REFORMA A LA CONVENCIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL CONTEXTO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

3.1. Antecedentes Históricos	147
3.2. Naturaleza Jurídica	153
3.3. Estructura General.	156
3.4. Ámbito de Aplicación.	161
3.5. Disposiciones Generales.	176
-Definiciones.	177
-Interpretación.	180
-Ubicación de las Partes.	184
-Requisitos de Información.	190
3.6. Comunicaciones Electrónicas y Contratos Internacionales.	191
-Validez de las Comunicaciones Electrónicas.	191



-Comunicación Electrónica; Requisitos que Debe Cumplir.	193
-Envío y Recepción de las Comunicaciones Electrónicas.	199
-Las Comunicaciones Electrónicas en la Formación del Contrato.	202
-Transmisión del Riesgo.	205
3.7. Disposiciones Finales.	209
-Depositario.	210
-Firma, Ratificación, Aceptación o Aprobación y la Adhesión.	211
-Organizaciones Regionales de Integración Económica	212
-Aplicación de la Convención	215
-Procedimiento de las Declaraciones	218
-Reservas	220
-Entrada en Vigor de la Convención.	221
-Denuncia.	223
3.8. Propuesta de Reforma a la Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en el Contexto de los Contratos Internacionales.	224
3.9. Proyecto de Reforma a la Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.	228
CONCLUSIONES.	231
SUGERENCIAS.	236
BIBLIOGRAFÍA.	240



UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



UNIVERSIDAD DE CUENCA.

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES.**

**“ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS
COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL;
PROPUESTA DE REFORMA A LA CONVENCIÓN DE LA UNCITRAL, SOBRE
LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL
CONTEXTO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES”.**

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE: “MAGISTER EN DERECHO
INFORMÁTICO, MENCIÓN EN
COMERCIO ELECTRÓNICO”**

AUTOR: DR. LUIS ALBERTO LOZANO SERRANO

DIRECTORA: MGTR. MA. PAULINA CASARES SUBÍA.

CUENCA – ECUADOR.

MARZO-2010



DEDICATORIA.

A mis compañeros y profesores de la Maestría de Derecho Informático Mención en Comercio Electrónico, así como a la Universidad de Cuenca en especial al cuerpo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencia Políticas y Sociales, ya que gracias a todos ustedes adquirí experiencias y conocimientos enriquecedores.

Dr. Luis Alberto Lozano Serrano



AGRADECIMIENTO.

Al Máster Raúl Castillo Poblete y a la Dra. Karenina León, por todo el esfuerzo desplegado para que el desarrollo de la Maestría sea el mejor, tanto en la parte presencial como en el trabajo investigativo.

Dr. Luis Alberto Lozano Serrano



RESPONSABILIDAD

El contenido académico de la presente Tesis, es de exclusivamente responsabilidad del autor y en todo caso; no representa la opinión de la Universidad, de la Maestría o de los Profesores sobre el tema.

Dr. Luis Alberto Lozano Serrano



INTRODUCCIÓN.

El escenario mundial que presenta actualmente el comercio, nos muestra un panorama, en el que; existe la masificación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), lo que ha contribuido a facilitar las transacciones tanto a nivel mundial como local. Esto ha cambiado diametralmente las condiciones y connotaciones en que se desenvuelve el comercio, al punto que ahora se habla de Comercio Electrónico.

Resulta de una profunda inquietud personal conocer, estudiar y proponer algunas soluciones a este tema, pues sin duda crear el camino para el conocimiento y discusión de la realidad del comercio nos permitirá crear reglas y estructuras de acorde con la realidad.

Las distintas fases en las que se desenvuelve la negociación, comenzando por la oferta, aceptación y perfeccionamiento del consentimiento, de conformidad con lo que establecen las tendencias a nivel mundial, como local, así como lo que establece la Convención "Sobre la Utilización de las Comunicaciones en el Contexto de los Contratos Internacionales objeto de nuestra investigación son los ejes en los cuales me he basado para realizar mi investigación.

El riesgo en las comunicaciones electrónicas y a que parte corresponde asumirlo, es uno de los temas más interesantes y sobre el cual he realizado un análisis. De igual forma los mecanismos y métodos tecnológicos que ayudan a realizar las transacciones como medios de pago o a perfeccionar los contratos en el entorno electrónicos, es interesante por ello hemos descrito algunos de ellos desde una óptica objetiva y práctica.

Como se notará a lo largo del desarrollo teórico de este trabajo existe una vinculación estrecha de carácter normativo entre la Convención Sobre la



Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en el Contexto de los Contratos Internacionales, con otros documentos normativos internacionales como; la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la Ley Modelo UNCITRAL Sobre Comercio Electrónico y las Directivas Europeas referentes al tema. De lo cual es fácil concluir que muchos principios jurídicos son de tendencia mundial, citaremos como ejemplo la neutralidad tecnológica, la equivalencia funcional, el mensaje de datos, la validez de la contratación electrónica etc.

La propuesta de reforma a la Convención objeto de mi estudio responde a cuestiones de carácter práctico y que se encuentran presentes en el comercio electrónico muchas veces reconocidos por la costumbre desarrollado con el uso de las TIC's.

De todos los temas que se han abordado en esta obra llegamos a la conclusión, de que; existe una nueva realidad jurídica a la que nos han conducido la utilización de las TIC's, lo que ha provocado que se trastocuen conceptos tradicionales como los de soberanía, jurisdicción, unidad de acto, etc., por ello; se vuelve indispensable conocer el significado de algunos términos nuevos, como conocer la evolución teórica de algunos.

Comercio Electrónico no es un cambio que simplemente hace referencia a la evolución tecnológica de los medios de transmisión de información, sino que implica una serie de conceptos de carácter técnico como jurídico. En consecuencia existe una nueva realidad que no ha podido ser imaginada por el Derecho, que merece ser estudiada y regulada.

En fin con el presente estudio no queda agotado el tema, sino que espero suscite la inquietud de otras personas para contribuir en este campo, en el que; no está dicha la última palabra y en el que, existe mucha potencialidad que debe ser aprovechada en el campo técnico-jurídico como en la aplicación práctica a las



personas, haciendo valer la frase de que las TIC's son una herramienta creadas por el hombre para buscar el mayor beneficio posible a la sociedad.



CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

1.1 Comercio, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías.

Aparentemente decir que la informática, las Tecnologías de la Información y comunicación TIC`s, telecomunicaciones y las tecnologías asociadas a éstas han modificado de una manera diametral el desarrollo de todo tipo de actividad, tanto en el orden personal-individual como en el orden social-colectivo, convirtiéndose en algo novedoso o que se encuentra en boga.

Debemos comprender la calidad que implica el llamado cambio digital, electrónico, virtual, cibernético, o como se prefiera llamarlos. Es cierto que el fenómeno impulsado por estas nuevas tecnologías ha sido un fenómeno que ha causado gran impacto en un tiempo corto, pero también no es menos cierto, que el mundo siempre ha contado con nuevas invenciones y tecnologías. Claro que las que le precedieron al Internet sobre todo, no causaron el efecto que en la actualidad vivimos, al punto que las tecnologías se han vuelto indispensables para el desarrollo de la sociedad.

Características del Nuevo Escenario en las Nuevas Tecnologías.

Internet y las TIC`s han hecho que nuestra atención la volquemos a pensar sobre las utilidades y servicios que se pueden conseguir mediante el uso de herramientas tecnológicas. Por ello, se ha emprendido desde la parte técnica a buscar el mayor aprovechamiento de los recursos. También la regulación del Internet tanto en su aspecto macro como micro, ha sido objeto de interés por parte de todo el mundo.



Es concluyente el hecho, de que; el entorno digital es una realidad diferente, a la cual no podemos aplicar la misma lógica a la que estamos acostumbrados y en la que; el aspecto tecnológico es el eje central, pues la tecnología ha sido capaz de crear un mundo diferente o paralelo al que vivimos, o simplemente ha creado un entorno intangible que causa efectos en el exterior que es totalmente tangible.

Por ende, muchas son las diferencias que encontramos en todo lo que se refiere al Internet, cambios de forma y de fondo, sin embargo lo que más nos ha impactado son los de forma antes que los de fondo. Entonces de allí radica la importancia del análisis de los factores que han creado esa nueva realidad intangible, relegada a un segundo plano, pese a la importancia que entraña.

Sin ser excluyentes de otras que puedan existir, la convergencia, la relatividad de tiempo y espacio, así como la interactividad son las características o factores que han creado esta nueva realidad, que ahora se la denomina como ciberespacio. Una realidad virtual en la que el bit crea realidades concretas tangibles.

Convergencia.

Analizar la convergencia como componente de una nueva realidad se vuelve una tarea compleja, porque abarca muchos aspectos. Entre ellos podemos destacar el aspecto técnico-informático y el conceptual. Es preferible partir destacando los efectos que la convergencia provoca en el mundo real, para luego ir la conceptualizando y comprender su influencia en el nuevo entorno.

Las palabras pronunciadas por Bill Gates en 1995 son muy decidoras y nos abren el camino para visualizar la convergencia. El manifiesta; *“Llegará un día, no muy distante, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar, de explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales y enseñar fotos a parientes lejanos sin abandonar*



nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón. No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula. Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que compremos. Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático...”¹.

Con referencia al mismo tema acota: *“En algún punto no lejano del futuro, un simple cable que llegue a cada casa será capaz de transportar todos los datos digitales necesarios a la misma... Cuando los bits se interpreten como llamadas telefónicas, sonará el teléfono. Cuando sean imágenes de video, se mostrará en el aparato de televisión. Si son servicios de noticias en línea, nos llegarán como textos escritos e imágenes en una pantalla de computadora.”²*

A primera vista la convergencia puede ser comprendida como: el punto o el estado donde se reúnen los conocimientos y la tecnología para que fluyan de manera espontánea para cubrir una necesidad concreta. Por el mismo canal podrá obtenerse la información independientemente de la tecnología, ya que su tratamiento en bits permitirá ser exteriorizada independientemente del aparato utilizado.

De la misma manera la información y el conocimiento, se empatan para crear una nueva realidad que replantea los conceptos, que además crea nuevos términos con estructuras formales independientes. Por ejemplo, se habla del ciberespacio, de las comunidades virtuales, de estar en línea, de navegar y de otras expresiones que evocan la simbiosis de lo intangible con lo tangible. Se demuestra en consecuencia la penetración del ser humanos materia a través de un aparato físico el computador u otro aparato similar al mundo de las ideas.

¹ Gates Bill “Camino al Futuro” Mc Graw-Hill. P. 4. Madrid-España 1995.

² Ibidem p. 33.



Este proceso de transportación parte del mundo real y trasciende al mundo intangible de las ideas, en el que; se puede viajar, hacer amigos, negocios, recorrer museos, opinar o condenar tal cosa e incluso se puede hacer daño a la gente. Muchos opinan que esta nueva realidad tiene un asidero en las experiencias sensoriales que nos provoca la interactividad. Constituyendo una construcción intelectual del ser humano.

Al igual que otros tipos de conceptos provenientes del entorno virtual, la convergencia no posee un carácter estático, sino más bien muy variable, a la par que se encuentra en constante formación, por ello creemos inconveniente definirlo, más bien destacaremos su característica principales que es: la construcción de un espacio en el que se homogenea la parte técnica y la información, para crear un producto útil para el ser humano, al cual se puede tener acceso ingresando a ese espacio intangible o trayéndolo a la realidad.

En consecuencia, forma parte de esta actividad la parte física como la intangible, que no pueden ser estudiadas independientemente, ya que sin la unión de estos elementos no podría existir el punto de complemento del que hemos venido hablando.

Relatividad de Tiempo y Espacio.

Como lo venimos sosteniendo en el entorno virtual, no es posible aplicar las mismas reglas y lógica que aplicamos en el mundo real. No existe la misma relación que tenemos con respecto al tiempo y el espacio. Baste para comprobar lo dicho con los siguientes ejemplos:

“Cómo podemos pensar en la concepción clásica de distancia, en tiempos en que gracias a las telecomunicaciones, con una llamada o la conexión a Internet, se pueden comprar cosas que físicamente están del otro lado del mundo y esto es



*más sencillo que ir a la tienda de la esquina? O ¿cómo podemos seguir pensando en el tiempo, en relación a la distancia, tal y como solíamos entenderlo, cuando tardamos más tiempo de la casa al aeropuerto que en el vuelo de una ciudad a otra?*³

La relatividad de la percepción del tiempo y el espacio, que el ser humano capta es la regla general cuando utiliza las TIC's. Es decir; los tiempos y los espacios fluctúan de manera inmediata, que asimilar o tratar de codificar en nuestros esquemas mentales la idea o el desarrollo de estas nociones, se vuelve muy difícil hacerlo en su verdadera dimensión.

El flujo del tiempo y del espacio en esa nueva realidad conocida como Ciberespacio es indeterminado, incierto, impredecible, ya que nos encontramos con una serie de actores a los que no conocemos, de los cuales no sabemos sus intenciones y de los cuales no conocemos a ciencia cierta el espacio y el tiempo en el que están desarrollando la comunicación.

Esta relatividad de percepción de tiempo y espacio se desarrolla en la mente humana, pues solo en ella y en base a las sensaciones anteriores, recuerdos y sentidos se logra establecer una relación ideal, que hace que mentalmente nos traslademos a un tiempo y un espacio concreto. A lo mejor, en realidad lo único que se traslada en el entorno virtual son los datos, pero en nuestra mente indudablemente tenemos la sensación de haber estado en el lugar a donde se trasladaron dichos datos.

Por último, debemos manifestar que la relación de intercambio de información que permite el ciberespacio es muy diversa y amplia, podemos interactuar con varias

³ “Gómez Cruz, Edgar” “Espacio, Ciberespacio e Hiperespacio: Nuevas Configuraciones para Leer la Comunicación Mediada por Computadora” “Anuario de Investigación del CONEICC”. En línea, Formato HTML. Citado El 10 De Junio Del 2009.

<http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=19>



personas a la vez, de igual modo puede ocurrir, que el que; cumpla el papel de interactuar sea una máquina o un programa. Las ventajas de esta forma de comunicación han sido aprovechadas por el hombre, para ampliar el universo de personas con las que se puede contactar, así como; entablar relaciones que antes era impensable hacerlo.

En el comercio electrónico principalmente, se ha aprovechado el uso de las aplicaciones de la herramienta tecnológica para crear productos, bienes y servicios, en un nuevo entorno que por la inmediatez, elasticidad y agilidad en la que se trasladan la información, representa una oportunidad para crear valor agregado.

Interactividad.

Las actividades más simples ahora son interactivas si se usa el aparato tecnológico. Como lo hemos dicho antes, la interactividad viene a constituirse en un plus o un valor agregado, que crea versatilidad y simplifica las comunicaciones. La interactividad es un elemento que forma parte del proceso de las comunicaciones en el nuevo escenario creado por las TIC`s.

La palabra interactividad encierra un fuerte contenido técnico y en muchas ocasiones se ha partido de este punto para englobar la dimensión que encarna, pero no debe ser confundida como una característica exclusivas de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. La interactividad como ya antes lo señalamos puede estar presente en procesos comunicativos básicos como la comunicación oral; lo que determina que una comunicación sea más o menos interactiva vendrá dado por la capacidad y grado de participación que se alcance, por el enlace de información entre el emisor y el receptor, la capacidad de respuesta, la presentación amigable de la información en el intercambio, etc.



En conclusión la interactividad posee dos elementos el técnico y el virtual. El primero comprende “...un diálogo entre el hombre y la máquina, que hace posible la producción de objetos textuales nuevos, no complementarios, previsibles a priori.”⁴ La parte técnica hace referencia a la capacidad y velocidad del aparato tecnológico con la finalidad de crear un proceso que enlace y complemente información con el objetivo de crear un producto independiente fruto de ese proceso.

Desde la perspectiva técnica, es importante destacar las más importantes características de una comunicación interactiva. Así podemos anotar las siguientes:

- Pluridad de dirección a donde se desplaza la información una vez que circula.
- El usuario controla el flujo de información que quiere transmitir como receptor.
- La velocidad del aparato o de la tecnología impone el ritmo de la comunicación.

El segundo elemento, el virtual o intangible está compuesto por el proceso que los actores de la comunicación experimentan en una nueva dimensión o plano superior, si se prefiere decir. El proceso de interacción se encuentra dado por la capacidad de codificación de la información del emisor como receptor y su capacidad de respuesta, en base a las experiencias sensoriales, información y conocimiento que posee, estado de ánimo, circunstancias etc.

Se dice que la interactividad en especial en este plano produce un nuevo producto terminado que no es de nadie en particular sino que se produce en conjunto a partir del proceso de la comunicación.

Este es el escenario que las comunicaciones presentan en los tiempos actuales. Sin dudarlos vemos que existe un cambio diametral a lo anteriormente

⁴ Meritxell, Estebanell “Interactividad e Interacción” “Revista Interuniversitaria de Tecnología Educativa”. Oviedo –España. 2000. En línea, Formato PDF. Citado El 14 De Junio Del 2009.
<http://web.udg.edu/pedagogia/images/gretice/INTERACT.pdf>



acostumbrado, pero este cambio no es únicamente a causa de la utilización del elemento tecnológico, sino a la aplicación por parte del hombre para crear un entorno de infinitas posibilidades y potencialidades conocido como elemento virtual o digital.

En las más diversas áreas, disciplinas, actividades, ciencias se ha implementado las TIC`s, para facilitar la transmisión de información y aprovechar las ventajas que ofrecen el nuevo entorno más participativo, dinámico e inmediato. El comercio dada su trascendencia es una de las principales actividades, en la que; se ha difundido el uso mayoritario de las TIC`s con la finalidad de agilizar, diversificar y ampliar el universo de consumidores. A consecuencia de la concreción de esta nueva realidad, el comercio ha evolucionado a un plano superior conocido como comercio electrónico.

Comercio Electrónico.

Nuestra Sociedad es la *“Sociedad de la Información”*. Se la ha calificado así por la importancia que ha ganado la información en todas sus formas, al punto de constituir un bien jurídico, generador de derechos, obligaciones y oportunidades, para quienes tenemos acceso a ella.

Con los avances tecnológicos de las TIC`s aplicados a la sociedad como forma de intercambio de la información, es indiscutible, la necesidad de regular en forma adecuada el acceso, difusión y generación de información. Constituye la información un valor agregado en el nuevo entorno virtual, por la versatilidad, potencialidad, amplitud de difusión, formas de presentación etc., que posee.

Ese valor agregado crea una ventaja comparativa entre quienes manejan la información y la tecnología y quienes no la poseen o no tienen los mecanismos tecnológicos para acceder a ella. La tendencia actual que se le ha dado a la



información, es considerarla como un valor económico que debe ser comercializado y difundido.

Se entiende que hay que sacarle el mayor provecho y rentabilidad a la información, así como; a la infraestructura tecnológica que se sirve para intercambiarla. Fruto de esta visión mercantilista de la información como de las tecnologías vinculadas a ella, nace el comercio electrónico. Esta tendencia no es que nace a partir del auge del internet y de las TIC`s, debemos recordar que tiene sus antecedentes en la forma de difusión de la información y contenidos en otras tecnologías, como la radio y la televisión. Las cuales se popularizaron y masificaron precisamente por la aplicación comercial que se le dieron.

El comercio electrónico se lo define como: *“el conjunto de actos de intermediación de bienes y servicios por mensajes de datos transmitidos por medios electrónicos, ópticos o similares; comprende tanto las ofertas de contrato como los actos y contratos comerciales que se celebran a través de medios electrónicos, ópticos o similares (como correo electrónico, intercambio electrónico de datos [EDI], facsimil, telegrama o telex)...”*⁵.

Esta definición tal como otras que se han vertido sobre el tema, toma como centro a la información. El mensaje de datos, la información ordenada, segura, íntegra, que posee validez jurídica e equivalencia funcional es la base que sirve de sustento para el desarrollo de una nueva forma de intercambio de bienes y servicios. Se puede comerciar en la red desde las cosas más sencillas, hasta las más complejas formas de intercambio y prestación de servicios. De igual forma se pueden emplear mecanismos y tecnologías simples, hasta los más complejos

⁵ “Comercio Electrónico y Marcas: ¿Desafío o Evolución?” En línea, Formato PDF. Citado El 15 De Junio Del 2009.

<http://web.udg.edu/pedagogia/images/gretice/INTERACT.pdf>



mecanismos y tecnologías de los cuales se vale la información para perfeccionar los actos o acuerdos de voluntad.

Los intercambios de información efectuados por medios electrónicos, telemáticos, ópticos o afines, que generan actos de comercio o que perfeccionan acuerdos de voluntades de este tipo, que pueden ser en una parte importante del proceso como; la oferta y la aceptación.

Así como, en el desarrollo de toda la actividad, incluso la entrega del bien, que es de naturaleza digital, hasta su pago se conoce como comercio electrónico.

El cambio que produce la introducción de las TIC`s en el comercio, no es únicamente el cambio de tecnología que se usa para transmitir la información o la comunicación entre oferentes y consumidores. Sino que fruto de la nueva realidad presente en la red, nace una nueva forma de interactuar, de presentar ofertas, de adquirir productos, de llegar a mercados que no hace mucho eran desconocidos. Incluso muchos bienes y servicios pueden ser creados o brindados en base de la información y del intercambio de ésta.

Frente al comercio tradicional, actividad que implica el intercambio de bienes y servicios con el afán de grabar en el proceso una ganancia o lucro, se diferencia diametralmente el comercio electrónico. La razón para que exista este cambio, es la creación en base de los elementos tecnológicos de una nueva realidad conocida como ciberespacio, que permite acortar tiempo y distancia, en donde sus características principales son: la inmediatez de las comunicaciones y por tanto, de la información de los bienes o servicios, que se ofrecen.

El proceso de oferta y aceptación es directo no existen intermediarios, *“no existe contacto físico directo entre los actores, desaparece la interacción cliente-vendedor, que se sustituye por una vitrina virtual delante de la cual también*



desaparece la posibilidad de tratar algunos aspectos de la venta, como negociar el precio de venta o la recíproca concesión de facilidades.”⁶

Las características y potencialidades que son propias del entorno virtual y las cuales se aplican en el comercio electrónico al parecer son inagotables, pero ante todo debemos destacar la masificación del universo de consumidores y proveedores de bienes y servicios, así como se ha ganado sencillez y rapidez en las transacciones comerciales.

La sensación que nos queda es que todo se puede vender o comprar con tan solo hacer un clic.

Nos encontramos entonces, frente a una “economía digital” en la que; los bienes y servicios pueden ser digitalizados, comercializados y poseer en sí mismo un valor económico fungible. Los bienes tradicionales también forman parte de la denominada “economía digital” cuando son negociados en la red, pues es de una importancia fundamental el acceso en base de las TIC`s a ese universo de consumidores y proveedores, que representan una esfera global.

El plus o valor extra que éstos bienes adquieren, cuando son negociados vía comercio electrónico es la facilidad, sencillez, interactividad, inmediatez, etc., en el que se desarrolla el proceso de venta o de compra. Resulta entonces primordial tener acceso a la red, velocidad en la transmisión de datos, así como; mecanismos sencillos de perfeccionamiento de los negocios, para poder competir en el gran mercado virtual.

⁶ Pasacale, Maricarmen “Desafíos del Comercio Electrónico Problemática de la Tributación en Internet” Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo II. Fundación Cultura Universitaria. P. 241. Montevideo-Uruguay 2002



Efectos del Comercio Electrónico.

Desde antaño se reconoció el papel social que ejerce el comercio, se lo considera un ente catalizador y distribuidor de la riqueza en el mundo. La circulación del dinero es posible gracias a esta actividad.

En poco tiempo, con la invención de tecnologías, en un inicio la radio y la televisión se diversificó el universo de consumidores, fruto de la información, contenidos y de los usos de éstos inventos, se fue modificando poco a poco la relación comercial entre productores y consumidores. La sociedad en su forma de actuar y en sus valores, va cambiando, crea en su conjunto nuevas necesidades y los productores a través de la propaganda ofrecen nuevos bienes y servicios.

En muchos casos se señala que la propaganda tiene gran poder de influencia sobre los consumidores a tal punto, que se le acusa de influir sobre los gustos, predilecciones, modos de actuar etc. Producto del avance tecnológico y en gran parte de la forma, en la que; se establecen las relaciones comerciales, es evidente que la sociedad va cambiando.

Se señala que el comercio de bienes y servicios superfluos ha crecido ostensiblemente, entre ellos; los que hace referencia al esparcimiento y al ocio. Los consumidores exigen confort y sofisticación, para alejarse en cierta medida del trajín que les acarrea el mundo moderno, por ello; los bienes y servicios que más se consumen son los referentes a la música, viajes, entretenimiento, ya sea en discotecas, películas, teatro, incluso hasta ayuda sentimental o esotérica.

Las necesidades de la nueva sociedad, exigen una nueva forma de ejercer la contratación comercial, una forma más ágil y dinámica, *“sin someterlos a*



formalismos rigurosos, facilitar su prueba, tener en cuenta la vigencia de los usos y prácticas mercantiles...⁷.

Las TIC's y el internet en especial, cumplen el papel de diversificar y facilitar el intercambio comercial. Es más, la herramienta tecnológica en base de sus aplicaciones ha establecido nuevos bienes y servicios comerciables. Los bienes que antes tenían un marcado predominio en el comercio, eran los que tenían un respaldo tangible. Ahora con la plataforma tecnológica se pueden comerciar bienes intangibles.

Esta irrupción de lo intangible sobre lo tangible como lo afirma Farina cuando cita a Toffler, representa *“un cambio tan revolucionario como profundo, que constituye un reto a todo lo que hasta ahora damos por sentado... Las formas de pensar, las fórmulas, dogmas e ideologías, por valiosas o útiles que hayan sido en el pasado, no se adecuan ya a los hechos que nos presenta el mundo actual.”⁸*

La contratación electrónica y el comercio efectuado por esta vía, constituyen la fiel realidad de la nueva era, en la que; la información representa un papel fundamental como instrumento para el perfeccionamiento de los actos o contratos comerciales o constituye el bien que se negocia.

Contratación Informática – Contratación Electrónica.

El impacto del comercio electrónico como de las nuevas formas contractuales realizadas por ésta vía son muy amplias y diversas, por ello; no podríamos enunciar y distinguir a cada una de ellas. Más bien, optaremos por determinar los rasgos característicos de los principales tipos de contratos de este tipo.

⁷ Farina, Juan M. “Contratos Comerciales Modernos” Editorial Astrea. P.8. Buenos Aires-Argentina 2005.

⁸ Ibidem p. 1.

(1) Juan Farina en su obra Contratos Comerciales Modernos, recoge palabras que son de Toffler y que pueden ser analizadas en su libro la Tercera Ola página 18.



En un inicio se distinguió las formas contractuales únicamente en relación a la automatización de la información, desde la parte física como lógica del aparato que permitía este proceso. Fundamentado en este criterio se estableció seis categorías de contratos a saber:

- a) La locación del sistema informático.
- b) La de adquisición total (tanto de software como hardware).
- c) La compra de parte de los componentes de una computadora, combinado con la locación de ciertas partes de la misma.
- d) La adquisición de la computadora para efectuar servicios informáticos a sus clientes.
- e) Adquisición del hardware a una empresa para que funcione un programa de otra empresa.
- f) La contratación únicamente de servicios informáticos.

La contratación denominada informática y que comprende no solo las categorías antes citadas, sino comprende además un proceso de acuerdo de voluntades directo, que se lo puede hacer o no, por la vía tradicional. Lo innovador que presenta con respecto a otros contratos son los bienes u objeto de la negociación que son el hardware, software y la prestación de servicios informáticos.

Con la utilización de las nuevas tecnologías, en especial del internet en el proceso de formación de los contratos, sobretodo como mecanismo de verificar la voluntad contractual de las partes, surge un nuevo concepto que se lo llama contratación electrónica. Este concepto no solo incluye las categorías contractuales señaladas, sino que cualquier categoría puede ser realizada mediante esta vía. Lo que le diferencia de la forma tradicional de contratar es la vía de perfeccionamiento del contrato.



Sabemos que se puede arrendar, comprar, trabajar, prestar servicios a través de internet en apariencia parece que no existiera diferencia con las formas tradicionales de contratación, pero sabemos que su diferencia se encuentra en la forma interactiva, inmediata, personal, fácil que el entorno virtual presenta para manifestar la voluntad de los contratantes.

En definitiva, la contratación electrónica presenta una ventaja comparativa representada por el costo más accesible, en el que; se pueden ofertar o comprar productos, ya que se elimina la cadena de intermediarios y se supera en muchos casos inconvenientes que se encuentran en el comercio tradicional como son:

- El costo de producción y envío, dado que el producto puede ser entregado inmediatamente por medios electrónicos.

- Posee una variada gama de oportunidades para el consumidor para comparar calidad, precio, características del producto en la red donde se puede tener acceso a las más diversas opciones, por parte del oferente en cambio se aprecia la potencialidad de consumo del producto al poder ser apreciado y consumido por un número sumamente mayor al que se lo puede hacer sin la utilización de las TIC`s.

- Se establece un permanente flujo de intercambio de información entre el oferente y el consumidor, atinente no solo a las características del bien o servicio, sino a lo concerniente a la persona natural o empresa (persona jurídica) que ofrece el producto. También se ofrece información referente a las obligaciones contractuales, así como; se puede tener información post contractual del producto, servicio o del consumidor para verificar su grado de satisfacción.

- Permite contratar a distancia de un modo directo, esto se evidencia con la posibilidad de efectuar contratos con personas que físicamente no se encuentran en ese momento, pero que se encuentran presente en un entorno virtual. En la contratación en la red no podría aplicarse la tesis de los contratos entre ausentes,



ya que; el hiperespacio establece una conexión directa intangible a través de la herramienta tecnológica. En el mismo tiempo se encuentran perfeccionando el acuerdo de voluntades, por ello no se puede manifestar la ausencia de una u otra parte.

-Posee una actividad interrumpida, o sea de carácter permanente. Gracias a las nuevas tecnologías y a sus distintas aplicaciones como los buscadores, los portales, el correo electrónico, chat, almacenamiento de datos, pasarela de pagos etc., la contratación electrónica no se interrumpe, porque la presentación de los productos, servicios y ofertas son permanentes y quienes realizan el proceso contractual del lado del proveedor son generalmente sistemas automatizados, con ello se garantiza que se efectuó las 24 horas del día, los 7 días de la semana, los 365 días del año.

-La creación de un nuevo sector económico de la sociedad de características técnicas-especializada. A consecuencia del desarrollo de la información como bien jurídico que puede ser materializado, desmaterializado o utilizado para una aplicación concreta, surge una nueva gama de profesionales, comerciantes, productores etc., dedicados a la explotación de la información como bien inmaterial y de las tecnologías vinculadas a ella.

-Por la versatilidad de acceso de la contratación efectuada a través de la red, pueden ser participes de ella, personas con discapacidades físicas. Así como; personas de la tercera edad o con enfermedades terminales.

Así, se debe entender como contratación informática a: todo acuerdo de voluntad relativo al tratamiento automatizado de la información, *“que crean modifican o extinguen relaciones jurídicas cuyo objeto es transferir la propiedad o el uso y*



*goce de los elementos necesarios para la informática o bien prestar servicios informáticos (o telemáticos)*⁹

La esencia conceptual que podemos extraer es que; la contratación informática tiene por objeto la negociación de bienes relacionados con el tratamiento automatizado de la información sean de carácter físico como lógico, también comprende la prestación de servicios basados en los dos elementos de la computadora que son el *Hardware* (Elemento físico) y el *Software* (Elemento lógico) sea tomando como objeto a los dos elementos en su conjunto o tomando simplemente a uno de ellos únicamente. En este tipo de contratación no es fundamental la vía de perfeccionamiento del acuerdo de voluntades, pues es intrascendente para su naturaleza que se lo realice por vía electrónica a través de las TIC`s o que se lo haga en forma tradicional es decir por escrito.

En cambio la contratación electrónica se la define como: *“aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico [que] tiene, o puede tener [...] incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad [...], el desarrollo o [la] interpretación futura [de un] acuerdo.”*¹⁰ Lo que se recalca, o lo que; se establece como objeto principal en la contratación electrónica es: la utilización del elemento electrónico, llámese nuevas tecnologías de la información y la comunicación, sea medios telemáticos, ópticos, o cualquier otra tecnología o forma que sirva para que fluya el intercambio electrónico de datos.

La función del uso del medio electrónico y de su consecuencia que es el intercambio de datos, es el perfeccionamiento de los actos y contratos de un modo más ágil y dinámico aprovechando las ventajas que ofrece el escenario electrónico-virtual. Para que esto ocurra el proceso contractual en una buena parte debe ser realizado mediante ésta innovadora vía.

⁹ Farina, Juan M. “Contratos Comerciales Modernos” Editorial Astrea. P.303. Buenos Aires-Argentina 2005.

¹⁰ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. “Manual de Derecho Informático” Editorial Aranzadi. P 165. Pamplona-España 1997.



En muchos casos la oferta, aceptación y pago se realizan en su totalidad a través de la vía electrónica, pero puede ocurrir como ya se lo manifestó, que todo el proceso incluso la entrega del bien objeto del contrato pueda ser entregado por un mensaje de datos, en cuyo caso toda la contratación será electrónica.

Podemos concluir que la diferencia fundamental entre la contratación electrónica y la informática es que la primera puede tener por objeto cualquier forma contractual, sea compraventa, arriendo, préstamo, prestación de servicios, permuta, donación, de bienes tradicionales como bienes informáticos, lo que es fundamental y lo que caracteriza es que el proceso de formación, perfeccionamiento y en muchos casos conclusión del contrato se lo haga electrónicamente en un entorno que permita el intercambio de datos.

Para la segunda es fundamental que el objeto de estos bienes sean exclusivamente bienes informáticos sean físicos o lógicos que permitan el tratamiento y el intercambio de la información, no teniendo importancia la forma en la que se perfecciona el acuerdo de voluntad de las partes.

El internet es el medio electrónico que en la actualidad se emplea para efectuar los más diversos tipos de contratos, que pueden ir desde la compraventa de bienes y la prestación de servicios tradicionales, hasta la compraventa y prestación de servicios que tienen enteramente una naturaleza informática.

Aparte de lo manifestado, han surgido una serie de formas contractuales de base tradicional, pero que en el entorno virtual obtienen características y connotaciones propias.

Es real el hecho de la proliferación de nuevos tipos de contratos que se promocionan en la red, muchos de ellos ampliamente conocidos y popularizados. No acabaríamos de nombrar a cada uno de ellos, para mi estudio brevemente abordaremos algunos de éstos contratos electrónicos con la finalidad de mostrar la



variedad, versatilidad, complejidad, especialidad que revisten frente a los tradicionales.

-Outsourcing de Servicios Informáticos en Línea. Contrato en virtud del cual, una empresa encarga a otra la prestación de cierta clase de servicios, que son esenciales para la empresa, pero no constituyen el giro principal de sus negocios. En este caso puede ser el mantenimiento de los equipos, administración de la información, formación de bases de datos, actualización de programas etc.

- **Licencia.** Consiste en la transferencia del derecho de uso y goce temporal de un programa o un paquete de programas. Generalmente las computadoras incluyen al momento de su compra la Licencia de varios programas que se consideran básicos para el uso operativo de la máquina. Claro está, que existen otros programas que se negocian individualmente en la red. El contrato de Licencia posee diversos tipos de modalidades que son: Licencia temporal, permanente, exclusiva, no exclusiva e incluso se combina esos distintos tipos de modalidades.

-De Depósito de Información o Bienes Informáticos. Es un acuerdo de voluntades de naturaleza mercantil, en virtud del cual, se entrega un bien de características informáticas o información, según el caso con la finalidad de que se entregue luego del tiempo de vigencia del contrato o a solicitud de la parte que efectuó el negocio y en las mismas condiciones a las entregadas. En este caso se debe garantizar que no exista intromisión no autorizada al bien objeto del contrato.

-Cesión de Productos Informáticos o contra “llave en mano”. Es un contrato de licencia, pero un poco más individualizado, en el que se contempla además contempla que se brinde los servicios de instalación del programa o programas, así como el soporte técnico correspondiente.



-Contrato de Escucha y/o bajar canciones o de contenidos multimedia. Son muy comunes y pasan muchas veces imperceptibles por parte de la gente. Consiste en que el proveedor de un servicio informático, generalmente una gran corporación multimedia que posee la capacidad para alojar contenidos, permiten de forma gratuita u onerosa que quienes accedan a ella puedan bajar sus contenidos, que son de muy variada índole.

Por ejemplo citaremos: YouTube.

Clases o Tipos de Comercio Electrónico.

Con respecto a la manera de clasificar los distintos tipos de comercio electrónico, podemos observar que se han vertido múltiples clasificaciones, basadas en distintos criterios que sirven de base para encuadrar sus particularidades. Por nuestra parte, me basaré en un criterio en particular, realizado por la autora Ana Aguila en su obra "Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la Economía".

Para la referida autora cuatro son los criterios que diferencian la actividad comercial efectuada por vía electrónica. En primer lugar se establece un criterio objetivo, para luego fijar un criterio subjetivo. Finalmente clasifica al comercio de la perspectiva de la complejidad contractual de las actividades que incluye, así como; por el grado de dificultad tecnológica que encarna. A continuación nos adentraremos en el estudio de esta clasificación.

-Según los Agentes que Intervienen en el Intercambio.

a) Empresa-Empresa (B2B)

Presupone un tipo de intercambio más especializado, porque aquí interviene las empresas para interactuar electrónicamente con la finalidad de intercambiar



información, bienes y/o servicios, que pueden ser de características informáticas o simplemente tradicionales.

Lo importante de esta categoría de comercio electrónico, es la creación de nuevos canales de intercambio de información a consecuencia de las tecnologías implementadas.

En consecuencia se crea una forma de entablar la relación comercial, aunque no es ajena la competencia entre las empresas, sin embargo en el entorno virtual se crea un ambiente propicio para la cooperación entre las empresas en actividades puntuales. La lógica de la cadena de comercialización cambia en igual forma y aparece distintos modos de intermediación del comercio.

La gran empresa ciertamente puede ser apreciada como la que más se ha beneficiado y la que ha despuntado dentro del comercio electrónico, debido a las características de infraestructura tecnológica que posee. El beneficio de la gran empresa ha radicado en la automatización de los procesos de selección, facturación, intercambio permanente de datos, seguridad a los consumidores etc.

Por su parte, las empresas pequeñas y medianas a pesar de no tener la misma capacidad tecnológica, participan en igualdad de condiciones y no son excluidos como lo eran en el comercio tradicional. Con la implementación del Internet y de su protocolo *TCP/IP* (Protocolo de Control de Transmisión / Protocolo de Internet) que reemplazo en gran medida a los EDI (Electronic Data Interchange) las grandes, medianas y pequeñas empresas participan en este mercado global que obliga a la creación de nuevas formas de participación cooperativa para poder tener competitividad.



b) Empresa-Consumidor (B2C)

Se debe entender como la forma electrónica, que parte del intercambio de datos entre proveedores de bienes y servicios tradicionales o informáticos y los consumidores de dichos bienes, con la finalidad de establecer una relación contractual, fruto de ese intercambio.

Una vez, que dentro de ese proceso se han puesto de acuerdo las voluntades de las partes, nacerá un contrato electrónico que obliga al cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

La gran parte de bienes que se negocian a través del comercio B2C se encuentran los de consumo como: pasteles, bebidas, chocolates, habanos etc., hasta bienes relacionados al entretenimiento y la informática como computadoras, mp3, mp4, DVD, y otros bienes afines con la multimedia. Finalmente al último se encuentra los bienes suntuarios. A breve rasgos se puede apreciar que existe un pequeño margen de personas que realizan negociaciones de montos importantes, frente a personas que realizan transacciones de montos mínimos, esto se debe a la percepción de inseguridad que todavía se tiene de las transacciones en red. Consecuentemente el reto es brindar mayor seguridad a este tipo de transacciones.¹¹

c) Empresa-Administración (B2G)

Algunos lo consideran como parte del e-government. La administración pública en general, ejerce relación comercial con varios tipos de empresas, proveedores de servicios, profesionales contratistas etc. Esta relación cuando se la realiza por medios electrónicos se la denomina B2G.

¹¹ En el caso ecuatoriano se ha logrado un interesante modelo de contratación electrónica entre la administración y los diversos proveedores de bienes y servicios. Consultar en <http://www.compraspublicas.gov.ec/>



Sin duda, este tipo de relación comercial contractual no goza de la misma libertad para las partes. Es decir; dentro del proceso contractual no prima la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud de que está en juego el interés general. Los intereses de toda la sociedad se encuentran vigilados, por ello; se establecen reglas de juego y procedimientos adecuados para demostrar la transparencia del comercio electrónico, la agilidad de las transacciones, la calidad y el buen destino de los fondos a invertir. Así como; cumplir con las exigencias que de acuerdo a la Ley se establecen a los proveedores para contratar con el Estado.

En la actualidad en nuestro país gracias a la implementación de este sistema, se han beneficiado no solo las grandes empresas, sino también las medianas y pequeñas industrias, que ahora participan más activamente en el comercio electrónico. También, con este mecanismo se encuentran presentes como nuevos actores los artesanos, trabajadores libres o asociados quienes pueden contratar con el Estado, debido a las ventajas que presenta la herramienta digital.

d) Consumidor-Administración (C2G)

A diferencia de la anterior categoría la administración interactúa en la red, en calidad de proveedor de distintos tipos de servicios, a las personas con el objetivo de simplificar la relación, ejemplo: pago de servicios básicos, agua, luz, teléfonos, internet, etc.

Al parecer el comercio electrónico C2G no se encuentra tan desarrollado como las otras categorías que hemos mencionado, sin embargo se ha comenzado por una primera fase que es la promoción o marketing de los servicios públicos y pago de estos servicios on-line, pero su utilización hasta el momento no ha despegado.



-Según la Complejidad en la Transacción.

a) Comercio Electrónico poco Complejo.

Dentro del proceso de contratación se puede apreciar que existen transacciones que revisten de más o menos empleo de procesos tecnológicos, comerciales y legales para finalizar el servicio o la entrega del bien. En esta medida se considera actividades poco complejas dentro del comercio electrónico a aquellas que son las básicas para efectuar una negociación en la red.

“...se suelen realizar a través del www, y los costos son soportados por la organización, los cuales son escasos y no asumen riesgos relativos al desconocimiento del resto de los agentes. Son actividades poco complejas, por ejemplo, la promoción de una organización o el soporte pre y post venta.”¹²

b) Comercio Electrónico Complejo.

Por su parte implican dentro del proceso de contratación en la red la implementación de una serie de elementos tecnológicos, comerciales, legales con la finalidad de minimizar el riesgo entre los proveedores y consumidores, definir claramente las obligaciones de las partes, venciendo incluso ciertos obstáculos legales como la aplicación de una Ley determinada en caso de controversia. Así como brindar la seguridad de los datos entre las partes en especial los de carácter reservado.

¹² Zepeda Gabriel, “Los Contratos Electrónicos Celebrados por Internet y su Consagración en la Ley de Protección al Consumidor”. Universidad Arturo Prat Iquique –Chile. 2006. En línea, Formato PDF. Citado El 12 De Agosto Del 2009.

<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=contratos+electr%C3%B3nicos+m%C3%A1s+novedosos&btn>



Son consideradas actividades complejas del comercio electrónico: *“la venta y distribución de productos y servicios en el ámbito nacional e internacional y pagos electrónicos”*¹³

-Según las Características de los Bienes y Servicios.

a) Comercio Electrónico Indirecto.

Es la actividad comercial realiza en una gran parte a través de las TIC`s. El proceso contractual como precontractual, se lo realiza por vía electrónica, pero existen algunos procesos que no pueden ser realizados de esta forma, en razón del bien que es de naturaleza tangible, así como; por la falta de mecanismos tecnológicos, para el pago por ejemplo.

b) Comercio Electrónico Directo.

Se lo puede definir como aquel; que en todas sus fases o procesos se encuentra incluido el factor electrónico. Todas y cada una de las fases desde la oferta, conclusión del consentimiento, pago, entrega incluso servicio pre y post venta se lo hacen electrónicamente.

Este tipo de comercio electrónico se lo puede apreciar en la venta de bienes digitales por ejemplo programas on-line.

