

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**Régimen jurídico de la compraventa de bienes muebles corporales por
medios electrónicos en el Ecuador y su incumplimiento**

Daniela Alexandra López Ponce

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Mayo de 2007

**Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia**

HOJA DE APROBACION DE TESIS

**Régimen jurídico de la compraventa de bienes muebles corporales por
medios electrónicos en el Ecuador y su incumplimiento**

Daniela Alexandra López Ponce

David Sperber
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

.....

© **Derechos de Autor**
Daniela López Ponce
2007

Dedico este trabajo a quienes han estado conmigo a lo largo de todo este camino, desde el momento en que decidí seguir esta carrera hasta culminarla con la publicación de este trabajo, y seguramente mucho después de esto. Me refiero a mi familia, a mi mamá, Alexandra, a mi papá, Hernán y a mi hermana Pamela.

Agradezco por el apoyo, la paciencia, la dedicación y la generosidad a David Sperber, mi Director de tesis, y a Fabián Andrade. Además quiero agradecer a todos mis profesores quienes me han enseñado durante estos años y me han ayudado en general y específicamente para realizar este trabajo, como Alejandro Ponce, Luis Parraguéz y Vladimir Villalba.

Resumen

La era de Internet ha revolucionado la forma en la que vivimos. Es así que, incluso, ahora lo utilizamos para adquirir bienes que antes lo efectuábamos en persona por necesidad, como es por ejemplo, la compra de electrodomésticos, libros, CDs, ropa, etc. No hay duda de que son muchos los beneficios y ventajas de comprar por Internet; sin embargo, al mismo tiempo, el consumidor se debe enfrentar a algunos obstáculos y dificultades. Los más importantes y que presentamos son el problema de determinar la ley competente y la jurisdicción competente al celebrar una compraventa por medios electrónicos que traspasa las fronteras de los Estados. De igual manera, si bien la teoría general de los contratos sigue siendo aplicable y los requisitos de validez son los mismos para la compraventa electrónica, el Derecho debe adaptar su teoría respecto a las peculiaridades que surgen por la utilización del medio electrónico, como la utilización de la firma electrónica para asegurar la identidad de los contratantes. Otra dificultad es la utilización de contratos de adhesión en las compras, los cuales pueden contener cláusulas abusivas; para las cuales, los consumidores pueden carecer de las herramientas de protección adecuadas. Finalmente, ante la posibilidad de que surjan conflictos de la compraventa electrónica, como el incumplimiento de la entrega del bien o el pago del precio, el camino que podría resultar más eficiente es el servicio de mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea, incluyendo el arbitraje en línea.

Abstract

The world has experienced a revolution thanks to the Internet's era. Today, we even use it to purchase things that we used to do it in person out of necessity, such as books, electronic devices, CDs, etc. There is no doubt that there are many benefits and advantages from shopping in the Internet, but at the same time, there are many obstacles and difficulties that consumers have to deal with. For instance, there is the problem of determining the applicable law and the competent jurisdiction when the purchase is made through an electronic mean that trespasses state's boundaries. In addition, even though the contract's general theory and the validity requirements are the same for a sales contract celebrated through the Internet, the law must adapt to the peculiarities that appear because of the use of such electronic mean, for example the use of the electronic signature to ensure the identity of the contract parties. Another difficulty is the use of adhesion contracts, which may contain arbitrary clauses, against which the consumers may not have the proper protection tools. Finally, upon the possibility that conflicts may arise from an electronic sales contract, like the breach of contract by not delivering the purchased item or not paying the sales price, the most effective way to solve the conflict is through the use of the online dispute resolution services, including online arbitration.

Tabla de Contenido

Introducción	1
Capítulo I. Términos y Ámbito de Estudio	
1.1. Internet como un espacio nuevo para el comercio pero sin ubicación ni ley	19
1.1.1. ¿Se necesita regular a Internet?	21
1.2. El comercio electrónico: un nuevo ámbito para realizar transacciones cotidianas	27
1.3. La contratación electrónica como una nueva forma para contratar	30
1.4. El contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos	35
Capítulo II. Reglas generales a la ley aplicable respecto a contratos de compraventa celebrados por medio electrónicos	
2.1. El problema de la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente en una compraventa transfronteriza celebrada por medios electrónicos	38
2.2. Convenios y tratados internacionales útiles para ser aplicados al caso en cuestión	41
2.2.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	41
2.2.2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico	47
2.2.3. El Código Sánchez de Bustamante	54
2.3. Calificación de la oferta realizada por medios electrónicos (página <i>web</i> o correo electrónico) de acuerdo a la <i>lex fori</i>	59
Capítulo III. Requisitos de validez del contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos en el régimen ecuatoriano como ley aplicable	
3.1. El consentimiento	66
3.1.1. La oferta y la aceptación	67
3.1.2. Momento y lugar del perfeccionamiento del contrato	70
3.1.3. Contratos entre presentes y ausentes	71
3.1.4. El problema de la imputabilidad y certeza de la declaración precontractual	73
3.1.5. Vicios del consentimiento	75
3.2. La capacidad	77
3.3. El objeto y causa lícita	78

3.4. La firma electrónica como medio para solucionar los problemas respecto a la identidad y capacidad de las partes contratantes de la compraventa electrónica	79
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo IV. Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y herramientas para la defensa del consumidor como criterios para definir la ley aplicable a los contratos de compraventa por medios electrónicos

4.1. El nuevo ámbito de los contratos de adhesión – el mercado virtual entre consumidores y empresarios	89
4.2. Los riesgos para los consumidores respecto a la utilización masiva de contratos de adhesión a través de Internet: las cláusulas abusivas	93
4.3. Herramientas para la protección y defensa del consumidor ante los contratos de adhesión	96
4.3.1. El derecho de información	96
4.3.2. El derecho de resolución	100
4.4. Recomendaciones para los consumidores que celebran compraventas por medio de Internet	102

Capítulo V. Efectos del incumplimiento del contrato de compraventa por medios electrónicos en el régimen ecuatoriano

5.1. Obligaciones del vendedor	105
5.2. Obligaciones del comprador	110
5.3. Efectos del incumplimiento de las obligaciones por parte del comprador	113
5.4. Efectos del incumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor	116

Capítulo VI. Esquema de solución ante el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos en el Ecuador – Acción procesal e incidencia práctica

6.1. La realidad del acceso a Internet en el Ecuador	119
6.2. Las acciones procesales ante el incumplimiento del vendedor	121
6.3. Mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea como una efectiva alternativa para los conflictos respecto a compras en línea	125
Conclusiones y Recomendaciones	132
Bibliografía	137
Referencia de Jurisprudencia y Legislación Extranjera	142
Anexos	143

Abreviaturas Utilizadas

B2B	<i>Business to Business</i>
B2C	<i>Business to Consumers</i>
C2C	<i>Consumers to Consumers</i>
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CPC	Código de Procedimiento Civil
CONATEL	Consejo Nacional de Telecomunicaciones
CORPECE	Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico
CSB	Código Sánchez de Bustamante
DIP	Derecho Internacional Privado
G2B	<i>Government to Business</i>
G2C	<i>Government to Consumers</i>
IANA	<i>Internet Assigned Names Authority</i>
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
ISP	<i>Internet Service Provider</i>
LCE	Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos
LMCE	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

LODC	Ley Orgánica de Defensa al Consumidor
MASC	Mecanismos alternativos de solución de conflictos
RLCE	Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico
RECI	Reglamento para la acreditación, registro y regulación de entidades habilitadas para prestar servicios de certificación de información y servicios relacionados
SSL	<i>Secure Sockets Layer</i>
SET	<i>Secure Electronic Transactions</i>