El autor Carrasco Blanc establece claramente la diferencia entre la categoría que estamos estudiando y el comercio electrónico indirecto al afirmar *“la diferencia radica que en el comercio electrónico directo la operación desde principio a fin se efectúa en forma digital, mientras que en el indirecto, sólo una parte de la operación se efectúa a través de medios digitales”*.

¹³ Ibídem.



De lo transcrito se puede concluir que mientras en el primer caso el factor electrónico viene a ser la esencia misma o razón de ser de la transacción. En cambio en el segundo caso se lo puede considerar como un elemento que brinda un valor agregado a la transacción a realizarse.

-Según la Complejidad Tecnológica.

a) Comercio Electrónico en Redes Cerradas.

Conocido comúnmente como comercio electrónico tradicional, consiste en el intercambio de información por vía electrónica, dentro de una red cerrada, que trae como consecuencia la celebración de actos y contratos que gozan de validez jurídica y a la que; solo puede acceder el usuario que es aceptado.

En consecuencia su acceso dependerá de quienes controlan la red, pues ellos determinaran los requisitos que se establecen para los usuarios y para el intercambio de datos. Que pueden depender de las políticas que se establezcan o de las exigencias tecnológicas para que opere el intercambio de datos.

Este tipo de intercambio es el más tradicional, pues así nació el internet como una red privada. En un principio de uso militar, que pasó a ser también de uso de las Universidades, para luego abrirse al mundo como una herramienta que facilita el intercambio de información principalmente el comercio electrónico.

Los primeros intercambios electrónicos de datos en redes privadas, empleados con fines comerciales se realizaron a través de los EDI (Electronic Data Interchange). Después con el auge del internet que estableció un canal abierto de intercambio de comunicación electrónico, el mercado ganó al poder diversificar el universo de consumidores, pero se presentó desventajas con respecto a la



seguridad de los datos que son objeto de intercambio y que sirven de base para el comercio electrónico.

Este tipo de comercio tradicional al parecer no ha perdido vigencia con la masificación del internet, se lo utiliza en muchas ocasiones para realizar el comercio B2B, por las características de seguridad propias de las redes cerradas que garantiza el control de la información.

b) Comercio Electrónico en Redes Abiertas.

El uso del internet como herramienta para realizar el intercambio de datos que servirán para efectuar transacciones comerciales se lo conoce como comercio electrónico abierto.

La unificación tecnológica con el establecimiento del protocolo TCP/IP que posee la función de asignar a cada máquina un número específico, permitiendo la conexión entre dos puntos remotos, en base del intercambio de la información a través de paquetes. Permitió el acceso masivo a la red, en donde existe un número imaginable de usuarios-consumidores o de proveedores de bienes o servicios.

El uso de este sistema permite la diversificación del comercio electrónico, así como; crea un ambiente interactivo, inmediato, lúdico etc., de los bienes o servicios que se ofertan, como también de la información que la rodean.

Es verdad que el crecimiento del comercio electrónico versus el tradicional es exponencial, pero existen dificultades propias de la simplicidad del acceso y la transmisión de datos, que se establecen como peros para su crecimiento, como son: la falta de seguridad en la transmisión de datos, la falta de certidumbre de las personas que intervienen en una relación comercial. Por ello se ha emprendido en buscar medios tecnológicos que permitan la autenticación y la certificación, entre



los que se encuentran la encriptación, firma electrónica, los certificados de firma, los sistemas seguros de pago electrónico, etc.

Estos son a breves rasgos la nueva realidad que el elemento tecnológico ha creado en el ámbito comercial, que abre oportunidades en una forma distinta como diversa de hacer negocios. Es menester tener presente esta realidad que nos van ha servir de enfoque para enmarcar la continuación de nuestra investigación.

1.2 Descripción del Tratamiento de las Comunicaciones en el Ámbito Internacional.

La comunicación es una acción trascendental en esta nueva era. Tiene por objeto ser el vehículo de la información, considerado un bien jurídico de alta transcendencia para la sociedad. Se encuentra regulado en su parte medular, pero amerita ser objeto de una más amplia regulación por el espectro que implica.

El mensaje de datos es la conclusión jurídica, para proteger la comunicación y la información en las nuevas tecnologías. Esta conclusión no es aislada, sino responde a la influencia de la convergencia en el desarrollo de las comunicaciones y en sí, en todo el espectro conocido como internet.

Las comunicaciones en todos sus ámbitos llevan implícito, una potencialidad de volverse convergentes, una vez que pasen a un plano superior que sería la transmisión a través de medios tecnológicos. Lo que, implica que la comunicación de la información puede realizarse por medio de distintos medios o servicios como ejemplo: por teléfono, internet, televisión, ordenador, celular, etc. De la misma



forma la información puede ser transmitida por audio, voz, video, o mensaje de texto, conservando su contenido.

En conclusión la convergencia considerada como la capacidad de adaptabilidad basada en las nuevas tecnologías, que permite realizar las comunicaciones por los más diversos medios, como permite darle a la información una forma diferente de acuerdo a la necesidad del usuario o de los medios de transmisión. Ha creado una amalgama irreductible de tecnologías y contenidos.

Fruto de esta consecuencia fáctica de fuente esencialmente tecnológica, vemos que se han entremezclado dos sectores que hace poco tiempo se encontraban distanciados. Hablamos de la informática y las telecomunicaciones.

El primero que se ocupaba del tratamiento, transmisión y seguridad de la información de carácter electrónico entre computadoras. El segundo se ocupaba de la comunicación a distancia entendida como: *“toda comunicación telegráfica o telefónica de signos, señales, imágenes y sonidos de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad u otro sistema o procedimiento de señalización eléctrica o visual”*¹⁴ En los tiempos actuales no podemos hablar de internet, si no se encuentra presente las telecomunicaciones e informática de suerte que ha existido entre estas dos áreas una unión inquebrantable.

La cual ha sido denominada como el matrimonio entre informática y telecomunicaciones.

El entorno convergente causante de la mencionada unión, ha hecho que se lo trate de encasillar a este fenómeno, en una sola categoría que en los últimos tiempos va tomando forma y que es Derecho Telemático.

¹⁴ Delpiazzo, Carlos. E “El Derecho Ante las Telecomunicaciones, La Informática e Internet” Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo III. Fundación Cultura Universitaria. P. 44. Montevideo-Uruguay 2002.



La convergencia es un factor omnipresente, que va marcando su influjo no solo en las tecnologías, sino en el escenario, en que se desarrollan. El ciberespacio es producto de esta consecuencia, considerado el *“lugar sin lugar”*¹⁵ *“un microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias, ni autoridad centralizada.”*¹⁶.

Las comunicaciones en general y el mensaje de datos en particular, al exteriorizarse mediante la tecnología, entra en este escenario denominado ciberespacio, en el que; podemos estar de forma física e intangible. De igual manera podemos conectarnos y desconectarnos con suma facilidad, esto a consecuencia de lo dinámico del entorno que presenta las TIC`s.

Tanto, el enfoque técnico de la transmisión de las comunicaciones, la forma en que interactúan los actores y los contenidos acerca de internet, nos conducen a una verdad que es irrefutable, que es; la globalización e integralidad del fenómeno internet, en todos sus campos o áreas.

En primer lugar, el espectro de actividad de las comunicaciones con el internet es ilimitado, es global, no posee fronteras, ni restricciones. Las relaciones sociales, comerciales, financieras, administrativas, de ocio, etc., son de diversa índole, en muchos casos no se encuentran regulados por los ordenamientos jurídicos nacionales, impera la autorregulación por parte de entes privados encargados principalmente de los estándares técnicos.

Es un factor de hecho, que en base a la globalización del entorno red, va asentando costumbres, hechos, actos, contratos, etc., como válidos, sin haber pasado por el filtro calificador del legislador. No se trata sin duda, de una autorregulación, ni que prime la autonomía de la voluntad, sino que es un aspecto

¹⁵ Delpiazzo, Carlos. “Adecuación del Derecho a la Necesidad de Firma Electrónica en Derecho e Informática” Editorial Depalma, vol 7 P.113. Buenos Aires-Argentina 2001.

¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique “Internet y el Derecho” Editorial Iberoamericana de Informática y Derecho P. 722. Merida-Venezuela 1998.



que supera la voluntad de los actores a los que implica. Nace con una profunda influencia tecnológica, pero posee un desarrollo autónomo.

En segundo lugar la ramificación de contenidos de internet como un componente convergente debe ser analizado íntegramente, no considerando únicamente desde su punto de vista informático-telemático, sino desde el punto de vista de integrar conocimientos que se encuentran en distintas áreas y disciplinas. La regulación del entorno red, poniendo en el tapete la convergencia y el ciberespacio, no puede ser solucionado únicamente por el derecho o la informática o por las telecomunicaciones, sino ha de ser regulado desde un enfoque integral.

La Teoría de los Sistemas plantea el hecho de buscar enlaces de los conocimientos, que eviten las contradicciones que pueden existir entre las diversas disciplinas. A eso se debe propender la regulación de las comunicaciones a enlazar las distintas áreas y disciplinas sin que exista una que prevalezca sobre la otra, sino más bien que complemente.

La integralidad consiste en eso precisamente en regular un problema desde el punto de vista global, pero tomando en consideración sus particularidades propias.

Lo dicho hasta el momento, es un breve rasgo de la naturaleza de las comunicaciones desde el punto de vista convergente, que será a continuación analizada más detenidamente.

Características del Nuevo Escenario Regulatorio de las Comunicaciones en Base al Factor Convergente.

El escenario regulatorio de las comunicaciones basadas en las TIC`s, dista mucho de otros entornos regulatorios tradicionales. Nuevamente para explicar este



suceso, acudimos a la convergencia, pero ésta no debe ser tomada como una característica, más de este entorno sino, como la parte medular causante de esta nueva visión de tratamiento de las comunicaciones, tanto en su parte formal, como en sus aplicaciones prácticas.

El ciberespacio y lo que involucra, hace que tomando en consideración a su naturaleza dinámica, interactiva, global, accesible etc., se desarrollen ciertos principios de corte general, que servirán para explicar la naturaleza de las normas que se imprimen en dos corrientes a saber: la autorregulación, y la nueva regulación, tomando en consideración las particularidades propias de este fenómeno.

a) Preeminentemente basado en la Tecnología.

La tecnología juega un rol fundamental para la implantación de políticas y normas en el internet, su elaboración y aplicación, se encuentran vinculadas estrictamente al avance tecnológico y a las aplicaciones prácticas que se puedan conseguir.

Lo que se puede rescatar, es que; la parte tecnología ha avanzado exponencialmente a tiempos pretéritos, pues con la ayuda de la informática y las telecomunicaciones han creado un entorno global intangible, pero con aplicaciones prácticas y que es perceptible y útil para cumplir labores concretas.

b) Dinámico.

El entorno digital, al ser influenciado de forma permanente y fundamental por las tecnologías que son dinámicas. Se ha visto compelido a elaborar normas, políticas, resoluciones, directivas etc., que sean la expresión de las necesidades de los tiempos actuales.



Por lo cual; se establecen parámetros genéricos que sean el fruto de los servicios y aplicaciones que se pueden obtener en la internet, por ello; no se regula concretamente una tecnología, ya que; las mismas no permanece estáticas.

En este sentido el espectro regulatorio, dista mucho de otras áreas tradicionales del derecho, en las cuales; su característica principal es que; sus normas son estáticas y duraderas por un tiempo, más o menos prolongado. Mientras que el nuevo entorno regulatorio requiere normas más flexibles, que se adecuen a la nueva realidad tecnológica.

Su tiempo de duración es muy corto debido al cambio continuo regulatorio que tiene como eje la tecnología.

c) Con Tendencia a la Liberalización.

El escenario regulatorio actual de las comunicaciones a nivel internacional, ciertamente poseen una tendencia a la liberalización, es decir; a tratar de implementar regulaciones, políticas acuerdos, convenios, tratados etc., de carácter internacional que sean capaces de romper las barreras que frenan el desarrollo tecnológico y el avance del comercio y la economía que puede fluir a través de estos novedosos medios.

Muchas veces encontramos una tendencia a la preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes y a la autorregulación de la red, en base a los estándares, políticas de uso, de privacidad, costumbres y usos comerciales que se estilan en el nuevo entorno.

Tres son los ámbitos en los que podemos apreciar con mayor facilidad esta liberalización regulatoria.



-Políticas. Los Estados y los Organismos Internacionales han emprendido procesos que permitan una mayor flexibilidad en la concepción de los servicios que se brindan en base al Internet.

En primer lugar, se pasa de considerar el acceso y utilización del internet como un servicio público cuya titularidad era exclusiva del Estado, tal como era tradición en las tecnologías anteriores como en el teléfono, televisión, radio etc. A considerarlo como *“una actividad librada a la iniciativa privada, aunque fuertemente regulada y controlada por aquel.”*¹⁷

Se deja el mínimo de control al ente estatal, para que supervigile en la prestación del servicio la aplicación del interés general, la aplicación de normas constitucionales, referentes a la intimidad, privacidad, contenidos ilícitos en la red y respeto a las normas de los consumidores entre otros aspectos más.

En segundo lugar, la tendencia en lo que refiere a políticas, es realizar la regulación de los servicios de la *“sociedad de la información”*, desde un enfoque internacional, lo cual; implica que los nuevos servicios y la utilización de la red, va dejando de encuadrarse en la regulación del campo público, para concentrarse en una de carácter internacional, con características de flexibilidad que permitan acuerdos en varios ámbitos en particular, como es el caso del comercio electrónico.

-Económico. Desde hace unos pocos años para acá, la economía ha fluido y crecido exponencialmente, gracias al avance tecnológico que crea un escenario más propicio, comunicativo y dinámico para que las distintas transacciones sean más simples.

¹⁷ Delpiazzo, Carlos. E “El Derecho Ante las Telecomunicaciones, La Informática e Internet” Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo III. Fundación Cultura Universitaria. P. 61. Montevideo-Uruguay 2002.



La fluidez y la sencillez que aportan las comunicaciones en todo el proceso negocial, desde la parte pre contractual, hasta la conclusión de los actos y contratos. Ha marcado la pauta para reconocer actos y conductas como válidas, pese a que muchas de ellas únicamente se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes, en políticas de uso o en normas técnicas.

La nueva realidad llamada como ciberespacio, si se lo prefiere llamar así, ha creado un factor novedoso, que es el reconocimiento jurídico-económico de la información como bien jurídico. De características intangibles, la información constituye un elemento que merece protección y regulación por parte de los ordenamientos jurídicos del mundo. Primero por el contenido patrimonial que encarna y segundo porque la información en las nuevas condiciones que se presenta en la red, crea, genera o extingue, según su caso, derechos.

Al aceptar que la información es un bien jurídico con un contenido patrimonial, debemos destacar que en base a ella, se han establecido nuevas formas de negocios, de contratos, de actos jurídicos principalmente en el área del comercio electrónico. Estas formas desconocidas hace poco van dejando su huella en los ordenamientos jurídicos internos, así como; en la normativa internacional.

-Tecnológico. Es considerada la parte medular de la que se parte para formular cualquier tipo de política, regulación o sugerencia operativa, en el campo de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación. En los primeros años no existió la convergencia o versatilidad de la herramienta tecnológica, debido a la naturaleza propia de los diferentes aparatos que en su desarrollo y evolución marchaban de manera independiente.

La tecnología con la aparición del Internet crea la convergencia como factor, que puede agrupar varios tipos de funciones o aparatos en uno solo, de tal suerte que después de este proceso no se sepa cual en realidad, es el que; prevalece sobre



los demás. Lo único cierto y concreto que podemos captar son las aplicaciones que nos pueden brindar los distintos aparatos y tecnologías.

Lo cierto es que; el factor tecnológico se ha liberalizado más que ningún otro aspecto en los momentos actuales. Al ser factible la convergencia tecnológica, se evidencia ciertamente que la parte esencialmente técnica como jurídica, chocan muy a menudo.

En primer lugar, por el avance y recorrido permanente que posee la primera que hace se conjuguen nuevas tecnologías y aparatos creando otras realidades. Frente al segundo que pretende encajar esta nueva realidad a los esquemas tradicionales, de lo cual, resulta muchas veces el desconocimiento de la autoridad de las Leyes frente a las tecnologías.

En segundo lugar la convergencia plantea en el área de regulación que se observe los principios y reglas aplicables en distintas ramas y ámbitos que anteriormente eran reguladas por separado y que no poseían entre sí, ningún tipo de conexión.

Fruto de este choque permanente que en unos casos es de carácter conceptual y en otros de carácter práctico, la solución más viable para adaptarse a la nueva realidad ha sido la autorregulación, que encarna en cierta medida la flexibilidad y la liberalización que ha experimentado el entorno digital.

d) Global.

El enfoque siempre destacado, respecto al alcance de las regulaciones que tienen que ver con las TIC`s, principalmente el Internet, son de carácter global. Esto no solo por la nueva realidad que presenta el ciberespacio, sino que las relaciones sociales que surgen no solo se puede explicar, afirmando que son de carácter internacional, porque involucran como factor de conexión dos personas de



diferente nacionalidad o que los efectos de un acto o contrato vayan a tener lugar en un país diferente al de los contratantes.

Es tal la realidad del entorno red en las comunicaciones, que involucran una relación global y no internacional, aunque se trate de las cosas más sencillas. Primero porque de manera instantánea la conexión puede darse en cualquier parte del mundo, con personas que utilizan servidores instalados en países diferentes, que a su vez utilizan los servicios de una corporación multinacional que brinda el correo electrónico por ejemplo; cuyo domicilio se encuentra asentado en otro país. Los capitales son de personas de varias nacionalidades que a la final no se sabe a ciencia cierta la nacionalidad de la empresa o de los capitales.

En resumidas cuentas los factores tradicionales como la nacionalidad, el domicilio, el lugar donde se encuentre los bienes, el lugar de celebración de los actos etc., se vuelven insuficientes para regular las cuestiones relacionadas en la red.

En segundo lugar la realidad intangible conocida como ciberespacio y que surge cuando nos conectamos a la red, tiene como característica ser un espacio libre, en el cual; no existe los Estados, ni límites espaciales, ni temporales, por ende las normas de los ordenamientos jurídicos internos muchas veces no pueden ser aplicadas. La naturaleza de los bienes basados en las comunicaciones que son intangibles demuestran aquello.

La respuesta para enfrentar el problema dado por la tecnología y por las costumbres de los usuarios y proveedores de bienes y servicios en la web, ha sido tomar como un todo a las relaciones surgidas en la red y desde ese enfoque emprender en algún tipo o modelo de regulación, que algunas veces es dada por la autonomía de la voluntad, la autorregulación, por políticas de entes privadas con autoridad en tecnología y estándares en lo que se refiere a infraestructura de la red y de servicios vinculados o simplemente regulaciones dadas por el mercado.



e) Transversal.

Aparte de que las comunicaciones son objeto de estudio por parte de la Informática, Telemática, Telecomunicaciones etc., en su parte técnica y por varias ramas del Derecho como: el Derecho Informático, Derecho Telemático y el Derecho de las Telecomunicaciones.

Estas áreas y las regulaciones que se emiten respecto de los principales problemas, que plantean el entorno internet, involucran que tanto las disciplinas tradicionales como las más novedosas se conjuguen para de esta forma dar solución a los problemas que se encuentran presente. Por ello; es necesario que de forma transversal, se tome en cuenta los criterios y principios de las diversas disciplinas con la finalidad de que las regulaciones consideren todos los aspectos que fuera posible, ya que las comunicaciones en la red actúan de forma imperceptible en varias disciplinas y causa efecto en igual forma.

f) En Constante Formación.

La tecnología y las diferentes disciplinas y ámbitos que se encuentran vinculados con el fenómeno Internet no son inmutables. Al estar ligados a los avances tecnológicos, ciertamente que no solo estos aspectos cambian, sino de igual forma el escenario donde se desenvuelve.

De allí, que sus normas, políticas, usos, costumbres etc., sean de un carácter transitorio y se encuentren evolucionando y trascendiendo en base a nuevos factores y conceptos. Por ello; no existe en esta área una definición concreta en varios aspectos, sino una retroalimentación que permite crear criterios temporales, útiles para solucionar aspectos concretos.



Regulación de las Comunicaciones en el Ámbito Internacional en Base al Factor Convergente: Descripción de los Diferentes Modelos Regulatorios.

-En los Inicios.

Para partir al análisis de los modelos regulatorios emprendidos a nivel internacional, es necesario manifestar que el tema de la regulación de las comunicaciones, fue objeto de un profundo análisis de contenido filosófico-jurídico. Que trataba de ajustar un planteamiento correcto, que permita sobretodo explicar este nuevo fenómeno que se observaba en la sociedad y en base a ello, buscar una regulación adecuada.

Cuando internet sorprendió a propios y extraños, por sus características, potencialidades en aplicación y de la creación de nuevas realidades que se podían experimentar y la transformación de casi todas las actividades del hombre a un plano superior denominado digital o electrónico, se planteó la idea de la *“regulación imposible”*.

La regulación imposible basa su fundamento, en la imposibilidad práctica de aplicar una regulación de carácter jurídico en los términos tradicionales, debido a la naturaleza del proceso que se desarrollan las comunicaciones en internet, que son aterritoriales y en la que; no se puede ejercer soberanía y con ello no se pueden ejercer la coerción que requieren las normas jurídicas para ser aplicadas y respetadas en todas las relaciones sociales.

Además, la falta de mecanismos de control para determinar el lugar de inicio de las comunicaciones, así como; cual es su autor, fijaba una interrogante en la aplicación de las normas, que pese a tener una normativa viable no se podía sancionar al autor de una comunicación o peor aún determinar desde donde se la inicia para aplicar la Ley competente. Puesto que las comunicaciones son variables, muchas veces no podemos identificar el IP desde donde se inició las



comunicaciones, mucho menos quien es la persona que está delante del monitor accionando las teclas y dando órdenes para generar el intercambio de datos.

En definitiva internet era visto como el lugar de la no regulación, claro visto desde la perspectiva tradicional.

Frente a ello, luego se planteó como respuesta la idea de la conveniencia de regular las comunicaciones que usaban como plataforma el Internet. Basaron sus postulados en dos premisas fundamentales a saber:

- a) Internet como oportunidad.
- b) Internet como riesgo.

La primera se la puede considerar como una doctrina optimista que tiene como esencia a la libertad, pero no la libertad comprendida como ausencia de toda norma, sino como el ejercicio de las capacidades del ser humano, que pueden crear oportunidades en base de las potencialidades que pueda alcanzar.

Al concebir al internet como una oportunidad que debe ser regulada en un entorno de libertad, se establece dos ámbitos en los que gira la propuesta y que son: el político y el económico. En lo político las comunicaciones realizadas en la red no son susceptibles de la intervención estatal, por ende se dejaría abierto un espacio para una libre regulación basada quizá en la autorregulación o en la autonomía de la voluntad de las partes.

El segundo aspecto optimista hace referencia a la oportunidad de internet en el plano económico y a su natural desarrollo ajeno de la intervención estatal, como un factor catalizador que permite el libre desenvolvimiento del mercado. La autorregulación en base de las fuerzas del mercado fuera de la aplicación de los intereses públicos, permitirá que se aplique la teoría de la *“mano invisible”* de



Adam Smith en virtud de la cual: *“la concurrencia de intereses personales en el mercado lleva al mejor resultado económico posible más allá de toda planificación o intervención pública.”*¹⁸

La segunda premisa, concibe al internet como un riesgo, debido a la ausencia de una autoridad estatal y la falta de control y desde allí, establece un criterio en el que; se debe enmarcar las posibles regulaciones. Ejemplo de lo manifestado es la Ley estadounidense *“Arm Export Control Act”*, que partía del hecho de considerar un riesgo a la circulación de mensajes de datos por la red, por lo cual; se consideraba a los mensajes de datos encriptados como una munición, por ello su circulación era restringida, en esa medida el software que permitía la encriptación era considerada como una arma de guerra.

La falta de intervención estatal era vista por los Estados como un riesgo, ya que; la libre difusión de contenidos no tenía control y por lo tanto, se temía que circulen ideas contrarias o que puedan desestabilizar a los gobiernos.

-Evolución de las Concepciones Originales.

Las posiciones doctrinarias expuestas encontraron una respuesta que trataba de conciliar el criterio de *“libertad”* de lo que sucede con las comunicaciones en el Internet. Tanto la regulación imposible como las teorías regulatorias optimistas y pesimistas, tenían un criterio errado de lo que se debe entender por libertad. Se asumió como la ausencia de normativa y de control Estatal, lo cual era reprochado porque no siempre las regulaciones provienen del Estado, a más que podían establecer mecanismo de orden político y técnico para el control.

¹⁸ Caffera, Gerardo *“Autonomía Privada en Internet y el Proceso de Formación del Contrato Electrónico”* Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo III. Fundación Cultura Universitaria. P. 78. Montevideo-Uruguay 2002.



La libertad debe ser entendida como una oportunidad, esta es la concepción establecida por la doctrina estadounidense.

La política de la administración de Clinton en relación a la regulación de Internet era la de otorgar un rol primordial a la parte privada, sobre todo a las grandes empresas vinculadas al tema. El Estado cuando deba intervenir no lo debe hacer para establecer normas, sino para asegurar la vigencia de ciertos principios como: la libre competencia o la tutela de la propiedad intelectual.¹⁹

Se puede apreciar que la política como doctrina estadounidense se suma al criterio de considerar a la libertad, en base al comercio como una forma de autorregulación privada. Se pretende dotarle de suficiente independencia y autonomía para que pueda llegar a tener un enfoque global. Son muy decidoras las frases empleadas en el documento de 1997 sobre esta temática y que señalan: *“que el comercio electrónico tiene que desarrollarse como una arena, un escenario, dirigido por el mercado (“market driven arena”)*²⁰.

La Directiva número 5, 2000-31 de la Unión Europea sobre Comercio Electrónico, es coincidente con el punto de vista de tomar a la libertad como base de una regulación futura entendida en un marco de principios mínimos, influenciada sobre todo en la regulación comercial.

Aunque al parecer trae a colación principios que vienen dados desde la creación de la UNCITRAL y de documentos internacionales que le preceden como la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹⁹Lease en Cfme. Jane K Winn “Electronic Commerce law: 2001 Developments” en The Business Lawyer. Noviembre. 2001. Volumen 57 Número 1 pag. 44.

²⁰Caffera, Gerardo “Autonomía Privada en Internet y el Proceso de Formación del Contrato Electrónico” Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo III. Fundación Cultura Universitaria. P. 80. Montevideo-Uruguay 2002.

*En esta cita se hace referencia al documento de 1997 llamado “Electronic commerce on the Internet Should be facilitated on a global basis.”



Su avance radica al parecer en fijar la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de servicios en la Internet como principios básicos, que hay que respetar, para que el comercio electrónico sea posible.

En consecuencia, hay que romper los obstáculos y las dificultades que representen una amenaza a la aplicación de dichos principios.

La visión europea respecto a las regulaciones que se fijan en el Internet ha dejado un amplio marco de actuación para la autorregulación y la autonomía privada como muestra de la aceptación de la libertad como eje para establecer una normativa válida y vinculante.

Es tanto así, que la Directiva que hemos hecho mención fija nuevos principios hasta entonces desconocidos como: el principio de no autorización, en virtud del cual los prestadores de servicios no requieren de autorización previa para ofertar cualquier clase de servicios relacionados con la “Sociedad de la Información”. Y el principio sentado en el Art. 9.1 que compromete a las legislaciones nacionales europeas adecuar su normativa para que puedan dar la validez que corresponde a la celebración de contratos celebrados mediante vía electrónica. Estos principios en la actualidad se encuentran en plena vigencia, incluso son recogidos por algunas normas nacionales en materia de comercio electrónico.

Se concluye luego del análisis en que hemos emprendido, que la libertad como principio se encuentra plenamente vigente, desarrollado y continuado en una serie más de principios adicionales. De la misma forma, no se puede negar la intervención estatal que posee las comunicaciones en la red, aunque es mínima está para hacer respetar los derechos y las garantía individuales fundamentales y lo que atañe al interés general. Esto responde en primer lugar, a la influencia norteamericana en el desarrollo del Internet en su parte de políticas y de regulaciones. En segundo lugar al desarrollo técnico mercantilista de las nuevas



tecnologías que busca mayor espacio de desarrollo y poca influencia de la parte pública.

-Modelos Regulatorios.

Los sistemas jurídicos tradicionales toman a la libertad desde el punto de vista de respeto de la regulación, en base de principios previamente establecidos y que nacen de la aplicación de costumbres y prácticas de muy dilatada trayectoria. Generalmente estos principios nacen de la autonomía de la voluntad de las partes o de la aplicación especializada de cierto gremio o grupo de gente, que por iniciativa privada regula un tema determinado, como los comerciantes por ejemplo. Concretamente debemos decir; que son dos los modelos aplicados por los sistemas jurídicos que intentan regular los diversos temas que tienen que ver con las comunicaciones en el contexto Internet.

En primer lugar tenemos al modelo internacional, propuesto por varios organismos mundiales como la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual), OMC (Organización Mundial de Comercio), Cámara de Comercio Internacional, OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) entre otros, que poseen como base dictar normas de carácter general y programático, que sirven a manera de modelo o sugerencia para ser aplicada o incorporada a los ordenamientos jurídicos de los distintos países del mundo.

Se basa en la autoridad moral que poseen los organismos internacionales, en donde se encuentran personal muy especializado en los diferentes temas, principalmente en lo relacionado con la *“Sociedad de la Información”*, a más que; la estructura de estos organismos permite un estudio minucioso y un debate participativo, que brinda legitimidad a sus resoluciones. Este modelo tiene una



marcada influencia del “*common law*”, aunque recoge ciertos principios de los sistemas romanistas y los sistemas socialistas.

Sus regulaciones al ser formuladas como sugerencias toman el nombre de Convenciones, Acuerdos, Leyes Modelos, etc.

En segundo lugar tenemos el Modelo Europeo o de aplicación directa, en el cual; las regulaciones efectuadas son aplicadas inmediatamente por los países que son parte de este mercado común europeo para de esta forma crear un marco jurídico uniforme.

Las normativas que nacen de este modelo poseen características del sistema jurídico romano o continental, que es propio de los países europeos y que por tradición hemos desarrollado los países latinoamericanos. Varias son las Directivas que se han vertido sobre los temas atinentes a las comunicaciones en el Internet, las mismas que fijan Leyes que tienen coercitividad entre los países miembros.

Estos son a breves rasgos los dos sistemas normativos o de regulación que se han establecido para normar las comunicaciones en la esfera digital a continuación detallaremos cada uno de ellos:

-Modelo Internacional.

Las comunicaciones como problema regulatorio no son algo reciente, sino que posee un largo recorrido. En documentos referentes al comercio internacional como la Convención de Viena de 1980 (sobre Compraventa Internacional de Mercaderías), se regula el tema de las comunicaciones. Se habla de ellas, cuando se topa el tema de la formación del contrato de compraventa internacional de mercadería, en lo que; refiere al perfeccionamiento. Este sucede cuando la



oferta ha sido aceptada en debida forma, para que esto ocurra el consentimiento debe ser expresado por un canal o medio de comunicación.

En el Art 20 de la referida Convención se habla de comunicaciones como telegrama, carta, teléfono, télex u otros medios de comunicación, como medios para expresar la oferta, la aceptación de la oferta o la proposición de una contraoferta en su caso. Se regula en el primer supuesto, con el criterio de la expedición, por su parte las comunicaciones hechas por teléfono o télex se aplica el criterio de recepción.

Posteriormente aparecen como forma de comunicación los EDI's (Intercambio Electrónico de Datos), que se los realizaban en redes cerradas que viene a constituir los inicios del comercio electrónico. Finalmente encontramos al mensaje de datos, forma jurídica y técnica que asume la información en el entorno digital, para brindar seguridad, validez y efectos jurídicos al intercambio de información efectuada por medios electrónicos.

El modelo internacional dado su naturaleza de crear normas marco, que constituyan sugerencias o modelos para los Estados, se encarga de establecer principios en el tema que nos ocupas. Las distintas normas son repetitivas en los principios como: el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de formas, la equivalencia funcional, la buena fe, neutralidad tecnológica, etc.

El mensaje de datos es una creación que viene dada por el modelo internacional en la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico, elaborada por la UNCITRAL en el año de 1996. En el literal a) de su artículo 2 efectúa una definición de mensaje de datos, basado en los casos que se entenderá que la información de conformidad a la vía que se utilice para su creación, intercambio o almacenamiento puede ser considerada como mensaje de datos.



Así un mensaje de datos es: *“la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax;”*²¹ De la definición expuesta podemos extraer un principio que está a lo largo de todo esta Ley modelo que es; la neutralidad tecnológica en virtud de ella, no se discriminará ningún tipo de tecnología que pueda suplir que la información pueda adoptar una forma electrónica que puede servir potencialmente para su intercambio o almacenamiento, esto es lo que se intuye de la palabra similares.

Por ende, se deja la puerta abierta a cualquier tipo de tecnología que sirva para el intercambio, lo único que se exige es que; el medio sea diferente al tradicionalmente empleado, es decir; distinto al puño y letra.

En el Art. 5 *ibídem* se reconoce la validez de los mensajes de datos, teniendo éste la misma validez y vinculación jurídica, siempre que reúna los requisitos establecidos por las leyes, dependiendo de cada materia y la naturaleza del acto o hecho, con el que; se vincula un mensaje de datos.

En principio la ley modelo desde su Art. 5 al 9, fija los requisitos propios y que ya lo hemos visto para el mensaje de datos como son: integridad, conservación, equivalencia funcional y su vinculación directa con una firma electrónica y su certificado respectivo, que permite saber de forma cierta y clara la persona quién se asume como autora de ese mensaje de datos, que posee efectos jurídicos.

Luego el mensaje de datos deberá cumplir con los demás requisitos exigidos por las leyes especiales por ejemplo: si se realiza un contrato de compraventa de inmuebles el mensaje de datos deberá ser elevado a escritura pública y celebrada

²¹ Ley Modelo de la UNCITRAL Sobre Comercio Electrónico. Art. 2



ante un Notario, para que tenga validez jurídica, luego éste contrato tendrá que inscribirse para que se perfeccione la transmisión de dominio de éste bien.

Entonces deberán cumplirse con las solemnidades impuestas por leyes especiales en este caso con las previstas en el Código Civil. La Ley Modelo de manera expresa no fija lo manifestado como requisito del mensaje de datos, pero lo podemos deducir a lo largo de todas sus disposiciones comenzando desde su Art. 6 que tácitamente remite la aplicación de la Ley interna, cuando habla de la equivalencia funcional, dando igual valor a lo escrito que a lo contenido en un mensaje de datos.

Lo propio ocurre con el subsiguiente articulado, que suple el requisito de firma manuscrita por la firma digital o lo fijado en el Art. 10 que hace referencia a la conservación de documentos manifiesta que ésta puede cumplirse con el almacenamiento de mensaje de datos.

Finalmente el numeral 1 del Art. 11 da plena validez a la contratación electrónica, por ende; otorga validez a los contratos efectuados vía mensaje de datos, pero igualmente no se los excluye del cumplimiento de los requisitos fijados por las leyes nacionales.²²

-Modelo Europeo.

El modelo europeo o de aplicación directa, posee las características de ser un marco jurídico de inspiración predominantemente mercantil, que busca la uniformidad en temas específicos, para dotar de seguridad a la Unión Europea. Las raíces jurídicas de estos sistemas como sabemos tienen su origen en el derecho

²² En el numeral 1 del Art. 11 de la Ley Modelo de la UNCITRAL Sobre Comercio Electrónico se establece: *No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.*



romano y por lo tanto, son plenamente compatibles con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Son muy amplias y variadas las Directivas emitidas por la Unión Europea, pero para nuestro estudio optaremos por citar las más importantes; Directivas como: la 93/99 Sobre Firmas Electrónicas, 2000/31 y 95/46 CE Sobre Comercio Electrónico y la Protección de las Personas Físicas Respecto al Tratamiento de Datos Personales y a la Circulación de estos Datos, 97/66/CE del Parlamento y Consejo Europeo, Sobre la Protección de Datos Personales y la Protección a la Intimidad en las Telecomunicaciones, la 97/7/CE Sobre la Protección al Consumidor en los Contratos Celebrados a Distancia.

También, la Unión Europea, pese a no ser su rasgo característico, ha incursionado en el campo de establecer documentos que son sugerencia o en los cuales establecen modelos regulatorios para que sean adoptados por otras legislaciones, pues así tenemos: Decisión del 92/242/CCE; que establecen sugerencias o líneas de acción que se deben contemplar o aplicar con respecto a los principales problemas que puedan surgir en la seguridad de los sistemas Informáticos y El Libro Verde de la Unión Europea, que señala un conjunto de planes, acciones, políticas, programáticas para mejorar los principales temas referentes a la Sociedad de la Información.

Los principios de las Directivas, así como los demás documentos elaborados por la Unión Europea, poseen los principios recogidos por UNCITRAL, uno de ellos es armonizar la legislación internacional que debido al desarrollo cultural, social, comercial, ideológico etc., no son coincidentes, por lo tanto la intención es tener documentos normativos uniformes para la Comunidad.

También uno de los principios rectores de los documentos de la Unión Europea, es la proporcionalidad, considerada como; efectuar las acciones posibles



tendientes a conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior. En ese principio se incluye el de respetar la validez y efectos jurídicos de los contratos o acuerdos de voluntad celebrados por vía electrónica. Esto incluye la validez de todo el proceso contractual llevado a cabo por vía electrónica.

La Directiva Europea 2000/31 reconoce la validez de las comunicaciones en general como fuente de generación de acuerdos de voluntad o contratos, que a la postre se traslucirán en comercio. Hay que destacar que reconoce indistintamente las comunicaciones tradicionales y las que se generan o producen a través de las Tecnologías de la Comunicación y la Información. Nótese lo fijado en la Directiva mencionada *“todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones regladas.”*²³

El modelo Europeo no se preocupa de definir lo que se debe entender como mensaje de datos, pues adopta lo establecido en la Ley Modelo por la UNCITRAL, en lo que si se preocupa es en tres temas fundamentales que son: El acuse de recibo como obligación del prestador de un servicio relacionado con la Sociedad de la Información, La Firma Digital y la Determinación del lugar de la celebración del contrato efectuado vía electrónica.

A continuación analizaremos cada uno de estos temas.

a) Acuse de Recibo.

Como se dijo desde un principio, el acuse de recibo es una de las obligaciones del ofertante de bienes o del prestador de servicios, relacionados con la Sociedad de la Información. El acuse de recibo no es más, que la

²³ Directiva Europea 2000/31 artículo 2 inciso f) Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 17.7.2000 p. 178/5



manifestación del destinatario del mensaje de datos, confirmando que el mismo ha llegado sin retrasos y por vía electrónica. En consecuencia, en su caso el prestador o el ofertante enviará un mensaje de datos cumpliendo los requisitos establecidos en la Directiva que son; enviar en el menor tiempo posible, desde que tuvo acceso al pedido y que a su vez sea accesible para el destinatario final.

Una vez cumplidos estos requisitos el mensaje de datos o la comunicación enviada, vincula al oferente o prestador a cumplir con el requerimiento solicitado, a la par que es un instrumento que garantiza y le libera de responsabilidad a quién lo cumple.

b) Firma Digital.

Un mensaje de datos por si solo no posee validez o fuerza probatoria, debe estar vinculado a una Firma Electrónica y a un certificado de firma, que garantice la identidad de la persona titular de esa firma y en consecuencia se presume el otorgamiento de su consentimiento en las declaraciones de voluntad contenidas en el mensaje de datos.

Tanto la Firma Electrónica como el certificado vinculado a él son elementos indispensables para brindar seguridad jurídica en la formación de los contratos comerciales efectuados vía electrónica. La Directiva del 13 de Diciembre de 1999, del Parlamento y Consejo Europeo sobre Firma Electrónica establece como principio regulatorio en este campo el respeto a la normativa interna de los países miembros, en lo que; respecta a la formación y solemnidades de los contratos, pero aclara, que en lo que; tiene que ver con la Firma Electrónica en cuanto a su elaboración y efectos deberá basarse en lo fijado en ésta Directiva.

La Directiva europea pese a ser anterior a la Ley Modelo de UNCITRAL, en esencia reconoce los mismos principios y rasgos conceptuales de la firma



digital como sus efectos de vinculación y de equivalencia funcional. Lo que le distingue de la Ley Modelo de Comercio Electrónico elaborada por UNCITRAL, es la imposición de mayores requisitos en la parte técnica para garantizar sus plenos efectos jurídicos.

Así se exige que se trate de una firma electrónica avanzada es decir; que posea mecanismos técnicos de seguridad y confiabilidad en el proceso de creación y transmisión de la firma, como también se impone que la firma se encuentre respaldada por un certificado reconocido. Es decir, emitido por una entidad certificadora que avale la identidad del titular, la vigencia del certificado y por ende, la confiabilidad de la seguridad en la transacción realizada.

Las Entidades Certificadoras de Firma, de acuerdo a la Directiva son responsables por los daños o perjuicios que surgieran por la confianza razonable que se deposite en el certificado de firma.

c) Lugar de Celebración del Contrato.

El intercambio de datos se desarrolla en una esfera global, en la cual; no podemos determinar a cabalidad el tiempo y lugar de envío y recepción de los mensaje de datos, por ello, la Directiva de la Comunidad Europea 2000/31 Sobre Comercio Electrónico manifiesta que se entenderá como: tiempo de envío aquel que conste en el momento que sale de una red o un sistema de información del emisor.

Por su parte el tiempo de recepción será aquel en el que conste en la red o sistema de recepción del emisor.

En cuanto al lugar en donde se generó el mensaje de datos, que nos servirá para inferir en algún momento el perfeccionamiento de un contrato, la Directiva Europea es partidaria de la tradición mercantilista de vincular el lugar donde se



encuentra el establecimiento comercial, para fijar la legislación a la cual se somete los actos contractuales que nacen del intercambio de los mensajes de datos.

Si bien, se lo define al establecimiento comercial como un vínculo de conexión con una legislación determinada, éste término dada la trascendencia del fenómeno Internet es considerado por la Directiva independientemente del lugar donde se encuentre la tecnología o el servidor. Considera de trascendencia fundamental el lugar donde se realice la actividad económica o donde se efectúe la actividad concreta de prestación de servicios para someter este acto a una determinada legislación.

Sin embargo, pese a lo dicho el documento europeo reconoce el derecho que tienen las partes en base a la autonomía de la voluntad, para fijar los criterios que determinan el tiempo y lugar de envío de los mensajes de datos. Así como, respeta la autonomía de la voluntad para la sujeción de un acto o contrato efectuado vía electrónica a una legislación determinada.

1.3 Descripción del Tratamiento de las Comunicaciones en la Legislación Ecuatoriana.

Lo hemos expresado líneas antes y llegamos a la conclusión de que el mensaje de datos es una creación jurídica y técnica que se le ha dado a la información con la finalidad de proteger el bien jurídico fundamental en estos nuevos tiempos, que es; la información, en todas sus formas y en la potencialidad que representa para el emisor o el destinatario final de la misma.

La legislación ecuatoriana conserva los rasgos característicos de ésta tendencia que se impuso por parte de los países Europeos como los Estados Unidos, que poseen un mayor recorrido en estos temas. La Ley Modelo de la UNCITRAL



Sobre Comercio Electrónico ha marcado el referente a seguir para los ordenamientos internos del mundo.

El Ecuador no ha sido la excepción y ha seguido la Ley de la UNCITRAL en su mayor parte, claro que, adecuándolo a nuestra realidad normativa y aportando a la regulación nuevos aspectos que no han sido considerados por la Ley Modelo. Lo relacionado a los derechos de los consumidores de servicios electrónicos, entidades de certificación, lo referente a los tipos penales informáticos, así como; establecer la firma electrónica avanzada como uno de los requisitos de validez, son algunos de los aspectos nuevos recogido en la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana.

Concepto Mensaje de Datos.-

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos entró en vigencia el 17 de Abril del 2002. Del título que tiene la Ley podemos extraer que el mensaje de datos, es uno de los temas más desarrollados en esta norma.

Así se entenderá por mensaje de datos: *“toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.”*²⁴

El criterio para definir el mensaje de datos es la vía por la cual nace o se envía la información, pues claramente la palabra por medios electrónicos viene a constituir la esencia del mensaje de datos. La información para que goce de esta categoría

²⁴ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana Disposición General Novena.



jurídica, entonces deberá ser creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por vía electrónica.

Nótese que la Ley no establece en su redacción, que el mensaje de datos debe cumplir con todos los supuestos que plantea, basta que cumpla con uno de ellos, para ser considerado mensaje de datos.