INTRODUCCIÓN

Con la aparición de Internet, la red de redes, mucho se ha comentado que la misma ha marcado un hito en la historia de la humanidad¹. Y eso se debe a que, muchos aspectos de la vida cotidiana han cambiado significativamente. Es así que, ahora, las personas pueden comunicarse en cuestión de segundos con otras localizadas en cualquier parte del mundo; la información es más amplia, accesible y diversa; y sobre todo, se puede decir que ha surgido una nueva manera de realizar transacciones comerciales. Justamente, esto último, ha llegado a ser conocido como comercio electrónico. Dentro de este marco, de acuerdo a un informe realizado por el grupo TNS Gallup Argentina², el 33% de los usuarios de Internet alrededor del mundo en el 2001, que corresponde a los EE.UU. y el

¹ Cfr. SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, “El comercio electrónico en el Derecho Peruano”, *Revista de Derecho Informático Alfa-redi*, No. 041, Diciembre 2001, <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=1015>, [21 de enero de 2007].

² TNS Gallup Argentina es parte del Grupo TNS, 2do. grupo mundial en el campo de la producción, análisis e interpretación de información para la toma de decisiones y el diseño de estrategias de negocios y comunicacionales exitosas. Vid. TNS GALLUP ARGENTINA, <http://www.tns-gallup.com.ar/enelmundo.html>.

15% en promedio entre países, utilizaron el medio electrónico para realizar compras en línea³ de entre otras actividades del comercio electrónico. Lo que da a entender que la

³ Cfr. TNS GALLUP ARGENTINA, “Informe Mundial Uso de Internet/eCommerce”, <http://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/emarketing/Presentacion%20Informe%20Uso%20de%20Internet%20E-commerce%20Mundo%20y%20Argentina.pdf>, [10 de abril de 2007], p. 10.

compraventa de bienes es una actividad que se lleva a cabo con frecuencia por los usuarios de Internet. Ya que Internet nos abre la puerta a nuevos mercados, los consumidores han podido acceder a productos que antes no estaban a su alcance en el mercado ordinario. Sin duda alguna, esto significa un gran avance para que los consumidores puedan satisfacer sus necesidades y deseos, y ventajas para los empresarios - vendedores. En otras palabras, gracias a este nuevo espacio o “mercado”, se ha dado paso a una nueva forma de contratación, la contratación electrónica.

En efecto, son muchos los beneficios que nos ha aportado Internet. Por ejemplo, la eliminación de distancias y diferencias horarias, el funcionamiento 24 horas de páginas *web*, la interactividad, la combinación de servicios, la reducción de costos de búsqueda, las respuestas rápidas, etc.⁴. No obstante, junto a los beneficios se han presentado varias desventajas y desafíos como la falta de seguridad, la insuficiente confianza y la autenticación en el medio, la falta de certeza respecto al producto, su precio y la forma de pago, y la carencia de un marco legal regulatorio. En cuanto a la compraventa de bienes realizada por medios electrónicos, los beneficios son claros: mayor variedad para elegir, mejor comparación de precios y por ende un posible mejor precio, mayor acceso a mayor información, etc. Pero de igual manera, las desventajas son de una importancia considerable, las cuales serán tratadas, enfáticamente, a lo largo de todo este trabajo.

Vale la pena recalcar que el Ecuador también ha podido ser partícipe de esta revolución tecnológica. A pesar de que el porcentaje de acceso a Internet de la población sea bajo, es decir 10,13% lo que significa que solo uno de cada 10 ecuatorianos tiene acceso a Internet⁵, no por ello ha dejado de experimentar las ventajas y desventajas de Internet, el comercio electrónico y la contratación electrónica. Siendo que en un futuro cercano, es de esperarse que los ecuatorianos puedan tener la misma accesibilidad a Internet que los nacionales de los 10 países con la mayor tasa de penetración de usuarios

⁴ Cfr. GONZÁLEZ SERRANO, LYDIA Y PILAR LAGUNA SÁNCHEZ, “Comercio electrónico y empresa: panorama actual y perspectivas futuras”, en *Comercio electrónico: Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. Julio César Faira, B de F, Montevideo, 2003, p. 83.

⁵ Cfr. CONATEL, *Libro Blanco Sociedad de la Información*, http://www.conatel.gov.ec/website/conectividad/sociedad/libro_blanco/libro_blanco_sociedad_informacion.pdf, [10 de abril de 2007], p. 75.

de Internet⁶, es importante buscar soluciones para los actuales problemas por los que están atravesando estos últimos respecto a la compraventa de bienes por medios electrónicos.

En primer lugar, es necesario delimitar el ámbito de la presente disertación. Si bien, me referiré a la compraventa por medios electrónicos, sólo me concentraré respecto a bienes corporales, es decir aquellos que “tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”⁷. No lo hago respecto a los bienes incorporeales, así como marcas registradas o música, porque ello involucraría un análisis profundo de las mismas respecto a los derechos de propiedad intelectual. Adicionalmente, me referiré exclusivamente a los bienes muebles, entendiendo a los mismos como aquellos que “pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”⁸. Excluyo a los bienes inmuebles por cuanto su régimen involucra el requerimiento de solemnidades esenciales como la escritura pública, de acuerdo al art. 1740 inciso segundo del CC, y la necesidad de un “cybernotario”, temas que sobrepasan la intención de este trabajo. Como última delimitación, dentro de los temas del ámbito mercantil que se tomarán en cuenta en este trabajo y para todos sus efectos, se debe tener presente la definición de actos de comercio, de acuerdo al art. 3 del Código de Comercio⁹.

⁶ “En primer lugar está Islandia con el 64.9%, en el segundo lugar, Suecia con el 57.3%, en el tercer lugar está Estados Unidos con el 55.2%, en el cuarto lugar está, República de Corea con el 55.2%, en el quinto lugar está Japón con el 44.9%, en el sexto lugar está Canadá con el 51.3%, en el séptimo lugar está Dinamarca con el 51.3%, en el octavo lugar está Finlandia con el 50.8%, en el noveno lugar están los Países Bajos con el 50.6% y en el décimo lugar está Singapur con el 50.4%”. UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, *Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones*, http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/wtdr_03/material/WTDR03Sum_s.pdf, [11 de abril de 2007], p. 12.

⁷ Artículo 583 Código Civil. Codificación No. 10 Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

⁸ Art. 585 CC.

⁹ Art. 3.- “(ACTOS DE COMERCIO).- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

- 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias;
- 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil;
- 3.- La comisión o mandato comercial;

Tomando en cuenta lo expuesto, el objetivo de este trabajo es analizar el régimen de la compraventa, señalado en el Libro IV Título XXII CC, por medios electrónicos de bienes corporales muebles en el Ecuador, así como su incumplimiento. Esto último, es de importante relevancia, por cuanto en el campo práctico, poco se sabe de cómo un ecuatoriano puede hacer valer sus derechos frente al incumplimiento de un contrato de compraventa que lo ha celebrado por medios electrónicos.