La información contenida en un medio electrónico, así se encuentre en un estado pasivo, es decir; no cumpla con la función a la que está potencialmente dispuesto a cumplir, se encuentra protegido por la legislación ecuatoriana, pues es considerada mensaje de datos. De igual forma para el intercambio, comunicación o envío no se exige que se lo haga por medios electrónicos, sino que su estado original sea de connotaciones electrónicas, esto lo podemos intuir de la frase *“que puede ser intercambiada por cualquier medio”*.

Finalmente, la definición expone una lista de ejemplos de documentos electrónicos que no es restrictiva, entre ellos se encuentra algunos considerados antiguos como: telegrama, télex, fax y los EDI's. El concepto de mensaje de datos trata de ser inclusivo y no discriminatorio con otro tipo de medios electrónicos de comunicación como tecnologías.

Precisamente se trata de garantizar el principio de neutralidad tecnológica, pero para que en estos medios se pueda generar, crear, enviar, almacenar, recibir, etc., información considerada mensaje de datos, debe contar con la capacidad tecnológica para identificar inequívocamente entre el emisor del mensaje y su firma electrónica. A más de que, estos medios deberán permitir que la información contenida sea accesible para su posterior consulta. Solo así, se garantiza la validez jurídica que tiene el mensaje de datos y por lo tanto se le otorga la equivalencia funcional.



Claro que no existe una norma expresa que consagra lo manifestado, pero este es nuestro criterio que se lo puede apreciar, luego de leer en su contexto el Título Preliminar de la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana en especial sus Arts. 8 y 10.

La Ley ecuatoriana para la definición de mensaje de datos, se basó en el literal a) del Art. 2 de la Ley modelo de la **UNCITRAL**, pero a más de reconocer las categorías de documentos electrónicos que son mensaje de datos y los supuesto en los que la información goza de esa categoría, se va más allá y abarca a toda información que conste por medios electrónicos, incluso sin importar la forma en que se produzca su intercambio.

Este es el aspecto que marca la diferencia con la Ley modelo de UNCITRAL.

Características del Mensaje de Datos.-

El componente técnico y jurídico que posee el mensaje de datos, hace que goce de unas características especiales, propias de esta nueva forma de protección que posee la información. A continuación y basado en esta perspectiva abordaremos las principales características que tiene el mensaje de datos de conformidad a la Ley ecuatoriana.

a) Validez Jurídica.

Desde la elaboración de la Ley Modelo de UNCITRAL, se topó este tema. En el Art. 5 del mencionado cuerpo normativo se estableció la validez y el reconocimiento jurídico del mensaje de datos. El legislador en su redacción prefirió hacerlo desde un punto de vista negativo, es decir; se redactó manifestando que: no se restará validez y reconocimiento jurídico a la información por el hecho de que esté contenida en un mensaje de datos.



Antes que comenzar declarando la validez y reconocimiento jurídico de la información contenida en un mensaje de datos, tal como, sí lo hace la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador en su Art. 2 *“Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”*²⁵.

De todas maneras lo que hay que reconocer, es que; ambos cuerpos normativos conservan la idea de proteger la información, bien jurídico fundamental cuando posee la forma de un mensaje de datos. Este reconocimiento parte de un hecho fundamental, aceptar la nueva realidad que se presenta en la sociedad, que es; que existen aparatos tecnológicos que nos permiten guardar información por medios electrónicos y que ésta información, puede cumplir con los mismos requisitos que la información contenida en registros tradicionales, por tanto, si cumple con esto, es obvio que tendrá los mismos efectos jurídicos.

Claro que, el cumplimiento de estos requisitos no deben ser idénticos, sino similares, pues nos encontramos en una realidad diferente, por eso, cuando se requiera que una información conste con firma por ejemplo, este requisito será cumplido cuando al mensaje de datos se le acompañe la firma electrónica y su certificado respectivo.

Lo importante del reconocimiento de la validez del mensaje de datos son sus efectos jurídicos, pues nos sumamos a las palabras de María Clara Gutiérrez, cuando expone: *“...en esencia, el eje fundamental de la adaptación normativa que se hace en los ordenamientos jurídicos para responder a las novedades tecnológicas que se incorporan a la vida cotidiana y comercial de los países. A*

²⁵ *Ibíd.* Art. 4.



*partir de allí se encajan las relaciones y demás consideraciones jurídicas y técnicas de las relaciones comerciales.*²⁶

Esa adaptabilidad jurídica que ha ganado el mensaje de datos como lo expone la autora antes citada, permite consecuencias jurídicas prácticas cuyo papel son simplificar las diversas relaciones sociales.

Así por ejemplo, se permite la contratación electrónica realizada mediante mensaje de datos, o sea, la voluntad contractual se puede perfeccionar a través de esta nueva vía, siempre que se cumpla con los requisitos y solemnidades establecidos en la Ley.²⁷

Otra consecuencia jurídica es la equivalencia funcional, ya que; al tener igual valor el mensaje de datos que una información escrita, un mensaje de datos puede suplir a un documento escrito. Lo dicho se encuentra recogido por el Art. 6 ibídem.

Lo mismo ocurre con la valoración de un mensaje de datos dentro de un juicio. De conformidad con lo que dispone la Ley ecuatoriana en la materia en su Art. 52 tiene idéntico valor jurídico un mensaje de datos, que un documento escrito y será admitido como prueba. Para su apreciación se someterá a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, citaré lo recogido en el Art. 14 de la Ley en cuestión que le da el mismo valor a la firma electrónica que la firma manuscrita. Como sabemos esto es muy importante, porque el mensaje de datos como veremos más adelante tiene una vinculación íntima con la firma electrónica y con su respectivo certificado de firma.

²⁶ Gutiérrez, María Clara “Desarrollos en Regulación en Comercio Electrónico en los Países de la Región Andina.” “Revista de Derecho Informático AlfaRedi”. En línea, Formato HTML. Citado El 26 De Octubre Del 2009.

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10731>

²⁷ En el Art. 44 y 45 de la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador se fija la validez de la contratación electrónica y exige a los mensajes de datos los mismos requisitos que los establecidos para los documentos físicos.



b) Equivalencia Funcional.

Considerado como un principio fundamental dentro de todas las normativas que se ocupan de regular lo referente al comercio electrónico. Implica el reconocimiento de la información contenida en un mensaje de datos, es igual a su similar contenido por medios tradicionales.

Este principio abarca un amplio campo de acción, pues no solo supone la equiparación de la información tradicional, versus la información contenida en mensaje de datos, sino que implica una serie de consecuencias jurídicas que abren el camino para que el comercio electrónico, pueda encontrar su camino al desarrollo.

La “equivalencia funcional” es un principio cuya concepción se encuentra impregnando a los demás articulados de la normativa, pues de las consecuencias de aceptar este principio se vislumbran posibilidades como realizar la celebración de un contrato on line, o sea, que el perfeccionamiento del mismo se lo haga vía mensaje de datos.

Con esto se ha ganado cualitativa y cuantitativamente, ya que; la forma en que viaja la información es más versátil, así como; las posibilidades de hacer negocios en base a la función que otorga el mensaje de datos es ilimitada. De lo analizado se desprende que la “*equivalencia funcional*” es un principio de carácter general que posee un carácter unificador de la legislación.

Este principio se encuentra recogido, tanto por la Ley Modelo de la UNCITRAL, como en la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriano. En la Ley ecuatoriana se establece este principio en los Arts. 6 y 7, de los cuales se desprende ciertos requisitos que el mensaje de datos debe cumplir, para ser equiparable a una información escrita.



- 1) Cuando la Ley requiera u obligue que la información conste por escrito este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos.
- 2) Que la información contenida en el mensaje de datos sea accesible para su posterior consulta.
- 3) Cuando se exija para su validez se consigne la firma, éste requisito quedará cumplido con la firma electrónica siempre que: *“permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos;”*²⁸.
- 4) Si se exige que la información conste en una forma original este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, si *“...puede comprobarse que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez...”*²⁹

Estos son los requisitos establecidos por la legislación ecuatoriana, que permiten dar al mensaje de datos unas características de equivalencia, que le confiere una serie de consecuencias jurídicas fundamentales que ya hemos visto y que también brindan seguridad jurídica a las personas que crean o extinguen relaciones jurídicas a través del mensaje de datos.

c) Neutralidad Tecnológica.

Es una característica más de los mensajes de datos, pero a la vez es un principio básico-fundamental de la normativa que rige el comercio electrónico. En la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre Firmas Electrónica del 2001, es en donde por primera vez en un documento normativo se plantea la “neutralidad tecnológica” como uno de los principios rectores del comercio electrónico.

²⁸ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana Literal b) Art. 15

²⁹ Ibídem Art. 7



Este principio consiste en no privilegiar o discriminar un medio tecnológico o producto técnico en particular, en lo que; respecta a la transmisión, generación, almacenamiento y demás funciones que pueda cumplir un mensaje de datos. Al ser, un principio general no solo abarca el tema de los mensajes de datos que este rato nos incumbe, sino temas como la firma electrónica y los certificados de firma vinculados a ella.

Al ser la “neutralidad tecnológica” un tema predominantemente tecnológico, pero con consecuencias jurídicas, establecer el marco de acción de este principio, como delimitar su concepto ha sido un tema de debate en esa área. En el campo tecnológico se discute la “neutralidad tecnológica” versus el criterio de fiabilidad o seguridad tecnológica, pues se puede asegurar la neutralidad, pero sin tener fiabilidad o seguridad, pero si se aplica el criterio de la fiabilidad o seguridad puede que se esté, desde el punto de vista conceptual privilegiando alguna tecnología. Lo cual rompería el principio de la aplicación neutra de la tecnología.

En Colombia tuvo lugar un interesante debate sobre este tema cuando se discutía el *“Decreto Reglamentario de la Ley 527 de 1999, cuando se señalaba que al determinar que una firma digital válida fuera aquella que usara un sistema asimétrico de clave pública se estaría determinando por la vía legislativa que tipo de tecnología usar y en esa medida no se estaría garantizando el principio de neutralidad tecnológica.”*³⁰

Pero aportando al debate la opinión de matemáticos y de expertos en criptografía se pudo demostrar científicamente que no existía tecnología o aplicación tecnológica más segura que el sistema asimétrico de infraestructura de clave pública y privada, que permita de forma inequívoca identificar la autoría y la identidad del signatario de la firma y su vinculación con el mensaje de datos.

³⁰ Gutiérrez, María Clara “Desarrollos en Regulación en Comercio Electrónico en los Países de la Región Andina.” “Revista de Derecho Informático Alfaredi”. En línea, Formato HTML. Citado El 31 De Octubre Del 2009.



De lo cual, se puede concluir que se debe entender a la “neutralidad tecnológica”, dentro de un contexto de fiabilidad o seguridad, comprendido de acuerdo a la finalidad, para la cual fue creada.

Es coincidente la legislación ecuatoriana en este tema, pues se establece como uno de los principios de la infraestructura de firma electrónica, la “neutralidad tecnológica”. De igual forma se fija parámetros que comprende este principio, basado en criterios de fiabilidad y de seguridad.

Estos criterios que delinear la “neutralidad tecnológica”, se encuentran establecidos en el Art. 10 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico y los cuales expondremos brevemente.

- a) No discriminación a la firma electrónica como su medio de verificación.
- b) Prácticas de certificación basadas en estándares internacionales.
- c) Soporte lógico o conjunto de instrucciones para los equipos de cómputo y comunicaciones adecuados para el uso de firmas.
- d) Sistema de gestión que permita seguridad, confidencialidad transparencia y no discriminación.
- e) Bajo la supervisión de organismos de regulación y control de prestación de servicios.

d) Autonomía de la Voluntad.

En la misma mediada, la “autonomía de la voluntad”, es un principio rector de las normativas referentes a comercio electrónico. Este principio abarca muy amplias connotaciones y no es exclusivo del área electrónica, sino del comercio en general.



En la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se establece a la autonomía de la voluntad como un principio que limita el campo de acción de este cuerpo normativo. Pues se faculta a las partes en base a este principio excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención.

Es tanto, el poder que posee el acuerdo de las partes, que puede aplicarse incluso normas incompatibles o contrarias a la Convención de Viena, de lo cual se concluye que la “autonomía de la voluntad” posee un carácter coercitivo y regulatorio frente a las partes.

La Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, es una norma que goza de similares características a la antes anotada, pues su objetivo general es el desarrollo del comercio electrónico y para ello, debe hacerse eco de los usos y costumbres que a través del medio electrónico las partes establecen.

Estas prácticas y costumbres que estilan las partes son reconocidas por la Ley. Tanto en el Código de Civil, como en el Código de Comercio se fija el principio de autonomía de la voluntad de las partes y la costumbre como fuente supletoria de derecho.³¹ Sin embargo, éste principio en la legislación ecuatoriana no es ilimitado como en la Convención de Viena, posee su límite en base del principio general fijado en el Código Civil como lo establecido por normas especiales.

Concretándonos a la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana, observamos que la “autonomía de la voluntad” es un principio general que no se encuentra

³¹ El Art. 11 del Código Civil ecuatoriano, se regula la “autonomía de la voluntad de las partes” como un principio en virtud del cual; las personas pueden renunciar a sus derechos con tal que miren al interés individual del renunciante, a más dicha renuncia no debe estar prohibida por la Ley.

Por su parte en el Art. 4 del Código de Comercio se establece que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años.



expresamente declarado, pero que se lo intuye, después de la lectura de la norma en su conjunto.

En primer lugar, la disposición general quinta regula la autonomía de la voluntad de las partes, como: el derecho de las partes a convenir libremente y de mutuo acuerdo, en temas como el uso de tecnología para el intercambio de comunicaciones, dentro de una relación comercial o la formación de un contrato. También, la autonomía de la voluntad comprenderá la libertad que posee para fijar al arbitrio de las partes la jurisdicción en caso de conflicto.

A pesar del marco de acción que se declara con respecto a este principio, sin embargo, se pone una salvedad, la cual es que; “la prestación de los servicios electrónicos o uso de estos servicios se realice de forma directa al consumidor. En cuyo caso queda relegada la aplicación del acuerdo de voluntad de las partes.

En segundo lugar la “autonomía de la voluntad” de las partes, es un elemento que sirve para reconocer la validez jurídica de la información que se transmite vía electrónica, así no conste directamente relacionada a un mensaje de datos.

El Art. 3 de la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriano establece este supuesto afirmando: *“Se reconoce validez jurídica a la información no contenida directamente en un mensaje de datos, siempre que figure en el mismo, en forma de remisión o de anexo accesible mediante un enlace electrónico directo y su contenido sea conocido y aceptado expresamente por las partes.”*³²

De suerte, que la información puede ser vinculada a un mensaje de datos por remisión o anexo accesible. El requisito fundamental para darle el mismo valor que la información contenida en un mismo mensaje de datos, es que; las partes sepan y acepten de forma expresa, el contenido del anexo o remisión. Entonces

³² Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana Art. 3



en este caso, el acuerdo de las partes por mandato de la Ley sirve para darle validez a la información de este tipo.

En tercer lugar las partes en base de la “autonomía de la voluntad” podrán desmaterializar los documentos que por Ley deban ser instrumentados físicamente, por ello; cuando se requiera el original este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que cumpla con las exigencias fijadas en la Ley.

Para el caso de la desmaterialización de los documentos físicos, deberá acompañarse la firma electrónica y su respectivo certificado en la forma fijada en el Art. 29 de la Ley de Comercio Electrónico.

Tomándola a la “autonomía de la voluntad” desde este punto de vista, se la puede considerar como una facultad que la pueden ejercer o no las partes, pues se deja abierta la posibilidad de transformar la información física a mensaje de datos, para darle más fluidez y rapidez a las transacciones. Si las partes optan por esta posibilidad deberán cumplir con los requisitos establecidos para garantizar la seguridad y la titularidad de quién consigna su firma electrónica a la información, contenida en un mensaje de datos.

En cuarto lugar, la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriano, en ciertos campos le da total primacía a la “autonomía de la voluntad”, considerándola un elemento que delinea el marco regulatorio de los derechos y obligaciones de las partes. Solo cuando falta el acuerdo de voluntad la Ley establece los lineamientos que deberán obedecer las partes.

Así tenemos por ejemplo; lo que dispone el inciso primero del Art. 11 en relación al envío y lugar de recepción del mensaje de datos. “*Salvo pacto en contrario, se*



*presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes:..*³³

Luego el mencionado artículo, se ocupa de establecer una casuística con relación al momento y el lugar de emisión, envío y recepción de un mensaje de datos, concluyendo en ciertos supuestos en los que se fija claramente cuando la Ley presume el momento y lugar de emisión, envío y recepción del mensaje de datos. Obviamente, cada uno de los casos serán aplicados exclusivamente cuando no exista el acuerdo de voluntad de las partes.

También, las partes pueden imponer mayores requisitos o seguridades para el intercambio de la información a través de mensaje de datos, esto es una opción prevista en el Art. 15 de la misma Ley. Este artículo en su redacción norma los requisitos de validez de la firma electrónica, dándoles un amplio margen de acción a la voluntad de las partes.

Si se consigna un mensaje con una firma electrónica, la validez de la información o de las declaraciones de voluntad contenidas en él, dependerán si cumplen a más de los requisitos fijados en la Ley, los impuestos de común acuerdo con las partes.³⁴

Lo mismo ocurre, con respecto a los temas de perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos y la jurisdicción de controversias derivadas de dichos

³³ *Ibíd*em Art. 11

³⁴ El Art. 15 de la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador al establecer los requisitos de validez de la firma electrónica determina lo siguiente:reunirá los siguientes requisitos, sin perjuicio de los que puedan establecerse por acuerdo entre las partes:

a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular; b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos; c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado; d) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario, y, e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.



contratos. Estos aspectos se encuentran regulados en los Arts. 46 y 47 de la Ley de Comercio Electrónico.

Se impone para el perfeccionamiento el sometimiento a las solemnidades y requisitos que establecen Leyes especiales en la materia, dependiendo de la naturaleza del contrato que sea, que puede ser el Código Civil, Código de Comercio, Código de Trabajo etc., en cuanto al lugar se deja a las partes la facultad de determinar el lugar, donde se entiende se encuentra perfeccionado el contrato electrónico.

En la parte final del primer artículo que hemos anotado, se deja sentada la posibilidad de que las partes siempre y cuando lo haga en forma expresa, puedan entender que la realización de ciertos actos puede considerarse como aceptación del consentimiento de un contrato electrónico.

Claramente la Ley de Comercio Electrónico expresa: *“La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.”*³⁵, consecuentemente solo las partes pueden darle a los actos antes anotados el valor de aceptación.

El Art. 47, en lo tocante a la determinación de la jurisdicción aplicable para las controversias derivadas de los contratos informáticos, establece; que las partes tienen total libertad para en el contrato señalar cuál será la Ley aplicable, así como; el procedimiento para la solución de controversias, que pueden ser los ordinarios o los alternativos entre los cuales se encuentran la mediación y el arbitraje.

³⁵ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana Art. 46



Si no se ha estipulado esta cuestión, la Ley establece el camino para la resolución de estos conflictos que será: lo fijado en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Comercio Electrónico.

En lo que, respecta a la aplicación de los procedimientos alternativos este artículo deja sentada la posibilidad, que se pueda usar medios telemáticos o electrónicos, buscando la aplicación de los mismos en lo que, fuera compatible.

Esta norma que hemos hecho referencia, posee una sola excepción que tiene que ver con contratos que se hayan celebrado de conformidad a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en cuyo caso la jurisdicción aplicable es la del consumidor o usuario, así exista un pacto en contrario sometiendo a una jurisdicción diferente a la establecida en la Ley.

En quinto lugar, la autonomía de la voluntad permite desarrollar o agilizar las relaciones nacientes en el comercio electrónico, principalmente en el entorno internacional, por ello; la Ley de Comercio Electrónico es flexible en la cuestión de la firma electrónica y su certificado. Las partes pueden optar por un tipo de firma o certificado que dependiendo de la confianza, transacción, tecnología etc., puede ser que dicha firma o certificado sea más compleja, segura, ágil o puede ocurrir que no cumpla con la seguridad o agilidad tecnológica.

Si las partes optan por un tipo determinado de tecnología este acuerdo se respeta y suficiente para reconocer la firma como su certificado como válido independientemente o no de las bondades tecnológicas que posea.



Requisitos de Validez del Mensaje de Datos.-

Como se explicó anteriormente, se reconoce por parte de la normativa ecuatoriana la validez del mensaje de datos, dándole el mismo valor que un documento escrito. Este régimen, que goza el mensaje de datos, establecido a partir del Art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, implica el establecimiento de ciertos requisitos para poder tener el mismo valor de equivalencia funcional.

A continuación analizaremos estos requisitos:

El mensaje de datos debe ser íntegro, lo cual; implica un requisito que exige que la información contenida en el mensaje de datos, se mantenga completa e inalterable. Lo dicho, sugiere que no se quite o adhiera información que no constaba al momento que se generó por primera vez el mensaje de datos.

Como se puede apreciar este requisito hace referencia a la información en sí y no a la forma que posea la información, ya que el inciso segundo del Art. 7 de la Ley de Comercio Electrónico fija como salvedad cambios que se puedan efectuar con respecto a la forma de presentación, proceso de comunicación o archivo de la información.

También uno de los requisitos que se imponen por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano es que; el mensaje de datos sea susceptible, para que su información sea conservada. Claro que, el Art. 8 de la Ley ecuatoriana en la materia la plantea como una posibilidad.

En este caso puede ser exigida por la Ley o puede ser fruto del acuerdo de voluntad de las partes, en todo caso si se exige u opta por conservar al mensaje de datos, deberá establecerse el mecanismo de archivo de la información que



conste en forma digital de conformidad a los lineamientos del artículo que hemos mencionado.

Dentro de los lineamientos escogidos para la conservación se encuentran los siguientes;

- Que sea accesible para su posterior consulta, o sea que se empleen los mecanismos técnicos para que pueda ser revisada la información cuantas veces sea necesario.
- Reproduzca de forma fidedigna la información que constaba al momento que se generó, envió o recibió.
- Que conserve una gama de datos que posibilite el establecimiento de ciertas circunstancias como: *“...el origen, el destino del mensaje, la fecha y hora en que fue creado, generado, procesado, enviado, recibido y archivado.”*³⁶
- Que se garantice la integridad por el tiempo que las leyes y reglamentos lo exijan según el caso, tal como; lo expresa el Reglamento a la Ley de comercio electrónico. La integridad es la conservación de la información de modo completo e inalterable, o sea tal como se lo generó, envió o recibió por primera vez.

Finalmente citaremos la identidad y procedencia del mensaje de datos como lineamientos que deben estar plenamente claros, pues solo la información dentro de un mensaje de datos que conste de estas características, es considerada válida.

La consecuencia de esto, es que; habilita a la persona que recibe la información para actuar de conformidad con el contenido de dicha información. Siempre que

³⁶ Ibídem numeral c) Art. 8



se verifique la concordancia entre el emisor del mensaje de datos y su firma electrónica.³⁷

Su vinculación a una persona determinada es uno de los requisitos fundamentales, pues tanto en la parte activa como pasiva, es decir; el emisor y receptor de un mensaje de datos generan consecuencias jurídicas derivadas de la información contenida, siempre que cumpla con los demás requisitos. Por ello el emisor se comprometerá a dar, hacer o no hacer determinada cosa, por su parte el receptor tendrá la facultad de exigir el cumplimiento de lo expresado por el emisor.

Firma Electrónica y Mensaje de Datos.-

La firma electrónica cumple un papel de otorgar validez a la información, respecto de la cual se consigna el mensaje de datos. Ya que, una vez que existe coherencia entre la firma electrónica y el emisor de un mensaje de datos, dicha información goza de las características de integridad, autenticidad y no repudio.

En la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, comienza a regularse a partir del Art. 13.

Primeramente, hay que destacar que la legislación ecuatoriana opta por la regulación en base del criterio de la firma electrónica, diferente a la firma digital. Basado en este criterio regulatorio, la legislación ecuatoriana define la firma electrónica y desarrolla un conjunto de normas que reglan ciertas circunstancias como; los efectos, duración, requisitos de la firma, obligaciones del titular de la firma etc.

³⁷ El Art. 10 de la Ley de Comercio Electrónico establece como principio general la procedencia e identidad del mensaje de datos, basado en la vinculación del mensaje del emisor con la firma electrónica. Cuando esto se produce, se presume que el mensaje de datos pertenecerá a la persona que lo envía.



En segundo lugar, la diferencia entre los términos firma electrónica y firma digital no son únicamente semánticos, sino que se trata de diferencias eminentemente conceptuales, sobre todo, que se pueden apreciar en el campo técnico.

La Ley ecuatoriana define a la firma electrónica como: *“...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.”*³⁸

En consecuencia, del concepto dado se puede colegir que la firma electrónica es el género, pues constituye un mecanismo de verificación de datos, cuya finalidad es identificar al titular de la firma y su concordancia en relación al mensaje de datos. En la parte técnica para alcanzar esto pueden emplearse diversos mecanismos o dispositivos desde los más simples hasta los más complejos. Mecanismos con mayores o menores seguridades, entre ellos podemos citar: las basadas en dispositivos biométricos, el iris del ojo, la temperatura corporal, la impresión dactilar.

Existen en la actualidad muchos y muy variados mecanismos electrónicos de firma, que de acuerdo a los elementos técnicos y funciones que emplean, permiten brindar mayor seguridad en la identificación del titular de la firma en concordancia con un mensaje de datos, así como; pueden establecer mecanismos más ágiles de comprobación de todos estos datos.

Precisamente, la firma digital es una especie de firma electrónica que ha sido adoptada por la seguridad que brinda en el proceso de verificación. Se basa en un sistema criptográfico de clave pública y privada, que se relacionan

³⁸ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana Art. 13.



matemáticamente una con la otra. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se da una definición de esta especie de firma quizá, por respetar el principio de neutralidad tecnológica, únicamente se fijan dentro de los requisitos que la firma electrónica, que la misma debe ser segura, es decir; que posea mecanismos confiables tanto de creación y de verificación.

Más bien, en otras legislaciones como la colombiana y la peruana se define a la firma digital. Así en el Art. 2 de la Ley 527 de 1999, de Colombia se entiende a la firma digital como: *“... un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.”*

Por su parte, en la Ley 27269 sobre firma electrónica del Perú, se deja sentado igualmente un concepto de firma digital como: *“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”*

Las definiciones anteriormente expuestas, responden a encasillar el término firma digital, desde una perspectiva técnica y funcional, pues se encarga de sentar las funciones que entraña el término, así como; el proceso de verificación de datos. Pese a que en la actualidad existen muchos más tipos de firmas electrónicas, ésta es la más utilizada por las seguridades que brinda.

Establecido éstas diferencias debemos ocuparnos de lo que fija la Ley ecuatoriana, respecto a la firma electrónica, criterio regulatorio establecido en la Ley de Comercio Electrónico.



Una vez otorgada la firma electrónica posee la misma validez que un documento tradicional al que se le ha otorgado la firma manuscrita. Siempre y cuando cumpla con los requisitos fijados en el Art. 15 como son:

- “a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular;*
- b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos;*
- c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado;*
- d) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se creare se hallen bajo control exclusivo del signatario, y,*
- e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.”³⁹*

Seguridad, individualidad del titular, que se cree y verifique mediante un procedimiento confiable y seguro y control exclusivo del signatario, son los requisitos que se exigen para darle validez a la firma electrónica. Estas cuestiones son exigidas para brindar seguridad en la transmisión de datos que llevan firman electrónica así como para establecer de modo inequívoco la identidad del titular de la firma en relación con un mensaje de datos.

La duración de la firma electrónica en el Ecuador es indefinida, pero existen casos en los que se puede revocar, anular o suspenderlas de conformidad a lo que establece la Ley en la materia y su reglamento, que generalmente tiene que ver con condiciones propias del titular, con el incumplimiento de las obligaciones o por voluntad del mismo.

³⁹ Ibídem Art. 15.



Certificado de Firma Electrónica.

Los certificados de firma electrónica son un componente indispensable dentro del proceso de verificación de datos, para vincular dicha firma con un mensaje de datos. De allí, subsecuentemente nacen consecuencias jurídicas como son: la vinculación de autoría a una persona determinada, así como; el no repudio de las declaraciones electrónicas consignadas en un mensaje electrónico.

Evidentemente el certificado de firma electrónica es un producto eminentemente técnico, elaborado por un tercero que se lo conoce como autoridad de certificación, que debe cumplir con una solvencia en materia económica y técnica, que garanticen la seguridad en la emisión de los certificados.

La Ley de Comercio Electrónico ecuatoriano la define como: *“el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad.”*⁴⁰

Por su parte: Alfredo Reyes Krafft explica cual es la principal función de los certificados de firmas electrónicas en las siguientes palabras: *“... la misión fundamental de los certificados es permitir la comprobación de la clave pública de un usuario, cuyo conocimiento es imprescindible para autenticar su firma electrónica, pertenece realmente a ese usuario, ya que así lo hace constar en el certificado una autoridad que da fe de ello. Representan además una forma conveniente de hacer llegar la clave pública a otros usuarios que deseen verificar sus firmas. Normalmente, cuando se envía un documento firmado digitalmente,*

⁴⁰ Ibídem Art. 20.



éste siempre se acompaña del certificado del signatario, con el fin de que el destinatario pueda verificar la firma electrónica adjunta.”⁴¹

Desde nuestra óptica los certificados de firma electrónica pueden tener dos lecturas diferentes. En primer lugar de acuerdo a la definición que da la Ley y la doctrina, tal como lo hemos expuesto, tienen íntima relación con el sistema PKI, infraestructura de clave pública y priva efectuada a través de un tercero, entidad de certificación, que es el que; garantiza la seguridad y certeza de los certificados, dando la confirmación de clave pública de una persona determinada a los usuarios que la solicitan, consignándola con el nombre y la firma de la entidad certificadora.

En conclusión este certificado da certeza y seguridad de que la persona, es quién dice ser y garantiza que se obliga a la información vinculada con un mensaje de datos y su firma electrónica. Para llegar a esta conclusión técnica que luego se reflejará en consecuencias jurídicas de enorme transcendencia el sistema más óptimo y eficaz es el que señalamos, o sea, el asimétrico de infraestructura de clave pública y privada.

En segundo lugar, el certificado de firma electrónica puede entenderse por un sistema electrónico de comprobación que mediante un mensaje de datos, vincula la identidad de un sujeto y un mensaje de datos, utilizando su firma electrónica como referencia. Sin duda para ello requiere de un tercero de confianza, pero a diferencia del anterior, el sistema es diferente y no seguro y se basa esencialmente en la confianza.

⁴¹ Reyes Krafft, Alfredo Alejandro “La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación.” “Universidad Panamericana”. En línea, Formato PDF. Citado El 10 De Noviembre Del 2009. <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/bameric/01159852653479324108813/008469.pdf>



Por lo tanto, no cuenta con entidades de certificación acreditadas, autorizadas y controladas por el Estado sino, se trata de entidades privadas en donde es un riesgo la seguridad, así como; la solvencia técnica es muy cuestionada.

A manera de conclusión podríamos decir que el certificado de firma electrónica, es la información que vincula a una persona determinada con un mensaje de datos, basado en un proceso de verificación técnica por parte de un tercero, quién toma como referencia su firma electrónica. Este proceso puede ser más o menos seguro, así como; más o menos complejo, todo dependerá del proceso, la tecnología o la entidad de certificación que se elija.

Continuando con el análisis del tema, nos ocuparemos de exponer los requisitos establecidos por la Ley ecuatoriana para que un certificado de firma electrónica sea considerado como válido.

El Art. 22 de la Ley de Comercio Electrónico fija nueve literales en los cuales se describen los requisitos de los certificados. Estos son:

Identificación de la entidad de certificación de información; permitiendo conocer la entidad de certificación y saber quién emite el certificado y por lo tanto, sabemos si cuenta con solvencia técnica y económica. En el caso de Ecuador hasta la presente fecha la única entidad de certificación es el Banco Central.

Domicilio legal de la entidad de certificación de información; se establece fijar los datos que le puedan servir, para que la persona que se vea afectada por algún error o perjuicio causado por la mala emisión de un certificado pueda dirigir su reclamo en contra la entidad de certificación.

- a) **Los datos del titular del certificado permitan su ubicación e identificación;** con ello, se consigue individualizar a la persona a quién se le atribuye la vinculación, entre la firma y el mensaje de datos.



- b) **El método de verificación de la firma del titular del certificado;** la especificación del método nos permite saber la confiabilidad del sistema, sus aplicaciones, restricciones o riesgos.

- c) **Las fechas de emisión y expiración del certificado;** como sabemos los certificados no poseen un período de duración indefinido en el tiempo, por lo que; deben establecerse hasta cuando la entidad certificadora da fe de la confiabilidad de los certificados. Esto es importantísimo para las personas a quienes van dirigidas el certificado, ya que ellas deben analizar de acuerdo a este dato si el certificado es o no confiable.

- d) **El número único de serie que identifica el certificado;** en la parte técnica se genera los certificados de manera única, cada certificado es diferente por eso ese número de serie permite individualizar el certificado, para vincularlo al fin que está destinado.

- e) **La firma electrónica de la entidad de certificación de información;** mediante la firma electrónica la entidad declara y asume la responsabilidad de los datos establecidos en el certificado y la confiabilidad de los mismos, en base del sistema de verificación que emplea.

- f) **Las limitaciones o restricciones para los usos del certificado;** comprende, informar al titular del certificado, así como; a quién va dirigido el mismo sobre las eventualidades en las cuales no se garantiza la confidencialidad de los datos, en base al tiempo de duración y especialmente a las condiciones técnicas que la rodean.



g) Los demás señalados en esta ley y los reglamentos; el Legislador ecuatoriano a nuestro juicio deja abierta la posibilidad con la finalidad de que se cumplan de manera general ciertos presupuestos establecidos por la Ley de Comercio Electrónico, que se desprende de sus principios generales. De igual forma deberá cumplir con disposiciones reglamentarias que son puntuales y técnicas que deben estar especificada para una mejor aplicación de la Ley.

Los certificados de firma electrónica son temporales, tiene un tiempo fijo de duración, sin embargo, pueden extinguirse, suspenderse o revocarse, antes del tiempo de vigencia y de validez.

Nuestra legislación señala tres casos en los cuales el certificado puede extinguirse, estos casos son;

-Por solicitud del titular, en cuyo caso queda a su voluntad manifestar de que no desea se continúe brindando el servicio de certificación. La solicitud tendrá efecto una vez que se le notifique a la entidad de certificación.

-Por inhabilidad física natural o legal que imposibiliten al titular el ejercicio de la firma electrónica y consecuentemente no se podría emitir un certificado garantizando la vinculación del titular de la firma con un mensaje de datos. Los casos de estas inhabilidades se encuentran taxativamente fijados en el Art. 19 y son: *“fallecimiento o incapacidad de su titular; disolución o liquidación de la persona jurídica, titular de la firma; y por causa judicialmente declarada.”*⁴²

-Expiración del plazo de validez de la firma electrónica, entendemos este punto trayendo a colación un aforismo jurídico, que lo accesorio sigue la suerte de lo

⁴² Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana Art. 19.



principal. En tal virtud si la firma electrónica pierde vigencia y validez de igual suerte su certificado correrá la misma suerte.

La suspensión por su parte, de conformidad con lo que consta en la legislación ecuatoriana, es una medida temporal, cuya potestad corresponde al CONATEL o a la entidad certificadora y opera en los siguientes casos:

a) Dispuesta por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, es la entidad de la administración pública que registra y regula a las entidades de certificación de firma electrónica. La Ley de Comercio electrónico manifiesta en su contexto que los certificados deben ser seguros, por ello; se impone una serie de requisitos técnicos. Entonces, la suspensión opera en caso de que no se cumpliera con lo manifestado. Generalmente estas cuestiones se encuentra en el reglamento a la Ley de Comercio Electrónico y en el reglamento para el funcionamiento de las entidades de certificación.

b) Se compruebe por parte de la entidad de certificación de información, falsedad en los datos consignados por el titular del certificado. En este caso la medida de suspensión es efectuada por la entidad de certificación y para que opere debe ser justificada plenamente, así como; notificada oportunamente al titular del certificado, para que haga valer sus derechos. Se deberá acreditar en debida forma para esta causal la falsedad de los datos que constan en el certificado.

Al ser la suspensión una medida temporal, deberá ser levanta una vez que se comprueben que han desaparecido las causas que sirvieron para su suspensión. Por ello una vez que se corrobore que no existe falsedad la emisión de los certificados será restituida.



c) Incumplimiento del contrato celebrado entre la entidad de certificación y el titular de la firma electrónica.

El certificado de firma electrónica se obtiene previo la celebración de un contrato entre la entidad certificadora y un usuario o titular de dicho certificado. Al ser un acuerdo de voluntades existen obligaciones que deben cumplir las partes.

El titular del certificado debe cumplir con ciertos requisitos como son; tener bajo su control exclusivo la firma electrónica y asegurarse de que no existe utilización no autorizada, tomar las medidas necesarias de seguridad, verificar la exactitud de las declaraciones o sus datos, efectuar un pago por el servicio brindado a la entidad de certificación, etc. Por lo tanto, el incumplimiento del titular a sus obligaciones contractuales constituye causal de suspensión, que deberá ser levantada una vez que se verifique el cumplimiento de dichas obligaciones contractuales.

Además de las entidades de certificación el CONATEL, posee la potestad de levantar la suspensión de la emisión del certificado, que lo hará mediante resolución que pondrá en conocimiento de la entidad de certificación, quién está en la obligación de cumplir de inmediato con la resolución.

Finalmente, la Ley ecuatoriana establece la revocación de los certificados de firma electrónica, que son una medida de carácter definitivo, cuya potestad corresponda única y exclusivamente al Consejo Nacional de Telecomunicaciones y se la realiza para precautelar los intereses de los titulares del certificado como de terceras personas, cuando la entidad certificadora no brinde el servicio de forma definitiva o no pueda hacerlo adecuadamente.

Dos son las causales que contempla la Ley de Comercio Electrónico respecto a la revocación:



- a) Cuando la entidad de certificación cese en sus actividades y los certificados vigentes no sean asumidos por otra entidad de certificación.
- b) Cuando se produzca la quiebra técnica de la entidad de certificación judicialmente declarada.⁴³

Estas causales tal como se desprende del texto de la Ley deben ser plenamente justificadas e inmediatamente notificadas al titular del certificado para que pueda adoptar las medidas del caso.

Las entidades de certificación son quienes emiten el certificado de firma electrónica, por lo tanto, responden por la información que se consignan en dichos certificados, así como; la confiabilidad de los mismos. De acuerdo a la legislación ecuatoriana son terceros que deben constituirse como personas jurídicas o empresas unipersonales, ser acreditadas en el CONATEL y tener solvencia económica y técnica, para cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley de Comercio Electrónico y su reglamento y las obligaciones derivadas del contrato.

⁴³ Las causales de revocación se encuentran establecidas en el Art. 26 de la Ley de Comercio Electrónico, una de ellas, establece la quiebra técnica judicialmente declarada. En la Ley se define únicamente el término quiebra técnica, en el glosario consta como: “*la imposibilidad temporal o permanente de la entidad de certificación de información, que impide garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley y su reglamento.*” Pero nada se dice de la quiebra técnica judicialmente declarada, por lo que intuimos que corresponde a la autoridad judicial señalar esta imposibilidad temporal o definitiva que no permita garantizar a la entidad de certificación sus obligaciones.



CAPÍTULO II

LAS COMUNICACIONES EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

2.1 La Contratación Electrónica y la Teoría General del Contrato.

Bajo este título abordaremos las circunstancias que rodean a la contratación electrónica, o sea, aquella efectuada a través de medios electrónicos, ópticos, telemáticos y similares. Se caracteriza porque desde el proceso de la formación de la voluntad contractual, perfeccionamiento del consentimiento, hasta en algunos casos el cumplimiento de la entrega del bien o el pago del precio se realiza por este medio.

La característica esencial de este tipo de contratos, es que; las tecnologías o los productos informáticos, no constituyen el objeto mismo del contrato, lo que es su objeto es la sujeción a la utilización de las nuevas tecnologías en todo el proceso negocial.

Con respecto a la Teoría General del Contrato, frente a la contratación electrónica, en un inicio se sostenía que la misma no era aplicable a los contratos perfeccionados por vía electrónica. Se argumentaba que no reunía los mismos elementos que los contratos tradicionales, claro que tomándole desde un punto tradicional no se encuentra plasmado la aceptación de la voluntad de las partes en tinta y papel.

Además, en los inicios no se le dio valor al documento electrónico. Afortunadamente esto se encuentra superado, en la actualidad se reconoce el documento electrónico como de mismo valor al tradicional, en consecuencia la



contratación electrónica goza de los mismos principios y características que la contratación tradicional, lo que varía es el medio de comunicación que sirve para el perfeccionamiento del consentimiento.

En consecuencia, se nota que la Teoría General del Contrato es perfectamente aplicable a la contratación electrónica, no hace falta aplicar la interpretación evolutiva normativa, ya que; los modelos contractuales clásicos son plenamente aplicables a las cuestiones que suceden en la contratación electrónica. La única diferencia la encontramos, en lo referente a la parte técnica, en lo concerniente a determinar la autoría de un mensaje de datos y su integridad.

Tanto las definiciones respecto a lo que es contrato, convención u obligación se lo puede aplicar perfectamente en los contratos electrónicos y de igual forma son aplicables las clasificaciones de los contratos en: bilaterales, bilaterales imperfectos, gratuitos, conmutativos, onerosos, principal, accesorio, real, aleatorio, etc.

Los contratos informáticos gozan de los elementos esenciales, naturales y accidentales que le son propios a todo contrato y que son: la capacidad, el objeto y la causa lícita, que constituyen elementos esenciales. El precio en la compraventa como elemento de la naturaleza y el riesgo como elemento accidental que puede ser establecido mediante una cláusula especial.

Los vicios del consentimiento en la forma como lo establece el Código Civil ecuatoriano son aplicables a la contratación electrónica. En su Art. 1698 establece la sanción para los vicios del consentimiento, que hace referencia a aquellas situaciones que atacan a los elementos esenciales del contrato es la nulidad absoluta.



“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”⁴⁴

En fin debemos manifestar que la forma y la naturaleza de los contratos electrónicos no son diferentes a los contratos tradicionales, lo que sí varía es en los elementos propios o de la naturaleza de los contratos informáticos y las condiciones que les rodean, dado cuenta de que existen circunstancias que impiden determinar cuestiones como; el domicilio de las partes, la jurisdicción aplicable o la capacidad de las partes.

2.2 Tratos Preliminares.

Se debe entender por tratos preliminares una serie de actos, conversaciones, negociaciones etc., que son el antecedente para la propuesta de una oferta y de allí; para el perfeccionamiento del contrato. En general suele ser una práctica muy frecuentemente usada en el comercio internacional, discutir sobre las distintas condiciones y circunstancias que rodean a los contratos, cuando estos revisten importancia, sobretodo en el aspecto económico.

La fundamentación de los tratos preliminares radica en que entre los comerciantes debe existir la buena fe y la transparencia en el tipo, condiciones y consecuencias

⁴⁴ Código Civil Ecuatoriano Art. 1698



que implican para las partes el futuro contrato por celebrar. Por ello suele ser precedido de varias reuniones, que incluso se dejan plasmados en documentos para su constancia.

Se los conoce en doctrina como acuerdos, cartas de intención, memorándums de principios, *gentlemen's agreement* (acuerdo entre caballeros) etc. Su finalidad es plasmar la oferta que será presentada a las partes para su aceptación. Por ello, es importante establecer la diferencia entre los tratos preliminares y la oferta.

Partiendo del hecho de que los tratos preliminares se llevan a cabo para establecer pautas para la futura contratación a diferencia de la oferta que es; *"...una declaración o propuesta unilateral que dirige el comprador o el vendedor para la celebración de un contrato..."*⁴⁵

En la misma línea del criterio expuesto por el tratadista Enrique Guardiola Sacarrera, la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercadería establece una definición de oferta como: *"La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de su aceptación."*⁴⁶

La característica de la oferta es la intención, que las partes dan a este acto como en la determinación de lo que se comprometen mediante la precisión en el objeto y condiciones del contrato. Por su parte, los tratos preliminares no gozan de estas características, pues su intención no es la conclusión de un contrato, ni deben ser abordados a profundidad las circunstancias y condiciones para que estas sean entendidas a cabalidad por las partes, ya que lo único que se deja sentado son acuerdos o condiciones macro.