Para poder analizar el problema en cuestión, primero, revisé trabajos básicos sobre comercio electrónico y contratación electrónica. Asimismo, revisé en nuestro ordenamiento jurídico las leyes pertinentes al tema como la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos¹⁰ (LCE), el Código Civil (CC), el Código de Comercio (CCo), entre otras. Al percatarme que el problema se agudizaba cuando un ecuatoriano realiza una compra transfronteriza, me di cuenta que para resolver el problema de la ley aplicable y la jurisdicción competente era necesario acudir a los principios e instituciones del Derecho Internacional Privado, así como a los convenios sobre el tema, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹¹ (CNUCCIM), el Código Sánchez de Bustamante¹² (CSB) y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico (LMCE). No es una sorpresa que ni nuestra legislación ni

4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico;

6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo;

7.- El seguro;

8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza.

9.- Las operaciones de banco;

10.- Las operaciones de correduría;

11.- Las operaciones de bolsa;

12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas;

13.- Las asociaciones de armadores;

14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas;

15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y,

16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento”.

Codificación No. 28. Registro Oficial Suplemento No. 1202 del 20 de agosto de 1960.

¹⁰ Ley No. 67. Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril del 2002.

¹¹ Decreto Ejecutivo No. 2906-A. Registro Oficial 837 del 20 de diciembre de 1991.

¹² Codificación 1220, Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre del 2005.

doctrina se hayan referido al tema, por lo que fue necesario recurrir tanto a doctrina extranjera en especial la española, y a la legislación extranjera, como la de la Unión Europea. Finalmente, durante la investigación preliminar, surgió como tema importante analizar lo concerniente a la debida protección al consumidor. Se puede decir que, para cumplir con las expectativas de la característica rapidez de la celebración de contratos de compraventa por medios electrónicos, se ha empezado a utilizar en la mayoría de compras por Internet a los contratos de adhesión¹³. De acuerdo al art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor¹⁴ (LODC), el contrato de adhesión es el estipulado unilateralmente por el vendedor y donde el consumidor no puede discutir su contenido sino que solo limitarse a aceptar los términos estipulados. Frente a esta situación, se debe analizar la legislación que la regula, las falencias de dicha regulación y compararla con otras legislaciones para asegurar una protección efectiva al consumidor.

En consecuencia, la estructura del presente trabajo cuenta con un Capítulo I que se refiere a los términos y ámbito de estudio, el cual trata de precisar términos novedosos como Internet, el comercio electrónico, el contrato electrónico y la compraventa electrónica. En el Capítulo II se examinará el problema de las reglas generales sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa celebrados por medios electrónicos. Éste último es uno de los mayores inconvenientes con los que los usuarios de Internet se encuentran a la hora de celebrar una compraventa. Frente a este problema se pueden encontrar guías para definir la ley aplicable y a la jurisdicción competente en algunos convenios, que si bien no han sido celebrados teniendo en cuenta el ámbito electrónico, pueden ser interpretados o utilizados por analogía para resolver el problema. Adicionalmente, dentro de este capítulo, se señalará la necesidad de hacer una calificación, en términos de Derecho Internacional Privado, de la oferta por medios electrónicos, ya sea por medio de una página *web* o correo electrónico, para poder determinar la ley aplicable. En el Capítulo III, se señalarán los requisitos de validez del contrato de compraventa por medios electrónicos

¹³ Cfr. BURGOS PUYO, ANDREA, “Los contratos con el consumidor en Internet”, en *El contrato por medios electrónicos*, Ed. Departamento de Derecho de los Negocios: Línea de Investigación sobre Contratación Medios Electrónicos, 1era Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 300.

¹⁴ Codificación No. 2000 – 21. Registro Oficial No. 116 Suplemento del 10 de julio de 2000.

en el caso en el que el régimen ecuatoriano sea la ley aplicable. El contenido de este capítulo revelará las peculiaridades que surgen de la aplicación de la teoría general de los contratos a los contratos electrónicos. Es así, que si bien los requisitos de validez de un contrato electrónico no difieren con los de un contrato tradicional (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita¹⁵); si aparecen ciertos aspectos que pueden complicar el régimen ordinario. Entre los temas considerados están los que se relacionan con la oferta y la aceptación, la dificultad de identificar a las partes y la necesidad de la firma electrónica para enfrentar estos problemas. Dentro del Capítulo IV, se investigará el tema de los contratos de adhesión, cláusulas abusivas y las herramientas para la defensa del consumidor como criterios para definir la ley aplicable a los contratos de compraventa por medios electrónicos. En este capítulo se mencionará cómo Internet ha creado un nuevo mercado entre empresarios y consumidores, en donde predominan los contratos de adhesión, las posibles cláusulas abusivas y los mecanismos para hacer frente a éstas últimas. Si bien el Ecuador cuenta con una legislación respecto a la protección de los consumidores, ésta puede ser fortalecida mediante los lineamientos contenidos en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia¹⁶ (Directiva 97/7/CE). Sin embargo, se debe concluir que a la falta de seguridad y legislación eficiente, los consumidores deben tomar precauciones a la hora de comprar por medios electrónicos. En el Capítulo V, se estudiará la controversia con relación a los efectos del incumplimiento del contrato de compraventa por medios electrónicos en el régimen ecuatoriano. En este capítulo se hará un recuento de las obligaciones del vendedor y del comprador, que en esencia siguen siendo las mismas obligaciones que

¹⁵ Art. 1461 CC.- “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz;

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

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

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

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”, en

nacen de un contrato de compraventa ordinario. Pero, además, se indicarán las opciones que tanto vendedor como comprador poseen una vez que su contraparte ha caído en incumplimiento del contrato, a decir la resolución del contrato, su cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios. Finalmente, el Capítulo VI se preocupará de exponer el problema práctico y de fondo de este trabajo, el cual es la solución ante el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos en el Ecuador, la acción procesal e incidencia práctica. El propósito de este capítulo es, primeramente, advertir la realidad del Ecuador respecto al acceso a Internet y como ésta dificulta la procedencia y éxito de cualquier acción procesal tomada frente al incumplimiento del contrato de compraventa de bienes muebles celebrado por medios electrónicos. En segundo lugar, busca demostrar que la acción procesal tomada ante la Defensoría del Pueblo, entidad competente para ciertos casos, es poco eficaz para resolver conflictos comunes, que hoy en día y en su mayoría son de cuantías bajas porque se da la circunstancia que respecto a los mismos no se “justifica que se dispongan recursos que signifiquen gravosas actuaciones judiciales o el sometimiento a los arbitrajes internacionales tradicionales”¹⁷. Así mismo, es posible que una vez agotado el procedimiento anterior y en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, la Defensoría del Pueblo puede emitir un informe para que sea apreciado por el juez de contravenciones; quien podrá dar inicio a un proceso investigativo, del cual se desprenda la exigencia de que se de cumplimiento a la obligación pendiente. Además que, de acuerdo al mencionado informe de TNS Gallup Argentina, los artículos más populares en el Internet son libros (26%) y CDs o discos compactos (17%), cuyos precios son baratos comparados con otros artículos vendidos en el mercado ordinario¹⁸. Y en tercer lugar, se aspira a indicar como elección más eficaz, para resolver los problemas que puedan surgir de compras en línea, la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea.

Eur-Lex, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:ES:HTML>, [11 de abril de 2007].

¹⁷ SARRA, ANDREA VIVIANA, *Comercio electrónico y derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 310.

¹⁸ Cfr. TNS GALLUP ARGENTINA, “Informe Mundial Uso de Internet/eCommerce...” op. cit., p. 11.

La era de Internet ha revolucionado la forma en la que vivimos el mundo. Y sin duda alguna, que una vez que la realidad ha cambiado, el Derecho debe cambiar para adaptarse a ella. Pero esto no significa que un nuevo Derecho debe nacer, simplemente se deben adaptar las instituciones, conceptos, principios y antiguas teorías para calzar en la nueva realidad. La teoría general de los contratos todavía sigue vigente y aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos, tanto es así que los requisitos de validez y efectos de una compraventa son los mismos para una compraventa tradicional y otra electrónica. No podemos evitar que la gente compre por Internet, las ventajas y beneficios son claros. Por lo tanto, lo que se puede hacer es tratar de que este nuevo ámbito adquiera la seguridad, la confianza y la regulación con la que cuenta el mundo real. En conclusión, la única diferencia entre compraventa electrónica y compraventa tradicional radica en la incidencia práctica de la primera: la falta de relación real o directa entre comprador y vendedor por lo que hay un contrato de adhesión ya mencionado; y segundo, al existir un incumplimiento, los medios para resolver el contrato, indemnizar los daños y perjuicios o forzar su cumplimiento son menos claros y menos efectivos; por lo que se necesita encontrar una manera efectiva para que la celebración y efectos de una compraventa electrónica sean idénticos a los de una compraventa tradicional.

CAPÍTULO I

TÉRMINOS Y ÁMBITO DE ESTUDIO

1.1. Internet como un espacio nuevo para el comercio pero sin ubicación ni ley

Internet ha creado un nuevo espacio: el espacio virtual. El mismo se caracteriza por:

- a) “la combinación en un solo entorno de sonidos, palabras e imágenes indistintamente
- b) la integración de las tecnologías, que a diferencia de los anteriores avances (el automóvil se sustituye por la carreta, el fax por el télex), se unen con el fin de dar un producto complejo y variado
- c) el hombre deja de ser un actor pasivo y se convierte en un partícipe constante, que recibe y ofrece información, crea e interviene en la información que se le ofrece, de forma que permite generar un canal en el que confluyan todas las opiniones y visiones
- d) el mundo se vuelve instantáneo y se anulan las diferencias horarias
- e) las redes de computadoras, hacen posible que las personas estén potencialmente disponibles en cualquier lugar del mundo en tiempo real, desde cualquier lugar se puede estar en el centro de todo, las distancias desaparecen, la comunicación puede operar entre personas independientemente del lugar en el cual éstas se encuentren ubicadas

- f) la información ofrece la posibilidad de adquirirla, manejarla y almacenarla en forma de mensajes de datos, lo cual flexibiliza su tratamiento y permite la transferencia instantánea de la misma
- g) (...) no existen tratados de soberanía y principios de territorialidad, el acceso se desliga de viejos parámetros de nacionalidad (...)”¹⁹.

Sin embargo, el principal problema que surge con este nuevo espacio es que el Derecho no encuentra la manera de adaptarse completamente a él para poder regular todas las actividades que en él se desarrollan, incluyendo, la compraventa de bienes muebles corporales. El motivo de esta dificultad de adaptación yace en el hecho de que el Derecho tradicional, el cual está organizado en límites nacionales, puede resultar anticuado en un mundo organizado en redes y prestadores de servicios de Internet²⁰. Y por lo tanto, se crea una “tensión entre el espacio no geográfico de Internet y las soberanías de cada Estado en pugna por imponer sus regulaciones²¹. En otras palabras, el Derecho se aplica en el territorio del Estado que lo ha creado y se entiende al territorio como “la base física y geográfica de una nación soberana o Estado”²². Pero, Internet no tiene un espacio físico en el cual asentarse, por lo que no se da el efecto territorial de las leyes, el cual es mencionado en el art. 13 CC²³. De hecho, “todo nuestro derecho tradicional ha mirado siempre hacia la geografía para funcionar pero, como vemos, ‘lugar’, ‘sitio’, en Internet parece significar muy poco”²⁴. Por lo tanto, se puede concluir que, al faltar un territorio o espacio geográfico, el Derecho tiene dificultades en regular a Internet, como a cualquier otro espacio.

¹⁹ A. BURGOS PUYO, “Los contratos con el consumidor en Internet...” op. cit., pp. 250-251.

²⁰ Cfr. BRENNNA, RAMÓN GERÓNIMO, “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley”, en *Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Internacional*, Ed. Daniel Ricardo Altmark, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 38.

²¹ Cfr. R. G. BRENNNA, “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley...” op. cit., p. 38.

²² CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VIII*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 54.

²³ Art. 13.- “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”.

²⁴ R. G. BRENNNA, “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley...” op. cit., p. 39.

1.1.1. ¿Se necesita regular a Internet?

Es indiscutible que Internet se ha constituido, no solo en la máxima expresión de unión entre las tecnologías de información y de telecomunicaciones; sino que también en una fuente de información y conocimiento compartido a escala mundial²⁵. Es precisamente por este hecho, que ha surgido la controversia respecto a los convenientes e inconvenientes de regular jurídicamente a Internet, y específicamente, a los contratos electrónicos. En primer lugar, entre los fundamentos que llevan a una regulación, se pueden mencionar los siguientes:

- a) “la potencialidad de alcance de las conductas desarrolladas a través de Internet
- b) el anonimato, ya que no se puede conocer [siempre] a ciencia cierta quien está detrás de la computadora, desde donde se envían los mensajes o quien es el responsable de la publicación de una página *web*”²⁶.

Asimismo, la tesis de la intervención estatal en Internet ha manifestado que “(...) el ciberespacio no es más que un nuevo medio de comunicación, y al igual que los demás, debe y puede ser regulado por los Estados y las diferentes jurisdicciones mundiales”²⁷. En los Estados Unidos de Norteamérica, ésta posición ha sido fielmente aplicada por un fiscal del Estado de Minnesota, al igual que otros fiscales de los Estados de Illinois y Texas, respecto algunos casos que han involucrado actividades en Internet dañinas para los residentes del mismo Estado. Su argumento para alegar que tiene jurisdicción para conocer estos casos, el cual se ve sustentado en la ley estadounidense, es que “aquellos individuos que realizan operaciones comerciales a través de Internet, ya sea mediante correos electrónicos, o la WWW, están sujetos a la jurisdicción [de dicho estado] si esa información puede ser observada por los residentes del mismo Estado. (...) [Es más, ha

²⁵ Cfr. A. BURGOS PUYO, “Los contratos con el consumidor en Internet...” op. cit., p. 251.

²⁶ HARGAIN, DANIEL, “Incidencia del comercio electrónico en el ámbito jurídico: planteo general”, en *Comercio electrónico: Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. Julio César Faira, B de F, Montevideo, 2003, p. 22.

²⁷ OBANDO PERALTA, JUAN JOSÉ, “Los Contratos Electrónicos y Digitales”, en *Revista de Derecho Informático Alfa-redi*, No. 039, Octubre 2001, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=819>, [7 de marzo de 2007].

argumentado que] las actividades en Internet, son objeto de ser controladas por cualquier Estado, pues los contactos con toda la nación que se permiten en la red, son suficientes para poseer jurisdicción sobre dichos actos”²⁸.

De igual manera, en contra de la regulación, se ha desarrollado la tesis de la no intromisión, que si bien ha sido anteriormente mencionada, establece lo siguiente, Internet es “un espacio virtual, sin fronteras geográficas, que debe ser regulado por los distintos gobiernos de la menor forma posible, ya que por su naturaleza intrínseca no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado tiene la potestad de arrogarse facultades de dominio ni control sobre los acontecimientos que se suscitan [en él] (...)”²⁹. Lo que se trata de explicar para sustentar esta posición es que al existir un enlace global entre computadoras, se ha destruido el vínculo entre la localización geográfica y:

- a) “El poder de los gobiernos locales para ejercer un control sobre el comportamiento en línea de los sujetos.
- b) Los efectos de las leyes en los actos realizados en Internet.
- c) La legitimación de los esfuerzos de un gobierno local para aplicar normas jurídicas, en un complejo fenómeno global.
- d) La habilidad para informar los cambios en la legislación aplicable”³⁰.