⁴⁵ Guardiola Sacarrera, Enrique "La Compraventa Internacional". Editorial Bosch Casa Editorial. Barcelona-España, 1994. Primera Edición. p44.

⁴⁶ Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Art. 14



Sin duda, los tratos preliminares no le son ajenos a la contratación informática, lo único que variará es el mecanismo de comunicación de estos, así como: que la constancia de los mismos serán vía electrónica, mediante un mensaje de datos. En esencia, los tratos preliminares recogen una práctica acentuada en el comercio internacional que con la aplicación de las nuevas tecnologías, tal vez; se vuelve imperceptible, por la fluidez con que las comunicaciones fluyen.

Los Tratos preliminares a través de las TIC's representan una ventaja, ya que; las partes no requieren encontrarse físicamente en un espacio concreto, sino que; pueden estar en distintos sitios, interconectados a través de un chat, video conferencia, red social, etc. Con ello, las condiciones generales pueden concluirse con mayor facilidad y agilidad.

Lógicamente que el documento electrónico, en el que; se asiente los tratos preliminares, para su validez deberá cumplir con los requisitos establecidos por la Ley, que para el caso son la firma electrónica y su respectivo certificado.

2.3 La Oferta.

a) Concepto.

La propuesta unilateral con la intención de promover la consolidación de un contrato se conoce como oferta. Así ya lo manifestamos anteriormente. La oferta es un acto unilateral que para vincular debe reunir unos ciertos requisitos, ser completa, cierta y clara para poder vincular a quién se adhiere a ella.

Tradicionalmente se ha venido regulada la oferta en el Código de Comercio como una propuesta, la misma que puede ser realiza por diferentes formas, sean verbales, escritas, mediante anuncios, circulares etc.



En el Art. 141 de dicho Código se establece; “...*que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.*”⁴⁷ Las propuestas verbales para que puedan ser consideradas como serias y vincular a quien las acepta dicha manifestación del consentimiento de su aceptación deben ser realizadas inmediatamente.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano da distinto tratamiento a las ofertas verbales que a las escritas. Las verbales como lo apuntamos, deben ser aceptadas inmediatamente, para dar lugar a la existencia de un contrato, por su parte las ofertas escritas de conformidad con el Art. 142 del mencionado Código “...*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.*”⁴⁸

Acota el artículo manifestando, que si han fenecido este plazo la oferta se tendrá como inexistente y en caso de que la aceptación de oferta llegare extemporáneamente el oferente deberá comunicar la insubsistencia de la propuesta.

Con respecto a las ofertas contenidas en catálogos dirigidas al público que por lo tanto no poseen un destinatario determinado la legislación ecuatoriana las considera como una simple invitación a realizar propuestas que solo “...*obliga a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.*”⁴⁹

⁴⁷ Código de Comercio Ecuatoriano Art. 141.

⁴⁸ Ibídem. Art. 142

⁴⁹ Ibídem. Art. 148



El Código de Comercio al parecer se ha quedado estático en el tiempo y no se ha hecho eco del cambio cuantitativo y cualitativo que representa el comercio electrónico y la forma de efectuar ofertas. No se hace mención a que sucede con las ofertas realizadas en la web en sitios dedicados exclusivamente al comercio como: mercado libre o en páginas web que poseen links, que llevan a la oferta de varios bienes o servicios.

Las ofertas realizadas por medios electrónicos se las considera afines o similares a las ofertas realizadas por catálogos, circulares, propagandas etc. En la doctrina poseen el mismo tratamiento, se la considera únicamente como una invitación a efectuar ofertas, porque se encuentra dirigida a personas indeterminadas y no concretas.

Incluso la Ley es coincidente con este criterio, bástenos transcribir el numeral 2 del Art. 14 de la Convención de Viena. *“Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”*⁵⁰. La disposición tal como se encuentra redactada es de un carácter general y no hace distinción en las distintas formas de exteriorizar la oferta, por ello; incluye las ofertas realizadas por internet a través de medios visuales, auditivos u ópticos.

Lo propio ocurre con el Art. 11 del Proyecto de Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que regula a las ofertas o propuestas que se encuentran en la web como simples invitaciones a realizar propuestas, no siendo vinculantes. Concretamente el artículo citado reza lo siguiente: *“Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente*

⁵⁰ Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Numeral 2 Art. 14



*accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.*⁵¹

En este documento se habla más concretamente de comunicaciones electrónicas, indeterminadas, accesible a todas las personas que tengan sistema de información, que no serán vinculantes. Las comunicaciones electrónicas o sea, los mensajes de datos que se alojan en la web o que llegan por un sistema de información sin determinar a quién están dirigidos son simples invitaciones a sumarse a la oferta.

Existe una salvedad que es; que se indique de forma inequívoca la intención de la parte de quedar obligada por la oferta en caso de ser aceptada que puede ser realizada en forma expresa o tácita con la realización de actos conducentes al cumplimiento del contrato.

La legislación española incluye una salvedad al principio de no vinculación de las ofertas dirigidas a personas no determinada únicamente cuando se tratan de relaciones que nacen bajo el amparo del consumo así lo determina la Ley 17250 de Relaciones de Consumo. En consecuencia dichas ofertas si son vinculantes si están dirigidas a los consumidores.

b) Requisitos.

La oferta para que considere con fuerza vinculadora ha de cumplir con los requisitos propios de la oferta, es decir; que sea la manifestación de una voluntad seria, que sea precisa, determinada y completa. Lo cual, hace alusión a que se

⁵¹ Proyecto de Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Art 11.



determine con claridad el tipo de negocio que se está ofertando, de tal suerte que solo haga falta la aceptación de la otra parte para que se perfeccione el contrato.

Además de los requisitos señalados debe reunir los requisitos propios de la contratación del negocio que se realice.

A continuación analizaremos cada uno de estos requisitos.

-Manifestación de la Voluntad. Considerado un acto, por el cual; se exterioriza la intención del oferente dejando claro su voluntad de obligarse en los términos propuestos.

Las propuestas a iniciar ofertas carecen de esta intención de allí que suelen ser precedidas de las frases salvo variaciones o sin compromiso.

-Precisa. Se considera que una oferta es precisa cuando fija de forma clara cuestiones como la calidad, cantidad de la mercadería que se compra, el precio o los mecanismos para determinarlos etc.

-Determinada. Hace alusión a los sujetos a que quienes se dirige la oferta deben ser determinados, claro que la oferta puede realizarse a uno o a varias personas, pero esto debe estar especificado caso contrario se considera como una simple invitación a efectuar ofertas.

Con respecto a los requisitos específicos estos varían dependiendo del tipo de contrato que se quiera plasmar en el futuro. Bastará para nuestro estudio dejar sentado algunos requisitos particulares que hemos indagado.

La Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías recoge en su Art. 14 los requisitos anotados anteriormente y que son los básicos en la doctrina y en legislaciones locales. Al parecer, la Convención se fue por una línea



armonizadora prefiriendo recoger los aspectos que son comunes dentro del Comercio Internacional.

También, se incluirán en la oferta aspectos del comercio internacional como; el transporte, el seguro, la parte que asume el riesgo en caso de que las mercaderías se deterioren o desaparezcan. Cuestiones que en la práctica comercial internacional, se han solucionado con los INCOTERMS⁵², que señalan estos aspectos, así como; lo referente al transporte y la entrega de las mercaderías.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, regula lo referente a los requisitos que deben tener las ofertas que se realizan a los consumidores entre los requisitos que se reglan encontramos los siguientes:

- Poseer información básica comercial que son: los antecedentes, instructivos, indicaciones, contraindicaciones que el producto posee (Inciso Séptimo Art.2.).
- En promociones especiales deberá establecerse claramente el tiempo de duración de la misma, el precio anterior y el precio de oferta o la ventaja que tendrá el consumidor, en caso de participar (Inciso Primero Art. 46).

⁵² Los INCOTERMS son los términos para la interpretación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, desarrollada por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, cuya finalidad fue recoger los principales usos y costumbres mercantiles y encuadrarlas en los diferentes términos. La enumeración realizadecia a doble página en la cual, se establecen diez epígrafes para cada término, en donde se encuentran las obligaciones del comprador y las del vendedor; denominada como “El Espejo”, en razón que en la parte izquierda se encuentran establecidas las obligaciones del vendedor y en lado derecho se pueden apreciar las obligaciones recíprocas del comprador.

(*)La primera versión apareció en 1953, pero a ella se suman varias versiones, desde sus inicios se ha considerado al inglés como el idioma de los INCOTERMS, precisamente para evitar malas interpretaciones por las traducciones hechas de estos términos.



- Al tratarse de promociones especiales, cuyo incentivo a participar sean sorteos, deberá la oferta establecer el monto del sorteo y cada uno de los premios. Así como; la fecha y lugar del sorteo y la manera de reclamar el premio (Inciso Segundo Art. 46).

Para concluir, expondremos los requisitos que la oferta debe contener para la adquisición de bienes o para solicitar la prestación de un servicio a través de la vía electrónica. En la Ley de Comercio Electrónico se fijan los siguientes requisitos:

- Que se informe al consumidor de sus derechos y obligaciones de conformidad con la Ley Orgánica de defensa del consumidor. (Inciso Primero Art. 50).
- Si se trata de bienes o servicios que sean adquiridos, usados o empleados por medios electrónicos, se informará detalladamente sobre los requisitos que se necesita para adquirirlos, así como; las condiciones y restricciones que implica adquirirlos. (Inciso Segundo Art. 50).
- La Publicidad efectuada por sistemas electrónicos de información, incluido el Internet deberá contener todo tipo de información del bien o del servicio la misma que será completa y accesible para la posterior consulta del consumidor. (Inciso Cuarto Art. 50).
- En caso de que por mensaje de datos se envíe en forma determinada y directa o en forma indeterminada mensaje de datos, utilizando el sistema de cadena de mensajes. El que envía dichos mensajes debe conceder y prever la opción para el consumidor de confirmar la suscripción o para solicitar su exclusión. (Inciso Quinto Art. 50)



Los antes detallados no son los únicos requisitos que prevé la Ley, sino que a nuestro juicio nos parecieron los más interesantes por ello fueron recogidos para nuestro estudio.

c) La Contraoferta.

Resulta harto frecuente en el comercio, sobre todo entre las partes que se encuentran dedicadas a esta actividad, presentar contrapropuestas o nuevas ofertas a las realizadas inicialmente. En la práctica comercial, tanto las ofertas como la contestación a éstas suelen ser efectuadas en formularios pre-impresos o estándar.

En muchos, de los casos las contestaciones no son coincidentes y se presentan igualmente en formularios pre-elaborados, no siendo coincidentes con la oferta original. Lo cual, origina una contestación a la contraoferta y suele ser precedido a ella, una serie de intercambios de documentos. En doctrina se denomina a esto como: *"battle of forms"* o batalla de formularios.

En el comercio electrónico suele suceder lo propio, existen una serie de intercambio de mensaje de datos con respecto a la oferta inicial, ello nos conduce a pensar, cual sería la solución o tratamiento que se debe dar a las contraofertas o contrapropuestas. La doctrina y los distintos ordenamientos poseen soluciones dispares al respecto.

La Convención de Viena fija dos criterios a saber en su Art.19. En primer lugar se regula en el sentido, de que; la aceptación de una oferta que contenga adiciones o modificaciones constituye un rechazo a la oferta inicial y por lo tanto, son una contra-oferta.

En segundo lugar a esta manifestación de voluntad que contenga modificaciones, pero que se intuya que quiere ser aceptación a la oferta, no se la considera como



tal, pero sus efectos son los mismos que la aceptación, siempre que dichas adiciones o modificaciones no se consideren sustanciales “...a menos que el oferente sin demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido.”⁵³

Se considera como elementos sustanciales de la oferta: los relativos al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, lo referente al lugar y la fecha de entrega de la cosa. Como también lo concerniente al grado de responsabilidad de las partes y la solución de controversias. Si de estos asuntos existen modificaciones o adiciones de acuerdo a la Convención de Viena no surtirá ningún efecto la contestación que pretenda ser aceptación, constituyendo en una nueva oferta que abre nuevamente el camino de la formación contractual.

En el comercio electrónico en la mayoría de los casos no es lo usual, que se propongan contraofertas, pues en la mayoría de casos las ofertas son invariables, es decir; no se permiten realizar adiciones. Lo que si se presentan son diversos tipos de propuestas que libremente el usuario puede elegir.

Solo cuando se trata del comercio B2B *Business to Business* (entre empresas) y B2A *Business to Administration* (entre empresas y la administración), suelen efectuarse el intercambio electrónico de datos en la formación contractual. De la misma forma, que ocurre en el comercio tradicional la oferta contenida en un mensaje de datos deberá cumplir con los requisitos propios como son: ser una manifestación unilateral precisa y determinada y los requisitos particulares propios del contrato a celebrarse.

Si el mensaje de datos que acepta la oferta contiene modificaciones o adiciones de acuerdo a la Ley y la doctrina no es una aceptación, sino una simple invitación a realizar ofertas o sea una contraoferta.

⁵³ Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Numeral 2 Art. 19



Pese a lo manifestado la doctrina en el plano internacional no acepta este criterio y existen varios tipos de teorías que tratan de dar una solución al tema. A continuación las presentamos:

- **Francesa.** Basa su fundamentación teórica “*en la existencia o no de una autentico consenso*”⁵⁴. Se sostiene que debe haber una aproximación entre las partes con respecto a lo que se quiere, para considerar que existe aceptación. Por ello; no importa que la aceptación sea en términos exactos a la oferta, basta que estos sean similares. Las adiciones o modificaciones son plenamente válidas, salvo que el oferente inicial se oponga de manera expresa.

Igual tratamiento posee la legislación norteamericana en su Código de Comercio Uniforme, pues se considera que hay aceptación a la oferta a pesar de que se introduzcan modificaciones a la oferta siempre que están no sean sustanciales.

- **Common Law.** Defiende la posición de que, si las condiciones generales son devueltas con la incorporación de otras condiciones generales, por parte del destinatario de la oferta, no existe oferta sino contraoferta, sobre la que se deberá pronunciar el primigenio oferente o futuro aceptante de ser el caso. Pese a lo que se sostiene por parte de la doctrina inglesa, sin embargo la jurisprudencia ha cambiado su criterio al respecto, basado en lo que; sucede en la práctica comercial con la denominada guerra de formularios en los que el oferente y aceptante se intercambian una serie de formularios en los que hay modificaciones, para este caso se considera que

⁵⁴ Guardiola Sacarrera, Enrique “La Compraventa Internacional”. Editorial Bosch Casa Editorial. Barcelona-España, 1994. Primera Edición. P 48.



existe aceptación cuando una de las partes no proponga objeciones a un formulario recibido.

- **Española.** Para esta teoría la aceptación implica el hecho de aceptar íntegramente la oferta. Si existen modificaciones sean éstas sustanciales o no, provocan el efecto de cambio de posición de los contratantes, es decir el oferente pasa a ser destinatario de la oferta y el destinatario se convierte en oferente. En consecuencia se reinicia el camino de la formación contractual.

2.4 La Aceptación.

Concepto. La aceptación en la contratación tradicional se la describe como: *“Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a la oferta...”*⁵⁵. Esta definición extraída de la Convención de Viena recoge los elementos clásicos que debe reunir la aceptación.

Estos elementos son dos a saber:

- Que sea una manifestación de la voluntad, o sea, que exista una exteriorización que indique que es la voluntad del destinatario comprometerse con los términos de la oferta. Que pueda ser manifestada en forma expresa con una comunicación, sea ésta escrita, digital o verbal, o puede ser manifestada de forma tácita como ocurre cuando se realizan actos conducentes al cumplimiento del contrato o con la manifestación mediante mecanismos comúnmente usados en el comercio por ejemplo: apertura de un crédito documentario, la contratación de un seguro o el click en los contratos electrónicos. Por lo tanto, el silencio o la inacción no pueden ser interpretados como aceptación.

⁵⁵ Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Numeral 2 Art. 19



- Que tenga como objetivo llegar a un asentimiento. Lo que implica que no basta la exteriorización de la voluntad del destinatario de la oferta, sino que además ésta debe ser presentada de modo tal, que indique el compromiso y el acuerdo con la oferta. Caso contrario implicará una contraoferta.

El concepto de aceptación, como sus elementos son iguales en la contratación electrónica. No existe una variación en este tema, en lo que; si se difiere es en la forma de expresar el consentimiento que ha variado radicalmente, de cómo se efectuaba en el pasado.

Partiendo del hecho que en el comercio electrónico un *“click” con el mouse o un golpe de tecla “enter”*⁵⁶ significa si o aceptación, *“por eso se habla de clickwarp agreements o click-through agreements, contratos que se forman mediante “click”*⁵⁷. Considerado un acto de la voluntad, en el que se expresa; una forma tácita de prestar el consentimiento.

Novedad interesante a la forma de expresar la voluntad de la aceptación, es la que; se presenta a través de los agentes electrónicos o denominados *“bots”*. Que tienen como finalidad en base de un proceso automatizado celebrar contratos de forma instantánea, incluso sin la presencia del ser humano, cumpliendo esta función de aceptar contratos de forma automatizada aunque el equipo se encuentre apagado.

La *“Uniform Electronic Transactions Act”* define a los agentes electrónicos como: *“un programa de computación o cualquier otro medio automático utilizado*

⁵⁶ Caffera, Gerardo. “Autonomía Privada en Internet y el Proceso de Formación del Contrato Electrónico” Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo III. Fundación Cultura Universitaria. P. 93. Montevideo-Uruguay 2002.

⁵⁷ Ibídem. P.94.



*independientemente para iniciar o responder o cumplir total o parcialmente un contrato sin acción del individuo interesado*⁵⁸. Con esto se da un giro cuantitativo, en lo que; respecta al perfeccionamiento del contrato, pues tradicionalmente constituía una verdad irrefutable que la manifestación de la voluntad en cualquiera de sus formas, que sirva para perfeccionar un contrato era de factura humana.

Era irrefutable, que a la aceptación debía preceder un acto humano, pero con las nuevas tecnologías ésta verdad se ha desvanecido o por lo menos, pone en duda aquello. Caben al respecto muchas interrogantes.

En primer lugar cabe preguntarse ¿existe en el acto hecho por los agentes electrónicos o “bots” aceptación de la oferta? En segundo lugar ¿existe voluntad? Tomando en consideración que es un proceso automatizado. En tercer lugar, si se acepta el hecho que los agentes electrónicos son la manifestación de la voluntad de un ser humano que da inicio a un proceso automático ¿hasta qué punto tiene control el ser humano, sobre el programa que efectúa el proceso de aceptación automática? etc.

En los remates o subastas *on line*, se puede apreciar lo que en doctrina se denomina como: la deshumanización del proceso contractual. Se suele utilizar para estos negocios en Internet un programa denominado “*proxy bider*”, que sirve para programar la subasta subiendo la oferta en la forma como la haya programado la persona. El programa subirá la oferta de conformidad a las ofertas de los otros usuarios y a lo que se encuentre programado, suele establecerse un límite de dinero que está dispuesto a pagar. Cuando no exista nadie que insista en la puja, el programa se encargará de perfeccionar el contrato.

Cabe notar, que el perfeccionamiento del contrato se da entre dos software o agentes electrónicos el del oferente que son; una de las casas de subastas *on line*

⁵⁸ *Ibíd.* P.94.



y el usuario a través de la utilización del programa “*proxy bider*”. La doctrina estadounidense a ésta manera automatizada de perfeccionamiento del contrato suele interpretarla como una extensión de la voluntad contractual, manteniendo la idea de que las TIC’s son un medio o una herramienta para cumplir una finalidad humana.

Igualmente existen cuestionamientos a las subastas *on line* y a la forma de perfeccionamiento de los contratos en el comercio electrónico a través de los agentes electrónicos. Cuestiones como ¿quién responde por los daños causados por los “*bots*” cuando estos colapsan sistemas o bases de datos, como sucede con los *MIDDLEBROOK-MULLER*, que vuelven inaccesible e inútil el sistema, ya que; afectan al procesamiento y al almacenamiento?

¿Cuál es el que; ejerce el control sobre las funciones automatizadas, el usuario de software, el inventor del software o el proveedor del servicio? y ¿quién responde por los fallos eventuales en la transmisión de la información efectuado por los agentes electrónicos?

Las respuestas a estas preguntas son variadas y dispares, tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídicos. Dependerá también de las circunstancias y de cada caso en concreto. Con respecto, a los procesos automatizados de formación de la voluntad, se los considera como una extensión de la voluntad del usuario- ser humano.

Asimilándolo a lo que ocurre con los contratos celebrados entre ausentes, que gozan de las características de ser simultáneos en los que las partes no se encuentran presentes al momento de celebrarse el contrato.



Efecto de la Aceptación.

La aceptación de la oferta posee el efecto de perfeccionar el contrato, dar nacimiento a un acuerdo de voluntades, que pone en posición a los aceptantes de cumplir con obligaciones recíprocas, conmutativas y equivalentes.

El cumplimiento recíproco de prestaciones, dependerá del acuerdo al que hayan llegado las partes. Por ejemplo; si se trata de un contrato de compraventa internacional de mercaderías una vez, que las partes mediante la aceptación se ponen de acuerdo en la cosa y el precio, el contrato se perfecciona.

De este acto se derivan una serie de prestaciones como son; que el vendedor garantice la calidad y cantidad de las mercaderías y el comprador pague el precio convenido. También son obligaciones la contratación de un seguro, así como; el resarcimiento cuando las mercaderías perecen o desaparecen. Obligaciones que pueden ser asumidas por una de las partes o compartidas. El vendedor debe efectuar la entrega o tradición de la cosa para que se perfeccione el modo de adquirir el dominio y pase la mercadería a poder del comprador.⁵⁹

Igual grado de validez y perfeccionamiento posee los contratos celebrados de forma tradicional como los celebrados vía electrónica. No se restará validez, así lo afirma categóricamente el Art.45 de la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana, por el hecho, de que en su formación se hubiera realizado intercambio de datos a través de mensajes de datos.

Es indiscutible que la aceptación perfecciona el contrato, una vez que; la oferta es aceptada sea por los mecanismos tradicionales como son: forma oral y escrita, a

⁵⁹ Las obligaciones del vendedor se encuentran reguladas por la Convención de Viena en su Art. 30 y son: a) La entrega de mercaderías. b) Trasmirir la propiedad. c) Proporcionar los documentos necesarios referentes a la mercadería. d) Responder por la calidad y cantidad de las mercaderías. Por su parte, las obligaciones del vendedor se encuentran establecidas en el Art. 50 de la referida Convención y son las siguientes: a) pagar el precio y b) recibir las mercaderías.



través de aparatos tecnológicos como: el teléfono, fax, télex u otros similares o mediante el intercambio de mensaje de datos mediante las TIC's.

Lo que, si es cuestionado, tanto en la doctrina como: en los diferentes ordenamientos jurídicos es establecer ciertas cuestiones como: las del momento y lugar en que esa aceptación se perfecciona, así como; lo referente a la revocación de la oferta y el perfeccionamiento de la oferta cuando se celebra un contrato entre ausentes. Cuestiones que serán abordadas a continuación.

2.5 Perfeccionamiento del Contrato.

El camino contractual que da nacimiento a un contrato inicia con el planteamiento de la oferta. La misma que se pone en conocimiento de las personas, para que sea aceptada, si ésta es aceptada sin ninguna variación el contrato se perfecciona. Una vez, que a la oferta precede una manifestación de la voluntad de adherirse a ella el contrato nace.

El nacimiento del contrato como dijimos anteriormente crea derechos y obligaciones entre las partes que serán generales y específicas, propias de cada contrato.

En este tema, analizaremos el momento y el lugar en que se perfeccionan los contratos, partiendo desde el punto de vista tradicional, para luego estudiar las variaciones que de este aspecto surgen en el perfeccionamiento efectuado a través de las nuevas tecnologías.

- a) **Teoría de la Emisión.** Denominada también de manifestación, para esta teoría la oferta se perfecciona cuando existe la expresión de la otra parte de aceptar los términos de la oferta. En conclusión, la simple exteriorización de la voluntad de obligarse aceptando perfecciona el contrato. Basta únicamente que las partes formen el consentimiento, pues la expresión o



manifestación debe ser consensual es decir ha de obligar con esa manifestación de la voluntad a las dos partes.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra recogido este principio en el Art. 1740 del Código Civil, cuando dice: *“La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio,…”*⁶⁰.

Como regla general la legislación ecuatoriana establece que la simple exteriorización de la voluntad de las partes, la que ofrece y aceptan perfecciona el contrato de compraventa. Claro que existen casos especiales, en los que; debe cumplir ciertas formalidades y solemnidades.

b) Teoría de la Expedición. Recogida y desarrollada por los países del *“Common Law”*. El contrato nace y consecuentemente se perfecciona desde el instante en que; se envía la aceptación al destinatario. No es necesario para esta teoría que la aceptación enviada llegue y llegue en buena forma, sino constatar únicamente el hecho que fue enviada.

Por ello; el riesgo en las comunicaciones, en caso de que se pierdan o retrasen corren a cargo del oferente, en virtud de que para esta teoría *“se considera que al dejar de situarse tal declaración en la esfera de acción del aceptante e ir a la esfera propia del oferente, el aceptante ya ha hecho todo lo que estaba en sus manos para dar nacimiento al contrato.”*⁶¹

⁶⁰ Código Civil Ecuatoriano Art. 1740.

⁶¹ “Newman Rodríguez, Silvana” *“Aproximación a la Formación del Contrato Electrónico en la Legislación Española.”*. Barcelona –España. 2002. En línea, Formato HTML. Citado El 18 De Diciembre Del 2009. http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm



Esta teoría no es compartida por los ordenamientos jurídicos de tradición romana, pues ellos más bien son partidarios de la teoría de la recepción. Comúnmente es llamada de “*the mailbox rule*” o regla de buzón, porque se asimila en la práctica con la dejada de la carta en el buzón.

- c) **Teoría de la Recepción.** Desarrollada por los países de tradición jurídica romanista. Se basa o toma como fundamento el momento en que; la aceptación de la oferta llega al oferente como elemento que perfecciona y por lo tanto, da nacimiento al contrato.

No solo hace falta como la teoría anterior que la aceptación sea enviada, sino que dicha aceptación llegue al oferente. El Art. 15 de la Convención de Viena, recoge el criterio establecido por esta teoría y afirma que; la oferta surte efectos una vez que ha llegado al destinatario. Pero ¿Cuándo debemos entender que la oferta llega al destinatario?

Según el Art. 24 de la misma Convención ésta llega cuando se la ha realizado, verbalmente, o por cualquier otro medio de manera personal o en su establecimiento, dirección postal o residencia habitual.

- d) **Teoría de la Cognición.** Aplicada para explicar el perfeccionamiento de la oferta a través de los medios de comunicación moderna. A partir, de la utilización del telegrama, el teléfono y el fax, parece que va tomando forma esta teoría, que es; una versión evolucionada de la teoría de la recepción, pues no solo exige que la aceptación llegue al proponente, sino que además exige que el oferente sepa que ha recibido dicha aceptación.

En la práctica comercial se estima que las comunicaciones se intercambien con envío de correspondencia entre sus domicilios, establecimientos comerciales o correos postales habituales. Por lo tanto, la aceptación será



enviada a estos lugares y solo cuando llegue al conocimiento del oferente la respuesta aceptando la oferta el contrato se perfecciona.

No es necesario que dicha respuesta sea leída por el oferente, pues el hecho que acredita el perfeccionamiento del contrato, es que; llegue al conocimiento del oferente la recepción de la respuesta al sitio habitual señalado.

La teoría de la Cognición es descrita por la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana, aunque no es categóricamente aceptado como mecanismos de perfeccionamiento de los contratos electrónicos. En el numeral: b) Art. 11 de la mencionada Ley se señala: ***“Momento de recepción del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que ésta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos;”***⁶².

La contratación electrónica al igual que la contratación mercantil tradicional, parte de un principio, que es; el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes. Precisamente, se hace eco de la necesidad de extender este principio a todas las relaciones de tráfico, para permitir la simplicidad y flexibilidad de los negocios.

Cuando falta esa autonomía de la voluntad, para establecer cuál es el sistema que las partes se someten para el perfeccionamiento de la oferta o

⁶² Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana. numeral b) Art. 11.



en este caso, para establecer el momento de la recepción de la oferta que da nacimiento al contrato. En este caso se acude lo que establece la Ley.

La Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, es la única que regula este tema, normas nacionales como el Código Civil y Código de Comercio se limitan a señalar los actos, que se entienden perfeccionan la oferta, lo referente a la retractación y cuando debe enviarse la respuesta.

No se opta por parte de estas normas por un sistema de perfeccionamiento como si lo hace la Convención, que es partidaria de la teoría de la recepción, véase lo dicho en su Art. 15.

La Convención de Viena es un instrumento de carácter internacional ratificado por el Ecuador, que de conformidad a lo que determina el Art. 163 de la Constitución Política *“...forma parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”*⁶³

Llegando a una conclusión, en base a lo expuesto podemos decir; que la legislación ecuatoriana de forma contextual prevé la teoría de la cognición, pues en primer lugar la Convención de Viena fija el sistema de la recepción como mecanismo para el perfeccionamiento de los contratos. Por otra parte la Ley de Comercio Electrónico establece tres supuestos en los cuales a más de la recepción debe estar incluido el conocimiento de dicha recepción.

El numeral b) del Art. 11 de la mencionada Ley exige para entender la recepción de la oferta que la misma llegue al sistema de información o red electrónica señalada previamente por el oferente. Lo cual; supone desde el

⁶³ Constitución de la República del Ecuador Art. 163.



punto de vista tecnológico conocimiento de la llegada de un mensaje de datos, pues existirán las alertas técnicas que nos indicarán aquello.

En caso de que se señale otro sistema de información o red electrónica, se fija el momento en que; se recupere dicho mensaje como nacimiento del contrato. Igualmente desde la perspectiva tecnológica un proceso de recuperación implica conocimiento del oferente que se encuentra en su sistema el mensaje aunque no haya verificado su contenido.

Finalmente, se establece que si las partes no se han puesto de acuerdo se perfeccionará el contrato, si la aceptación se la envió por un mensaje de datos y el mismo entró a un sistema de información o red electrónica del destinatario.

Asumiendo éste el riesgo de las comunicaciones, pues no se exige que recupere íntegramente su contenido, sino que verifique que el mismo se encuentra dentro de un sistema informático.

Lugar de Perfeccionamiento. Lo común y tradicional, es que; la manifestación que tenga la intención de aceptar una oferta y perfeccionar un contrato se la haga con personas físicas que se encuentran presentes en un momento y en un tiempo determinado. Por ello; existe identidad en el territorio y el tiempo en que los sujetos contratantes se encuentran presentes.

La doctrina suele distinguir los contratos de formación instantánea y sucesiva. Los primeros ocurren con las características y condiciones antes señaladas. Se los diferencia de los segundos, en que; las personas contratantes poseen la posibilidad de *“intercambiar sus declaraciones de voluntad de modo inmediato de forma que, una vez emitidas en el mismo momento, llegan a conocimiento del*



*destinatario sin que se conceda plazo de opción ni medie otra circunstancia...*⁶⁴
que difiera la modificación o la aceptación de la oferta.

Por su parte, los contratos de formación sucesiva se los define como: aquellos que por circunstancias propias de los contratantes, en lo que; respecta a la ubicación, al medio de comunicación por el cual, se intercambian las informaciones o por razones de la complejidad que implica la negociación se deja un intervalo de tiempo apreciable entre la presentación de la oferta y su aceptación.

El intervalo que media entre la presentación de la oferta y su perfeccionamiento hace que ya no exista identidad de los sujetos respecto al tiempo y lugar, por ello; suele denominarse a este tipo de contratos como: contratos entre ausentes. Ahora en la práctica comercial internacional suele recurrirse con bastante frecuencia a este tipo de contratos, en donde no existe coincidencia entre el lugar y el momento de celebración del contrato, pese a elaborarse en un único documento, por ello; es primordial que las partes acuerden cuando y en qué lugar se perfecciona el contrato, pues de ello dependerá la aplicación de una determinada legislación nacional.

Caso contrario de no haberse establecido este particular, deberá determinarse la Ley competente en base a las reglas que fije el Derecho Internacional Privado⁶⁵.

⁶⁴ Guardiola Sacarrera, Enrique “La Compraventa Internacional”. Editorial Bosch Casa Editorial. Barcelona-España, 1994. Primera Edición. P 40.

⁶⁵ La tarea del Derecho Internacional Privado, se da en base de un elemento jurídico extraño determinar cual será la norma aplicable, que puede provenir por el domicilio de una o de ambas partes, o de acuerdo a las solemnidades de los actos, cuando estos se lo hicieron bajo el imperio de una Ley extranjera, o cuando las obligaciones provenientes de los contratos deban cumplirse en un país diferente. El elemento extranjero debe tener una trascendencia vital en la relación jurídica para que se aplique el Derecho Internacional Privado; es decir, que la legislación de otro Estado entre en pugna con la de otro, por razones referentes a los elementos real, personal o de ejecución de una determinada relación. En este caso la misión del Derecho Internacional Privado, es el de indicar el camino o la legislación que es la apta para resolver el caso en particular; o sea, son normas de remisión y no de solución.



En el tráfico comercial internacional, desarrollado de forma tradicional no existe duda al momento de diferenciar cual es un contrato de formación simultánea e instantánea, pues sus elementos y requisitos son claros como lo manifestamos. Pero, en la contratación electrónica se pone en duda la naturaleza jurídica de estos contratos, por la versatilidad, agilidad, inmediatez con que se realizan el intercambio de las comunicaciones entre las partes.

Aparentemente, si se habla desde el punto de vista tradicional no existe identidad de lugar y tiempo, entre los contratantes, por ello deberíamos hablar que los contratos electrónicos son de formación simultánea. Frente aquello tenemos que las nuevas tecnologías conocidas como TIC's han creado un hiperespacio que implica una nueva forma de concebir el mundo y su realidad, frente a la perspectiva tradicional del hombre.

El prefijo hiper significa más de tres, por ende para esta teoría “...*la longitud y la latitud son dimensiones espaciales y el tiempo es la única dimensión temporal. En la teoría de la relatividad se designa al tiempo como la cuarta dimensión, pero el criterio aplicado en este estudio es el de la física de supercuerdas, que distingue entre 10 dimensiones físicas y una única dimensión temporal*”⁶⁶.

Las comunicaciones hechas en la web con la ayuda de las TIC's, se desarrollan en este hiperespacio, que superan la perspectiva tradicional del espacio y tiempo, si se prefiere decir, ocurren en otra dimensión, que no es en tiempo y espacio. Sin embargo, esas comunicaciones si causan efectos que se reflejan en el tiempo y espacio. Posiblemente sea eso lo que causa confusión.

En la contratación electrónica las comunicaciones circulan en estas dimensiones y son desarrolladas en forma simultánea o instantánea, si se tiene la tecnología pertinente con su respectiva aplicación. Existe el factor comunicacional-

⁶⁶ “Méndez, Luciano,” “Nuevos Escenarios y Lenguajes Convergentes”. Rosario –Argentina. 2008. En línea, Formato PDF. Citado El 20 De Diciembre Del 2009.
<http://www.redcomunicacion.org/memorias/pdf/2008Memendez%20ok.pdf>



tecnológico que para algunos tratadistas es el que distingue la formación instantánea de la sucesiva.

Se sostiene que si la comunicación fluye entre las partes de forma instantánea interactiva y con respuesta inmediatas nos encontramos frente a contratos electrónicos de formación instantánea y si la respuesta requiere de un intervalo de tiempo considerado largo el contrato electrónico será de formación instantánea.

En base al factor comunicacional-tecnológico, se han establecido categorías en las cuales se considera al contrato electrónico como: contrato de perfeccionamiento instantáneo y cuales son contratos de formación sucesiva a continuación los enumeraremos.

- **Basados en la Oralidad.** Son aquellos, cuya respuesta comunicacional se transmite de forma sonora e inmediata, aunque pueda ocurrir en espacios geográficos diferentes. El perfeccionamiento es de forma instantánea ejemplo el teléfono y la radio.

- **Comunicación Interrumpida.** Se considera un contrato entre no presentes, aquellos que a pesar de la facilidad que representan la transmisión poseen un solo canal, lo que exige esperar que la otra parte inicie la transmisión desde el lugar que se encuentre, luego que la totalidad de la comunicación se exteriorice. Ejemplo: fax y télex.

- **Si Cumplen Igual Función u Objetivo que los Tradicionales.** Aquí se encuentra aquellas aplicaciones como: el correo electrónico u otros similares que requieren de un intervalo de tiempo más o menos largo, para enviar su respuesta, por ello; se considera a los contratos celebrados mediante este mecanismo como contratos entre ausentes.



- **Basados en la Interactividad.** Se utiliza en las páginas webs, chats y otras aplicaciones. Se basa en programas de computación que distribuyen las comunicaciones de forma inmediata y pueden tener varios o todos los canales de comunicación como: voz, imagen, video, transmisión de mensaje de datos etc.

En este caso por la sencillez y versatilidad del proceso comunicacional el contrato electrónico se perfecciona de forma instantánea o inmediata.

La Revocabilidad de la Oferta. El diccionario de la Lengua Española define el término revocar de la siguiente manera: *“(Del lat. revocāre). tr. Dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución. || 2. Apartar, retraer, disuadir a alguien de un designio. || 3. Hacer retroceder ciertas cosas.”*⁶⁷

Sabemos claramente que una vez perfeccionado un contrato, mediante la proposición de una oferta y la aceptación de la misma. Esto da nacimiento a un acto jurídico que obliga a los contratantes, por ello; en principio en este supuesto no cabe revocación alguna, pues se supone, que si existe una manifestación posterior al del perfeccionamiento del contrato estaríamos ante los supuestos de incumplimiento que de conformidad con el Art. 1505 del Código Civil ecuatoriano da derecho a solicitarse a elección de la parte que sí cumplió; la resolución o el cumplimiento del contrato con la respectiva indemnización de daños y perjuicios.

Lo mismo prevé la Convención de Viena, dejando acciones a favor de la parte perjudicada con el incumplimiento. Estas acciones se encuentran previstas desde el Art. 45 al 53 a favor del comprador y del Art. 61 al 65 para el vendedor.

⁶⁷ Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima Segunda. Edición. En línea, Formato HTML. Citado El 28 De Diciembre Del 2009
[Http://Buscon.Rae.Es/Draei/](http://Buscon.Rae.Es/Draei/)



En general contempla la resolución o el cumplimiento del contrato con la indemnización de daños y perjuicios, pero también prevé acciones como; la reparación o subsanación de las mercaderías en caso de que no fueran conformes o fijar un nuevo plazo para la entrega de las mercaderías, acciones que las puede ejercer el comprador.

Por su parte, el vendedor a más de la resolución o cumplimiento, con la indemnización correspondiente tiene a su amparo la obligación de que el comprador reciba las mercaderías y la disposición de un plazo suplementario para el cumplimiento del pago, para recibir las mercaderías o para dar cumplimiento a cualquier otra obligación.

La revocación de la oferta o sea, ese acto que tiene la intención de dejar sin efecto la oferta por una de las partes, debe ocurrir antes o al mismo tiempo de que la misma sea aceptada y por ende, se perfeccione el contrato, pues si no ocurre esto estaríamos frente al incumpliendo de un contrato válidamente celebrado.

Respecto al tema existen dos criterios que a continuación lo vamos a exponer:

El primero fijado por el Código de Comercio ecuatoriano en su Art. 143 que dice: que el proponente puede arrepentirse de su oferta entre el plazo que medie entre el envío de la propuesta y el de la aceptación. Salvo que de conformidad con la autonomía de la voluntad de las partes se deje establecido: *“esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo”*⁶⁸

En conclusión de conformidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano el oferente puede arrepentirse de la propuesta hecha antes del envío de la aceptación, salvo que las partes hayan fijado que deberán esperar un plazo, en el que; no se podrá disponer y en el que; el proponente podrá ratificar o descartar la oferta. El

⁶⁸ Código de Comercio Ecuatoriano Art. 143.



establecimiento de esta salvedad en base de la autonomía de la voluntad debe ser expreso, pues como lo dice la última parte del articulado en mención no se presume.

En segundo lugar tenemos el criterio contemplado en la Convención de Viena en su Art. 16 que manifiesta que el oferente tiene derecho a revocar la oferta hasta antes de su aceptación, o sea antes de que el contrato se perfeccione, siempre y cuando no se haya fijado un plazo de aceptación.

La norma citada recoge el principio general de revocación, que es propio de los postulados del *Common Law* y que es contrario a las doctrinas observadas por los países de Europa y América Latina.

La Convención resuelve priorizando el momento de la expedición antes que el de su recepción, por tanto la revocación tendrá fuerza vinculante desde su expedición o envío; sin embargo, en el inciso 2 del Art. 18, dispone que la aceptación surta efectos una vez que el asentimiento llegue al oferente, en clara contradicción con lo que se ha dicho anteriormente.

Al principio general de revocabilidad se ha planteado dos excepciones. La primera considera irrevocable una oferta cuando se indica un plazo para su aceptación u otro modo que indique que es irrevocable.⁶⁹

⁶⁹ Este caso de excepción fue discutido por los delegados de los países del *Common Law*, ya que afirmaban que la simple fijación de un plazo para considerar irrevocable la oferta no era suficiente; por lo cual, se sugirió hacer la distinción de aquellas ofertas en las que simplemente se pone un plazo para la aceptación, que según la tradición jurídica del *Common Law* pueden ser revocadas y las ofertas conocidas como: “oferta en firme” (*firm offers*) en la cual consta por escrito la voluntad de no revocar la oferta y por tanto no puede ser revocada, tal como se recoge en el “Código de Comercio Uniforme” de los Estados Unidos. La moción planteada por estos países no tuvo aceptación, pues se consideró que si se permitió incluir dentro de la Convención un principio del *Common Law*, como es el principio general de revocación, lo más saludable era que se permita a los países de influencia romanista introducir esta norma, que fija que la aceptación es irrevocable cuando se establece un plazo determinado.



Otra excepción a la irrevocabilidad de la oferta se da en el supuesto, de que; se pueda considerar razonablemente por parte del destinatario que la oferta era irrevocable, y por lo tanto, ha actuado basándose en ella. Esta excepción regulada en el literal b) del Art. 16 de la Convención recoge claramente el principio de la “buena fe-creencia” (*reliance*) que se encuentra muy bien desarrollado por el sistema *Common Law*, que podemos asimilarla con la doctrina de la “*culpa in contrahendo*”⁷⁰ y la doctrina del “abuso del Derecho”⁷¹ en los sistemas romanistas, que “...apuntan a responsabilizar al oferente por la revocación de mala fe de la oferta”⁷².

La Convención de Viena regula también la retractación de la oferta, tema sobre el cual establece una clara diferencia, para distinguirlo de la revocación.

El término “retractación”, se lo debe entender como: el retiro de una propuesta antes de que ésta adquiera fuerza vinculante, es decir; hasta antes que sea recibida por el destinatario.

Si bien la Convención contempla los casos en que procede la revocación de la oferta, estas regulaciones no son susceptibles de aplicación a una propuesta que no cuenta con carácter vinculante, es por eso, que se prefiere denominar “retractación” al retiro de una propuesta que carece de fuerza vinculante.

Para concluir este tema, debemos referirnos a la caducidad, localizada en el Art. 17, que establece; que pese a que la oferta fuera irrevocable, ésta se puede extinguir cuando el rechazo de la oferta llegue al proponente, de lo cual; debemos

⁷⁰ Actitudes consideradas por la doctrina como culposas, sin embargo éstas no llegan a configurarse en dolo. Se presentan en el perfeccionamiento de obligaciones. Ver en el Diccionario Jurídico de Cabanellas.

⁷¹ Teoría Jurídica planteada por el Derecho Alemán, que funda sus postulados en la buena fe en la aplicación del derecho. Para esta teoría es inadmisibles que una persona pretenda la aplicación de la norma, para conseguir de esta forma perjudicar a un tercero. .

⁷² GARRO, Miguel Alejandro y ZUPPI, Luis Alberto. “Compraventa internacional de mercaderías” Ediciones La Rocca, Buenos Aires-Argentina .1990 p. 117.



concluir que para que caduque la oferta, es necesario que se señale un término para su aceptación, a más que se dé la manifestación del rechazo de la oferta al destinatario y que la noticia de rechazo llegue al proponente, siendo en este momento en donde caduca la oferta.