Esto nos lleva a concluir que, al no existir una conexión real entre una dirección en Internet y un espacio físico, las reglas que se aplican a las transacciones que ocurren en dicho medio, deberían ser diferentes a las que rigen situaciones análogas en el mundo material.

²⁸ Uno de los casos en los que se encuentran los argumentos mencionados es el caso del Estado de Minnesota contra *Granite Gate Resorts Inc*, el fiscal estableció un proceso en contra de la empresa *Granite Gate Resorts*, incorporada a las leyes de Las Vegas, Nevada, alegando que el sitio *web* del demandado *WagnerNet*, localizado en Belice, violentaba las leyes de apuestas de Minnesota. Aunque la empresa alegó que la Corte del Estado de Minnesota carecía de jurisdicción para resolver el caso, la Corte decidió que debido a la naturaleza de Internet, cualquier usuario podía en cualquier momento acceder al sitio *WagnerNet*, por lo que cuando algunos residentes de Minnesota, accedieron al sitio, y al estar estos usuarios en las listas de correo de la empresa demandada, entonces esta última podía considerarse que había cumplido el requisito del contacto mínimo con Minnesota por lo que podía ser juzgado. Cfr. J.J. OBANDO PERALTA, “Los Contratos Electrónicos y Digitales...” op. cit.

²⁹J.J. OBANDO PERALTA, “Los Contratos Electrónicos y Digitales...” op. cit. Vid *A Declaration of the Independence of Cyberspace* por John Perry Barlow, en <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

³⁰ *Ibidem*.

Los seguidores de esta tesis, frente a la situación, señalan que hay cuatro modelos que compiten por regular a las actividades que se llevan a cabo en Internet:

1. “Control por parte de los foros judiciales ya existentes
2. Un tratado internacional, que regule el ciberespacio
3. La creación de una Organización Internacional, que específicamente lidie con los problemas de Internet
4. Un autogobierno de los mismos usuarios de Internet.

(..) [L]os tres primeros no pueden solucionar el problema, por la dificultad que representaría su implementación efectiva, por lo que la opción a seguir es el autogobierno de los usuarios de Internet, sea esto un gobierno descentralizado de Internet”³¹. Esto quiere decir que, para resolver los problemas que nacen por la utilización de Internet, especialmente respecto a las transacciones transfronterizas, lo que se requiere es considerar al ciberespacio como un ámbito legalmente diferente al mundo material. Y con ello, determinar cuáles serían las reglas más apropiadas para éste nuevo mundo. Lo importante es dejar en claro que “la aplicación de nuevas reglas no tiene porque afectar las leyes tradicionales. (...) [N]os encontramos ante un fenómeno similar a la *Lex Mercatoria*. Los gobiernos no pueden detener el libre flujo de las comunicaciones fuera de sus fronteras, por más que lo deseen, y es por ello que no hay otra alternativa que la autorregulación”³².

Adicionalmente, para tener una idea más amplia del problema, otra perspectiva para analizar la controversia es verificar si la regulación a Internet afecta de manera positiva o negativa a la libertad de los individuos. Por una parte, quienes dicen que el efecto sería negativo, consideran que, inicialmente, la intervención del legislador es contraproducente respecto a la dinámica de la realidad tecnológica por la que atravesamos. Luego que, no es posible crear reglas realmente aplicables dada la situación del medio como es el acceso ilimitado, la posibilidad de realizarse desde cualquier parte del mundo y la dificultad de no poder localizar de donde se esta realizando. Y en suma, “es innecesario crear normas

³¹ J.J. OBANDO PERALTA, “Los Contratos Electrónicos y Digitales...” op. cit.

³² *Ibidem*.

porque, salvo la tecnología utilizada, este fenómeno no tiene nada de novedoso, pudiendo ser perfectamente encauzado a través de los institutos y soluciones jurídicas que regulan las mismas actividades cuando se desarrollan en el mundo real”³³. Como contrapartida, la corriente que considera que el resultado sería una afectación positiva, argumenta que no existe tal discrepancia entre regulación y libertad. De hecho, con la regulación se está asegurando la libertad, en vez de coartándola. Esta corriente señala que “el empleo del medio electrónico para las relaciones entre los individuos, ha generado un mundo nuevo, de naturaleza virtual, diferente al mundo físico para el cual han sido creadas todas las leyes que actualmente existen. Por lo tanto, es imprescindible crear un nuevo sistema jurídico a su respecto: el ciberderecho”³⁴.

Este análisis no estaría completo si no se mencionan los cuatro modelos de gobernanza de Internet propuestos en la Segunda Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información de 2005 dentro del Informe del Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet. El primer modelo “se basa en un consejo mundial de Internet (CMI) compuesto de miembros de los gobiernos con representación suficiente de todas las regiones y la participación de otros interesados”³⁵. El mismo que tomará a su cargo todas las funciones que implican o se relacionan con la gobernanza de Internet en el ámbito internacional. El segundo modelo señala que no hay la necesidad de crear una organización de supervisión específica; y que, más bien, lo que se debería hacer es reforzar el papel de la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), quien en la actualidad se ocupa de “asignar espacio de direcciones numéricas de protocolo de Internet (IP), identificadores de protocolo y de las funciones de gestión [o administración] del sistema de nombres de dominio de primer nivel genéricos (gTLD) y de códigos de países (ccTLD), así como de la administración del sistema de servidores raíz”³⁶. El tercer modelo toma como premisa el hecho de que no deberían existir papeles preeminentes de ningún gobierno en la

³³ D. HARGAIN, “Incidencia del comercio electrónico en el ámbito jurídico: planteo general...” op. cit., p. 24.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA GOBERNANZA DE INTERNET, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet”, en *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, <http://www.itu.int/wsis/docs2/pc3/off5-es.doc>, [22 de abril de 2007], p.13.

³⁶ ICANN, ¿Qué es ICANN?, <http://www.icann.org/tr/spanish.html>, [22 de abril de 2007].

gobernanza en el ámbito internacional de Internet; por lo que se sugiere crear un consejo internacional de Internet (CII) competente para desempeñar las funciones que correspondan, que serían las desempeñadas por ICANN y la *Internet Assigned Names Authority* (IANA)³⁷. Como último y cuarto modelo, el Informe del Grupo de Gobernanza de Internet señala que se necesitan crear tres instancias para abarcar tres esferas interrelacionadas con la gobernanza de Internet. La primera es el Consejo de Política Mundial de Internet, el cual, como su nombre lo indica, se ocuparía de las cuestiones internacionales de política pública relacionadas con Internet. La segunda es la Corporación Mundial de Internet para la Asignación de Nombres y Números (WICANN) la cual tiene como papel el supervisar y coordinar el desarrollo de Internet en los aspectos técnicos y económicos, así como lo referente al funcionamiento técnico y operacional de Internet. Y la tercer instancia se refiere a un foro mundial de gobernanza de Internet encargado de facilitar la coordinación y discusión de las cuestiones de política pública relacionadas con Internet³⁸. Desafortunadamente, se debe mencionar que la Segunda Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Túnez 2005) no concluyó respecto a ninguno de los cuatro modelos anteriormente mencionados.

Finalmente, al analizar las repercusiones de una posible y necesaria regulación de Internet, es importante tomar en cuenta un problema difícil de resolver, el cual consiste en determinar cuál es la fuente (interna o internacional), o de dónde debe provenir dicha regulación. Claro está el hecho de que Internet excede las fronteras nacionales, como anteriormente se había mencionado, y que ha transformado al mundo en una aldea global. Frente a esta situación, la tendencia es utilizar normas de fuentes internas. No obstante, quizás lo apropiado sería crear una regulación internacional, corriendo el riesgo de que no se pueda llegar a un consenso con el resto de países respecto a las normas de fuente internacional.

³⁷ Cfr. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA GOBERNANZA DE INTERNET, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet...” op. cit., p.14.

³⁸ Cfr. Cfr. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA GOBERNANZA DE INTERNET, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet...” op. cit., p.15.

A manera de conclusión para éste acápite, se debe aceptar la realidad de que, “(...) el derecho se ve en un complejo panorama que crea un fenómeno que necesita ser objeto de regulación, pero que no puede ser gobernado satisfactoriamente, por ninguna autoridad basada en conceptos territoriales”³⁹. Pero esto no quiere decir que todas las instituciones y todos los principios del Derecho sean inservibles en el espacio virtual. Tal vez, el fundamento territorial, a primera vista, no pueda encontrar cabida en un mundo sin espacio geográfico, pero es posible adaptar el Derecho al nuevo medio. Es así que, ya en la práctica, es posible encontrar tres territorios que puedan servir para regular al Internet, y específicamente a lo referente a la determinación de la ley aplicable y jurisdicción competente al contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos. El primero es el lugar donde están situadas las partes contratantes; el segundo, es el lugar en donde está situado el *Internet service provider* (ISP)⁴⁰ o como se denomina en nuestra legislación Servicio de Valor Agregado (SVA), o en otras palabras, donde está almacenada la página *web*; y el tercero, el lugar de envío o de recepción de la mercadería. Esto es posible, siempre y cuando, no existan condiciones previamente estipuladas para determinar la ley aplicable y

³⁹ J.J. OBANDO PERALTA, “Los Contratos Electrónicos y Digitales...”. op. cit.

⁴⁰ Respecto a esta posibilidad, de considerar el ISP como criterio para determinar la ley aplicable, se la puede encontrar en el caso de *Metro-Goldwyn-Mayer vs. Grokster*, en donde los actores demandan la violación de derechos de autor por el uso de un *software* que permite que los usuarios descarguen música, videos o cualquier otro tipo de archivos sin respetar a los mismos; y que es distribuido por los demandados (*Sharman Networks* y otros). En el mismo se señala que, al no existir las bases tradicionales para determinar la jurisdicción (como la presencia física, el domicilio o el consentimiento) respecto a este tipo de actividades llevadas a cabo en el Internet, el debido proceso requiere que el demandado que no es residente (en este caso, del Estado de California, que es foro que se solicita se declare competente) tenga un cierto mínimo contacto con el foro, de manera que el mantenimiento de la demanda no ofenda las nociones tradicionales de juego justo y justicia. La sentencia señala que los demandados si han mantenido un continuo flujo de contacto comercial con el foro, incluyendo la provisión del *software* y la ejecución de acuerdos de licencias con residentes californianos. Sin embargo, se señala que los demandados no están registrados para realizar negocios en California ni tienen una presencia sustancial en dicho Estado (por ejemplo, acciones, oficinas o empleados). Adicionalmente, los demandados alegan que el *software* está disponible de manera libre para todo el mundo, sin que exista una intención de dirigir el mismo a California, e incluso sin saber la identidad de las personas que descargan el programa. Sino que, más bien, el único contacto de distribución que se tiene con California, es el aquel iniciado por los propios californianos. Por último, los demandados alegan de que la Corte californiana carece de jurisdicción, por cuanto las supuestas actividades ilícitas por las que se los demandan ocurren fuera del territorio de los EEUU y la ley americana (en especial la *Copyright Act*) no puede ser aplicada de manera extraterritorial a menos que exista una autorización del Congreso. Sin embargo, la corte alega que la misma ley sobre derechos de autor les enviste de jurisdicción a las cortes americanas cuando hay demandados extranjeros cuyos actos extraterritoriales inducen, ayudan o contribuyen al cometimiento de una violación a los derechos de autor por otro dentro de EEUU. Vid. UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA, *Metro-Goldwyn-Mayer vs. Grokster*, [http://www.cacd.uscourts.gov/Cacd/RecentPubOp.nsf/0/e19d0bcc761118ad88256cb700708a1f/\\$FILE/CV01-08541SVW.pdf](http://www.cacd.uscourts.gov/Cacd/RecentPubOp.nsf/0/e19d0bcc761118ad88256cb700708a1f/$FILE/CV01-08541SVW.pdf), [22 de abril de 2007], pp. 1-46.

la jurisdicción competente, como ocurre en varias páginas *web*, incluyendo la del Banco Pichincha (<http://www2.pichincha.com/web/index.php>) .

Como se puede observar, las instituciones tradicionales siguen siendo vigentes para hechos o actos jurídicos que no han cambiado en esencia sino que solamente han cambiado en cuanto al medio que utilizan para llevarse a cabo. Lo que se requiere es incluir al Internet como un nuevo medio en donde se siguen aplicando las mismas reglas que dentro del mundo real o expandir las reglas comunes a las nuevas circunstancias que devienen del uso del Internet. En otras palabras, y refiriéndome específicamente al tema central de este trabajo, la compraventa electrónica, el panorama para ésta última será muy similar al de una compraventa ordinaria porque se debe considerar al ciberespacio como un nuevo medio más no como un nuevo ámbito, en donde se regulará a la compraventa electrónica de acuerdo a la analogía y en base a la teoría general de los contratos.

1.2. El comercio electrónico: un nuevo ámbito para realizar transacciones cotidianas

El comercio electrónico puede ser definido como “la parte del comercio que se desarrolla a través de redes (cerradas o abiertas) mediante la relación de oferta y demanda, para lo cual se utilizan herramientas electrónicas y telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempos y de costos”⁴¹. En la lengua inglesa es conocido como *electronic commerce* o *e-commerce*, e incluye la realización de transacciones comerciales de variada índole como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia de fondos, compraventa de acciones, subastas, diseños, contratación pública, comercialización directa al consumidor, servicio de post venta, etc.

El comercio electrónico puede presentarse en dos modalidades:

⁴¹ A. V. SARRA, *Comercio electrónico...* op. cit., p. 279.

1. Comercio electrónico indirecto: “solamente la oferta y la aceptación se producen de manera electrónica, mientras que los bienes o servicios se entregan por canales ordinarios”⁴². Como por ejemplo, el servicio de correo o mensajería. Y más concretamente, podemos señalar como ejemplos que entran en esta categoría a páginas *web* como las de *Ebay* (<http://www.ebay.com>) o *Amazon* (<http://www.amazon.com>)
2. Comercio electrónico directo: “se producen en línea tanto la oferta y aceptación, como la entrega de bienes o servicios intangibles y el pago de los mismos”⁴³. Por lo general, se utiliza este tipo de comercio respecto a programas informáticos o *software*, servicios de información, música, películas, etc. Como ejemplo concreto, se puede mencionar el de *Ipod + Itunes* (<http://www.apple.com/itunes/>).