La Convención de Viena dirige su regulación en base del criterio de expedición para poder revocar la oferta, por ello; la revocación ha de enviarse antes o en el momento que llegue la aceptación al oferente, para que tenga la facultad de desvincular a las partes, caso contrario operará el perfeccionamiento del contrato.

Existen dos excepciones contempladas en la Convención, por las cuales; las partes no pueden revocar la oferta y que son; cuando se ha establecido un plazo entre las partes con la finalidad de ser aceptada la oferta y si de conformidad a la intención de las partes se establece darle a la oferta el carácter de irrevocable.

Finalmente, existe la retractación y la caducidad de la oferta como mecanismos que interrumpen el proceso de formación contractual y no permiten que la aceptación se realice.

Como conclusión y basados en que; tanto la Convención de Viena como el Código de Comercio ecuatoriano, establecen como principio para que la revocación sea aceptada, el envío o expedición de la misma, antes de la aceptación, según el Código de Comercio y antes o al mismo tiempo que la aceptación, para la Convención de Viena. Nos atrevemos a inferir que la revocación producida en el contexto de un contrato de características electrónicas goza de la misma naturaleza y del mismo principio o sea el de envío o expedición. Por lo tanto, hay que entender el momento en que dicha comunicación de revocación es expedida o enviada, para ello acudiremos al literal a) del Art. 11, que manifiesta que el envío ocurre cuando: *“el mensaje de datos ingrese a 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;*⁷³

2.6 Obligaciones de las Partes.

Bajo este título abordaremos lo concerniente a las obligaciones que tienen las partes, frente a las comunicaciones y no lo referente a las obligaciones que devienen del cumplimiento del contrato. Ya que; esto implica un espectro muy amplio, que en principio no es objeto de nuestra investigación y por otro lado, las obligaciones de las partes variarán dependiendo del tipo de contrato que se perfeccione.

El perfeccionamiento de un contrato ocurre cuando la aceptación de una oferta llega al proponente de la misma y ésta llega en la forma como lo han establecido las partes o cuando se verifica su llega por cualquier medio al establecimiento comercial, personalmente, a su domicilio o domicilio postal, tal como lo señala la Convención de Viena.

Es irrelevante para el perfeccionamiento de una oferta el medio empleado. Sumándole a esto que la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana declara la equivalencia funcional de los mensajes de datos, frente a los documentos escritos, por ende la contratación electrónica es perfectamente válida. No se la puede discriminar con respecto a la tradicional por la sola razón de ser instrumenta en mensaje de datos.⁷⁴

⁷³ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana. numeral a) Art. 11.

⁷⁴ El Art. 45 de la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana declara la validez de la contratación electrónica y lo hace en los siguientes términos: *“Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.”*



No importa el mecanismo que se utilice para la aceptación de la oferta, es inocuo que sea el tradicional o el electrónico, en esto existe un criterio coincidente y concluyente.

En lo que, si existe discusión es en lo referente a las comunicaciones posteriores al perfeccionamiento del contrato. La Convención de Viena establece el criterio de la proporcionalidad de los medios empleados, para las comunicaciones y notificaciones efectuadas entre las partes.

Nótese lo dicho en la redacción de su Art. 27 *“...si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y por los medios adecuados a la circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.”*⁷⁵.

La Convención habla del término medios adecuados, expresión que aunque no es explicada exactamente, sin embargo puede intuirse su significado, dentro de un marco de proporcionalidad, entendido en el contexto de cómo se perfeccionó el contrato, los usos y costumbres establecidas por las partes, las circunstancias que rodean al contrato y las tecnologías comúnmente usadas.

Pondremos un ejemplo para explicar el alcance de la expresión medios adecuados. Si la oferta y la aceptación de la misma se efectúan mediante el intercambio de mensaje de datos, no es proporcional o adecuado que alguna notificación o comunicación posterior se la efectúe por carta.

La Convención de Viena también regula el tema del riesgo en las comunicaciones efectuadas por las partes. El principio es la utilización de medios adecuados, pero

⁷⁵ Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Art. 27



si a pesar de haberlos utilizados las comunicaciones no llegan o se retrasan el riesgo lo asume el destinatario de la comunicación, salvo que se pacte lo contrario.

Se opta por el criterio de la expedición para establecer por cuenta de quién corre el riesgo.

Las obligaciones que poseen las partes con respecto a las comunicaciones enviadas las encontramos en la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana. El mensaje de datos goza de la presunción de validez y se considera que pertenece a quién lo envía, siempre que exista concordancia entre el emisor y su firma electrónica. (Art. 10)

Por lo tanto las comunicaciones al gozar de las características enunciadas facultan a la parte que las recibe a actuar de conformidad al contenido del mensaje de datos.

Al ser la firma electrónica el elemento que le da validez a un mensaje de datos, el uso de la firma electrónica es una obligación recíproca de las partes, tanto al momento de perfeccionar un contrato como en el intercambio posterior de comunicaciones. Por ello, debe ser utilizada con la diligencia debida para que no caiga en manos no autorizadas.

El Art. 17 de la Ley en mención señala como responsabilidad que le competen al titular de la firma electrónica; el comunicar tanto a las personas vinculadas con el uso de la firma electrónica como a la entidad certificadora de firma electrónica el riesgo, que existe con respecto a que; la firma pueda ser usada por terceros no autorizados.

De esta manera se da oportunidad para que personas de buena fe no sean sorprendidas por el uso no autorizado de la firma, también permite a la entidad



certificadora tomar los resguardos del caso, en relación con los certificados de firmas que deberán ser cancelados por la entidad certificadora, para precautelar los intereses de terceros.

El mismo artículo impone la obligación del titular de la firma de responder por su uso no autorizado, cuando no se actué con la diligencia debida para evitar precisamente su uso no autorizado.

Pueden incluso las comunicaciones en base al acuerdo que lleguen las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad darle un efecto diferente a una comunicación, es el caso de lo previsto en el último inciso del Art. 46 de la Ley de Comercio Electrónico, que regla en el sentido, de que; *“La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.”*⁷⁶

Por el acuerdo de las partes la simple recepción o apertura de un mensaje de datos se considera aceptación. La simple recepción o apertura tiene la fuerza de crear derechos y obligaciones, siempre que exista el ánimo mutuo en consentir aquello.

Para concluir, mencionaremos el tema de las comunicaciones y los consumidores, aspecto que se encuentra igualmente regulado en la Ley de Comercio Electrónico en su Art. 48.

En las relaciones concernientes al consumo, para que un consumidor reciba mensaje de datos o se puedan llenar con su información bases o registros de datos, se requiere su consentimiento informado. Lo cual; significa que comprenda a cabalidad sobre los programas informáticos, la tecnología, la forma de acceder a

⁷⁶ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana. Inciso final Art. 46.



los registros y programas, así como; los efectos del mensaje de datos y el uso de la información almacenada en registros informáticos.

El mismo artículo establece que se dejará la opción para que el consumidor pueda retirar su consentimiento de proporcionar información o de recibir mensaje de datos. Con esto, lo que se busca, es proteger al consumidor que puede ser abusado por su falta de experiencia en este tipo de contratos o en el uso de ciertos programas o tecnologías.

Lo cual puede ser aprovechado para inducir o engañar al consumidor, por ello se deja a salvo esta opción para que pueda retirar su consentimiento el consumidor.

2.7 Medios de Pagos Electrónicos.

El comercio electrónico en su gran mayoría se encuentra representado por contratos de carácter patrimonial o pecuniario. La compraventa de bienes ocupa el primer lugar dentro de la contratación electrónica, seguido de los contratos de locación de servicios y de los contratos de suministro.

Se evidencia en la contratación realizada por estas nuevas vías, una preeminencia de la transferencia de un bien de contenido patrimonial a otra persona, de lo que; se deriva como una de las obligaciones principales de las partes el pago del precio, cuando se ha procedido a la entrega del bien o a la prestación del servicio.

La obligación fundamental del comprador es el pago del precio, el mismo que deberá ser cancelado de conformidad con lo que, las partes hayan acordado, respecto a la forma, momento y su monto. Ya que no es indispensable que el precio se lo establezca, bastaría únicamente que se fije los mecanismos para calcularlo.



El precio es un elemento indispensable y esencial en cualquier contrato de contenido patrimonial, pues su ausencia derivará en otro contrato diferente. Por ejemplo; si en un contrato de compraventa no se establece precio en dinero, podemos estar frente a una donación o una permuta, pero no a un contrato de compraventa.

Existen dos ámbitos de estudio del pago del precio como modo de extinción de las obligaciones y como elemento esencial de un contrato.⁷⁷ Cuestiones sobre las cuales no nos vamos a detener en nuestro estudio sino manifestar que el pago del precio tiene el carácter de liberar al comprador de su obligación respecto al vendedor.

⁷⁷ Véase lo dicho tanto en el Código Civil en los siguientes articulados: Art. 1811, que señala que: “La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido.” Art. 1583. “Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: ... 2. Por la solución o pago efectivo;” Art. 1732. “Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio.” Art. 1733. “ Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario.” 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 aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.” Así como lo establecido en el Código de Comercio en los Arts.: Art. 169. “La venta mercantil de cosa ajena es válida, y obliga al vendedor a adquirirla y entregarla al comprador, so pena de resarcimiento de daños y perjuicios.” Art. 184. “No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pero si la cosa vendida fuere entregada, se presume que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. Habiendo diversidad de precios en los mismos día y lugar, el comprador deberá pagar el precio medio. Esta regla es también aplicable al caso en que las partes se refieran al precio que tenga la cosa en tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato.”



Lo tradicional o común, es que; en cuanto a la forma de efectuar el pago del precio se lo haga entregando papel moneda un medio físico, que ha sido el instrumento más corriente para representar un valor y para liberar de obligaciones.

Con el pasar del tiempo hemos observado que han surgido nuevos documentos, con los que; se efectúa el pago de obligaciones, prescindiendo del papel moneda físico. En el comercio internacional, sobretodo han aparecido documentos comerciales como: Orden de Pago Simple, Cheque, Letra de Cambio, Orden de Pago Contra Entrega de Documentos, Remesa Documentaria, Carta de Crédito Comercial o Crédito Documentario, etc.

Estos documentos se los ha desarrollado únicamente en el comercio internacional de mercaderías, que supone una actividad de intermediación especializada. Además estos pagos continuaban siendo físicos y dependían de una institución del sistema financiero, generalmente los Bancos.

Los Bancos para el pago desarrollaban un proceso que tenía como respaldo el aval del que; solicita el pago y el aval del Banco, frente a quién debía recibir dicho pago, a más que; usaba la infraestructura y la tecnología de la institución financiera, para asegurar que el pago se hiciera cuando las mercaderías estuvieran expedidas y para garantizar el desembolso seguro de los fondos.

Aunque, estos documentos son un avance en la forma de realizar los pagos, sin embargo todavía no se evidencia un salto cuantitativo como cualitativo como ocurre con el pago realizado electrónicamente.

Cuando aparece la tarjeta de crédito se da un salto cuantitativo en el intercambio comercial, se reemplaza el dinero por una tarjeta de plástico, que efectúa pagos basados en una línea de crédito otorgada por un banco o por una empresa dedicada a la prestación de este servicio.



Las transacciones efectuadas con tarjeta de crédito, vienen a sustituir al dinero en efectivo por eso, se las conoce como dinero plástico. El auge del Internet y la evolución tecnología e informática implementada, sobre todo por las instituciones del sistema financiero han desarrollado una multiplicidad de medios de pagos, que basados en las formas de transacción y pago tradicionales, potencian las utilidades y beneficios que posee la herramienta tecnológica para prescindir del pago en dinero físico.

El entorno digital cuya versatilidad, sencillez, interactividad, utilidad, convergencia etc., permite que todo sea susceptible de ser digitalizado y tener un uso práctico entre los usuarios de la gran red. Los medios de pago presentes en la web gozan de éstas características y se han desarrollado con gran fuerza y en una forma exponencial gracias a las características antes indicadas.

El pago con tarjeta de crédito, es el medio de pago más generalizado en la mayor parte del mundo, porque es; sumamente adaptable a todo tipo de transacciones. Se puede pagar con tarjeta de crédito en las compras directas, en las compras realizadas a distancia sin la ayuda de las TIC´s y sirve para el pago de compras en la web dentro de un portal de compras.

Representa los nuevos medios de pago, una ventaja que es; la sustitución del dinero físico por compensación de cuentas, débito, crédito etc., pero como están dadas las cosas en el comercio electrónico también presentan desventajas como son; la falta de seguridad de quién consigna como el que recibe el pago, dependencia en gran parte de las instituciones del sistema financiero y en algunos casos dependencia de programas informáticos específicos, para poder realizar el pago.

Estos son los rasgos generales de los medios de pago dentro del entorno red. A continuación expondremos brevemente los más importantes:



Clasificación de los Medios de Pagos. El tratadista argentino Mariano Maltese, clasifica a los medios de pago que se encuentran presentes en Internet, en tres categorías basado en el factor de dependencia o no del internet, para encuadrarlos en una categoría distinta. Así tenemos:

- Independientes.
- Dependiente Parcialmente.
- Dependiente Totalmente.

Los primeros están compuestos por *“aquellos que no precisan Internet –al margen de que efectivamente la usen o no– para efectuar sus transacciones (por ejemplo, las tarjetas de crédito, o ciertos monederos electrónicos).”*⁷⁸

Por su parte, los segundos se caracterizan por necesitar en parte del internet para poder completar en buena forma del proceso de pago.

Finalmente los terceros necesitan estar conectados a la red para poder efectuar el pago sino están interconectados en internet su proceso de pago no puede completarse.

a) Tarjeta de Crédito. Como su mismo nombre lo dice; es un instrumento de crédito que sirve para consignar fondos sin tenerlos, pues su naturaleza es permitir al tarjetahabiente diferir sus obligaciones con la sola presentación de la tarjeta.

El Banco o la Institución del Sistema Financiero que emite la tarjeta de crédito es quién consigna el dinero a los proveedores o vendedores con los que se consigue el crédito en base de la tarjeta. Por su parte los emisores

⁷⁸ “Maltese Mariano” “El Pago Electrónico en la Argentina: Diversos Medios de Pago relacionados con el E-commerce”. Argentina. 2001. En línea, Formato HTML. Citado El 11 De Enero Del 2010. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1009>



de las tarjetas de crédito por esta intermediación financiera gravan una comisión a sus clientes.

Existen tres formas de pagar con tarjeta de crédito y son:

-Presentando la Tarjeta. En este caso coincide la presencia física, tanto del comprador como vendedor. El comprador entregará la tarjeta, la misma que pasará a un lector para verificar los datos personales, su cupo, vigencia temporal y geográfica. Una vez que se verifican estos datos y si son correctos, lo que ocurre es que; el vendedor transfiere los datos a su Banco, el mismo que mediante una red interbancaria ingresa al Banco del comprador para verificar la línea de crédito, una vez que comprueba de la existencia de una línea de crédito, transfiere esa información al Banco del vendedor y éste al vendedor. El Banco del comprador por su parte transfiere los fondos al Banco del Vendedor y éste a la cuenta que el vendedor posee dentro de su Banco.

-Sin Presentar la Tarjeta. Cuando se realiza compras a distancia como las hechas por teléfono, ejemplo: el caso de la reserva de habitaciones en los hoteles. *“A este tipo de transacciones se las llama transacciones MOTO (mail order/telephone order) y se caracterizan porque el comprador no presenta la tarjeta al comerciante.”*⁷⁹. Para evitar riesgos debido al uso indebido o doloso de la tarjeta de crédito se opta por crear mecanismos de autenticación mayores para asegurar que la persona es quién dice ser, por ello se le preguntan datos que él solo sabe.

A más de los datos de rigor como el número de la tarjeta y su fecha de expiración, se le pregunta datos más difíciles de obtener como nombre,

⁷⁹ Mata y Martín, Ricardo M “Los Medios Electrónicos de Pagos: Problemas Jurídicos”. Editorial Comares. Granada-España, 2007. Primera Edición. P 18.



dirección, fecha de nacimiento, número de cédula etc. Estos datos en apariencia son difíciles de obtener, pero pueden ser conocidos por personas no autorizadas y para evitar ese riesgo en las tarjetas se han proporcionado números adicionales, los cuales son preguntados en forma aleatoria para verificar la autenticidad de la transacción. Lo cual reduce en gran medida el riesgo.

-Por Internet. Ocurre lo mismo que el caso anterior, ya que; el comprador no presentará de forma física la tarjeta al vendedor, por ello; debe establecer mecanismos de control adicional, para verificar los datos personales del titular de la tarjeta y de este modo comprobar que quién consigna los datos es su titular.

Dada la forma en que el proceso de comunicación se desarrolla, basado en el intercambio electrónico de datos se deberá tomar consideraciones adicionales para precautelar ciertos datos como claves personales de acceso.

En primer lugar, se debe considerar que los datos que proporcionemos pueden quedarse en el ordenador, por ello; deberá tomarse las precauciones para que dicha información no pueda ser obtenida por terceros. Entonces, deben tomarse las medidas de protección frente a ataques externos.

En segundo lugar, debemos analizar el tipo de seguridad o fiabilidad del método utilizado para la transmisión de datos, pues debemos comprender el riesgo que supone el envío de información, relativa a una tarjeta de crédito o cuenta bancaria.

Existen varios estándares para la transmisión de datos, que utilizan de igual forma diversos protocolos, que van desde los más seguros, hasta los que



no brindan la más mínima seguridad. Por ejemplo; mencionaremos el caso del protocolo SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*) protocolo considerado no seguro.

Utilizado para la consignación del pago, a través del intercambio de mensajes de datos, mediante los cuales se proporcionan información relativa a la tarjeta de crédito.

Su principal utilización es para la transmisión de la comunicación en redes, no brinda ningún mecanismo de seguridad, por lo cual; puede ser blanco fácil de ataques, tanto a la autenticidad como a la confidencialidad de los datos que se transmiten.

En tercer lugar, se pueden efectuar los pagos utilizando servidores web, lo que; entraña el mismo riesgo que mencionábamos anteriormente. Para evitar esto, así como; que terceros tenga acceso a mi información o puedan engañar suplantando la identidad de un comerciante clonando su página web. Es necesario utilizar un protocolo seguro así como fijarse bien en el URL. (*Localizador uniforme de recursos*)

Existen protocolos que aminoran en gran medida el riesgo al momento de efectuar un pago, uno de ellos es: el protocolo SSL (*Secure Socket Layer*) encargado de garantizar la confidencialidad y la autenticación de los datos, cuando la comunicación o sea los mensajes de datos viajan por un servidor de internet.

Se lo puede reconocer al momento de nosotros navegar en la web, observando el URL (Localizador Uniforme de Recursos) que es diferente a los que no brindan este mecanismo de seguridad. La diferencia está en que las páginas seguras comienzan con *https.*, por ejemplo:



Página Normal	Página Segura
http://www.renfe.es	https://w1.renfe.es/vbi/index.html

80

Las falencias que posee el SSL, podemos encontrar en que; este sistema brinda mecanismos de seguridad en el intercambio de comunicaciones para el cliente, respecto del servidor, pero en cambio no brinda la seguridad al comerciante respecto de la autenticación del cliente y su no repudio.

Finalmente cabe mencionar que existen protocolos específicos, que se encuentran diseñados para brindar seguridad a ambas partes, encargados de la confidencialidad y autenticación de la comunicación de los mensajes de datos en internet, tanto para el usuario consumidor como para el usuario comerciante.

SET (*Secure Electronic Transaction*), es uno de los protocolos seguros, posee un amplio nivel de seguridad, pero pese a ello no ha sido difundido masivamente, por cuanto presenta el inconveniente de instalar un software adicional en los ordenadores. Parece ser que este hecho ha sido la causa para que los usuarios muestren reparos en la utilización de este sistema.

b) Tarjeta de Débito. Es similar a la tarjeta de crédito, ya que; para su uso como medio de pago hay que observar los procedimientos y particularidades señaladas anteriormente. La diferencia entre la tarjeta de crédito y débito, consiste en que, la primera es un instrumento de crédito por tal circunstancia el Banco o la empresa emisora de la tarjeta de crédito abre una línea de crédito que permite la cancelación del pago.

⁸⁰ Ejemplo tomado de: Mata y Martín, Ricardo M “Los Medios Electrónicos de Pagos: Problemas Jurídicos”. Editorial Comares. Granada-España, 2007. Primera Edición. P 18.



La segunda sirve como medio de pago en base a un sistema apoyado en una cuenta de ahorros, la cual no genera interés para el beneficiario, ni genera el cobro de servicios adicionales para el Banco o la empresa emisora de la tarjeta de crédito. El pago se efectiviza retirando el valor de lo comprado de esa cuenta.

Por ello para realizar el pago es indispensable poseer los fondos suficientes que permitan la transacción.

c) Dinero Electrónico. Es un sistema pensado para efectuar micropagos o pagos de cantidad muy pequeñas. Funciona en base de una línea de crédito otorgada por un Banco, que mediante un software especial permite escoger unidades monetarias que son convertidas en dinero físico para su cobro.

Para ello, es indispensable contar con el software que permita dicha aplicación, así como; con una cuenta bancaria o tarjeta de crédito afiliada, para de este modo poder realizar la transacción. El dinero virtual se lo baja de una cuenta bancaria o de la línea de crédito de la tarjeta crédito al ordenador para acumularla.

Si queremos cancelar tendremos el dinero en el disco duro y lo enviaremos a la tienda virtual, para que se perfeccione el pago de la obligación. Una vez, enviado el dinero electrónico el software se encarga de restar esa cantidad de la que, se encuentra en el disco duro y enviará un mensaje al comerciante, para que se enteré que dicho dinero fue depositado en su cuenta virtual, para que él lo verifique.

Los sistemas más utilizados de dinero electrónico son: CyberCash, CyberCoin, E-cash y DigiCash.



Este sistema de pago había sido creado con la intención de realizar créditos por valores pequeños, que no superen los 5,00 dólares, sin embargo su aceptación ha provocado que se emplee para el pago de montos mayores.

d) Tarjetas Inteligentes o Smarts Cards. Son similares en su estructura física a las tarjetas de crédito o débito. En su interior posee un circuito integrado con una memoria o con un microprocesador, que permite realizar funciones como: almacenar, encriptar, leer y escribir datos. Estas funciones avanzadas son las que las diferencian de las tarjetas antes mencionadas.

La principal característica de la tarjeta inteligente es la seguridad que brinda al titular de la misma, permitiendo el acceso a los datos mediante comprobación de la identidad del titular, con lo cual se gana la seguridad y la portabilidad de los datos.

A más de la característica que hemos mencionado posee otras como son:

- **Inteligencia:** La tarjeta posee la aplicación de almacenar información como la de tomar decisiones de forma autónoma, respecto a las transacciones.

- **Utiliza Clave de Acceso o PIN:** Para poder ingresar a los datos o efectuar los servicios que proporciona la tarjeta, se debe digitar la clave del usuario, caso contrario su acceso se restringe. Puede incluso implementarse sistemas avanzados de seguridad e identificación como los biométricos.

- **Actualización.** Permite en cualquier momento la actualización de datos en especial lo referente a los cupos de dinero, ya que los mismos pueden cargarse en forma automática en cualquier tiempo.

Además las tarjetas inteligentes funcionan con la infraestructura de clave pública que *“Microsoft está integrando a la plataforma de windows, esto se debe a que estas tarjetas refuerzan la seguridad del cliente, ya que en ellas*



convergen tanto las claves públicas como las claves asociadas que se proveen a cada usuario.”⁸¹

e) Tarjeta Relacionista. Goza de las mismas características y condiciones que la tarjeta inteligente. Se la considera como más avanzada que la anterior, pues presenta varias funciones o aplicaciones en una solo tarjeta, puede ser tarjeta de crédito, débito, monedero electrónico, etc. Incluso pueden incluirse varias tarjetas de crédito en un solo instrumento.

Su concepción se fundamenta en la visión global que posee las personas con respecto a los instrumento de crédito que deben crear un abanico amplio de posibilidades y facilidades para los usuarios, cuando ellos deseen efectuar negocios.

f) Monederos Electrónicos. Son tarjetas en las cuales consta un fondo de dinero, que se lo carga en un chip, que tiene la tarjeta. Estos fondos pueden ser transferidos, desde una cuenta que posee el tarjetahabiente o mediante la consignación en efectivo mediante el sistema prepago.

La tarjeta puede tener una duración transitoria hasta que el fondo se agote o puede ser indefinida permitiendo las recargas que el usuario crea conveniente.

Por las características y condiciones que presenta se puede realizar con los medios electrónicos pagos pequeños, generalmente fraccionarios.

Dentro de las principales ventajas que presenta se encuentran; para el usuario de no tener que recibir, ni pagar en fracciones, mientras que para los bancos o para las empresas emisoras de tarjeta de crédito, permite ahorrarse el costo financiero que implica la inmovilización de dinero líquido.

g) Cheque Electrónico y Documentos Electrónicos con Función de Giro. Generalmente denominado E-check, se lo utiliza como sistema alternativo para el pago de cualquier clase, pueda ser micro pagos o pagos normales.

⁸¹“Molejón Ulloa, Rusela” “Los Medios de Pago Electrónicos. Limitaciones en su Uso.” Argentina. 2006. En línea, Formato HTLM. Citado El 11 De Enero Del 2010. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=8092>



La idea de este instrumento electrónico se basa en el cheque físico, pero la diferencia que podemos encontrar, es que; en el E-check, se sustituye el talonario tradicional, por otro, que contienen todos los elementos legales que todo documento electrónico debe tener como; la firma digital del librador.

h) Pago Mediante Móvil. Es uno de los medios de pago que se encuentran emergiendo en la actualidad.⁸² Constituye una variante al pago con tarjeta de crédito, para realizar una transacción no se necesita introducir los datos de la tarjeta de crédito, sino basta vincular una de sus tarjetas a un teléfono móvil.

Por ello, resulta indispensable para garantizar la autenticidad como la seguridad en la transacción la posesión del celular.

La manera como opera es casi idéntica a las transacciones efectuadas en la web, se diferencia al momento de elegir el medio de pago, que será distinto y aparece en un ícono por ejemplo Mobipay.

Simplemente al hacer click en ese ícono aparece unos datos de referencia, los mismos que deben ser seleccionados por el usuario y enviados al comerciante, mediante la pulsación de la tecla de llamada.

Después llegará al teléfono del usuario un mensaje de texto, en donde constan datos de la tienda virtual como; nombre, tipo y monto de la transacción. Si el comprador está de acuerdo en la transacción, seleccionará la tarjeta e introducirá su número de identificación personal, que generalmente es un pin de cinco dígitos.

⁸² *En Europa, se realizó por primera vez este tipo de pagos en Italia y fue la compañía Omnipay (<http://www.omnipay.it>) la que desarrollo este método alternativo de pagos.

* En España existe ya desarrollado un sistema de pago por celular denominado Mobipay que comienza a ser aceptado por entidades financieras como; el BSCH, Bankinter.



Posteriormente la tienda virtual recibirá un mensaje de texto confirmando el pago de la transacción por su parte el usuario recibirá otro mensaje de texto, que en cambio confirma la operación.

- i) Sistema de Cuentas Centralizada.** Llamado también sistema de pasarela de pagos, consiste en la intermediación por parte de una empresa, que se especializa en la transferencia de fondos entre dos personas, que agrega un valor añadido, que es; la seguridad y confidencialidad de los datos de carácter personal o bancario.

Para su utilización se requiere abrir una cuenta en este tipo de sistemas como; PayPal, NetCheque, NetBill, FristVirtual, InfoCommerce, Virtu@ICash, epagado.com etc., como también basarse en el intercambio de información a través de servidores web o a través de correo electrónico.

Una de las ventajas que presenta el sistema de pasarela, es que; asegura la transferencia de fondos a cualquier persona, sin necesidad de que sean comerciantes.

Tomaremos como ejemplo el desarrollo del pago mediante PayPal⁸³, para explicar cómo funciona este sistema. Primero se debe abrir una cuenta a la misma que se puede acceder mediante un password, que garantiza la identidad de la persona y le permite realizar los pagos.

En segundo lugar, se selecciona el ícono enviar dinero y se digita el correo electrónico del beneficiario del dinero, así como; se pone datos adicionales como; la cantidad, el motivo de la transacción, tema del correo y otros si se quiere.

⁸³ *PayPal es una empresa de eBay que se la puede encontrar en 45 países y en 5 divisas que son: euros, dólares americanos, libras esterlinas, dólares canadienses y yenes japoneses. En la actualidad se ha convertido en uno de los sistemas más populares de pago.

* eBay es un sitio web de subastas en línea que pone en contacto a los compradores y vendedores, se caracteriza por aplicar normas y políticas de buena fe en las transacciones.



Como tercer punto, la pasarela de pagos en este caso PayPal, presenta al usuario las opciones de la forma, en la que; se debe transferir los fondos, que pueden ser; desde una cuenta bancaria, desde una cuenta en PayPal o desde una tarjeta de crédito registrada.

Finalmente PayPal enviará los respectivos correos al beneficiario como al que realiza el pago, indicando que la operación se ha perfeccionado con éxito.

PayPal garantiza la transferencia efectiva del monto realizado por un usuario y garantiza la privacidad de los datos personales como bancarios, ya que; se basa en el protocolo SSL (*Secure Socket Layer*). Pero presenta como debilidad que no garantiza la fiabilidad de la persona a quién se transmite los fondos, ya que pueden ser ficticios los servicios, los productos o la identidad de la tienda virtual o comerciante.

En conclusión este tema no se garantiza en el sistema de pasarela de pagos.



CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REFORMA A LA CONVENCIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL CONTEXTO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

3.1 Antecedentes Históricos.

El génesis de la Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en el Contexto de los Contratos Internacionales, se remota a los esfuerzos unificadores del comercio y su legislación.

Fue y ha sido el anhelo del hombre encontrar la uniformidad de la normativa relativa al comercio internacional, en varios temas como; La Compraventa Internacional de Mercaderías, Arbitraje Comercial Internacional, Letras de Cambio Internacional, Transporte Marítimo de Mercaderías, Comercio Electrónico, etc.

La historia registra que fue una iniciativa holandesa del XIX el primer esfuerzo unificador en materia legislativa, que propendió la aplicación de una Ley en materia de compraventa internacional.⁸⁴ Posterior a ello, con el avance de las comunicaciones, las tecnologías y el comercio se hace evidente cada vez más, por la expansión de los mercados, normas uniformes de carácter internacional.

La necesidad de la sociedad, que requiere del comercio como instrumento de beneficio para las personas, por el efecto multiplicador que posee y la exigencia de hacer más sencillo, dinámico y ágil el intercambio comercial, provocó que la comunidad internacional despierte interés sobre este tema.

⁸⁴ La iniciativa holandesa no tuvo eco en el concierto internacional siendo aplicada tan solo por los países escandinavos y de la comunidad británica. (Vease lo dicho en: Sale of Goods Act 1893)



Esta preocupación se plasmó en la Convención de la Haya de 1964, en donde se elaboraron la LUVI (Ley Uniforme Sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales) y la LUF (Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales). Pese al alto nivel técnico contenido en estas dos normas, no tuvo la acogida esperada, por cuanto no supo conciliar los intereses de los distintos países.⁸⁵

Es en 1965 cuando se da un paso fundamental que abre el camino hacia una perspectiva de la unificación en el campo comercial internacional. En este año la ONU, (Organización de Naciones Unidas) por iniciativa de Hungría crea la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), cuyo objetivo desde sus inicios fue romper las barreras que obstaculizan el desarrollo del comercio internacional e implementar los mecanismos idóneos para la armonización del derecho internacional comercial.

Fiel al objetivo por el que; fue creada la UNCITRAL emprendió sus esfuerzos a la elaboración de una normativa uniforme en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, plasmándola en un documento final conocido como; La Convención de Viena de 1980.⁸⁶

⁸⁵ La LUVI y la LUF no pudieron conciliar en sus normas los distintos ordenamientos jurídicos como; los de tradición romanista, los del *Common Law*, los de los países socialistas, etc. Además, de acuerdo a muchos críticos de estas normas se les estaba imponiendo su aplicación, pues se determinaba que sería de aplicación, incluso aún cuando las personas contratantes tengan su domicilio en un Estado que no sea signatario de la Convención de la Haya.

⁸⁶ UNCITRAL, solicitó al Secretario General que envíe los textos conocidos como L.U.V.I y L.U.F., junto con los comentarios del profesor André Tunc a todos los países que conformaban las Naciones Unidas, pidiendo que manifestaran, si querían adherirse o no a la Convención de la Haya de 1964 y las razones en las que se fundamentaba para su aceptación, las respuestas a favor de la adhesión fueron escasas, razón por la cual no consiguieron apoyo. Por segunda ocasión se reunió UNCITRAL, en Ginebra en Marzo de 1969, este organismo estableció una comisión de 14 miembros, encargándoles que introduzcan tanto en la L.U.V.I y la L.U.F. los cambios necesarios a fin de conciliar los diversos sistemas jurídicos y los intereses económicos de la mayoría de países. Los delegados trabajaban sobre el anteproyecto de lo que a futuro sería la Convención de Viena en 1980, que fue el fruto de nueve sesiones anuales. El grupo de trabajo recomendó introducir nuevos textos relacionados con la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, textos que fueron aprobados en la undécima sesión de trabajo que tuvo lugar en 1978. El 16 de Junio de 1978, la UNCITRAL aprobó de manera unánime el anteproyecto presentado por el grupo de trabajo, razón por la cual;



Desde su creación UNCITRAL ha elaborado una serie de documentos legislativos de diversa índole, sobre el tema comercial, con el afán de unificar criterios en varios temas y de esta forma tener una legislación global, clara y aplicable. Resultaría infructuoso para nuestro estudio enumerar la amplia gama de documentos jurídicos elaborados por la UNCITRAL, pero si resulta pertinente enumerar la clase o tipo de documentos que han sido desarrollados.

Así tenemos;

-Convención. Se la puede definir sucintamente como; el acuerdo de voluntades entre sujetos de carácter internacional, que en la mayoría de casos pueden ser los Estado, pero puede una de las partes estar compuesta por organismos regionales, internacionales, mundiales ejemplo; la CAN (Comunidad Andina de Naciones), la OEA (Organización de Estados Americanos), ONU (Organización de Naciones Unidas) respectivamente.

-Ley Modelo. Conjunto de normas que los entes supranacionales, especialmente la ONU (Organización de Naciones Unidas) elaboran de manera especializada, con el objetivo de que sean adoptados por los distintos países, dentro de sus ordenamientos jurídicos internos.

De esta manera se consigue unidad de criterios y uniformidad en las regulaciones que realizan los diversos Estados, pues se la utiliza como guía para la elaboración de la Ley en los respectivos países.

-Guía Legislativa. Texto que contiene de forma explicativa las sugerencias, resoluciones, notas, etc., que rodean a un documento legislativo como; la Convención o Ley Modelo, para facilitar su ratificación o elaboración. Plantea las

la Asamblea General de las Naciones Unidas convino en celebrar una conferencia de plenipotenciarios que tuvo lugar en Viena en 1980.



distintas dificultades o ventajas de ciertos temas jurídicos, realizada por gente especializada en la materia.

-Reglas Contractuales. Son cláusulas o reglas uniformes que se emplean y son aceptadas en el comercio internacional, representan cuestiones que tienen que ver con la buena fe, el transporte, el riesgo; los medios de pago etc.

-Guía Jurídica. Es un texto que contiene sugerencias y ayuda, para la elaboración de los distintos contratos comerciales de carácter internacional. Posee orientación jurídica práctica, basada en un enfoque legal de la aplicación de los distintos textos aprobados y aplicados por los países que forman parte de la ONU (Organización de Naciones Unidas).

A la par del avance que ha tenido la construcción jurídica en materia comercial, empujada por la masificación de los mercados y la aplicación de nuevas tecnologías de la comunicación, hace que el comercio tenga un desarrollo impresionante y dinámico que no podía quedar restringido a la esfera interna de los Estados, sino que requiera la flexibilidad y amplitud.

Fruto de aceptar esta realidad se suscriben; convenciones, resoluciones y acuerdos de carácter mundial y regional, que aseguren el ejercicio de un comercio en iguales condiciones y oportunidades, evitando la acumulación desmedida de la riqueza y rompiendo las estructuras que imposibilitan que la pequeña y mediana industria sucumba ante los poderes de las grandes corporaciones.

La utilización de la informática como herramienta para simplificar los procesos en todos los campos y disciplinas, influyó también, de manera fundamental en el desarrollo del comercio. Los procesos de elaboración, comercialización, transporte, negociación con clientes se volvieron sencillos, prácticos y ágiles, lo



cual despertó la necesidad de captar más mercado o expandir el universo de consumidores.

Finalmente cuando aparece el Internet el desarrollo del comercio crece de una manera exponencial. El internet, una invención fruto de la creatividad humana, que en palabras de Kofi A Annan ex Secretario General de las Naciones Unidas es una de; *“las pocas manifestaciones que están transformando tan amplia y rápidamente la sociedad.”*⁸⁷

Annan reconoce la importancia de las TIC´s entre las cuales se encuentra internet como un vehículo para procurar a los países un desarrollo económico sostenible y manifiesta; que el comercio electrónico; es una de las actividades más prometedoras capaz de generar nuevos mercados, nuevos bienes y servicios de carácter intangible así como fomentar una serie de empleos y subempleos.⁸⁸

En el campo legislativo la ONU en el año de 1985 dictó una resolución respecto al valor jurídico de los registros computarizados, que fue el resultado del análisis de las consecuencias jurídicas que provocaría el procesamiento automático de datos.

La investigación y análisis condujo a establecer igual valor jurídico a los documentos electrónicos, que a los documentos físicos, rompiendo el mito de que los documentos deben ser firmados físicamente para tener validez (equivalencia funcional), también en esta resolución se incluirían otros principios, que servirían de base para dictar la Ley Modelo de Comercio Electrónico⁸⁹ elaborada años más tarde.

⁸⁷ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo; Informe Sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2003; Perspectiva General.

⁸⁸ Ver en; Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo; Informe Sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2003; Perspectiva General.

⁸⁹ La Ley Modelo de Comercio Electrónico fue aprobada en el período 29 de sesiones, celebrado el 12 de junio de 1996, por la UNCITRAL



El grupo de trabajo de la UNCITRAL, especializado en esta temática, que en un inicio se denominó; Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos y que posteriormente fue nombrado como grupo de trabajo de Comercio Electrónico se encontraba empeñado en elaborar Leyes Modelo, Convenciones y en fin, cualquier documento legislativo que rompa las barreras jurídicas que impidan el desarrollo del comercio electrónico.

Dentro de los documentos legislativos más importantes, elaborados por este grupo de trabajo y puestos a consideración de la UNCITRAL se encuentra la Ley Modelo de Comercio Electrónico (1996) y la Ley Modelo de Firmas Electrónicas (2001), que posteriormente son adoptados por los diversos países para su incorporación dentro de sus ordenamientos jurídicos internos.

Toda esta corriente que impulsa el desarrollo legislativo del entorno electrónico o digital, hace que sea motivo de inquietud por parte de la academia, ver la factibilidad de adaptar las comunicaciones electrónicas en distintos documentos desarrollados por la UNCITRAL, antes de que el fenómeno Internet apareciera.

Uno de estos documentos es la Convención de Viena de 1980, Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Basado en esta idea se contempló la posibilidad de que; la Convención de Viena pueda adaptarse a las comunicaciones electrónicas.

El profesor; Albert H. Kritzer del *Institute of International Commercial Law de la Universidad de Pace*, junto con otros eminentes expertos en la materia como; Dr. Michael Joachim Bonell, Sir Roy Goode, Profesor Hiroo Sono, Dra. María del Pilar Perales Viscasillas, Dr. Alejandro M. Garro entre otros más, funda en el año 2001 el “Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías” (ACISG-AC).



El Consejo Consultivo de la Convención de Viena llegó a la conclusión, que era perfectamente aplicable las comunicaciones electrónicas, dentro de ese documento. En especial se evidenció que el Art.7 de la Convención en su primer párrafo textualmente dice: *"En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional"* permite la interpretación extensiva o por analogía del concepto de comunicación, para adaptarla al nuevo contexto que plantea el entorno digital y la factibilidad, de basado en la buena fe, los usos y costumbres comerciales, así como; la equivalencia funcional, aceptar las comunicaciones electrónicas en los distintos articulados de la Convención de Viena, que hace referencia al intercambio comunicacional tradicional.⁹⁰

Con ello, se estaría cumpliendo la uniformidad de la aplicación de la Convención, pues de no ser así sus disposiciones quedarían anacrónicas y se rompería el principio que hemos hecho mención.

Las conclusiones y sugerencias del Consejo Consultivo de la Convención de Viena, iniciativa privada, junto con el criterio de otros estudiosos y entendidos en la materia fue recogido por el Grupo de Trabajo IV de la UNCITRAL, que presentó el Proyecto de Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en el Contexto de los Contratos Internacionales, el mismo que fuera aprobado en fecha 23 de Noviembre del 2005.

3.2 Naturaleza Jurídica.

El Derecho Internacional Público define a los tratados internacionales como; *" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho*

⁹⁰ Consultar en el documento; Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG); Primera Opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISGAC).

http://www.cisgac.com/UserFiles/File/w%20Spanish_Opinion%201x.pdf



*internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;*⁹¹

De conformidad a este concepto no importa la clase, naturaleza o denominación, que se les dé a los acuerdos entre los Estados, será un tratado internacional. Cabe hacer mención que en la actualidad no solo los Tratados o Convenios Internacionales se firman entre Estados, sino entre éstos y organismos internacionales o simplemente entre éstos últimos, que de acuerdo a la doctrina y legislación son sujetos de Derecho Internacional.⁹²

Los tratados internacionales se clasifican tradicionalmente en; Tratados-Contratos y Tratados-Ley. Los primeros poseen como finalidad la de crear relaciones jurídicas entre los Estados que lo suscriben. Por su parte, los segundos plantean la aplicación de una norma objetiva de derecho entre quienes son parte.

La Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas goza del carácter de ser un Tratado Ley, pues busca la aplicación de una norma objetiva en el contexto de la formación de los contratos internacionales. Además se la puede encuadrar dentro de distintos tipos de clasificaciones realizadas en torno a los tratados internacionales.

La Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas tiene los mismos caracteres que un; *Self-executing treaties*, o “Tratados de aplicación

⁹¹ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Parte I 2 literal a).

⁹² Revisar lo dicho en el Art. 2, numeral 1 literal a) i y ii), que textualmente dice : a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;



inmediata”, pues para su aplicación no requiere de adaptación del ordenamiento jurídico interno, sino simplemente ratificar o adherirse a la Convención.⁹³

También, se la puede encuadrar como un tratado que posee mecanismos de colaboración entre Estados y Organizaciones Internacionales, pues para su aplicación se requiere de la colaboración, principalmente de las Organizaciones vinculadas al comercio.

Finalmente es un tratado internacional especializado y complementario, pues regula un ámbito determinado que es; las comunicaciones electrónicas, dentro del contexto de formación de los contratos y sirve para adecuar la aplicación de normas anteriores como la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, para que sus disposiciones se puedan acomodar a la nueva realidad.

3.3 Estructura General.

La Convención Sobre las Comunicaciones Electrónicas, regula de forma exclusiva y especializada la utilización de las comunicaciones electrónicas en la formación o cumplimiento de los contratos, cuyas partes posean establecimientos en distintos Estados.

De manera breve para entender la estructura de la Convención, diremos que su campo de acción gira entorno de la materia que es; la formación y cumplimiento de cualquier tipo de contrato, que nace en virtud del intercambio de comunicaciones electrónicas. Esto deberá entenderse en forma amplia, ya que; la Convención no restringe como lo hace la Convención de Viena Sobre

⁹³ Cabe mencionar que este principio no es absoluto, pues existen Estados que dentro de sus principios constitucionales obligan a realizar la expedición de una Ley que tenga el carácter de transformadora del ordenamiento jurídico nacional, para que el tratado en cuestión pueda aplicarse; ejemplo; los países del Reino Unido y Escandinavos.



Compraventa Internacional de Mercaderías el ámbito de aplicación, basándose en la materia mercantil, establecida por la palabra mercaderías.

Además, se entenderá por contrato otro tipo de actos que incluyan acuerdos o convenciones, no guiándonos por su concepto formal jurídico, como lo veremos más adelante.