Además, que se puede desarrollar en tres ámbitos diferentes:

- a. Entre empresarios, el cual es conocido como *Business to Business* (B2B)
- b. Entre empresarios y consumidores, llamado *Business to Consumers* (B2C)
- c. Entre consumidores, siendo frecuente encontrarlo en las subastas, y conocido como *Consumers to Consumers*⁴⁴ (C2C)
- d. Entre gobierno y consumidores, referido como *Government to Consumers* (G2C)
- e. Entre gobierno y empresarios, al cual se lo alude como *Government to Business* (G2B)

Entre las ventajas que el comercio electrónico aporta a las empresas están:

- Una disminución notable de costos en publicidad y marketing.
- Una competencia en igualdad de condiciones entre pequeñas y grandes empresas.
- Un acceso a nuevos mercados, diferentes a los usuales⁴⁵.

Igualmente, el comercio electrónico para los consumidores significa una mayor gama de bienes y servicios, y la información que se puede obtener de los mismos.

A pesar de las numerosas ventajas que se pueden señalar sobre el comercio electrónico, quienes utilizan este medio deben afrontar algunos serios inconvenientes. Para

⁴² DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La contratación electrónica y la defensa del consumidor”, en *El Comercio Electrónico*, Ed. Joseba A. Echebarría Sáenz, EDISOFER, S.L., Madrid, 2001, p. 34.

⁴³ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁴ Para América Latina, se pueden encontrar ejemplo de B2B, B2C y C2C, en la página *web* de *Latin American Network Information Center*, <http://lanic.utexas.edu/la/region/ecommerce/>.

los consumidores, el hecho de realizar transacciones con personas o empresas ubicadas en países distintos, genera que las circunstancias que rodean a este tipo de operaciones sean totalmente extrañas para los consumidores, quienes no están habituados a mercados internacionales; y que por tanto, desconozcan los derechos y obligaciones que tienen como tales⁴⁶. Relacionado a este problema, está la incertidumbre respecto a la ley aplicable y a la jurisdicción competente que deben ser determinados al momento de surgir un conflicto porque el usuario o consumidor al conectarse a Internet en cualquier parte del mundo, hace suponer que puede contar con varias jurisdicciones (*lex fori*, *lex rei sitare*) y leyes aplicables (*lex causae*, *ley loci actus*). Además que, las disposiciones contractuales sobre la celebración y ejecución son ineficaces en el entorno digital, siendo esto uno de los mayores obstáculos que debe enfrentar el comercio electrónico. Como resultado se genera una incertidumbre sobre el cumplimiento del contrato, incluyendo la posibilidad de exigirlo y la forma de resolver los conflictos de bajos montos que nacen al no constatarse el mismo⁴⁷.

Tomando en cuenta las ventajas y desventajas que presenta el comercio electrónico, se puede decir que “para que [éste] se desarrolle genuinamente (...), deben darse las siguientes condiciones:

- 1) La creación de redes de distribución para la entrega física de los productos requeridos digitalmente.
- 2) (...) El fortalecimiento de la confianza en este tipo de comercio por parte de los consumidores y las empresas, por ejemplo, mediante la implementación de sistemas eficientes de resolución de disputas. (...) [Considerando que], las principales preocupaciones al respecto se centran en temas tales como: (...) el cumplimiento efectivo de los contratos celebrados (entrega de la cosa, pago del precio, etc.), (...) [y] la posibilidad

⁴⁵ Cfr. HEBE SÁNCHEZ, FABIANA, “E-Commerce: La nueva realidad comercial”, *Revista de Derecho Informático Alfa-redi*, No. 032, Marzo 2001, <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=641>, [26 de enero de 2007].

⁴⁶ Cfr. A.V. SARRA, *Comercio electrónico...* op. cit., p. 304.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 316.

de una efectiva resolución de controversias en el caso de micropagos o transacciones de bajo monto”⁴⁸.

El comercio electrónico, como resultado de la aparición de Internet, ha revolucionado la manera de hacer transacciones comerciales. De hecho, el éxito del comercio electrónico radica en que el contacto físico entre las partes intervinientes no es necesario; en efecto, permite que las personas o empresas, aún sin conocerse previamente, puedan relacionarse⁴⁹. Sin embargo, esta revolución conlleva ciertos aspectos negativos, ya mencionados, que requieren de una inmediata atención para afianzar la eficacia del comercio electrónico como una novedosa forma de hacer comercio.

1.3. La contratación electrónica como una nueva forma para contratar

Un contrato electrónico puede definirse como aquel que “se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial”⁵⁰. Se puede precisar que el medio electrónico puede influir tanto en la celebración del contrato como en su cumplimiento. En el primer caso, la celebración puede ser total cuando las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad por medios electrónicos. O puede ser parcial cuando solo la elaboración o solo el envío es digital. Es decir, puede ocurrir que una de las partes contratantes elabore su declaración y la envíe por correo electrónico, y luego reciba un documento físico para firmarlo. En el segundo caso, el cumplimiento puede ser total cuando se transfiere el bien digitalizado y se paga con moneda digital⁵¹; o parcial cuando se envía un bien digital y se paga con un

⁴⁸ A.V. SARRA, *Comercio electrónico...* op. cit., p. 289.

⁴⁹ Cfr. F. HEBE SÁNCHEZ, “E-Commerce: La nueva realidad comercial...” op. cit.

⁵⁰ LORENZETTI, RICARDO L., *Comercio Electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p.173.

⁵¹ La moneda digital o electrónica “no es más que un número de serie encriptado que representa dinero, pero dinero que en todos los sentidos puede convertirse en dinero real (por ejemplo, dólares americanos) si se desea. (...) [Se puede decir que], se trata de una forma más conveniente del dinero ya existente. [Y] es necesario si queremos operar plenamente en el mercado digital”. COMMERCE NET, “¿Qué pasa con la moneda digital? ¿La necesitamos?”, <http://www.commercenet.org/faqs/ec4.htm#7>, [12 abril 2007]. Generalmente, los productos ofrecidos en el mercado digital cuentan con un soporte basado en una tarjeta o en un *software* especial. El primero, se trata de proveer al consumidor de una *smart card*, la cual es una tarjeta inteligente que contiene un chip de un sistema operativo y un *software*. Los comerciantes cuentan con terminales o dispositivos otorgados por las instituciones emisoras que sirven para realizar la operación. Para realizar una compra, el consumidor inserta su tarjeta en el dispositivo e ingresa la suma

cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se realiza un pago ordinario como transferencia de dinero, cheque o efectivo, carta de crédito, etc.

La relación entre comercio electrónico y contratación electrónica se puede explicar en la siguiente forma, “el comercio electrónico engloba el concepto de contratación electrónica pero no se limita a él. El contrato electrónico incluye exclusivamente la posibilidad de emitir mensajes de datos, destinados a una contraparte, cuyo consentimiento recíproco sobre los mismos extremos del compromiso determina la formación de un acuerdo de carácter contractual, mientras que el comercio electrónico, se extiende a todos los recursos negociales que permite la actividad económica en medios digitales, entre los que se incluyen los actos preparativos, la oferta, las comunicaciones comerciales, etc.”⁵² Es decir que, el comercio electrónico es un ámbito más amplio, el cual contiene a la contratación electrónica, que es más específico.