La autonomía de la voluntad constituye un elemento esencial, en el ámbito de acción de la Convención, pues ella; se convierte en un factor transformador que puede excluir o modificar sus efectos.

En igual forma, el concepto de comunicación y comunicación electrónica, juega un rol fundamental para determinar la aplicación o no de la Convención. Si un intercambio de datos no se encuadra en estos conceptos, no se considera como comunicación electrónica, por ende, no podrá aplicarse este cuerpo normativo.

La Convención para la determinación de su estructura, como para la determinación de su campo de acción, ha optado por conjugar los criterios de sustantividad en la elaboración de la norma, respecto a las comunicaciones y su valor jurídico en la formación de los contratos, con el criterio técnico que poseen las comunicaciones en Internet.

La exclusión de la aplicación de la Convención se encuentra dado, en razón de la naturaleza de las comunicaciones y su especialización. En el contexto internacional se pueden encontrar documentos comerciales que ya están regulados en forma rigurosa por normas especiales, tanto sustantivas como técnicas, por ello; se excluyen de la aplicación de la Convención, las comunicaciones electrónicas que tiene que ver con el mercado de valores, cambio de divisas, y otro tipo de intermediación financiera enumerada en el Art. 2.



También, se excluye de la aplicación de la Convención, documentos comerciales como; letras de cambio, pagaré, cartas de porto u otro documento similar, que acredite la titularidad o propiedad de mercaderías. Creemos que el motivo para la exclusión de este tipo de documentos, es el de, no chocar con el derecho interno de los diferentes Estados o las Convenciones Internacionales celebradas en diversos temas comerciales, ya que; éstos documentos son formales y pueden variar sus requisitos de un Estado a otro y mucho más cuando se trata de documentos electrónicos.

Tampoco se aplicará la Convención a las comunicaciones hechas con finalidades familiares o domésticas, de esta manera se evita un eventual conflicto entre las leyes de orden público que protegen los derechos de los consumidores y la Convención.⁹⁴

Finalmente, se restringe la aplicación de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, a los Instrumentos, Convenciones o Acuerdos Internacionales *“consignados en la declaración de dicho Estado y en el que, ese Estado sea o pueda llegar a ser parte,... mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 21.”*⁹⁵

En razón de la soberanía o el derecho de autodeterminación de los Estados, da la opción de expresar en la declaración que haga cada Estado, si quiere o no que la Convención sea aplicable.

La estructura de la Convención de la ONU, sobre Comunicaciones Electrónicas se encuentra dispuesta de la siguiente manera:

⁹⁴ Debemos notar que; la Convención Sobre las Comunicaciones Electrónicas no restringe su campo de acción por la materia mercantil como otros instrumentos internacionales, por ende; podría ser aplicada a comunicaciones electrónicas que tiendan a perfeccionar acuerdos o contratos internacionales como; civiles o labores, por ejemplo.

⁹⁵ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 4 Art. 20.



Este cuerpo normativo por su especial característica, posee una sola parte objeto de la regulación, que son; las comunicaciones electrónicas en su relación con la formación y cumplimiento de los contratos internacionales.

Se encuentra dividido en cuatro capítulos totalmente relacionados e interdependiente uno del otro, por ello; la Convención necesariamente debe ser aprobada o ratificada en su totalidad por parte de los Estados, pues de conformidad con el Art. 22 no se podrán hacer reservas a la Convención.

A más que; debemos notar que de acuerdo a la forma como se encuentra previsto el desarrollo del articulado, está dotado de un hilo conductor que despliega en forma secuencial el texto y no en forma independiente como ocurre en la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías que posee, la Parte II referente a la formación del contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías y la Parte III relativa a la ejecución del contrato de Compraventa Internacional, que pueden ser ratificados o no por los Estados, ya que; fueron legislados para que sean aplicados en forma independiente, sin perjuicio de su aprobación o no.

En el Capítulo I titulado Esfera de Aplicación, que va desde el Art. 1 al 3, se ocupa de regular el ámbito de acción de la Convención, fijado por las comunicaciones en su relación con la formación y cumplimiento de los contratos. Aspectos como; la internacionalidad de la relación, que surge entre las partes, fruto de ese intercambio electrónico de comunicaciones y el establecimiento de su aplicación, independientemente de su carácter civil o mercantil, son los que rigen la aplicación o no de la Convención.

También este capítulo regula la autonomía de la voluntad, considerada como un principio rector no solo de la Convención, sino del comercio en general, que posee un carácter transformador, que puede excluir o modificar sus disposiciones. Es tal, la fuerza de la Autonomía de la voluntad que está demostrado que puede



introducir normas o disposiciones incluso incompatibles, que regirán entre las partes.

El Capítulo II dispuesto bajo el título de Disposiciones Generales, que va del Art. 4 al 7, realiza una definición usual de los términos que se encuentran presente en el proceso comunicativo como; comunicación, comunicación electrónica, iniciador, destinatario, sistema de información, sistema automatizado de mensajes y establecimiento. De esta manera, se deja claro qué comprende cada uno de los términos, así como; sus alcances y efectos jurídicos dentro de la Convención.

La interpretación de la Convención se ha creído pertinente incluirla en este capítulo, recoge los criterios de interpretación presentes en las normas comerciales de carácter internacional, que son; promover la uniformidad, la buena fe dentro del comercio internacional y tener presente su carácter internacional, que son las premisas que deben primar para la aplicación de la Convención, por ende en caso de oscuridad, contradicción o vacíos, deberá recurrirse a esos principios.

Además, se prevé que la interpretación de la Convención se regirá en base de los principios constantes en la misma y a falta, de que; éstos no prevean la solución pertinente, se establece que serán las normas de derecho internacional privado las que dirimirán la cuestión.

Otro aspecto reglado en este capítulo, es lo concerniente a la ubicación de las partes. Se establece en el marco de algunas presunciones, cuando se entiende que una relación producto del intercambio de comunicaciones electrónicas, es internacional o no, en base del establecimiento o la residencia habitual.

Con ello; se resuelve varios supuestos que pueden surgir en relación a este tema.



Finalmente, en este capítulo en el Art. 7, se deja abierta la posibilidad, de que; sean otros cuerpos normativos de carácter nacional o internacional según competa, determinar los requisitos que debe reunir la información, respecto a la identidad de las partes, ubicación, establecimiento etc., tampoco le exime de responsabilidad a la persona que haya realizado declaraciones inexactas respecto a estos temas.

El Capítulo III denominado Utilización de las Comunicaciones Electrónicas, en los Contratos Internacionales se encuentra desarrollado en 7 artículos y va desde el Art. 8 al 14.

En este título se regula cuestiones como; la equivalencia funcional de las comunicaciones electrónicas, dándoles igual grado de validez

De igual forma, se establece los requisitos formales-objetivos de validez, que debe poseer las comunicaciones que se intercambian. Nuevamente aquí se desarrolla el principio de equivalencia funcional y se establece el empleo de sistemas seguros y confiables para acreditar la integridad de las comunicaciones electrónicas y para determinar la identidad de las personas responsables de dichas comunicaciones.

El envío y la recepción de las comunicaciones electrónicas, son regladas en este capítulo determinando los requisitos que debe cumplir para entenderse, cuando se expide y cuando llega una comunicación electrónica, con ello; se establece el lugar y momento en que; se perfecciona un contrato que variará dependiendo el criterio que se adopte para perfeccionarlo.

Finalmente en este tema, se desarrollan aspectos específicos relacionados con la oferta aceptación y nacimiento del contrato, propias del intercambio de las comunicaciones electrónicas en el entorno red. Se regula lo concerniente a las ofertas realizadas bajo la forma de comunicaciones electrónicas, lo referente al



empleo de sistemas automatizados para la presentación de ofertas, así como; para el perfeccionamiento de contratos. Se habla además, de la flexibilidad que deben tener las comunicaciones electrónicas en el perfeccionamiento del consentimiento, en un contrato efectuado mediante esa vía y del error en las comunicaciones electrónicas, dando salida de corregir dicho error, bajo ciertas circunstancias.

El Capítulo IV, que es el más largo está conformado por 11 artículos y va desde el Art. 15 al 25, explica la forma de aprobación o adhesión de la Convención. La Convención como ya lo dijimos, no admite reservas y deberá ser ratificada en todo o no ser aceptada, por los Estados. Indica este capítulo, el procedimiento para aceptar la Convención, así como; su aplicación y entrada en vigor. Prevé también, la forma de proceder en casos especiales, tal es el caso de; las circunciones territoriales especiales, las organizaciones regionales de integración económica y la aplicación de la Convención a otras Convención, Leyes y cuerpos normativos internacionales relacionas con este tema.

3.4 Ámbito de Aplicación.

La Convención circunscribe su espectro de aplicación tomando como factor principal el uso de las comunicaciones electrónicas, en lo que; tiene que ver a la formación y cumplimiento de los contratos de carácter internacional. Son en principio dos las circunstancias fácticas que permiten la aplicación de la Convención como se puede observar de la lectura del Art. 1.

Tanto la formación, como el cumplimiento de los contratos efectuados mediante comunicaciones electrónicas, se basan o fundamentan en principios de carácter general, propios del comercio y en principios específicos, que a lo largo de la Convención son desarrollados.



Por su parte, las exclusiones fijadas en el Art. 2 se dan en razón de la finalidad u objetivo que se hace el intercambio electrónico de comunicaciones, si este intercambio es con fines domésticos, personales o familiares, la formación o el cumplimiento del contrato no se rige por la Convención, pues se considera que no existe en estos actos la relevancia o importancia para ser reglado por este cuerpo normativo.

En el derecho interno de cada país existen la diferencia entre los actos considerados civiles y los mercantiles que se diferencian por el ánimo de lucro puesto en la celebración de un contrato, pero la especificación del carácter civil o mercantil puede variar en los distintos países, por ello la Convención ha preferido excluir de su campo de acción este tema.⁹⁶

Tampoco la Convención desea interferir o chocar, con las disposiciones de los consumidores que son de orden público de los Estados y al que deben someterse los contratos realizados con fines familiares, domésticos o personales.

En asuntos especializados como el mercado de valores, operaciones de cambio de divisas, pago interbancarios etc., y documentos especializados como letras de cambio, pagarés, carta de porte conocimiento de embarques, etc., se restringe el cambio de acción de la Convención se considera que no se debe interferir en cuestiones reguladas por Convenciones o Leyes especiales que establecen claramente los requisito, efectos y alcances jurídicos de estas actividades como documentos comerciales.

⁹⁶ En el Ecuador se distingue la actividad mercantil de la civil en base a dos factores; el subjetivo; basado en el carácter que goza la persona, que realiza ese acto, si es un comerciante o no, persona que hace del comercio su profesión, consistente en intermediar o comprar para vender con lucro. El objetivo consistente en determinar, si la finalidad con la que hace un acto posee o no la intención de lucrar, por ello en el Art. 3 del Código de Comercio se establece una serie de actividades que se consideran actos de comercio así tenemos como ejemplo; *“La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; La comisión o mandato comercial; Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico;”* ver Art. 2 Código de Comercio.



La autonomía de la voluntad se encuentra presente en la Convención, se la considera de un carácter transformador, que a veces puede compararse como un elástico, pues en base de ella puede estirarse y aplicarse disposiciones muchas veces incompatibles o contradictorias o en base de ella puede restringirse al mínimo su aplicación. La autonomía es un principio rector no solo de la Convención sino del comercio tradicional como electrónico.

En base de los apuntes realizados procederemos a ir exponiendo cada uno de los principios expuestos y son los que rigen el campo de acción de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas.

a) Internacional.

El marco de aplicación de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas es de carácter internacional. Este principio es la base para que sus disposiciones sean uniformes y de esta forma se pueda tener certidumbre en la resolución de ciertas cuestiones referente al tema.

Para determinar si una relación jurídica, es de carácter internacional, suele acudir a tres criterios que sirven para dirimir esta cuestión y que son: el objetivo, subjetivo y el mixto.

El criterio objetivo se basa en el objeto del contrato, para encuadrar la relación como internacional, si el objeto del contrato debe ser entregado en un país diferente al de su celebración el contrato será internacional, ya que sus efectos trascienden en esa esfera.

Por su parte el criterio subjetivo se sustenta en la ubicación de los contratantes, para identificar una relación como Internacional, por ello; se establece que una relación es internacional cuando el domicilio, establecimiento o residencia habitual se encuentra en Estados diferentes.



El criterio mixto es una mezcla de los dos anteriores, para que la relación sea internacional debe tener los dos elementos; el objetivo como el sujeto un elemento extraño en relación, o sea tener una vinculación especial con la legislación de otro país.

La Convención Sobre las Comunicaciones Electrónicas, al igual que otros documentos internacionales emanados de la ONU, ha optado por el criterio subjetivo para la aplicación de sus disposiciones que son de carácter Internacional. En la última parte del numeral 1 del Art. 1 dispone: que la Convención será aplicable *“entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.”*

La Convención no lo dice, pero a más de que; se encuentre las partes en un Estado diferente, con respecto del tema de las comunicaciones electrónicas, en la formación o cumplimiento de un contrato, el Estado donde se encuentra ubicado el establecimiento debe ser de un país contratante de la Convención o que las normas de Derecho Internacional Privado permitan la aplicación de la Convención, pues no se puede imponer la aplicación de una norma a un Estado que no lo ha ratificado o aceptado por el principio de soberanía o autodeterminación.

Por otra parte, el término establecimiento resulta muy ambiguo, porque en principio transmite la idea de cualquier lugar donde se realizan actividades comerciales. La Convención dada su naturaleza no posee un carácter mercantil como; si lo tiene la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de donde se ha tomado este término.

La Convención Sobre Comunicaciones electrónicas ha definido la palabra establecimiento, pero de una manera general y lacónica como; *“todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una*



*actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar*⁹⁷.

De lo que se entiende del contenido de estas palabras es que al lugar físico debe acompañarle dos elementos; la permanencia, que implica lo relativo a la continuidad en el tiempo y el contenido económico patrimonial que se le da a ese local, que debe ser distinto al suministro o entrega transitoria de bienes o servicios. Por ende la continuidad y permanencia debe ser entendida en este sentido.

A más de lo manifestado, el término establecimiento puede tener una interpretación diferente, ya que su traducción en otros idiomas puede llevar a la confusión, por ejemplo en inglés con “*place of business*”, o en francés “*établissement*”. Lo cual, deja a criterio del tribunal que dirima algún conflicto sobre este tema, definir los requisitos o lineamientos que comprenda la palabra establecimiento.⁹⁸

La noción de establecimiento debe estar perfectamente conocida por las partes, caso contrario no podría aplicarse la Convención, tal como; lo dice el numeral 2 del Art. 1: “*No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste.*”⁹⁹

⁹⁷ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Literal h) Art. 4.

⁹⁸ En la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, se debatió arduamente sobre la cuestión de definir o no la palabra establecimiento, muchas delegaciones insistieron en definir dicho termino, pero no se lo pudo hacer debido a que; se asocia con una actividad comercial que puede ser realizada en varios lugar, es decir; un comerciante puede tener varios establecimientos. Entonces, ya que; la Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, no permite una interpretación clara de la cuestión se deja a que el derecho interno lo resuelva. Lo que si queda claro es la noción de permanencia que encarna la palabra establecimiento.

⁹⁹ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 2 Art. 1.



En conclusión la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas será aplicable, siempre que en la relación, tratos preliminares o el intercambio de comunicaciones, antes de la celebración o al momento de la conclusión del contrato, aparezca este elemento que incide para el cumplimiento o celebración del mismo y en el que; si no se establece una normativa uniforme puede chocar dos ordenamientos jurídicos.

Pese a tener un concepto un tanto ambiguo de establecimiento, sin embargo el mismo se complementa con reglas generales que nos sirven para determinar la ubicación de ese lugar y en defecto que no fuera posible aquello, determinar la ubicación de las partes en base de la residencia habitual.

Las reglas fijadas en el Art. 6 de la Convención son las siguientes:

-Presunción de que, el establecimiento se encuentra ubicado en el lugar señalado por las partes, salvo prueba en contrario, consistente en que; se demuestre que no posee dicho establecimiento en el lugar indicado.

Se parte del principio de buena fe, que debe existir entre las partes, quienes celebran un contrato, que en principio lo realizan para cumplir y de buena fe, por ello; ha creído prudente la Convención, partir de aceptar el lugar señalado por las partes como el de su establecimiento, dejando la posibilidad de que sea demostrado por la otra parte el hecho de que exista una incongruencia en la ubicación del establecimiento.

-Si no se ha indicado el lugar de establecimiento y posee más de uno, en lugares diferentes, se considera que el establecimiento será, el que; tenga más relación con la formación y cumplimiento del contrato, considerando las circunstancias que rodean el entorno.



Se parte de un criterio de razonabilidad para determinar la ubicación del establecimiento, consistente en el análisis de la relación y las circunstancias propias de las partes y la naturaleza del negocio obviamente que aquí se acudirán a principios de buena fe, usos, costumbres, etc.

- No se puede fijar como lugar de establecimiento, el sitio donde se tenga los equipos y tecnología que sirva para el sistema de transmisión de información de las partes o el lugar donde se pueda acceder ha dicho sistema de información.

Se considera que el establecimiento es el lugar, donde existe una vinculación directa entre las partes y el contrato, en base a todas las circunstancias que lo rodea como; la formación, comunicación y cumplimiento. Los sistemas de información son herramientas que ciertamente ayudan a la formación y cumplimiento del contrato, pero pueden estar en un lugar diferente al del establecimiento, incluso en sitios remotos, desconocidos por las partes, por ello; no puede basarse en este hecho para considerar la ubicación de un establecimiento.

-El nombre de dominio no sirve como elemento que vincula o determina el lugar del establecimiento. Ya que, es un elemento que se encuentra en la red, que sirve para poder transmitir y localizar de la información de la red, mediante la asignación de un nombre aunque cuenta con los dominios de nivel superior geográfico y genérico, que sirve para distinguir el área de servicios.

Al estar en la red, no podría considerarse válido para vincular, porque puede tener inexactitud con respecto a los datos constantes en el dominio, a más que; puede ser registrado por personas o empresas que no tengan nada que ver con el nombre asignado. Si no hay exactitud respecto a estos datos no se puede



considerar a esa información para asignarle a una de las partes un establecimiento.

- A falta de establecimiento en las personas físicas, se tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual. La Convención acude de forma subsidiaria a la residencia habitual, solo para el caso de personas físicas, dándole los mismos efectos para el cumplimiento de obligaciones y para la aplicación del ámbito de la Convención.

O sea para el caso de las personas físicas se acudirá a la residencia habitual para aplicar la Convención, respecto de la formación y cumplimiento de los contratos que se hayan realizados mediante vía electrónica.

Es flexible este criterio, pues no se exige el lugar de domicilio, sino la residencia habitual que aunque se semeja, se diferencia en el ánimo de permanencia. La residencia puede ser el lugar de negocios, donde tenga el asiento principal de sus actividades laborales, familiares etc., pero no vincula una permanencia, lo que es característica propia del domicilio.

b) Comunicaciones Electrónicas.

Es el objeto principal de la presente Convención, por ello cada una de sus disposiciones giran en torno de este tema.

Las comunicaciones electrónicas son una de las manifestaciones más versátiles, dinámicas y útiles para la celebración de contratos y en especial para desarrollar y masificar el comercio. Gracias a las TIC's y sus aplicaciones las partes pueden simplificar las negociaciones y tener acceso a mercados inaccesibles antes.

Es un anhelo de la ONU y de la comunidad internacional en general regular de forma adecuada las comunicaciones electrónicas, se las considera bienes



jurídicos de contenido patrimonial, que deben tener una regulación uniforme, pues solo de esa forma se romperá la barrera jurídica que impide el desarrollo de negocios, la contratación electrónica y en general el comercio electrónico.

Las palabras de los considerandos de la Convención invocan precisamente lo antes manifestado como un anhelo de cumplimiento en la esfera mundial y reflejando los principios generales del comercio internacional y los principios propios del comercio electrónico como; neutralidad tecnológica, equivalencia funcional.¹⁰⁰

La aplicación de la Convención es exclusiva a las comunicaciones electrónicas esto se lo puede apreciar del título que lleva que es; Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Así como del numeral 1 del Art. 1 de la Convención que claramente manifiesta: *“La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.”*¹⁰¹

Se infiere de la norma transcrita que la aplicación de la Convención es exclusiva a una actividad que es la utilización de comunicaciones electrónicas, en lo que tiene que ver con la formación y cumplimiento de un contrato.

¹⁰⁰ Nótese lo dicho en las siguientes expresiones, constantes en el considerando de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas:

“Observando que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales y los vínculos comerciales y brinda nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos....”

“Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes...”

¹⁰¹ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 1 Art. 1.



La parte precontractual o sea los tratos preliminares como son; la presentación de la oferta, aceptación y comunicaciones posteriores tendientes al cumplimiento del contrato como; formas de pago, comunicación para la entrega de la cosa o prestación del servicio, medio de transporte etc., deben ser realizadas en forma electrónica por las partes.

Nótese por tanto, que se exige no solo que la forma de las comunicaciones sea electrónica, sino que además sean en el área relacionada a la formación y cumplimiento de un contrato internacional, por ello; se acude a la frase; ...“*cuyos establecimientos estén en distintos Estados.*”¹⁰² A más que, se exige reciprocidad en el empleo de las comunicaciones electrónicas en las circunstancias antes señaladas, pues si la formación o el cumplimiento no se lleva por esta vía, no es factible la aplicación de la Convención.

Consecuentemente no será aplicable la Convención a comunicaciones tradicionales, como las comunicaciones epistolares, tampoco será aplicable a comunicaciones electrónicas nacionales, ya que éstas deben ser reguladas por el derecho interno de cada Estado.

Las comunicaciones electrónicas son el eje central, para la aplicación de la Convención por ello; cabe preguntar ¿qué debemos entender por comunicación electrónica? La Convención resuelve esta interrogante en su Art 4 titulado “Definiciones”.

En primer lugar se define comunicación como; “*toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;*” dentro de este concepto se trata de abarcar todas las posibles acciones que impliquen comunicación en sus más diversas formas,

¹⁰² Ibídem.



que puede ser oral y escrita, que en el campo electrónico se lo puede hacer por voz, video o texto.

Esto lo podemos apreciar de la utilización de la palabra, “toda” para explicar qué tipo de actividades comunicativas se deben entender como comunicación. Esta acción y efecto de comunicarse, pueden realizarse a través de un sinnúmero de formas, entre las cuales se encuentra las detalladas por la Convención, que trata de recoger el mayor espectro posible de comunicaciones comúnmente utilizadas en el comercio internacional.

En sentido general, podemos decir que toda manifestación de la voluntad exteriorizada a otra parte por vía electrónica usada en la formación de un contrato, en cualquiera de sus fases o para el cumplimiento del contrato es objeto de aplicación de la Convención.

La forma técnica que debe tener las comunicaciones electrónicas es la de mensaje de datos, así lo dice en su Art.4 la Convención, cuando define el término comunicaciones electrónicas. Por otro lado, se desarrolla el concepto de mensaje de datos casi en la misma manera que la hace la Ley Modelo de Comercio Electrónico ((a) Art. 2) y la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana (disposición general novena.) como; *“la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;”*¹⁰³

La doctrina y la Legislación internacional como nacional regulan a las comunicaciones bajo la forma de mensaje de datos, que es; una creación jurídico-tecnológica para proteger la información, así como; exigir los derechos y obligaciones que en torno a ella pueden generarse. Toda información que pasa a

¹⁰³ Ibídem. Literal c) Art. 4



un plano electrónico en cualquiera de sus etapas como son la generación, envío, recepción, archivo etc., es un mensaje de datos.

Se incluyen como mensaje de datos otros medios similares como los EDI's (Intercambio Electrónico de Datos) medios magnéticos, ópticos, etc. Si bien, uno de los factores para encuadrar una información bajo la armadura de mensaje de datos, es la forma en que se envía la información, sea un medio electrónico, ésta debe cumplir una función informática o de automatización, pues se requiere que sea accesible o permita su posterior consulta.¹⁰⁴

Por ello, la Convención admite otro tipo de medios que en principio son netamente electrónicos, como el telegrama, el télex o el telefax y excluye otro tipo de medios electrónicos como: el teléfono o fax. La razón de esto, es si cumplen o no la función informática o de automatización, que puede tener un medio para considerar que la información generada, enviada, recibida, archivada etc., a través de él pueda ser considerada como mensaje de datos.

A más de ello el mensaje de datos debe gozar de las características de validez, integridad y no repudio, requisitos que sirven para dar validez a las declaraciones contenidas en él.

Solo cuando las comunicaciones electrónicas, hechas para la formación o cumplimiento de un contrato internacional cuenten con la forma de un mensaje de datos, son susceptibles de aplicación por parte de la Convención y para que esto ocurra debe observarse lo dicho en líneas anteriores.

Por último, debemos manifestar que existen salvedades en las cuales, las comunicaciones electrónicas aunque lleven la forma de un mensaje de datos, no

¹⁰⁴ Revisar sobre el tema en el Art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005, Art. 6 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL y el Art 6 de la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador.



se las puede aplicar la Convención en razón de materias especializadas como son; el mercado de valores, cambio de divisas, sistema de pagos interbancarios y otras actividades afines regidas por Convenciones o Leyes especiales que son de carácter internacional. Lo mismo ocurre con las comunicaciones electrónicas relativas a Letras de Cambio, Pagarés a la orden o documento que acrediten la propiedad de las mercaderías, en las que existe discrepancia en las distintas legislaciones a más que pueden competir a un campo que es de exclusiva injerencia del ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

Tampoco, se podría aplicar la Convención a las comunicaciones realizadas para celebrar o cumplir contratos con fines personales, familiares o domésticos, en razón de la intención que se tiene al momento de transmitir las comunicaciones.

c) Contratos.

El ámbito de aplicación de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, gira alrededor de la Contratación Internacional, entendida en una forma más amplia, no solo a lo que compete a demostrar la validez de un contrato, cuando se lo realiza por medios electrónicos, sino que involucra la parte pre y pos contractual como son; comunicaciones relacionadas a los tratos preliminares, comunicaciones atinentes al cumplimiento del contrato y todo tipo de comunicaciones adicionales que tengan relación con el contrato.

Esto se lo puede inferir de la frase utilizada en el literal a) del Art. 4 de la Convención que dice; *“toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;”*¹⁰⁵

¹⁰⁵ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Literal a) Art. 4.



Igualmente, de lo transcrito se deduce que no se requiere que sea de forma exclusiva un contrato, en los términos jurídicos estrictos, sino puede ser la simple declaración de obligaciones. A mi modo de ver, se ha regulado de esta manera para favorecer la aplicación de la Convención a cualquier tipo de comunicaciones electrónicas que queden fuera de los términos formales que implica un contrato, por otra parte no se quiere chocar con las concepciones jurídicas que pueden tener los ordenamientos internos de los diferentes Estados.

Por ejemplo; en la legislación ecuatoriana se confunde el concepto de contrato con el de obligación, en el Art. 1454 de Su Código Civil cuando dice; *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”*¹⁰⁶

Diferente a lo que establece el Código Civil argentino que define al contrato en los siguientes términos; *“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”*¹⁰⁷, como vemos existen criterios diferentes para las legislaciones antes anotadas, respecto al concepto de contrato.

Para la legislación ecuatoriana los contratos involucran a los actos que son manifestaciones unilaterales de la voluntad, que pueden ser fuente de obligaciones, pero que doctrinariamente no reúnen los elementos de los contratos. Por su lado, la legislación argentina se fundamenta en el acuerdo de voluntades como elemento básico para la existencia de un contrato.

La diversidad de criterios por parte de los ordenamientos jurídicos internos, en torno no solo a este, sino a otros temas, como el perfeccionamiento del contrato y la transmisión de la propiedad, ha hecho que la Convención opte por excluirlos de la Convención y consecuentemente de su campo de acción.

¹⁰⁶ Código Civil Ecuatoriano Art. 1454.

¹⁰⁷ Código Civil Argentino Art. 1137



d) Autonomía de la Voluntad.

Es uno de los elementos a analizar al momento de aplicar la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, pues de éste depende la aplicación total, parcial o su total exclusión. Así lo dispone el Art. 3 de la Convención determinando el alcance de la autonomía de la voluntad en los siguientes términos: *“Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.”*¹⁰⁸.

En el Derecho Mercantil sobre todo en el ámbito internacional ha prevalecido desde antaño la forma de autoregularse, en base al consentimiento de las partes, para fijar los derechos que regirán una relación contractual. De allí, surge el principio que el contrato es Ley para las partes.

La autonomía permite flexibilizar las relaciones existentes entre las partes, dándole a las condiciones, obligaciones y derechos a los que han llegado un valor primordial y superior, frente a las normas de otro país o internacional, que muchas veces son desconocidas por quienes realizan negocios. Es reconocido el papel de la autonomía de la voluntad, pues recoge la verdadera intención o finalidad con la que celebra un contrato.

Sirve la autonomía de la voluntad para llenar los vacíos o tener reglas fijas cuando existen contradicciones en los que pueden incurrir las normas, con ello; se logra agilidad a las transacciones, que se verían impedidas de realizarse si no se otorgara a la autonomía de la voluntad el carácter transformador. También puede acudir a ella para evitar conflictos posteriores o para fijar el tribunal que resolverá un conflicto o prever formulas alternativas para la resolución de conflictos como la mediación y el arbitraje.

¹⁰⁸ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Art. 3



En todo caso, la autonomía de la voluntad es un principio propio no solo de la Convención, sino del comercio internacional en general, que posee un carácter transformador de características elásticas, que amplían o restringen la aplicación de la Convención.

La autonomía de la voluntad dentro del contexto de la Convención, tiene cualidades creadoras, pues pueden crear o aplicar reglas que no se encuentra previstas en la Convención.

Pueden así mismo ser restrictivas, es decir; limitar la aplicación de la Convención en ciertos aspectos o con respecto a ciertas normas. También la autonomía posee la fuerza para excluir totalmente la aplicación de la Convención.

El campo de acción de la Convención Sobre las Comunicaciones Electrónicas depende de la autonomía de la voluntad, pues es ésta la que lo establece, no solo en lo que tiene que ver al alcance de sus disposiciones sino a la interpretación de las mismas.

Por último la aplicación misma de la Convención depende de la autonomía de la voluntad, esto lo dispone su Art. 19 con las siguientes palabras: *“1 Todo Estado Contratante podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, que sólo aplicará la presente Convención:...*

b) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.”¹⁰⁹

3.5 Disposiciones Generales.

La Convención desarrolla bajo este título, la forma en que se debe entender o interpretar la aplicación de cada una de sus artículos. Empezando por la sujeción o no de la Convención a cierto hecho o circunstancia, hasta los requisitos que debe tener la comunicación electrónica y su validez frente a otro tipo de comunicaciones.

¹⁰⁹ *Ibíd.* Art. 19



Las Disposiciones Generales se dividen en cuatro temas que son: Definiciones, Interpretación, Ubicación de las Partes y Requisitos de Información, que regulan, definen, aclaran y excluyen ciertos temas lo cual influye en el alcance de las subsiguientes normas.

A breves rasgos podemos decir; que cumple el papel de aclarar el panorama de aplicación de la Convención y de cada una de sus disposiciones. A continuación abordaremos cada uno de estos temas:

a) Definiciones.

En el Art. 4 de la Convención se elaboran conceptos sobre algunas palabras de uso frecuente, que sirven para entender la interpretación y el alcance de las disposiciones. En especial, se hace énfasis en dejar claro los términos inherentes al proceso comunicativo en el ámbito electrónico, así como; dejar claro el termino establecimiento que sirve para establecer cuando una relación en base a una comunicación electrónica es internacional.

Los conceptos de comunicación y comunicación electrónica se los fija en este artículo, aunque ya explicamos esto cuando abordamos lo referente al campo de aplicación de la Convención, debemos manifestar que bajo la palabra comunicación se quiere encuadrar cualquier tipo de exteriorización de la voluntad de las partes, desde las más simples a las más complejas, entendidas desde el proceso pre-contractual, en la formación del contrato, en el cumplimiento del mismo, e incluso abarca cualquier tipo de comunicación que de estos temas se deriven.

Por otra parte la comunicación electrónica se la define como: toda comunicación realizada mediante mensaje de datos, por las partes. Esta definición adopta, el criterio de regular la información en la forma de mensaje de datos, que se lo estableció por primera vez en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la



UNCITRAL y que posteriormente fuera trasladado a los ordenamientos jurídicos nacionales, entre los cuales se encuentra el ecuatoriano.

El mensaje de datos forma jurídico-técnica que adopta las comunicaciones, consiste en pasar la información al plano electrónico en cualquiera de sus estados, que pueden ser: su generación, procesamiento, envío, archivo, recibo, etc., sin menos preciar las tecnologías o las aplicaciones de las mismas, nótese esto del empleo de las palabras; *“similares y como pudieran ser.”*

Se aprecia que el concepto de comunicación electrónica, tiene una influencia marcada en el principio de neutralidad tecnológica por ello, se pone ejemplos de lo que se debe entender como mensaje de datos, pero no restringe el tipo de tecnología o documentos que gozan de este carácter, pero eso sí, se exige una característica de funcionalidad del mensaje de datos, que debe estar asociado con la parte técnica que es; permita su posterior consulta o verificación.

Posterior a ello, la Convención se ocupa de describir otros términos que se emplean en el proceso comunicacional electrónico, así se conceptualiza a los actores del mismo, que para la Convención son; iniciador y destinatario.

El primero es la parte que actúa por cuenta propia o aquella, a nombre de quien se actúa con el propósito de generar o enviar una comunicación electrónica, antes de su archivo.

Este concepto lo podemos rescatar del literal d) del Art. 4 de la Convención. Tiene varias connotaciones lo antes anotado, pues se habla de partes y no de personas o contratantes, de lo cual se deriva que tanto, las personas físicas, jurídicas y los agentes electrónicos pueden ser sujetos del proceso de comunicación electrónica, en calidad de iniciadores de un mensaje.



Los procesos automatizados realizados por los agentes electrónicos,¹¹⁰ enviando comunicaciones en cualquiera de sus etapas, se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación y son válidas dichas comunicaciones con respecto a la formación y cumplimiento de un contrato.

Además, cabe recalcar que la Convención no considera como iniciador, a la parte, sea una persona física, jurídica o un sistema automatizado de mensaje de datos que actúa como intermediario de otra.

El segundo término se lo circunscribe a la parte que es; designada directamente por el iniciador para recibir las comunicaciones electrónicas. Consecuentemente esta designación puede ser hecha como lo dijimos a una persona natural, jurídica o un agente electrónico siempre que actúe por su propia cuenta y no como intermediario.

El canal o medio, por el que; se conduce la comunicación electrónica se la designa como; sistema de información que comprende toda tecnología o aplicación de la misma, que cumplen la función de generar, enviar, recibir, procesar, archivar etc., la información de este tipo.

Mediante esta definición, se intenta respetar el principio de neutralidad tecnológica, así como; trata de prever desde las formas más simples, hasta las más complejas, que puede tener dicho sistema, ejemplo; un correo electrónico o los EDI's (Intercambio Electrónico de Datos). El sistema de información no determina el establecimiento y consecuentemente su carácter internacional, lo que conllevaría a la aplicación de la Convención, sino sirve para darle fluidez al proceso comunicacional electrónico.

¹¹⁰ Recordemos que los agentes electrónicos o “bots” son programas de computadoras que cuentan con funciones de automatización para enviar, responder una comunicación, consecuentemente pueden perfeccionar contratos sin la supervisión de una persona física, es más; pueden cumplir esta función incluso cuando se encuentran apagadas.



La Convención también se ocupa de delimitar el concepto de sistemas automatizados de mensajes o agentes electrónicos como; programas informáticos o de una naturaleza similar, que cumplan funciones de automatización o informáticas capaces de interactuar, es decir; enviar, responder, recibir, mensaje de datos sin la intervención o la intervención parcial de una persona natural.

Finalmente se desarrolla el concepto de establecimiento, lugar del que va a depender la sujeción o no de la Convención, en base de sus normas o de la aplicación de las normas del Derecho Internacional Privado. El literal h) del Art. 4 de la Convención delimita su concepto en las siguientes palabras: *“todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.”*¹¹¹

En consecuencia la palabra establecimiento posee las características de ser un lugar donde se desarrolla una actividad principal, tener una permanencia en el tiempo por ello; se fija la palabra no temporal. Además el concepto dado por la Convención aclara este alcance al manifestar que el suministro transitorio de bienes no es lo suficientemente fuerte para vincular este acto con un lugar para fijar el establecimiento.

b) Interpretación.

Para deducir el alcance y la naturaleza de las normas de la Convención, se vuelve imperioso rescatar las reglas de interpretación que constan en su Art. 5 que resuelven este tema en base a los principios propios de la Convención, los principios del comercio internacional y los del comercio electrónico.

¹¹¹ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Literal h) Art. 4



Los principios de la Convención inherentes a la interpretación son de carácter general, pues no determinan el camino a seguir en un determinado tema, sino expresan pautas generales a las que; se debe acudir en caso de que existan lagunas o contradicciones en su texto.

La función de los principios generales, es facilitar la aplicación de la Convención evitando en lo más posible interpretaciones antojadizas, que remitan la solución de un tema a las normas de derecho internacional privado, que a su vez remitirán el asunto en cuestión a un ordenamiento jurídico nacional. Lo cual haría peligrar la uniformidad de sus aplicaciones así como su carácter internacional.

Dentro de los principios que emanan de la Convención y a los que; se debe acudir para su interpretación se encuentran los siguientes:

-Carácter Internacional. De lo que entendemos, este principio lleva implícito una visión global, que trata de recoger la naturaleza y el contenido de las normas de la Convención, desprendiéndose de la imposición del ordenamiento jurídico de un Estado determinado, sino analizando el contexto del consenso que dio nacimiento a la norma. Solo el carácter internacional, explica que países tan dispares con ordenamientos jurídicos, costumbres, sistemas económicos diferentes y en algunos casos contradictorios puedan aplicar en un tema las mismas reglas.

-Uniformidad de su aplicación. La interpretación de la Convención en base a este principio, implica aplicar sus articulados buscando tener un criterio único con respecto al tema de las comunicaciones electrónicas, de allí; se desprende que en base a la uniformidad serán aplicables otros principios como la equivalencia funcional o la neutralidad tecnológica. De igual forma se desprende la voluntad de los Estados y de la Comunidad internacional de aplicar la Convención al tema de comunicaciones electrónicas, por ello; en lo posible se buscará que en su interpretación se promueva la aplicación de sus normas, recogiendo esa voluntad.



Por ello se entiende que la Convención será aplicable al tema de comunicaciones electrónicas salvo que la Convención remita su solución a otra norma.

-Buena fe en el Comercio Internacional. Debe ser entendida como un componente integral de la Convención que debe ser tomado en cuenta para la interpretación de todos y cada uno de sus articulados. Se lo concibe como un principio de proporcionalidad de las prestaciones de las partes, en relación con la intención que se tuvo al momento de celebrar un contrato o realizar un acto.

En la doctrina internacional, no se la ha definido por cuanto se sostienen que encierra caracteres ambiguos y porque es un principio propio del comercio internacional, que posee elementos variables subjetivos.

-Validez de las Comunicaciones Electrónicas. Principio que se lo trasladó de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL, que declara la validez de los actos y contratos que se realicen a través de medios electrónicos, en base de las mismas características y requisitos que los documentos físicos. Como vemos el documento físico no se superpone al electrónico o digital o viceversa, sino su validez está consagrada por poseer las mismas características y cumplir con lo que establece la Ley.

En consecuencia, las comunicaciones electrónicas y las disposiciones constantes en la Convención deben ser interpretadas, rescatando este carácter cuando existan vacíos o contradicciones.

-Equivalencia Funcional. Se encuentra íntimamente ligado con el principio anterior, supone una ficción de la norma, que le da la misma naturaleza o equivalencia a las comunicaciones electrónicas que tengan la forma de mensaje de datos. Sabemos que en la realidad, esto no ocurre y que el documento electrónico poseerá diferencias con el documento físico, pero se asimila en cuanto



a sus efectos y validez, que permiten la aplicación no solo de la Convención sino de normas anteriores a ésta.

La Convención al momento de ser interpretada observará este principio que delinea una aplicación que favorezca el uso de las comunicaciones electrónicas, pero que no discrimine tampoco las comunicaciones tradicionales.

-Neutralidad Tecnológica. Se delinea como un principio que complementa la aplicación tecnológica al campo jurídico. Gracias a la neutralidad tecnológica, es factible de que; las normas referentes al campo informático o electrónico, no se queden estáticas o en desuso, en razón de determinar una tecnología o una aplicación como; la única que cobija la Ley.

Se ha optado, en todos los cuerpos normativos, que tienen que ver con el campo electrónico, incluir este principio, que trata que todas las tecnologías, aplicaciones de las mismas, así como; los medios utilizados sean protegidos y sean objeto de derechos. Lo único que se delinea son las funciones básicas que deben cumplir que son; sean en forma de mensaje de datos, se los envíe, genere, reciba, archive etc., por medios electrónicos y que posean la cualidad de poder ser consultados ulteriormente.

La Convención en sus disposiciones, dentro de un contexto general, deberá ser interpretada en esa medida, buscando la aplicación de las comunicaciones electrónicas, pero de una forma neutra, es decir; no privilegiará una tecnología de otra, sea ésta más avanzada que la otra, sino que; observará que cumpla las funciones antes anotadas.

-Autonomía de la Voluntad de las Partes. Principio presente no solo en la Convención sino en varios cuerpos normativos de carácter comercial. Le da un carácter elástico y flexible a la aplicación e interpretación de las normas de la



Convención, posee la capacidad de reformar, excluir o darles un sentido diferente a dichas normas.

La autonomía de la voluntad se la engloba como; la verdadera intención que tuvieron las partes al momento de celebrar un acto o contrato y se enmarca en el consentimiento dado, para ello. Las reglas de la Convención han de ser interpretadas tomando en cuenta esa intención.

- **Los Usos y Prácticas Comerciales.** Aunque, la Convención no enuncia los usos y prácticas comerciales como principio que regula la interpretación de sus disposiciones, en caso de vacíos o de oscuridad de sus normas. En la práctica se acude a ellas para resolver asuntos puntuales no previstos por las normas.

Los usos y prácticas comerciales son las conductas reiteradas de contenido jurídico aceptadas en un ámbito geográfico o entre las partes.

Tiene la finalidad de suplir las lagunas de la Convención, con respecto a cuestiones técnicas del comercio. En lo que, respecta a las comunicaciones electrónicas se acudirá a ella para ver el tema de la seguridad informática, lo referente a la aplicación de protocolos y estándares para el envío y recepción de mensaje de datos y en fin para interpretar el actuar de las partes, en base o no al cumplimiento de los usos y costumbres que son de contenido común.

c) Ubicación de las Partes.

La manera como se determina la ubicación de las partes que intercambian comunicaciones electrónicas, es en base del concepto de establecimiento. Este término desarrolla dos características que deben vincular a un lugar físico y que son; la permanencia, ser el lugar principal o centro de sus actividades y en particular, el lugar que tengan más relación con el contrato que se perfecciona mediante el intercambio de mensaje de datos.



La intención de las partes juega un papel fundamental para determinar su establecimiento y consecuentemente de ello, la ubicación de las partes. Esto influirá para determinar si una relación que nace del intercambio de comunicaciones electrónicas, debe ser regida por la Convención, porque posee un carácter internacional.

Como manifestamos anteriormente existe dificultad acerca de la concepción del término establecimiento, que resulta ambiguo, a más que; se lo entiende desde el punto de vista mercantil. En la Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se lo concibe como el lugar principal en el que realiza los negocios un comerciante.

Pese a ello; la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas le da un sentido más amplio, que abarca todo lugar que sea centro de la negociación y que goce de un carácter permanente. Con esta redacción se quiere incluir a las personas que no siendo comerciantes pueden tener un lugar físico que goce de estas características.

Un establecimiento puede poseer tanto las personas jurídicas, compañías privadas, grandes corporaciones como las personas naturales, sean o no comerciantes, esto es; lo que podemos extraer del sentido que da el literal h) del Art. 4 de la Convención.

Por otra parte la Convención fija reglas para determinar la ubicación de las partes, no solo a través de la noción de establecimiento, sino también utiliza el término residencia habitual, al cual se acude subsidiariamente en caso de que no exista un establecimiento. La residencia habitual como regla para la ubicación de las partes solo puede ser aplicada a las personas naturales, porque solo ellas pueden tener una residencia habitual.



En todo caso el término refleja que debe existir un ánimo de permanencia y continuidad del lugar físico, ello se puede extraer de la palabra habitual.

El Art. 6 de la Convención determina la ubicación de las partes, en base a determinar el establecimiento o la residencia habitual, a más que; realizan excepciones a algunos lugares que son utilizados por las partes para algún tipo de actividad auxiliar para la formación o cumplimiento del contrato, pero al cual no se puede dar el carácter de ser el centro de cumplimiento del contrato, es decir el lugar físico donde se volverán exigibles los derechos y las obligaciones.

En primer lugar el Art. 6 de la Convención desarrolla una regla general que es; *“se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.”*¹¹² Se parte de la presunción que el establecimiento se encuentra ubicado en el lugar que indique las partes, salvo que una de ellas, compruebe que no ha tenido establecimiento alguno en el lugar indicado.

La Convención se basa en un hecho conocido, al cual; le da consecuencias jurídicas de ser el lugar de cumplimiento de los derechos y obligaciones, como es el lugar que sirve de referencia para la jurisdicción aplicable y para la vigencia o no de la Convención. La Presunción establecida por la Convención es de naturaleza legal, pues admite prueba en contrario.¹¹³

¹¹² *Ibíd.* Numeral 1 Art. 6

¹¹³ En un inicio se planteó por parte de algunos de los redactores de la Convención, la idea de establecer la obligación positiva que las partes indiquen el lugar de su establecimiento o residencia habitual, pero se desechó esta propuesta por las dificultades que conllevaría imponer una sanción por tal incumplimiento. Finalmente se optó por regular el tema en base a una presunción ver notas explicativas de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas.



Por ello si la presunción quiere ser destruida se comprobará de forma clara que una de las partes, nunca ha tenido un establecimiento o residencia habitual en el lugar indicado por ella.

La finalidad de este artículo es dejar claro el lugar de ubicación y salvaguardar los derechos de las partes, que de buena fe confían en la indicación de un lugar como sitio de establecimiento, por ello tendrán la posibilidad de desvirtuar la presunción cuando el establecimiento sea ficticio, inexistente, inexacto o no cumpla con los requisitos establecidos por la Convención para ser tenido como tal.

Además, posee una funcionalidad práctica para la parte que negocia con varios productos y posea distintos locales en el mundo, de indicar que un local determinado deberá ser tomado en cuenta como su establecimiento. Generalmente la parte indicará el lugar que más esté vinculado al cumplimiento del contrato evitándose las contratantes de vincular lugares que no tienen nada que ver con el contrato.

En segundo lugar, en el numeral 2 del Art. 6, se fija una regla que resuelve, cuando se da el caso que una parte posea varios establecimientos, pero no indique cual deberá considerarse, para efectos de las consecuencias jurídicas de las comunicaciones electrónicas regidas por la Convención.

Como podemos apreciar la aplicación de esta regla es de carácter subsidiaria, solo y cuando no exista la indicación respectiva de las partes.

Resuelve la Convención que en caso de que exista pluralidad de establecimientos, se tendrá como establecimiento el que guarda una relación estrecha con el contrato *“... habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las*



*partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste.*¹¹⁴

El numeral 2 del Art. 6 es casi idéntico al contenido del literal a) del Art. 10 de la Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, únicamente se diferencia en que no, se incluye el factor cumplimiento del contrato para establecer un lugar como establecimiento de las partes. A decir de los apuntes establecidos por los redactores de la Convención, se creyó prudente no incluir este tema, pues en la práctica comercial, pueden existir lugares que guarden más relación con el contrato y otros que guarden más relación con el cumplimiento del mismo.

Al preverse éstas dos posibilidades podría ocasionarse incertidumbre o malas interpretaciones al momento de tratar de determinar el establecimiento. Además se sostiene que la redacción en esa forma no provocaría la aplicación de regímenes diversos por parte de las dos normas antes mencionada, ya que el alcance de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas tiene un alcance limitado.

En tercer lugar, se fija como regla subsidiaria que solo puede ser aplicadas a las personas naturales, que no posean establecimiento o que éste lugar no cumpla con lo que dispone el literal h) del Art. 4, se tendrá en cuenta su residencia habitual como; lugar que se establece para el cumplimiento de los derechos y obligaciones.

El término invocado por la Convención trae implícito la idea de permanencia, para el caso de las personas naturales, asociado con intención de que ese lugar es el que generalmente se usa para la realización de otras actividades afines.

¹¹⁴ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 2 Art. 6



La consecuencia jurídica que lleva la disposición dictada en el Numeral 3 del Art. 6 es que; las normas aplicables al establecimiento por analogía, le es aplicable al lugar de residencia habitual. Entonces la presunción que desarrolla esta norma también cobija a la determinación de residencia habitual, por otro lado la forma de resolver en caso de poseer pluralidad de residencias habituales es la misma.

Y en igual medida le son aplicables los casos de exclusión.

Como cuarto punto la Convención excluye que se consideren ciertos factores, especialmente de carácter tecnológico para la determinación del establecimiento o residencia habitual. La razón para guiarse por este criterio, fue la falta de fiabilidad de los métodos empleados para precisar el lugar donde se encuentran los equipos informáticos y lo complicado que resulta delinear una norma de carácter universal que cubra todas las posibilidades que planteen las Tecnologías. Las excepciones que contempla la Convención basada en este criterio son:

-Lugar de ubicación de los equipos y la tecnología que sirva como base para el sistema de información, que permite el intercambio de comunicaciones electrónicas entre las partes.

- Lugar donde se pueda tener acceso al sistema de información.

-El nombre de dominio o el correo electrónico no sirve para ser vinculado a un establecimiento o residencia habitual, pese a que exista datos que lo relacionen con un lugar específico.

Con respecto a la última excepción que recoge la Convención, intuimos que se debe, a la falta de fiabilidad de determinar el IP (*“Internet Protocol”* o dirección del equipo informático) de los usuarios que navegan en la red. Por otro lado, cuando inició la asignación de los nombres de dominio no existió reglas sobre el tema y en



algunos casos, se asignaron dominios que no pueden identificar el lugar o ser vinculados a una persona determinada.

Claro que existen en algunos países requisitos de verificación impuestos por la legislación, para la asignación de nombres de dominio, pero cabe recalcar que en este tema la normativa no es uniforme, por ello; creemos que la Convención optó por excluir este factor como elemento de ubicación de las partes.

d) Requisitos de Información.

En la práctica comercial en especial, en el comercio electrónico suele pedirse datos e información acerca de la ubicación de las partes, el establecimiento, nombre de la persona o empresa que se encuentra realizando la comunicación electrónica, esto se considera como una muestra de la confianza y transparencia entre las partes, que incentiva la realización de negociaciones por medios electrónicos.

También existen ciertos casos en la práctica comercial, que es aceptado y razonable no revelar ciertos datos, podemos citar lo que ocurre con los mercados financieros o la subastas on-line.

En algunas legislaciones se impone la revelación de ciertos datos a los usuarios o personas con quién se contrata como; los nombres, lugar del establecimiento, sucursales etc., esto con la finalidad que se garantice los derechos de las partes que pueden verse perjudicados al no poder identificar a la parte con la que están contratando.



Al conducirnos estas cuestiones a asuntos que son competencia exclusiva del ordenamiento jurídico interno de los Estados la Convención optó por no reglar este tema sino remitir su solución a una norma sustantiva.

El Art. 7 de la Convención traslada al ordenamiento interno de cada Estado, no solo regular la obligación de suministrar información, sino además la solución al tema de la responsabilidad por proporcionar información falsa o inexacta. Cuestiones que caen dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual o de la responsabilidad penal en su caso.

3.6 Comunicaciones Electrónicas y Contratos Internacionales.

La Convención dedica un Capítulo compuesto de siete artículos para regular lo referente a la Contratación electrónica. Se ha creído importante delinear los requisitos de validez que deben encontrarse en las comunicaciones electrónicas, cuando sean utilizadas para la presentación de la oferta o para la formación de un contrato.

Paralelamente a esto se desarrolla normas que nos sirven para aclarar ciertos temas como son; cuando se debe entender el lugar y tiempo de envío y recepción de las comunicaciones electrónicas, la manera de resolver ciertos asuntos puntuales que son frecuentes en el comercio electrónico entre los que se encuentran; los efectos de las ofertas hechas por comunicaciones electrónicas, el error en el envío de las comunicaciones y otros aspectos más.

Siguiendo con el desarrollo de nuestro trabajo estudiaremos cada uno de estos temas por separado.

a) Validez de las Comunicaciones Electrónicas.

Son totalmente válidas las comunicaciones electrónicas efectuadas en los tratos preliminares, formación o cumplimiento de un contrato internacional y en todo tipo



de información relativa a estos temas. Así lo declara enfáticamente el Art. 8 de la Convención cuando dice; *“No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.”*¹¹⁵

La validez de las comunicaciones electrónicas en el proceso contractual en cada una de sus fases, viene dado en base del principio de equivalencia funcional, es decir; equipara los efectos jurídicos de los documentos electrónicos a lo de los documentos tradicionales o físicos. La Convención regula garantizando un idéntico trato, tanto para las comunicaciones electrónicas y tradicionales, siempre que cumplan con los requisitos que fija la Ley, que son; sean en forma de mensaje de datos y se encuadren dentro de los lineamientos que se establece de acuerdo al tipo de efectos que se quiere dar a la comunicación.

Ejemplo si se trata de un simple aviso, no requerirá que se consigne la firma electrónica y su respectivo certificado de firma, pero si la comunicación electrónica tiene como finalidad suscribir un contrato deberá cumplir con los requisitos antes indicados.

El reconocimiento de la validez de la contratación electrónica no es nuevo en los textos legislativos sobre comercio electrónico, responde al acatamiento uniforme a lo ya establecido por la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL que regula en forma exacta esta cuestión.

Tanto la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones nacionales como internacionales, regulan la validez en la contratación efectuada por mensaje de datos. La autora Mariliana Rico Carrillo, manifiesta que la equivalencia funcional tiene como esencia; *“...aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos*

¹¹⁵ Ibídem. Numeral 1 Art. 8



*deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración...*¹¹⁶

En conclusión, la Convención al reconocer la validez de la contratación electrónica, no la pone en un plano superior al de la tradicional, sino al mismo nivel, por otro lado no se obliga o impone la utilización del medio electrónico para las comunicaciones, esto claramente lo expresa el numeral 2 del Art. 8: *“Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.”*¹¹⁷

Solo cuando las partes han consentido en forma expresa o tácita como lo dice el artículo antes anotado, procederá la utilización de las comunicaciones electrónicas para la formación y cumplimiento de un contrato, ya que; no puede imponerse que sea el medio electrónico el único que se use para estas cuestiones.

b) Comunicación Electrónica; Requisitos que Debe Cumplir.

Las comunicaciones electrónicas poseen plena validez, porque se encuentran basadas en el principio de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, que permiten a las partes tener un campo de libertad, para elegir el medio o la tecnología que deseen aplicar en el intercambio de sus comunicaciones.

El Art. 9 de la Convención no viene hacer, sino la conclusión de ese enfoque desarrollado en los articulados anteriores. Lo que se norma en este artículo es; la forma que las comunicaciones electrónicas deben tener para la validez de ciertos

¹¹⁶ “Carrillo Rico, Mariliana” Validez y Regulación Legal del Documento y la Contratación Electrónica” España. 2000. En línea, Formato HTML. Citado El 26 De Febrero Del 2010.

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=422>

¹¹⁷ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 2 Art. 8



actos o contratos, basados en los conceptos de mensaje de datos y firma electrónica.

La Convención no lo menciona expresamente, pero de forma sutil en su redacción nos conduce a esta conclusión, a más que; interpretado los demás artículos en su contexto se ratifica aún más lo planteado. Por ejemplo; cuando el literal h) Art. 4 que define a las comunicaciones electrónicas como mensaje de datos, o lo dispuesto en el mismo artículo 9 que desarrolla los principios de reconocimiento jurídico de los mensaje de datos , que ya constan en documentos anteriores como la Ley Modelo de Comercio Electrónico y las respectivas Leyes nacionales de la materia.

El tema de los requisitos de forma de los mensajes de datos, se los va disponiendo en el Art. 9, de tal modo que respeten no solo los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, sino que además sean compatibles con el principio de autonomía de la voluntad de las partes¹¹⁸ y que brinden la identificación y seguridad jurídica en las transacciones basadas en comunicaciones electrónicas.

Los requisitos de forma son abordados, en dos temas a saber; en lo referente a los mensajes de datos y la firma electrónica.

El concepto de mensaje de datos es coincidente en todas las legislaciones del mundo y en documentos normativos de carácter internacional como las Convenciones o Leyes Modelo, baste comprobar lo dicho, con el concepto que trae la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana.

“...toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier

¹¹⁸ Esto se lo puede apreciar claramente en el Numeral 1 del Art. 9 de la Convención Sobre Comunicaciones electrónicas que reza lo siguiente: *“Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.”*



*medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.*¹¹⁹

El carácter que le da a la información que se genera, procesa, archiva, envía y recibe por medios electrónicos es la de mensaje de datos, que brinda una protección jurídica basada en los principios antes vistos. Para que la validez cubra a esta información debe cumplir con ciertos presupuestos que a continuación veremos.

Lo importante del tema de la forma que debe poseer la información, es que; los requisitos que se impongan cumplan una función social, es decir den al mensaje de datos el mismo trato que un documento físico, pues como lo dice; Mónica Vilorio *“los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos, pues, en ellos se recogen expresiones del pensamiento humano o de un hecho, incorporándolos a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinados hechos.”*¹²⁰

A la par, que debe abarcar todas las posibles formas usadas en la actualidad para generar información o desmaterializarla en el entorno digital, en el cual; puede tener un soporte en imagen, texto y audio, por tanto como lo expresa Sanchis Crespo *“Las innovaciones tecnológicas pueden y deben incorporarse al acervo jurídico en la medida en que son una realidad social que el derecho no puede desconocer”*¹²¹

¹¹⁹ Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana. Disposición General Novena.

¹²⁰“Viloria Mónica” “Los Mensajes de Datos y la Prueba de los Negocios, Actos y Hechos con Relevancia Jurídica Soportados en Formatos Electrónicos.” Argentina. 2001. En línea, Formato HTML. Citado El 26 De Febrero Del 2010.
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=733>

¹²¹ Sanchis Crespo, C. “La Prueba por Soportes Informáticos” Tirant lo Blanch, Valencia-España. 1999. P 83



El concepto de mensaje de datos es importante que sea tomado en cuenta, pues de él se establecen los requisitos que deben cumplir y que se los ha trasladado a la Convención estos requisitos son:

-Accesible Para su Ulterior Consulta. El objetivo de este requisito es garantizar la perdurabilidad de la información y de su contenido primigenio, tal como se lo hizo por primera vez. El mensaje de datos cumplirá el mismo rol que un documento escrito, que puede ser revisado por las partes o ante un Tribunal cuantas veces se estime necesario para dilucidar su contenido.

No es necesario que el mensaje de datos permanezca en forma idéntica, es decir; bajo la misma forma técnica de presentación del documento, sino que permitirá el acceso para poder comprobar su contenido y contexto de la información. Este requisito se encuentra enlazado con la integridad, pues a más de permitir el acceso se debe garantizar la inalterabilidad de su contenido para gozar de la cualidad de validez.

En todo caso un mensaje de datos que se conserve para ser tenido como válido permitirá su acceso en los términos antes indicados.

-Integridad. La Convención recoge la integridad como un requisito que precautela el contenido del mensaje de datos, en todas las formas que se encuentre respaldado. Busca que la información se conserve en forma idéntica a la que se generó por primera vez, sin que existan alteraciones a su formato original. El literal a) del Numeral 5 del Art.9 incluye como características que le son propias a la integridad la inalterabilidad y que se encuentren completa.

Solo de esa forma se puede entender la integridad, basado en ello la Convención aclara que las comunicaciones se encuentren completas y sin adiciones o endosos de ninguna naturaleza, únicamente se exceptúa la variación que puede haber en el formato de presentación del mensaje de datos.

-Fiabilidad. Se la debe entender como la seguridad o certidumbre del cumplimiento de los requisitos de integridad y de acceso al contenido, lleva implícito la garantía de que; el mensaje de datos conserva su contenido en igual forma, que al momento que fue generado.



La fiabilidad hace referencia a la seguridad y ésta en el mensaje de datos solo puede ser entendida mediante la implementación de mecanismos informáticos que cumplan esta función. Dentro de los mecanismos de seguridad se encuentran el sellado de tiempo, la encriptación, certificado de autenticidad entre otros.

La Convención señala que la aplicación de estos mecanismos debe considerar; *“...la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso.”*¹²². Lo que se puede extraer de lo antes anotado es que; la seguridad debe ser aplicada en diferente medida, tomando en consideración la voluntad finalista de las partes o su intención al momento de generar la información, dentro del contexto de las circunstancias propias que pueden rodear al acto o contrato que motivaron el intercambio de las comunicaciones electrónicas.

La Convención respeta la autonomía de la voluntad, por ello; enmarca la fiabilidad como una facultad que las partes pueden exigir de acuerdo a la importancia del negocio, a los medios y tecnologías que son conocidas por las partes, a los usos y costumbres comerciales y en fin a toda circunstancia que rodee a la negociación.

Pese a lo que dispone la Convención, creemos personalmente, que esto dependerá del tipo de comunicación que se realice y del análisis de la autonomía de la voluntad de las partes. Si se trata de comunicaciones simples dentro del marco de una negociación, sería comprensible la utilización de cualquier tipo de tecnología o aplicación de la misma para brindar seguridad a las partes.

Pero si se requiere acreditar la identidad y el no repudio la única forma de hacerlo es a través de la firma electrónica y su respectivo certificado, salvo que las partes de común acuerdo establezcan que sea otro el mecanismo válido para acreditar la identidad y el no repudio.

¹²² Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005.Literal b) Numeral 5 Art. 8



La firma electrónica es un requisito de forma para las comunicaciones electrónicas que tengan como fin acreditar la identidad del titular de ese mensaje de datos. Las Leyes, Convenciones y demás instrumentos internacionales impone a las comunicaciones electrónicas los mismos requisitos que los documentos físicos, por tanto, todo acto que requiera de firma autógrafa, si se hace por medios electrónicos para su validez debe tener la firma electrónica.

Por tanto la aplicación de la firma dependerá de lo que disponga la Ley aplicable al asunto.

Claro que la Convención no declara expresamente a la firma electrónica como medio para acreditar la identidad, aceptación y como consecuencia de ello; su no repudio, pero podemos deducir esto de los requisitos que impone al respecto; que sea fiable, determine la identidad y la voluntad de las partes.

Creemos que la redacción se la realizó en esta manera para respetar el principio de neutralidad tecnológica y para no chocar con los requisitos impuestos por las diversas legislaciones para la firma electrónica.

Como ya lo hemos dicho la firma electrónica son los datos consignados a un mensaje de datos o lógicamente vinculados a él, que sirven para identificar al titular de la firma y determinan su vinculación con un mensaje de datos. Tiene como función además acreditar la voluntad de las partes.

La firma electrónica se encuentra asociada a un certificado de firma, que lo emite un tercero independiente denominado entidad certificadora, que es; el que se encarga de la comprobación de los datos del titular de la firma y garantiza la veracidad de los datos y la identidad del titular.

Actualmente la firma digital que es una especie de firma electrónica, es el método más confiable y seguro basado en un sistema asimétrico de clave pública y



privada que imposibilita en casi la totalidad que los datos consignados puedan ser conocidos por terceros intrusos, porque en primer lugar posee procesos de encriptación de la información y en segundo lugar porque posee métodos avanzados de identificación como una clave basado en algoritmos cifrados.

La firma digital puede tener incluso métodos mucho más complejos como los biométricos.

c) Envío y Recepción de las Comunicaciones Electrónicas.

La Convención en su Art. 10 no se decidió por un criterio respecto a los efectos de las comunicaciones electrónicas en la formación del contrato, sino se optó por establecer pautas generales, para entender el momento y lugar en que ocurren la expedición y recibo de las comunicaciones electrónicas.

La solución tomada por la Convención es la más saludable, habida cuenta de la diversidad de criterios que existen respecto al perfeccionamiento de los contratos y los efectos jurídicos de las comunicaciones. La intención al momento de elaborar el Art. 10 fue dejar sentados los lineamientos generales de las dos teorías más aceptadas en el mundo con respecto a las comunicaciones y que son la expedición y la recepción.

Expedición.- La regla general de la expedición en el marco de la Convención es la siguiente: La comunicación electrónica se tendrá por expedida cuando sale del control del iniciador y esto ocurre en el momento que sale del sistema de información que es propio del iniciados, nótese que el acto de envío puede hacerlo directamente el iniciador o un tercero autorizado por éste. Si la comunicación electrónica no sale del sistema de información se entenderá que se encuentra expedida en el momento que el destinatario reciba esa comunicación.



La Convención no establece la transmisión del riesgo al destinatario, una vez que; se ha enviado la comunicación electrónica, pues recoge la realidad práctica de que pueden existir sistemas que sean controlados por el iniciador únicamente y que nunca salga la información de su sistema, lo cual puede ser manipulado por el iniciador para favorecerle en caso de que se trasmita el riesgo al destinatario. También hay que destacar que no se desprotege al iniciador de las comunicaciones electrónicas, pues éste puede demostrar objetivamente que salió del sistema de información o recibió la comunicación electrónica como lo exige con los datos o los avisos que genera el protocolo de información utilizado para el intercambio.

El lugar establecido por la Convención como lugar de expedición es el del establecimiento del iniciador, siempre que cumpla con lo dispuesto en el literal h) del Art.4 así como; se aplicarán las reglas del Art.6 para la ubicación del lugar físico del establecimiento o para darle a la residencia habitual sus mismos efectos.

Recepción.- Por su parte la regla de expedición gira alrededor del momento en que recibe la comunicación electrónica y se entiende que este hecho ocurre, cuando pueda ser recuperada por el destinatario en la dirección electrónica previamente designada, si se la envía a una dirección electrónica que es del destinatario, pero que no ha sido designada para el intercambio, la recepción ocurrirá cuando pueda recuperarla así como tenga conocimiento del envío de dicha comunicación.

El numeral 2 del Art. 10 fija establece una presunción que las comunicaciones electrónicas pueden ser recuperadas el momento que lleguen a la dirección electrónica del destinatario.

En primer lugar la Convención establece requisitos para la recepción que son; que pueda ser recuperado y se la realice a una dirección electrónica. Con ello se pretende regular en forma adecuada el riesgo y se considera que no es razonable,



que el destinatario asuma el riesgo, cuando en la práctica existe inseguridad en la recepción de los mensajes sea por errores en la transmisión o por la implementación de mecanismos anti spam, filtros de seguridad, programas antivirus etc., que imposibilitan la llegada segura de la comunicación, por eso se fija el momento de recuperación de la información como el de su recepción.

Pero a más de su recuperación, se exige que llegue a una dirección electrónica. En los apuntes a la Convención, se pone de manifiesto la amplitud de este término que puede abarcar desde las formas más simples, hasta las más complejas, ya que puede entrar dentro de esta concepción tanto una red de comunicación o un correo electrónico.

En segundo lugar se desarrollan dos casos, en los que; de acuerdo a la Convención ocurre la recepción y que tienen que ver con la recepción de la comunicación electrónica en un correo designado por el destinatario o en uno que le pertenezca a éste.

En el primer supuesto la recepción operará cuando pueda ser recuperada o sea en el momento que se verifique su llegada a la dirección de correo electrónico. En el segundo supuesto deben concurrir dos situaciones que son; debe ser recuperada la comunicación electrónica, así como; debe enterarse el destinatario del envío de dicha comunicación a su dirección electrónica.

La práctica ha puesto de evidencia que la actualidad las personas poseen más de una dirección electrónica, por ello se prevé esta posibilidad, pero se le impone más requisitos de forma para evitar el traslado injusto del riesgo al destinatario.

El lugar del establecimiento o el de la residencia habitual del destinatario, se consideraran como el lugar de recepción de las comunicaciones electrónicas.



De igual forma que lo hace en el Art. 6, la Convención aclara en el numeral 4 de su Art. 10 que los sistemas de información no sirve para determinar los criterios de expedición y recepción, ni mucho menos para fijar el lugar en que ocurre dichas circunstancias.

d) Las Comunicaciones Electrónicas en la Formación del Contrato.

Se recoge por parte de la Convención cuestiones muy puntuales que se dan en el comercio electrónico y que en la actualidad se las usas con mucha frecuencia. Hablamos de las ofertas efectuadas por comunicaciones electrónicas o mensaje de datos, el empleo de los agentes electrónicos para el perfeccionamiento de los contratos y lo atinente al acceso posterior a las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones contractuales.

Las oferta hechas por medios electrónicos no dirigidas a una parte determinada constituye una invitación a realizar ofertas, así se presenten en registros que permitan sea accesible y pueda ser consultado por cualquier persona que tenga acceso al sistema de información o se utilice en su presentación un sistema interactivo. Así lo regula el Art. 11 de la Convención.

Se lo regula de idéntica manera que lo hace la Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en el numeral 2 de su Art.14, solo cambia la ampliación del contexto a las nuevas formas de presentar ofertas en el entorno digital.

La fundamentación seguramente que tiene este artículo, es darle equivalencia a las nuevas formas en que se presentan las ofertas y que en cierta medida son similares, a las ofertas tradicionales. La doctrina llama a esto tipo de ofertas indeterminadas, porque no poseen una parte específica como destinatario y que se las hace por periódico, radio, televisión, catálogo, prospectos, lista de precios etc.



A pesar, que en la práctica existen medios electrónicos que pueden inducir a los usuarios consumidores a creer de buena fe en la firmeza de una oferta, sobre todo en el caso de las aplicaciones interactivas que pueden convencer de la dirección y certeza de la oferta. La Convención ha decidido que juega un papel primordial la intención del oferente en establecer si queda o no obligado por dicha oferta.

Claro que esa intención ha de ser analizada en consideración a los usos y prácticas comerciales, ya que; en algunos casos la simple oferta si es fuente de obligación por ejemplo lo que ocurre con los contratos perfeccionados con un simple click.

En consecuencia la regla general es que; las ofertas indeterminadas que sean realizadas por comunicaciones electrónicas no obligan, salvo que de forma expresa se indique dicha intención de obligar. La Convención Sobre Comunicaciones Electrónica no regula la forma o requisitos que debe tener la oferta como si lo hace la Convención Sobre Compraventa internacional de Mercaderías, que afirma que ha de ser suficientemente clara y esto ocurre cuando se indica la cantidad, calidad y precio de las mercaderías.

Con respecto a los agentes electrónicos o “bots” que son programas informáticos o medios automatizados, que sirve para iniciar, responder comunicaciones electrónicas o celebrar contratos en base a ciertos parámetros técnicos dados, que funcionan con la intervención parcial del ser humano o sin ella. La Convención declara la validez de la utilización de estos sistemas y la validez de los actos y contratos celebrados al amparo de esta modalidad, pese a que en la formación de los contratos, ninguna de las partes fueran personas físicas, sino únicamente agentes electrónicos.

La validez que consagra la Convención encuentra su base en considerar que los agentes electrónicos responden a necesidades de las personas físicas y que



expresan una voluntad de una persona natural con el auxilio de una herramienta tecnológica. Se considera a los agentes informáticos como extensión de la voluntad de las partes presentadas por medios electrónicos.

Además, redactores de la Convención defendieron la tesis que estas nuevas formas de contratación no violentaban el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

El Art. 13 de la Convención reglamenta lo referente a la solicitud posterior, que las partes pueden hacer de las comunicaciones electrónicas, que tengan las condiciones de la oferta.

Se remite la resolución de este tema al ordenamiento jurídico interno de los Estados, pues abarca facultades y derechos que son propios del consumidor y que por tanto, son regulados de forma territorial. A más que, pueden existir diferentes regímenes de tratamiento en los distintos países, respecto a la obligación de conservación de las condiciones de la oferta y las sanciones o consecuencias que implica el incumplimiento de aquello.

Lo manifestado se encuentra presente en la redacción utiliza en el Art. 13 cuando en forma clara manifiesta: *“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.”*¹²³

¹²³ Ibídem. Art. 13



e) Transmisión del Riesgo.

La Transmisión del Riesgo es un tema de connotaciones complejas, pues requiere ser apreciado a la luz de todas las circunstancias que rodean a la contratación. Se toma considerable atención a la aplicación diligente de los usos y costumbres comerciales, para imputar a una de las partes la asunción del riesgo.

En los documentos mercantiles no ha existido la definición de riesgo, ni mucho menos se han determinado sus implicaciones. Más bien, el riesgo se encuentra regido por la costumbre. Los INCOTERMS (Términos Para la Interpretación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional, sirven para fijar en forma clara la parte que asumirá el riesgo, en base a la determinación de parámetros que deben cumplir las obligaciones de cada una de las partes y que se las describe bajo la forma de términos comerciales, entre los que se encuentra CIF, FOB, FAS, C & F, etc.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra riesgo en los siguientes términos: *“Contingencia o proximidad de un daño. / Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.”*¹²⁴ .

Por lo tanto, el riesgo es la contingencia que puede estar latente entre las partes que negocian. De aquí, que resulta importantísimo establecer la parte que se hace responsable en caso que las comunicaciones electrónicas se transmitan de forma errónea.

La Convención se ocupa de la transmisión del riesgo en un solo artículo y abarca un solo caso, en que; se regula el riesgo en el error de las transmisión de las comunicaciones electrónicas.

¹²⁴ Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima Segunda. Edición. En línea, Formato HTML. Citado El 26 de Febrero del 2010.
[Http://Buscon.Rae.Es/Draei/](http://Buscon.Rae.Es/Draei/)



El Art. 14 se refiere al error cometido por una persona natural o física, al momento de introducir los datos en un sistema automatizado de mensaje y que dicho sistema no le permita corregir el error. En este supuesto, la parte que cometió el error tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica, en la que; se encuentra dicho error, bajo ciertos presupuestos que establece la norma.

En primer lugar, se exige que el error sea producto de una acción humana, circunscrita a la introducción de datos de un sistema automatizado de mensajes, entendemos que cualquier sistema o medio que cumplan las funciones de automatización, es decir; realice el envío, recepción, conteste o perfeccione contratos se encuentran amparados en la norma.

La redacción del Art. 14 al parecer es restrictiva, ya que hace referencia únicamente a los errores humanos, pero no dice nada a los errores cometido por los agentes electrónicos, debido a una falla de programación y que muchas veces pueden resultar imperceptibles.

Consecuentemente, si se da un error por parte de un medio lógico o automatizado, el que asume el riesgo, es la parte que envió la comunicación electrónica en base de este medio automatizado.

Como segundo punto debe existir la imposibilidad técnica de subsanar el error, pues de lo contrario se entiende que el riesgo lo asume la persona que envió la comunicación electrónica. Se entiende que el deber de diligencia debida y de buena fe obliga a quién cometió un error en comunicarlo lo más pronto posible y sin pérdida de tiempo y habiendo la posibilidad técnica de hacerlo y a pesar de ello no lo hace se equipara a la negligencia.

Finalmente, solo es posible el retiro de la parte en que se cometió dicho error, con ello; se precautela los derechos de la otra parte, que se pueden ver amenazados



cuando se alegue error para no cumplir con los términos de una oferta. Entonces se impone el deber para quién cometió el error una obligación de especificación de la parte errónea de la comunicación, pues de lo contrario entendemos que el riesgo corre a cuenta de quién envió el mensaje de datos.

Para poder retirar la parte errónea del mensaje, sin que; esto le traiga consecuencias es necesario cumplir con dos requisitos fijados en el mismo artículo y que son:

a) Notificar el error a la otra parte, tan pronto como sea posible, después que se haya enterado. Implica el deber de la persona que cometió el error, en realizar el aviso a la otra parte que cumple dos funciones; permitir el retiro de la parte errónea de la comunicación electrónica, liberando de responsabilidades posteriores y evita que la parte destinataria de ese mensaje, no realice los actos conducentes al cumplimiento de la comunicación, que le pueden acarrear perjuicios económicos.

El momento exacto que debe cumplir con la obligación de notificación, es tan pronto como se pueda, después de conocido este hecho. La interpretación de esta expresión impone un deber de carácter subjetivo, que es relativa, ya que debe ser apreciado de acuerdo al caso particular y sus circunstancias.

Por ejemplo; no puede juzgarse con el mismo rigor la obligación de notificación, cuando la persona se ve privada de tener acceso a comunicaciones electrónicas o no puede conectarse por cuestiones ajenas a la intención de los contratantes, que en otros casos en que existen toda la posibilidad de interconectarse.

Tampoco se podrá observar en igual medida la posibilidad de retiro o notificación del error en las comunicaciones, cuando quién lo comete de acuerdo a Ley debía tener los mecanismos tecnológicos para verificar los mensajes o para corregir los



errores, frente a la persona que no tenía la obligación legal de hacerlo. En todo caso, estas son cuestiones que deberán ser resueltas por el Tribunal que dirima el asunto en cuestión.

En todo caso, si no se cumple con la notificación en los términos antes indicados el riesgo correrá a cargo de la persona natural que los cometió.

b) A más de la notificación en forma debida debe concurrir un requisito de justificación a la notificación, que es; no haber utilizado los bienes o servicios, ni haberse beneficiado de los bienes o servicios que haya recibido la otra parte.

La Convención en su Art. 14 sabiamente trata de evitar lo que en doctrina se denomina el enriquecimiento sin causa o el incumplimiento de los contratos, so pretexto de invocar el error. Por ello, claramente señala en general que no haya obtenido beneficios o utilidad de los bienes y servicios que reciba de la otra parte. Nuevamente este requisito tendrá que ser valorado tomando en cuenta las circunstancias que lo rodean y el caso en particular.

Habrán situaciones en las cuales puedan restituirse sin beneficio, ciertos bienes como; en el caso de las mercaderías, pero existirán otros supuestos, en que; por más de que exista restitución no se podrá quitar con ella la utilidad o beneficio recibido, por el solo hecho de tener acceso a la comunicación electrónica. Esto se lo puede apreciar con mayor claridad en el comercio electrónico cuando el objeto del contrato en sí mismo es la información.

Por regla general el riesgo corre a cuenta de la persona natural que cometió el error en la entrega de la información y podrá evitar las consecuencias que implica asumir el riesgo con la facultad de ejercer el retiro, siempre y cuando se efectúe la notificación oportuna y que concurra el hecho de no haber utilizado los bienes y/o servicios que reciba de la otra parte.



La Convención deja el campo abierto, para que este asunto sea regulado por los ordenamientos jurídicos internos de cada país, pues se creyó prudente no chocar las normas de la Convención con los regímenes establecidos para el error en distintos Estados que poseen diversidad de regulaciones.

Basta trasladar el numeral 2 del Art. 14 de la Convención para apreciar lo manifestado.

“Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1.”¹²⁵

Cabe acotar con respecto al tema que la Convención no regula el riesgo relacionado con las comunicaciones inteligibles, como tampoco se ocupa de regular el riesgo derivado de la falla de los servidores en Internet o de terceros intrusos como los hackers. Corresponderá al Tribunal que conozca de la cuestión dirimir por cuenta de quién corre el riesgo, en los supuestos antes anotados.

3.7 Disposiciones Finales.

En el Capítulo IV de la Convención se trata este tema, que se encuentra regido por 11 artículos y va desde el Art. 15 al 25. Se señala en los mencionados artículos reglas que deben seguir los Estados o Partes contratantes, en las cuales; se pueden encontrar las Organizaciones Regionales de Integración Económica.

Básicamente se establece procedimientos a seguir por los Estados o Partes contratantes con la finalidad de aprobar, ratificar o aceptar la Convención. Además, faculta a los Estados efectuar Declaraciones para que se enmarque la

¹²⁵ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 2 Art. 14.



vigencia de la Convención a la aplicación total o parcial de sus disposiciones y el ámbito geográfico que va a regir.

Ocurre básicamente con los Estados Federales, que poseen unidades territoriales autónomas y en el que; el poder central no posee la facultad de aceptar una normativa uniforme.

Las particularidades antes anotadas, así como; otras más se encuentran previstas por la Convención, con el único fin de facilitar la aprobación de la misma, su entrada en vigencia y la aplicación de sus disposiciones.

A continuación nos ocuparemos de exponer lo más destacado de este capítulo.

-Depositario. El Art. 15 de la Convención designa al Secretario General de las Naciones Unidas como depositario, debiendo cumplir con lo que contempla el Art. 77 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En esta norma se determina las obligaciones del depositario de entre las cuales las más importantes son:

- Custodiar el texto original y los plenos poderes.
- Dar copias certificadas del texto original, así como realizar las traducciones en los idiomas que se puedan necesitar.
- Informar a los Estados que han ratificado el Tratado, o a los que quieran hacerlo la fecha en el cual, se han depositado los instrumentos necesarios para que entre en vigencia el Tratado Internacional.
- La obligación de registrar el instrumento internacional en la Secretaria de las Naciones Unidas.

Además de lo antes indicado, el Depositario tiene la obligación de comunicar o notificar a los Estados contratantes, de cualquier acto relacionado con la Convención.



-Firma, Ratificación, Aceptación o Aprobación y la Adhesión. Se establecen distintas formas en las cuales, se puede expresar la voluntad de un Estado en obligarse con las disposiciones contenidas por la Convención.

Una de ellas es la firma del representante, el acto de estampar la firma establece el consentimiento del Estado en aceptar la Convención y por lo tanto, se obliga a ella. Para que la firma surta ese efecto es necesario que cumpla con lo siguiente:

-Que la Convención en este caso fije este efecto para la firma o que la intención de los Estados Contratantes sea esa de conformidad a una adhesión posterior o que ese carácter, se desprenda de los plenos poderes.

La Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas no le da, a la firma esa consecuencia, únicamente menciona la fecha, en la que; la Convención queda abierta para la firma, que es; el 16 de Enero del 2006 al 16 de Enero del 2008. Por ello, debemos analizar la intención de los Estados Contratantes o la facultad de los plenos poderes de los representantes para darle a la firma ese carácter.

En la práctica no es usual que la firma posea efectos inmediatos, ya que; se prefiere que el Estado contratante realice los procedimientos adecuados sean legislativos o gubernativos, con la intención de que forme parte del Derecho interno de los Estados.

Además, que cabe acotar que estos procedimientos no son uniformes, por ejemplo: La Constitución ecuatoriana en su Art. 425, reconoce como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano a los tratados internacionales, una vez que éstos sean debidamente aprobados, se encuentran jerárquicamente ubicados debajo de la Constitución, pero por encima de otro tipo de Leyes.



En otros ordenamientos jurídicos, se impone por parte de la legislación el establecimiento o creación de una Ley, que cumpla el papel de ser transformadora del ordenamiento jurídico interno.

La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entiende como sinónimos a la Ratificación, Aceptación o Aprobación, como formas que los Estados poseen dentro de sus ordenamientos jurídicos internos para manifestar quedar vinculados a un Tratado Internacional.¹²⁶

Por su parte, hay que distinguir los términos antes anotados de la Adhesión. La Adhesión es la forma de expresar por un Estado ser signatario de un Tratado mediante el depósito de un instrumento de adhesión y esto puede ocurrir cuando no es posible realizar la firma del instrumento, porque ha vencido el plazo para hacerlo, o porque las circunstancias propias del tratado o de las facultades concedidas al representante no permiten hacerlo.

En todo caso la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas está abierta a los distintos Estados para que manifiesten su intención de quedar obligada mediante las diversas formas antes descritas.

-Organizaciones Regionales de Integración Económica.

Reconoce la Convención las mismas facultades a las Organizaciones de Integración Económica, que a los Estados, por ello; estos organismos pueden ser partes contratantes.

Debemos recalcar que el Art. 17, realiza una innovación al reconocer este carácter a las Organizaciones Regionales de Integración Económica, que no se lo hace, en

¹²⁶ Véase lo dicho en el numeral b) del Número 2 de la Parte 1 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.



otros instrumentos internacionales. Creemos que el reconocimiento se debe a la importancia en el contexto mundial que han ganado estas organizaciones, por ejemplo; la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones, el Mercosur (Mercado Común del Sur) UNASUR (Unión de Naciones Sudamericanas) entre otras.

Por tanto, estos organismos de integración económica poseen las mismas facultades para manifestar su voluntad de obligarse a la Convención por ello podrán vincularse a ella mediante la firma, aceptación, ratificación, aprobación y adhesión.

No se realiza la definición de Organismo Regional de Integración Económica pero, si se establece las condiciones que éste debe cumplir para ser parte contratante y que son; ser una organización de países que tengan un objetivo en común y que se le haya transferido competencias en temas regidos por la Convención.

Si no cuenta con la competencia necesaria no podrá ser parte contratante, a más que; la organización no será contabilizada como un miembro adicional a los Estados que forman parte de la organización.

Puede ocurrir que los Organismos de Integración Económica se las transfieran competencias parciales, respecto a los asuntos regidos por la Convención o que esta competencia se encuentra distribuida entre sus Estados miembros, en este caso la organización efectuará la declaración al depositario de los asuntos regidos por la Convención sobre los cuales posee competencia.

También notificará al depositario cualquier cambio o variación respecto a estas competencias, ya sea que restrinjan o amplíen sus facultades.¹²⁷

¹²⁷ Ver lo dicho en el Numeral 2 del Art. 17 de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas.



La Convención en su Art. 17 no prevé procedimientos para la aceptación de la Convención como poderes especiales otorgados por cada miembro o instrumentos de ratificación, se ha creído conveniente que esté asunto sea regido por los Estatutos de cada organización.

Tampoco prevé mecanismos para evitar la contradicción de regímenes que pueden ser aprobados por la organización y sus países miembros, por ello; las organizaciones deberán prever mecanismos para evitar esto o fijar una norma de carácter general que resuelva el tema.

En la parte final del Art. 17 de la Convención se establece lo siguiente: *“La presente Convención no prevalecerá sobre las normas de ninguna organización regional de integración económica con las que pueda entrar en conflicto y que sean aplicables a partes cuyos respectivos establecimientos se encuentren en Estados miembros de una organización de esa índole, conforme a una declaración formulada con arreglo al artículo 21.”*¹²⁸

De la lectura se desprende el espíritu armonizador de la Convención, que lo que pretende es conseguir la uniformidad de las regulaciones referentes a las comunicaciones electrónicas, objetivo que no se hubiera podido conseguir si su texto se lo impone a los Estados miembros. Por principio de soberanía y de autodeterminación, los Estados podrían rechazar cualquier norma que involucre una contradicción con normas de derecho público de los Estados.

Se creyó conveniente respetar las normas internas de las Organizaciones de Integración Económica, porque en cierta medida recogen procesos de unificación normativa en el campo económico y mercantil y la Convención no quiere ser un obstáculo para este proceso, por ello declara que prevalece las normas de la

¹²⁸ Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005. Numeral 4 Art. 17.



Organización, pero para que opera la supremacía normativa se vuelve necesario realizar una declaración conforme lo fija el Art. 21.

-Aplicación de la Convención.

Lo que respecta a la Aplicación de la Convención se encuentra reglado por tres temas que son; lo referente a la cláusula federal, las declaraciones sobre el ámbito de aplicación y lo que tiene que ver, con las comunicaciones electrónicas y los demás instrumentos internacionales.

En primer lugar, la aplicación de la Convención en aquellos Estados, que poseen un sistema de organización administrativa, que le dan plenas facultades a determinadas unidades territoriales que al poder central, será de conformidad a la declaración que hagan los Estados, que puede ser aplicando en su totalidad la Convención o determinando las unidades territoriales que se encuentran vinculadas a ellas. Esto sirve para permitir la aplicación de la Convención, en los Estados Federales y los que; cuentan con régimen autónomo.

La regla general establecida por la Convención, es que; la misma es aplicable a todo el territorio de un Estado contratante, si no se quiere la aplicación en esos términos, sino a ciertas circunscripciones territoriales puede sustituirse la declaración o notificarse al depositario si se amplía o restringe el ámbito geográfico de aplicación de la Convención.

En segundo lugar, las declaraciones sobre el ámbito de aplicación son formas mediante las cuales, un Estado condiciona la aplicación del régimen de la Convención. En todo instrumento internacional suele establecerse esta posibilidad, que se las diferencia de las reservas que son formas expresas de excluir la aplicación de un instrumento.



Las declaraciones que condicionan el ámbito de aplicación de la Convención son las siguientes:

-Cuando ambas partes se encuentre situadas en Estados contratantes. Un Estado puede declarar que la Convención será aplicable en su territorio cuando ambas partes estén ubicadas en un Estado contratante. Se condiciona la aplicación de la Convención, a pesar de lo que fija el Numeral 1 del Art.1 que establece su aplicabilidad entre partes que posean sus establecimientos en Estados diferentes.

La consecuencia de esta declaración, será la aplicación inmediata de la Convención a pesar, de que; las normas de Derecho Internacional Privado conduzcan la aplicación a una norma diferente, que puede ser incluso de otro Estado, consecuentemente se produce lo que se denomina como; aplicación autónoma.

Si por el contrario no se efectúa declaración alguna a este tema, deberá dilucidarse la aplicación de la Convención en base a las normas de Derecho Internacional Privado, que analizarán si la Convención es aplicable en base a que la Ley de otro Estado remite su aplicación o en base a verificar si las partes poseen su establecimiento en diferentes Estados.

-En base al convenio de las partes. De conformidad a esta declaración la Convención sería aplicable solo cuando el consentimiento de las partes establezca aquello.

Algunos de los representantes manifestaron que aceptar esta regla, pondría en peligro la aplicación de la Convención y permitiría la aplicación de un régimen paralelo, basado en la autonomía de la voluntad, resultaría entonces imposible aplicar la Convención cuando las reglas de Derecho Internacional Privado prevea su aplicación, por cuanto la voluntad de las partes pueden dejar sin efecto la remisión de orden legal.



Sin embargo, ese argumento fue refutado en razón de que en la práctica las partes suelen acudir a las Convenciones e Instrumentos internacionales, para que rijan un contrato internacional, sobre todo en el campo mercantil. Esto se debe a no solo, por el mayor conocimiento y manejo de la normativa internacional, sino porque posee un alto nivel técnico, que no se encuentra regulado en los ordenamientos jurídicos nacionales, que en muchas oportunidades no lo regulan o si lo hacen se lo establece de forma precaria.

Además, si se trata de un problema de jurisdicción para el caso de controversias, desde muchos años para acá las partes suelen confiar en el arbitraje por las ventajas que presenta como son; la celeridad, especialidad, reserva, etc.

Como vemos los Estados pueden limitar la aplicación a la voluntad de las partes que tiene una fuente contractual, pero en la práctica no existe tal restricción como lo hemos anotado.

-Se puede excluir mediante declaración, materias específicas relacionadas con la Convención. El argumento para esto, es que; no existe un tratamiento uniforme en varios de los temas relacionados con las comunicaciones electrónicas, en los diferentes ordenamientos jurídicos internos.

Por ejemplo; en algunos países se exige más requisitos de seguridad para otorgar validez a la firma electrónica, frente a otros países que poseen un régimen más flexible, por ello; se creyó conveniente dejar abierta la posibilidad, para que los Estados puedan excluir de la aplicación de la Convención materias que son propias del ordenamiento interno.

En tercer lugar el Art. 20 de la Convención señala una lista de instrumentos internacionales a los cuales la misma será aplicable, en lo que respecta a la formación y cumplimiento de los contratos. Estos instrumentos son:



“Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);

Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980);

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980);

Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991);

Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995);

Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).¹²⁹

Además, de los instrumentos internacionales transcritos, la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas será aplicable a la formación o cumplimiento de las comunicaciones electrónicas que tuviera relación con un contrato previsto por cualquier otra Convención o instrumento internacional.

Se deduce de lo dicho una regla general, que es; que la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, es aplicable a cualquier instrumento internacional, relacionado con esta temática, salvo que un Estado haya efectuado una declaración que excluya su aplicación a uno o varios de los instrumentos internacionales que se encuentran en la lista que consta en el Art. 20 así como; de otros instrumentos relacionados o los que pudiera a llegar parte ese Estado.

-Procedimiento de las Declaraciones. Como pudimos apreciar anteriormente la Convención es sumamente flexible al momento de permitir declaraciones sobre su ámbito de aplicación, por ello; éstas se pueden hacer en cualquier momento,

¹²⁹ Ibídem. Numeral 1 Art. 20



desde la firma, aceptación, ratificación o aprobación, e incluso después de la entrada en vigencia de la Convención.

El Art. 21 detalla lo que debe cumplir una declaración, para ser tenida como válida. Así ésta deberá hacerse por escrito, ser confirmada y notificada al depositario. Entendemos que en aplicación a la equivalencia funcional, podrá efectuarse lo antes descrito mediante mensaje de datos, siempre que cumpla los requisitos formales para este tipo de actos.

Hechas las declaraciones sobre el ámbito de aplicación de la Convención, éstas entrarán en vigencia de forma simultánea, una vez que; la Convención entre en vigencia en el Estado contratante, siempre y cuando la declaración se hubiera presentado al momento de la firma o aceptación, ratificación o aprobación y que fuera confirmado.

Respecto, a las declaraciones hechas después de que la Convención se encuentre en vigencia, éstas se incorporarán, después de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de recepción del documento, que contenga la declaración por parte del depositario.

La entrada en vigor de la Convención no imposibilita que los Estados contratantes efectúen declaraciones, respecto a la aplicación de la Convención, por ello; podrán hacerlas en cualquier tiempo. En todo caso las mismas, entrarán en vigencia en el plazo de seis meses contados desde la recepción de la declaración por parte del depositario.

Hay que recalcar que a diferencia de otras Convenciones o instrumentos internacionales la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, permite realizar declaraciones referentes al ámbito de aplicación de la Convención, en



cualquier tiempo. Se creyó prudente por parte de los delegados incluir esta posibilidad, que facilitaría la aceptación de la Convención.

De no existir esta posibilidad, se sostuvo que muchos Estados se mostrarían renuentes en ser parte de la Convención, por cuanto; podrían existir aspectos sobre los que no estén de acuerdo o resulten confusos y si se, pusiera que las declaraciones serían aceptadas solo al momento de la aceptación, ratificación o aprobación podrían existir reparos en que los países expresen su voluntad.

Con respecto al plazo de entrada en vigor de las declaraciones, hubo propuestas de reducir los plazos de seis a tres meses, pero se impuso la tesis, de que; era muy poco ese tiempo para que la práctica comercial se ajuste a este cambio.

-Reservas. El Art, 22 de la Convención es enfática en declarar que no podrán hacerse reservas. El literal d) del número 2 de la Parte 1 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, nos da un concepto de reserva como; *“...una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”*¹³⁰

Las reservas son comúnmente utilizadas en el Derecho Internacional Público y facilitan la posibilidad, de exclusión de algunos temas a los Estados contratantes, cuando las disposiciones de un Convenio o Tratado Internacional chocan o interfieren con su ordenamiento jurídico interno. En el campo del Derecho Internacional Mercantil, no se usa las reservas, porque limitan la aplicación de los instrumentos, no permitiendo la unificación normativa en temas tan importante como el que nos ocupa.

¹³⁰ Número 2 Parte 1 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.



Por este motivo se utilizan las declaraciones, que son manifestación que limita la aplicación de los instrumentos internacionales en base a parámetros fijados previamente.

A pesar que en las normas anteriores, se especifica que solo podrán hacerse cierto tipo de declaración, respecto al ámbito de acción, la Convención se ocupó de asentar claramente este carácter, para no dar paso a interpretaciones que pusieran en riesgo su correcta aplicación.

-Entrada en Vigor de la Convención. La vigencia de la Convención se encuentra supedita a dos requisitos; el hecho de haberse depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y al transcurso del tiempo de seis meses desde el cumplimiento de aquello.

Esta es la regla general de entrada en vigor de la Convención, que es; más flexible que otros instrumentos internacionales. Si la comparamos por ejemplo; con la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, vemos que el plazo es mucho menor, así como; se exige menos instrumentos para la entrada en vigor.

La Convención se ha hecho eco de la tendencia mundial, en el área mercantil de promover lo más pronto como sea posible, la vigencia de los instrumentos uniformes. Además se sostuvo como argumento que en la actualidad, con la facilidad que prestan los medios de comunicación y las TIC's se simplificaban los procesos de difusión y comunicación, por ende era lógico bajar esos plazos.

Para apreciar la diferencia existente trasladaremos lo regulado por la Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *"Art. 99 1. La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses, contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo*



instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo el instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92.”¹³¹

Por su parte, la vigencia de la Convención con respecto a cada Estado contratante se verificará en el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contados a partir del depósito del instrumento ratificado, aceptado, aprobado o adherido a la Convención. Debemos agregar que las declaraciones hechas al momento de la aceptación, aprobación, ratificación etc., surtirán todos sus efectos a partir de la entrada en vigencia de la Convención.

Solo si son posteriores, tendrán otro procedimiento que lo hemos detallado anteriormente.

Hay que distinguir la entrada en vigencia de la Convención de su aplicación, por ello; en el Art. 24 se determina el momento de aplicación de la Convención, que será luego de su entrada en vigor de en cada uno de los Estados contratantes. La Convención será aplicable en cada Estado luego de su entrada en vigor, es decir; luego que se cumpla con los procedimientos establecidos y después del plazo de seis meses

Al parecer puede interpretarse como sinónimos estos dos términos, pero eso no es la verdad. La vigencia se entiende como el acto en el que una norma pasa a ser parte del ordenamiento jurídico de un Estado, por su parte la aplicación ocurre en el momento que la norma puede ser ejercida por las personas o en el momento que es competente para regular una situación jurídica concreta.

En el caso de la Convención la vigencia y la aplicación ocurren en el mismo momento, pero puede pasar que la vigencia ocurra en un momento y su aplicación

¹³¹ Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Numeral 1 Art. 99



en otro. Comúnmente se utiliza transitorias para especificar el momento de aplicación que puede establecerse un plazo para la vigencia de otro régimen legal hasta que se realice los mecanismos pertinentes o a situaciones específicas que serán regidos por una norma anterior.

En todo caso la Convención establece de forma inmediata su vigencia y su aplicación, con ello serán reguladas todas las comunicaciones electrónicas que luego de la vigencia de la Convención sean cursadas. Se recoge por parte de la Convención el principio del Derecho, en virtud del cual; la Ley rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo. De esta manera la Convención regirá para lo posterior y no podrá ser invocada para regular cuestiones anteriores.

-Denuncia. En base al principio de soberanía y autodeterminación de los Estados, se permite que un Estado contratante, pueda denunciar la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas. La denuncia se le puede encuadrar como la manifestación unilateral de un Estado de retirar su consentimiento de la aceptación de la Convención, con ello señala que no estará vinculado, ni obligado a este instrumento internacional.

Los efectos de realizar la denuncia de la Convención es que sus disposiciones no serán aplicables al Estado que realiza dicho acto, pero éstas surtirán plenos efectos en el plazo de doce meses, contados desde la fecha, en que; la notificación con la denuncia haya sido recibida por el depositario.

Estos aspectos son previstos por la Convención en su Art. 25, pero además determina el artículo antes invocado, de que; si el instrumento que especifica la denuncia establece un plazo mayor para que surta efectos la denuncia se observara dicho plazo.



Se puede apreciar que el plazo es mayor al de la entrada en vigor de la Convención, seguramente creemos que se lo estableció así, para precautelar la vigencia normativa de la Convención y para precautelar los intereses de las personas que realicen sus actividades o negocios basados en sus disposiciones.

El plazo de un año pareció a los redactores de la Convención, el correcto para difundir que ha cambiado el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas con respecto a un país en concreto.

3.8. Propuesta de Reforma a la Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en el Contexto de los Contratos Internacionales.

Luego del análisis y estudio de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, llegamos a la conclusión que éste es el instrumento jurídico más adecuado, para regular las relaciones provenientes de los actos o contratos que se realizan por medio del intercambio de mensaje de datos.

Cabe anotar que lo más destacado de la Convención es su enfoque regulatorio, en base a normas de carácter general, que recoge la tendencia actual de normar las comunicaciones electrónicas bajo el concepto de mensaje de datos, reconociendo la validez jurídica a la información contenida en él.

El mensaje de datos es la forma jurídica técnica que la información se presenta en la actualidad, que debe reunir unas características de integridad y validez y debe estar asociado a una firma electrónica. Estos aspectos son desarrollados por la Convención, lo hace de un modo general con el objeto de respetar los distintos regímenes.



La Convención en la parte de definiciones se ocupa de delinear claramente ciertos términos, que en su mayoría sirven para determinar a todos los componentes del proceso comunicacional, basado en nuevas tecnologías como los términos; comunicación electrónica, iniciador, destinatario, etc.

También posee el concepto de establecimiento, con ello; se quiere dar los elementos de juicio suficientes para determinar el campo de acción de la Convención.

En general se trata de fijar una normativa uniforme, basada en los principios que rigen el comercio electrónico como son; la equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica, aunque no se ocupa de regular asuntos mercantiles, pues tal como lo prevé la Convención no se tomará en cuenta el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

Las exclusiones que la Convención realiza a su campo de acción son las necesarias, habida cuenta que existen materias que constan con una normativa especializada, sobre todo en el ámbito técnico. A más que, se excluyen asuntos que son competencia de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados como lo que se refiere a derecho de los consumidores.

Otra aporte hecho por la Convención, lo encontramos en el tema de la ubicación de las partes, regulado en base a una presunción que vincula el establecimiento como; lugar en donde se encuentra las partes y que desarrolla normas supletorias en subsidio de esa presunción.

Se deja en claro que el lugar donde se tiene los sistemas de información o el acceso a dicho sistema, no se los puede tener como válidos para vincular la ubicación de las partes, lo mismo ocurre con el nombre de dominio que no puede ser usado con dicha finalidad.



En fin, el radio de acción de la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas se encuentra elaborado de forma armónica y sirve de complemento a otras normas jurídicas de carácter Internacional como; La Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en lo que; respecta a las comunicaciones electrónicas. De esta manera, se acudirá a la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas para regular el tema específico de las comunicaciones.

Como vemos las comunicaciones realizadas a través de las TIC's, al igual que sus principios son regulados y reconocidos en el contexto mundial, lo cual; significa un verdadero avance en la construcción de este tema. La Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas es el cuerpo normativo que regula y reconoce el valor jurídico de las comunicaciones electrónicas.

Se encuentra abierta para su firma desde el 16 de Enero del 2006, hasta la presente fecha han firmado los siguientes Estados:

- Arabia Saudita (12 de noviembre 2007)
- China (6 de julio 2006)
- Colombia (27 de septiembre 2007)
- Federación de Rusia (25 de abril 2007)
- Filipinas (25 de septiembre 2007)
- Honduras (15 de enero 2008)
- Irán (26 de septiembre 2007)
- Líbano (22 de mayo 2006)
- Madagascar (19 de septiembre 2006)
- Montenegro (27 de septiembre 2007)
- Panamá (25 de septiembre 2007)
- Paraguay (26 de marzo 2007)
- República Centroafricana (27 de febrero 2006)
- República de Corea (15 de enero 2008)



- Senegal (7 de Abril 2006)
- Sierra Leona (21 de septiembre 2006)
- Singapur (6 de julio 2006)
- Sri Lanka (6 de julio 2006)¹³²

Son dieciocho los Estados que han firmado la Convención como podemos observar, sin embargo; la misma no ha podido entrar en vigencia, ya que; no han sido depositado los tres instrumentos de ratificación que se requieren para que esto ocurra.

Nuestro aporte a la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, es desde el punto de vista regulatorio, pero no pretende reformar conceptualmente el enfoque normativo, en que se fundamenta, sino más bien queremos aportar con algunas disposiciones complementarias que pueden reafirmar el basamento jurídico de la norma.

Somos consientes de la calidad técnica de este documento y su proceso conciliador, que trata de sumar la mayor cantidad de Estados contratantes, ya que; se pretende no solo una normativa de carácter internacional, sino de una normativa que sea de aplicación global.

¹³² Esta información se obtuvo de la página web de la ONU, el día 26 de Febrero del 2010, que puede ser consultada en la siguiente dirección:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html



En concordancia con esto presentaré mi propuesta, que mantiene el mismo enfoque y que pretende en la medida de lo posible, facilitar la aplicación y la interpretación de la Convención.

3.9. Proyecto de Reforma a la Convención Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Los Estados Parte en la presente Convención,

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones de amistad entre los Estados,¹³³

Observando que la aplicación de una normativa uniforme contribuye al desarrollo de actividades comerciales basadas en las TIC's, así como brinda la seguridad jurídica a las partes que realizan sus actividades a través de los nuevos medios tecnológicos.¹³⁴

Considerando que la contribución al mejoramiento normativo de la Convención, es transcendental para consolidar la uniformidad normativa así como para romper las barreras jurídicas que frenan el desarrollo del comercio electrónico.¹³⁵

¹³³ 1 La parte primera de la resolución se mantendría idéntica que el de la Convención, respetando los criterios establecidos en otros documentos internacionales como; Convención Sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico.

¹³⁴ 2 Pretendemos en esta parte declarar el valor que tiene para la sociedad la implementación de una normativa uniforme.

¹³⁵ 3 En esta disposición pretendemos motivar las reformas que posteriormente presentamos, recogen principios dictados por la ONU desde el momento de creación de la UNCITRAL y que siempre se los invoca en documentos de este tipo.



Convencidos de que las reformas implementadas coadyuvarán a tener una certeza de las relaciones reguladas por la Convención y crearán mayor certidumbre a las partes en su aplicación en caso de un eventual conflicto.¹³⁶

Deseos que las reformas implementadas aportan a aclarar asuntos puntuales de las comunicaciones electrónicas observando los principios en los que se funda la Convención así como en el respeto a los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes.¹³⁷

Han convenido en lo siguiente:

1 Añádase a continuación del literal h) del Art. 4 de la Convención los siguientes literales:

i) Por “persona” se entenderá solamente las personas naturales, en tanto que por “parte” se entenderán tanto las personas naturales como las jurídicas.¹³⁸

¹³⁶ 4 Se manifiesta la intención que las reformas ayuden a la mejor aplicación de la Convención, con ello; se expresa nuestro deseo y anhelo de contribuir positivamente, no solamente en el tema anotado, sino también en otros aspectos que se ligan al tema.

¹³⁷ 5 Nuevamente hacemos hincapié en el propósito y deseo de nuestra reforma, buscando la mayor adhesión que sea posible a ella, con el único objetivo que de forma mayoritaria y consensuada sea implementada.

¹³⁸ 6 La definición agregada se encuentra contemplada por el Grupo de trabajo IV de la UNCITRAL y su finalidad es la de aclarar ciertas particularidades, que se dan en la contratación electrónica, en el que; no solo efectúan actos y contratos las personas naturales, sino también las personas jurídicas e incluso los agentes electrónicos que poseen sistemas automatizados que permiten perfeccionar contratos sin la presencia del ser humano.

Además en el Art. 14 cuando se habla del error de las personas físicas, se puede confundir el término parte con persona, es usual que en muchos casos sean identificados como sinónimos dichos términos, precisamente para que no se descontextualice este artículo se ha agregado la definición.



j) Por “denuncia” se entenderá la notificación hecha al depositario, en el que; se manifieste la voluntad de un Estado contratante de no seguir vinculado con la Convención.¹³⁹

2. Agréguese al Art. 14 el siguiente numeral:

Las partes de común acuerdo podrán modificar los efectos y alcance del presente artículo, incluso podrán determinar cuál es, la parte que asuma el error en base a lo que dispone el Art. 10.¹⁴⁰

¹³⁹ 7 Considero que la definición de ese término es necesaria, para que se entienda lo que encierra el término denuncia, que puede ser confundido con las declaraciones que restringen el ámbito de aplicación de la Convención. Se empata la definición hecha con el Art.25 que establece el procedimiento para la denuncia, pero no indica su concepto.

Pretendemos recoger el criterio del numeral 2 del 42 de la Parte V de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, que establece; “*La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención...*”

¹⁴⁰ 8 Tal como se encuentra redactado el artículo 14, parece ser una norma determinante que no permite se establezca un régimen diferente de conformidad a la autonomía de la voluntad, principio previsto en el Art. 3 que reza lo siguiente: “*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.*”

El contenido del Art. 3 resuelve el problema, pero también en cierta forma la propuesta indicada invoca a que se prevenga las posibles divergencias surgidas, facultando a que sean las partes las que fijen un régimen sobre el error, basado en los conceptos relativos a la recepción y envío que constan en el Art.10.



CONCLUSIONES.

He desarrollado el presente trabajo investigativo con la finalidad de exponer los aspectos más relevantes de las comunicaciones electrónicas. Labor que por supuesto no resultó sencilla, por la amplitud del tema, al que nos íbamos adentrando.

La comunicación en general, es una actividad esencial para el ser humano, indispensable para poder vivir en sociedad. En la actualidad las comunicaciones nos presentan un nuevo rostro cuyas características son la interactividad, sencillez, agilidad y versatilidad del intercambio de información.

Sin duda, la masificación de las comunicaciones electrónicas basadas en las TIC's crea una nueva realidad, que mejora las comunicaciones como la potencialidad de sus usos de una forma exponencial nunca antes vista.

El tema no queda agotado con la presente investigación, sino más bien servirá para ir labrando el camino para su estudio. Existen varios y números temas que se deshojan y que deberían llamar la atención de profesionales, estudiantes y la sociedad en general para que los temas relacionados con la Sociedad de la Información no queden truncos.

El Derecho debe estar a la altura de las nuevas manifestaciones tecnológicas, no es verdad que exista incompatibilidad en estos dos aspectos, hoy más que nunca y con la investigación planteada queremos reafirmar, que es plenamente factible adecuar el Derecho a las Tecnologías de la Información y Comunicación. La herramienta tecnológica por el contrario facilita la aplicación de la norma, así como permite que instituciones legales ganen un nuevo rostro más ágil y dinámico.



Uno de los grandes anhelos de la sociedad es la uniformidad de la normativa en materia mercantil. El comercio una actividad humana que posee la función de circular la riqueza, debe ser desarrollada de una forma equitativa, proporcional y justa para las personas.

En el entorno virtual, el comercio adopta una nueva realidad, que es; el comercio electrónico, que requiere en igual forma que el comercio tradicional de una legislación uniforme que evite las dificultades que ocasiona el establecimiento de regímenes diversos que resuelvan la cuestión.

La Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas, es el documento normativo más apropiado para reglar los diversos aspectos de las comunicaciones electrónicas en el contexto internacional, pues recoge principios aceptados mayoritariamente en el tema de la Sociedad de la Información como; la neutralidad tecnológica y la equivalencia funcional. A más que, sirve para resolver cuestiones que en la práctica pueden surgir como el caso de la aceptaciones perfeccionadas por los agentes electrónicos.

También posee una función complementaria de otros instrumentos internacionales en el tema de comunicaciones electrónicas, por lo tanto la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas, empata sus disposiciones a la de otros documentos normativos.

Esto es a breves rasgos lo que puedo extraer de mi trabajo investigativo, que espero contribuya en algo al desarrollo de este tema.

En base de lo abordado en los apuntes de mi tesis he llegado a las siguientes conclusiones que a continuación las expongo:



-Las comunicaciones electrónicas implican todo un fenómeno, que ha cogido a todos de sopetón, debemos decir; que es un aspecto que resulte irreversible, que no hay como detenerlo, que es mejor explicarlo y tratar de adecuarlo para poder armonizar su uso, a las relaciones sociales.

- Las comunicaciones electrónicas es la nueva forma que toma la información en el entorno virtual o electrónico, concepto que no es absoluto, ni definitivo, sino que posee un objeto variable, integral y convergente, que influye en todas las áreas y disciplinas y en especial en el Derecho.

-Existe diversidad de criterios con respecto a la regulación normativa de las comunicaciones electrónicas a nivel mundial, pese a que su tratamiento debería ser único porque sus efectos y su campo de acción son globales. Sin embargo, hay que rescatar que existe una fuerte tendencia a la uniformidad, así como; se encuentra delineados claramente ciertos principios como la equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica, que van delineando el camino hacia esa tendencia.

-A la contratación electrónica le son aplicables, tanto las estructuras como instituciones jurídicas tradicionales, no supone el plano electrónico el rompimiento de los conceptos jurídicos aplicados anteriormente, sino que los mismos deben ser adaptados a la nueva realidad que plantea el entorno red.

-Las TIC's (Tecnologías de la Información y Comunicación) han desarrollado formas más ágiles y novedosas en los procesos contractuales. La oferta, la aceptación y la entrega de los bienes, utilizan nuevas formas interactivas y automatizadas, en las que; incluso no se requiere de la presencia del ser humano. Consecuentemente la contratación informática genera nuevos niveles o planos en su formación y en el cumplimiento de las obligaciones de las partes.



-La seguridad es una de las debilidades de la contratación electrónica y para contrarrestar el evidente riesgo, de que terceros puedan tener acceso a datos o información personal relacionada con documentos bancarios o de crédito, se han inventado por parte de la informática mecanismos de pagos seguros que permiten tener a salvo la información considerada sensible, así como; garantizan la certeza en las transacciones.

-Tanto las comunicaciones como la información en el contexto electrónico, se encuentra regulados mediante el concepto de mensaje de datos, criterio uniforme aceptado por la doctrina y por la mayoría de legislaciones del mundo. La definición de mensaje de datos abarca lineamientos jurídicos y tecnológicos, pues el reconocimiento que da la Ley a la información contenida en medios electrónicos se debe a que reúna condicionamientos técnicos, solo si cumple con ciertos presupuestos es objeto de protección por parte del Derecho.

-La tendencia a la uniformidad es una de las características en el Derecho Mercantil Internacional. Las comunicaciones electrónicas, es un tema que converge con el Derecho Mercantil tradicional, como con su nueva realidad, que es; el Comercio Electrónico, por lo tanto requiere de un entorno uniforme para poder desarrollarse adecuadamente.

-La Convención de la ONU Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas es el instrumento normativo idóneo, para regular la formación y cumplimiento de los actos y contratos, basados en comunicaciones electrónicas. En virtud de que establece con claridad su campo de aplicación, basado en principios propios del comercio electrónico y los que se encuentran en la Convención, cuyo objetivo es dinamizar, flexibilizar y dar seguridad a las partes que realizan el intercambio en el nuevo entorno electrónico.



-Son aplicables en la esfera mundial los mismos conceptos y principios del Comercio Electrónico, a las comunicaciones electrónicas, tanto en lo que; se refiere a su validez, requisitos de forma de la información, sus efectos y consecuencias. Existe una tendencia a la unidad de criterios al respecto, quedando por afinar ciertos detalles que son los que quedan huérfanos y que en la mayoría, se resuelven en base a la autonomía de la voluntad o en base a los usos y costumbre entre las partes.

-Existen nuevas formas de manifestar la voluntad contractual en el entorno digital, reconocidas por la Convención, como es el caso, de los agentes electrónicos o llamados *bots*. La exteriorización de la voluntad puede ser realizada por el ser humano o puede ser delegada a un programa informático o a un sistema automatizado.

-La ubicación de las partes es un tema muy complejo y delicado, que lo resuelve la Convención, en base de la presunción del establecimiento indicado por las partes, que posee un conjunto de reglas subsidiarias a la que podemos acudir, para poder determinar la ubicación de las partes e incluso, se puede solucionar la cuestión en base a la noción de residencia habitual.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho entraña mucha dificultad este tema, ya que; en el ciberespacio resulta muy complejo identificar a las partes y desde luego determinar el lugar de ubicación, por lo que; ahora la cuestión únicamente se ha resuelto desde el campo de la presunción, basada en el ánimo y en la buena fe de las partes, porque de lo contrario resultaría difícil por decir lo menos fijar un criterio único para determinar este asunto.

-El riesgo es un tema que siempre ha cautivado la preocupación del Derecho Mercantil, en la Convención se regula únicamente lo referente al error provocado



por una persona natural al momento de ingresar datos a un sistema automatizado de mensajes, pero no resuelven otros aspectos inherentes como; la parte que corre con el riesgo en caso de que las comunicaciones se encuentren ilegibles o cuando desaparezcan o no lleguen a consecuencia de una falla o error del prestador de servicios o del prestador del sistema de información, etc.

Entonces queda acudir a la autonomía de la voluntad como la forma de establecer reglas claras de juego para las partes.

-La autonomía de la voluntad y los usos y costumbres generados en la web, han creado un espectro normativo comercial supletorio, que se lo aplica debido a la falta de regulación adecuada, que recoja la realidad de las relaciones que ocurren en ese nuevo entorno.

-Se vuelve necesario revisar constantemente las regulaciones relacionadas con las comunicaciones electrónicas, con la finalidad de recoger los elementos esenciales del entorno digital y ajustar la normativa al proceso evolutivo que experimenta la tecnología.

Solo de esta manera podrá establecer una normativa uniforme y se podrán romper las barreras jurídicas que impiden el desarrollo de los temas como el investigado.

SUGERENCIAS.

Los temas que tienen que ver con la Sociedad de la Información como; las comunicaciones electrónicas, siempre requerirán de propuestas o iniciativas para mejorar su realidad o su entorno, así como; necesitan que sus elementos sean conocidos, para que de esta forma la herramienta tecnológica sea utilizada por la mayor cantidad de personas que fuera posible.



Basado en mí estudio investigativo, me atrevo a proponer las siguientes sugerencias:

-En vista que los temas relacionas y los que se derivan de las comunicaciones electrónicas son de una importancia fundamental para el desarrollo de la sociedad, en especial para el sustento y generación de nuevas formas de negocios, se vuelve indispensable realizar más investigaciones o estudios por parte no solo de los actores que se encuentran vinculados a este sector, sino por parte de las Universidades, instituciones públicas y privadas, organizaciones especializadas y por parte de organismos internacionales como la UNCITRAL. Solo con el conocimiento adecuado de los principales aspectos sobre la Sociedad de la Información en general y el de las comunicaciones electrónicas en particular, permitirá crear una cultura sobre el tema y creará alternativas y elementos que disminuyan la brecha digital.

-Se debe desarrollar políticas claras por parte del Gobierno del Ecuador, respeto de las comunicaciones electrónicas, que promuevan el conocimiento sobre estos temas en todos los sectores de la sociedad. En especial, se debe implementar la capacidad sobre las utilidades y aplicaciones de las TIC's en la generación de negocios y empleos.

Si bien se ha emprendido en algunos temas como la factura electrónica, la firma digital y las compras públicas en línea, debe darse continuidad a las políticas para que no se desenvuelvan de forma aislada, sino como un componente integral de la Sociedad de la Información.

-La unificación normativa de las comunicaciones electrónicas debe ser el interés primordial de los Estados. Si contamos con reglas claras crearemos más posibilidades de beneficio para nuestros habitantes, para que sean participes en



las potencialidades que pueden aportar el desarrollo económico basado en las TIC's.

-Se debe por parte del Ecuador crear las condiciones necesarias para la aplicación de una normativa uniforme, tanto en el campo jurídico como tecnológico. Así como; propender en el concierto internacional crear estas condiciones, pues las barreras que impiden el desarrollo del comercio electrónico no solo son de características jurídicas, sino de inequidad de acceso a los medios tecnológicos.

-Por parte de los Assembleístas debe estudiarse más a profundidad los temas relacionados con la Sociedad de la Información, en especial lo que tiene que ver con Tratados, Leyes Modelos, Convenciones, Directivas etc., de esta manera se tendrá un conocimiento especializado y permitirá tomar decisiones adecuadas respecto a la firma, aceptación o adhesión de un documento normativo de este tipo y permitirá a nuestro país beneficiarse de las ventajas que puede significar suscribir un documento de este tipo.

-Es indispensable que el Estado ecuatoriano firme y ratifique la Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas, ya que; ésta norma regula de manera adecuada los principales aspectos, que se dan en la contratación electrónica. La Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas constituye un instrumento normativo uniforme que brinda seguridad a las partes a más que resuelve asuntos sobrevinientes sobre los cuales puede haber discrepancia.

- Si bien la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas no entra todavía en vigencia, dado que aún no se deposita el tercer instrumento de ratificación, para que sea factible su aplicación. Es un instrumento técnico jurídico al que las partes pueden someter su relación contractual o en el que; se pueden basar para definir las obligaciones de las partes.



Por ello la Convención Sobre Comunicaciones Electrónicas puede ser un texto que sirva para reglar las actuaciones de las partes o como consulta de los principales aspectos de las comunicaciones electrónicas.

- Se debe propender el desarrollo de la seguridad informática, no solo a nivel nacional, sino mundial. Esto con el objetivo de crear medios de seguridad, que permitan la reserva de datos personales, que conllevará a la masificación de la utilización de los medios electrónicos de pago.



BIBLIOGRAFÍA.

1. HALPERIN. Isaac. "Curso de Derecho Comercial". ED. Desalma, Buenos Aires-Argentina. 1981.
2. GARRIGUES, Joaquín "Curso de Derecho Mercantil". Tomo I. ED. Temis, Bogota-Colombia. 1987,
3. GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. "La Compraventa Internacional" Editorial "Bosch Casa Editorial". Barcelona-España. 1994.
4. GÓMEZ ESTRADA, César "De los principales contratos civiles" Sin ED Bogotá-Colombia, Segunda Edición 1987.
5. VALENCIA RESTREPO, Hernán "Teoría General de la Compraventa" ED Temis Bogotá-Colombia, 1983.
6. DAVIS, Arturo. "La Compraventa Comercial". ED. Editorial Samver. Buenos Aires-Argentina. 1969. Primera Edición.
7. VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Comercio Exterior y Crédito Documentario" ED Astrea. Buenos Aires-Argentina, 1993 Primera Edición.
8. GARRO, Miguel Alejandro y ZUPPI, Luis Alberto "Compraventa internacional de mercaderías" ED. Ediciones La Rocca, Buenos Aires-Argentina .1990.



9. MARZORATI, Osvaldo. J. "Derecho de los negocios internacionales" ED. Astrea. Buenos Aires-Argentina .1993.
10. ALCOVER GARAU, Guillermo "La Transmisión del riesgo en la compraventa mercantil.". ED Civitas. Madrid-España, 1991. Primera Edición.
11. SARRA, Andrea Viviana "Comercio Electrónico y Derecho". ED. Astrea Buenos Aires-Argentina, 2001. Primera Edición.
12. ESPINOZA CÉSPEDES, José Francisco "Contratación Electrónica, Medidas de Seguridad y Derecho Informático. ED. RAO S.R.L. Lima-Perú 2000. Primera Edición.
13. FUNDACIÓN CULTURA UNIVERSITARIA. "Derecho Informático/ Doctrina/ Jornadas Académicas/ Derecho Positivo/ Opiniones Consultivas/ Informaciones/ Jurisprudencia". Sin ED. Montevideo-Uruguay 2002. Tomo II.
14. FUNDACIÓN CULTURA UNIVERSITARIA. "Derecho Informático/ Doctrina/ Jornadas Académicas/ Derecho Positivo/ Opiniones Consultivas/ Informaciones/ Jurisprudencia". Sin ED. Montevideo-Uruguay 2002. Tomo III.
15. FUNDACIÓN CULTURA UNIVERSITARIA. "Derecho Informático/ Doctrina/ Jornadas Académicas/ Derecho Positivo/ Opiniones Consultivas/ Informaciones/ Jurisprudencia". Sin ED. Montevideo-Uruguay 2002. Tomo IV.



16. DE QUINTO ZUMÁRRAGA, Francisco “Protección de Datos Personales/ Marco Jurídico y Aplicaciones Informáticas Para Consultores de Empresa”. Sin ED. Barcelona-España 2000. Primera Edición.
17. GATES BILL “Camino al Futuro” Mc Graw-Hill. Madrid-España 1995.
18. FROSSINI VITTORIO “Hacia un Derecho a la Información” II Congreso de Informática y Derecho. Volumen II. Universidad de Educación a distancia. Merida-España. 1996.
19. DELPIAZZO CARLOS. “Adecuación del Derecho a la Necesidad de Firma Electrónica en Derecho e Informática” Editorial Depalma, vol 7. Buenos Aires-Argentina 2001.
20. PEREZ LUÑO Antonio Enrique “Internet y el Derecho” Editorial Iberoamericana de Informática y Derecho. Merida-Venezuela 1998.
21. “Manual de Derecho Informático” Editorial Aranzadi. Pamplona-España 1997.
22. CAFFERA GERARDO. “Autonomía Privada en Internet y el Proceso de Formación del Contrato Electrónico” Derecho Informático; Doctrina, Jornadas Académicas, Documentos, Derecho Positivo, Opiniones Consultivas, Informaciones, Jurisprudencia. Tomo III. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo-Uruguay 2002.
23. MATA Y MARTIN RICARDO “Los Medios Electrónicos de Pagos: Problemas Jurídicos”. Editorial Comares. Granada-España, 2007. Primera Edición.



24. SANCHIS CRESPO. "La Prueba por Soportes Informáticos" Tirant lo Blanch, Valencia-España. 1999.

Fuentes Legales:

1. "Convención de la UNCITRAL, Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en el Contexto de los Contratos Internacionales 2005."
2. "Convención de Viena de 1980."
3. "Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico 1996."
4. "Proyecto de Ley Sobre Medidas de Seguridad Aplicables a la Contratación en el Perú 2000."
5. "Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal- España 1999."
6. "Proyecto de Ley de Datos Personales-Ecuador 2007."
7. "Directiva Europea 95/46 CE General Sobre Protección de Datos."
8. "Directiva Europea 2002/58 CE General Sobre Protección de Datos y Comunicaciones Electrónicas".
9. Directiva Europea 2000/31 Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 17.72000 p. 178/5
10. "Código Civil Ecuatoriano 2005."



11. "Código de Comercio Ecuatoriano 1960."
12. "Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana 2002."
13. "Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana 1997."
14. "Ley de Comercio Electrónico Colombiana 1999."
15. "Ley Sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica-Venezuela 2001."

Cibergrafía:

1. Solorio Pérez, Oscar Javier. "Comercio Electrónico y Marcas: ¿Desafío o Evolución?" Texano. ed. Internet:
http://www.recolecta.net/buscador/single_page.jsp?id=oai:dialnet.unirioja.es:ART0000117402 (25/ 10/ 2008)
2. S.A. "Sociedad de la Información": Texinfo. ed. [Google Ecuador.] Internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Sociedad_de_la_informaci%C3%B3n (25/ 02/ 2010)
3. Delarbre Trejo, Raúl. "La Sociedad de la Información; Vivir en la Sociedad de la Información Orden global y dimensiones locales en el universo digital" Diciembre 2001. Internet: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm> (25/ 02/ 2010)
4. S.A. "Micropagos Electrónicos: La Solución para Pequeñas Compras en Internet" Revista Chilena de Derecho Informático. Mayo 2004. Internet:



http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/0,1492,SCID%253D15832%2526ISID%253D567,00.html (25/ 02/ 2010)

5. S.A. “Agenda Nacional de Conectividad” Comisión Nacional de Conectividad 2001. Internet :
http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=38&Itemid=158 (25/ 02/ 2010)
6. S.A. “Análisis **de la Legislación Internacional** Sobre la Firma Digital”:
Internet: <http://ocw.universia.net/es/tags/489/analisis-de-la-legislacion-internacional-sobre-la-firma-digital/> (25/ 02/ 2010)
7. Dávila Vizcarra, Yrina. “Los Contratos Electrónicos en el Derecho Comparado” Monografías.com. Internet:
<http://www.monografias.com/trabajos13/contelec/contelec.shtml> (25/ 02/ 2010)
8. Iriarte Ahon, Erick. “Regulación Para Mundos Digitales: El Mundo Comunitario” Alfa redi. Marzo del 2004. Internet:
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1227> (25/ 02/ 2010)
9. Herrera Bavo, Rodolfo. “Algunas Consideraciones Jurídicas Sobre la Contratación y las Tecnologías de Información; Conferencia Sobre Contratación Informática Santiago - Chile” Junio 2000. Internet:
<http://rodolfoherrera.galeon.com/contratos.pdf> (25/ 02/ 2010)
10. Barzallo, José Luis. “El Comercio Electrónico en el Ecuador, Desafío frente al Nuevo Siglo”. Alfa redi. Febrero del 2000. Internet:
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=420> (25/ 02/ 2010)



11. Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima Segunda. Edición. Marzo del 2009. Internet:
<Http://Buscon.Rae.Es/Draei/> (25/ 02/ 2010)
12. Rincón del Vago “Historia de la Comunicación”. Marzo Del 2009. Internet:
<http://html.rincondelvago.com/origen-elementos-y-tipos-de-comunicacion.html> (25/ 02/ 2010)
13. “Historia de las Telecomunicaciones”. Marzo del 2009. Internet:
<http://www.uv.es/~hertz/hertz/Docencia/teoria/Historia.pdf> (25/ 02/ 2010)
14. “Wikipedia” “Historia del Internet”. Marzo del 2009. Internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_Internet (25/ 02/ 2010)
15. Wikipedia” “ICANN”. Marzo del 2009. Internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_Internet (25/ 02/ 2010)
16. Wikipedia” “Interactividad”. Abril del 2009. Internet:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Interactividad> (25/ 02/ 2010)
17. “Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa (CNICE-MEC)”
“**Publicidad, Educación y Nuevas Tecnologías**”. Abril del 2009. Internet:
<http://ares.cnice.mec.es/informes/12/contenido/pagina%2086.htm> (25/ 02/ 2010)
18. “Meritxell, Estebanell” “Interactividad e Interacción” “Revista Interuniversitaria de Tecnología Educativa”. Oviedo –España. 2000. Abril del 2009. Internet:
<http://web.udg.edu/pedagogia/images/gretice/INTERACT.pdf> (25/ 02/ 2010)



19. Wikipedia” “Globalización”. En línea, Formato HTML. Abril del 2009.
Internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Concepto_de_globalizacion (25/ 02/ 2010)
20. Castro Bonilla, Alejandra. “Regulación de Internet: Un Reto Jurídico”. Mayo del 2009. Internet:
<http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/regulacion.pdf> (25/ 02/ 2010)
21. “Gómez Cruz, Edgar” “Espacio, Ciberespacio e Hiperespacio: Nuevas Configuraciones para Leer la Comunicación Mediada por Computadora” “Anuario de Investigación del CONEICC”. Junio del 2009. Internet:
<http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=19> (25/ 02/ 2010)
22. “Comercio Electrónico y Marcas: ¿Desafío o Evolución?” Junio del 2009.
Internet: <http://web.udg.edu/pedagogia/images/gretice/INTERACT.pdf> (25/ 02/ 2010)
23. Zepeda Gabriel, “Los Contratos Electrónicos Celebrados por Internet y su Consagración en la Ley de Protección al Consumidor”. Universidad Arturo Prat Iquique –Chile. 2006. Agosto del 2009. Internet:
<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=contratos+electr%C3%B3nicos+m%C3%A1s+novedosos&btn> (25/ 02/ 2010)



24. Gutiérrez, María Clara “Desarrollos en Regulación en Comercio Electrónico en los Países de la Región Andina.” “Revista de Derecho Informático Alfaredi”. Octubre del 2009. Internet:
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10731> (25/ 02/ 2010)
25. Reyes Krafft, Alfredo Alejandro “La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación.” “Universidad Panamericana”. Noviembre del 2009. Internet:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/bameric/01159852653479324108813/008469.pdf> (25/ 02/ 2010)
26. Newman Rodríguez, Silvana” “Aproximación a la Formación del Contrato Electrónico en la Legislación Española.”. Barcelona –España. 2002. Diciembre del 2009 Internet:
http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm (25/ 02/2010)
27. “Méndez, Luciano,” “Nuevos Escenarios y Lenguajes Convergentes”. Rosario –Argentina. 2008. Diciembre del 2009. Internet:
<http://www.redcomunicacion.org/memorias/pdf/2008Memendez%20ok.pdf> (25/ 02/ 2010)
28. “Maltese Mariano” “El Pago Electrónico en la Argentina: Diversos Medios de Pago relacionados con el E-commerce”. Argentina. 2001. Enero del 2010. Internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1009> (25/ 02/ 2010)
29. “Molejón Ulloa, Rusela” “Los Medios de Pago Electrónicos. Limitaciones en su Uso.” Argentina. 2006. Enero del 2010. Internet:
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=8092> (25/ 02/ 2010)



30. "Carrillo Rico, Mariliana" Validez y Regulación Legal del Documento y la Contratación Electrónica" España. 2000. Febrero del 2010. Internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=422> (25/ 02/ 2010)
31. "Viloria Mónica" "Los Mensajes de Datos y la Prueba de los Negocios, Actos y Hechos con Relevancia Jurídica Soportados en Formatos Electrónicos." Argentina. 2001 Febrero del 2010. Internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=733>