Una de las consecuencias inmediatas de la aparición de Internet, el comercio electrónico y la contratación electrónica, es el surgimiento de la interrogante de “si las manifestaciones de voluntad, o mejor, si las declaraciones contractuales (ofertas, aceptaciones, contraofertas), emitidas a través de estos medios electrónicos eran válidas y eficaces jurídicamente; es decir, si las declaraciones contractuales realizadas por medios electrónicos tenían el mismo valor que un contrato celebrado por los medios tradicionales como, por ejemplo, una carta o un fax”⁵³. Afortunadamente, varias legislaciones, incluyendo la ecuatoriana en el art. 45 LCE⁵⁴, se han encargado de declarar que los contratos electrónicos se asemejan a los contratos ordinarios. De manera, que todas las declaraciones contractuales, así como ofertas y aceptaciones, realizadas por medios

a pagar, la misma que es debitada de una cuenta preexistente ligada a la tarjeta y que pertenece al consumidor. El segundo sistema basado en un *software* especial, el mismo que se encuentra instalado en la computadora del consumidor o usuario. Su diseño está dirigido a pagos realizados a través de redes como Internet. Su funcionamiento consiste en el intercambio de mensajes entre el dispositivo del usuario y el del emisor, los cuales se transmiten por medio de la red. Cfr. DEVOTO, MAURICIO, “Banca, Comercio, Moneda Electrónica y la Firma Digital”, en *Revista de Derecho Informático Alfa-redi*, No. 002, Septiembre 1998, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=143>, [12 abril 2007].

⁵² A. BURGOS PUYO, “Los contratos con el consumidor en Internet...” op. cit., p. 253.

⁵³ C.A. SOTO COAGUILA, “El comercio electrónico en el Derecho Peruano...” op. cit.

⁵⁴ Art. 45.- “Validez de los contratos electrónicos.- 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”.

electrónicos gozan del mismo valor jurídico que las declaraciones contractuales realizadas por otros medios. Es más, aún sin dicha declaración, es posible interpretar a las normas del ordenamiento jurídico para dar validez y eficacia a las declaraciones emitidas por medios electrónicos. Es así que, por ejemplo, si tomamos al art. 142 CCo que define a la propuesta u oferta escrita, la cual se entiende que “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”, podemos encontrar una forma de que la norma se ajuste a la situación del medio electrónico. Por lo que, podríamos hablar de “correo electrónico”, entendiendo, de igual manera, que la propuesta debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas si las partes viven o están conectadas a Internet en el mismo lugar; o si están en diferentes lugares, cuando se envíe un correo electrónico aceptando o desechando la propuesta al día siguiente de recibida la propuesta.

Si bien existe una similitud en la estructura económica entre contratos *online* y *offline*, existe un cambio importante causado por el medio utilizado. El mismo se evidencia en la “drástica disminución de los costos de transacción, lo que permite superar las barreras de espacio, de tiempo y las impuestas por las legislaciones nacionales, así como disminuir los costos de búsqueda de contratantes y de celebración de contrato. En cambio, en lo referente a los costos de ejecución, la cuestión parecería ser inversa, ya que la contratación *online* todavía presenta grandes dificultades en cuanto a la ejecutabilidad de los acuerdos”⁵⁵. Además que, a diferencia de los contratos ordinarios, se pueden identificar varios problemas que deben enfrentar los contratos electrónicos como la dificultad de imputar una declaración de voluntad a una persona determinada, la distribución de riesgos, la formación del consentimiento, y la determinación del lugar y momento de celebración de un contrato.

Al examinar un contrato electrónico (o más bien dicho un contrato celebrado por medios electrónicos), podemos encontrar que está presente el principio de la autonomía

⁵⁵ R. LORENZETTI, *Comercio Electrónico...* op. cit., p.165.

de la voluntad⁵⁶. Este principio se encuentra plasmado en los artículos 1561⁵⁷ y 1576⁵⁸ CC. Se puede adelantar que el uso de los medios electrónicos no afecta de manera alguna a este principio, ya que se aplica de igual manera que en los contratos ordinarios. Es más, cumple la misma función porque determina la razón de ser de los contratos celebrados por medios electrónicos y la vinculación entre las partes. Es decir que, cuando se utilizan las nuevas herramientas tecnológicas para la formación y validez de los contratos, prevalece, de igual manera, la voluntad declarada por las partes contratantes. Otro principio, que se hace presente de manera semejante, es el principio de buena fe⁵⁹, el cual es mencionado en el art. 1562⁶⁰ CC. Se mantiene porque “(...) en las tratativas, relación precontractual y contractual, los individuos deberán consagrar en su relación este principio, independiente del medio que se utilice, soportado por la legislación tradicional que mantiene su vigencia ante las nuevas tecnologías aplicadas como medio de contratación”⁶¹. Un tercer principio, bien conocido en los contratos ordinarios, es el principio de libertad de forma⁶². El mismo se refiere a la posibilidad de que el contrato sea consensual, salvo que la ley imponga formalidades especiales, como lo señala en art. 1549⁶³. Al igual que con cualquier tipo de

⁵⁶ El postulado de la autonomía de la voluntad privada “consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. [En otras palabras,] los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos”. G. OSPINA FENRÁDEZ, Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico...* op. cit., p. 6.

⁵⁷ Art. 1561.- “(GENERALIDADES).- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

⁵⁸ Art. 1576.- “(PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES).- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

⁵⁹ El principio o postulado de buena fe dictamina que “los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privativa a que obedece su celebración”. G. OSPINA FENRÁDEZ, Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico...* op. cit., p. 327.

⁶⁰ Art. 1562.- “(EJECUCIÓN DE BUENA FE).- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

⁶¹ PÉREZ T., MELBA ROCÍO, “Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos”, en *El contrato por medios electrónicos*, Ed. Departamento de Derecho de los Negocios: Línea de Investigación sobre Contratación por Medios Electrónicos, 1era Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 155.

⁶² Este principio también es conocido como el principio de la consensualidad de los actos jurídicos, el que manifiesta que el solo consentimiento obliga. El mismo se refiere a que la voluntad puede “manifestarse libremente, o sea, sin necesidad de sujetarse en su expresión a formas o rituales preestablecidos. [Es decir que,] la nota fundamental del mencionado principio es la libertad en la escogencia de las formas para la expresión de la voluntad jurídica”. G. OSPINA FENRÁDEZ, Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico...* op. cit., p. 223.

⁶³ Art. 1459.- “(CONTRATOS REALES, SOLEMNES Y CONSENSUALES).- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de

contrato, no existe ningún impedimento jurídico para que quienes quieran obligarse puedan vincularse jurídicamente y celebrar un contrato, utilizando cualquier medio o forma⁶⁴, incluyendo el medio electrónico. Por lo cual, quienes contratan por este medio quedan vinculados en la misma manera que con cualquier otro medio; así como cuentan con la misma validez y fuerza obligatoria con la que cuentan los contratos ordinarios.

Suplementariamente, a los tres principios generales mencionados, se debe mencionar tres principios específicos o de especial importancia a los contratos celebrados por medios electrónicos. El primero es el principio de autenticidad, el cual se utiliza para identificar el origen de una comunicación electrónica. La aplicación de este principio es útil, porque trata de identificar a las partes que forman parte del negocio electrónico, dando así seguridad jurídica a las mismas⁶⁵. El segundo principio se refiere a la equivalencia funcional, expresado en el art. 45⁶⁶ LCE. El mismo equipara la utilización de medios electrónicos al uso de los documentos en soporte en papel. Es importante aclarar que, este principio tiene como objetivo el analizar las funciones y propósitos del documento manuscrito y determinar cómo el documento electrónico puede cumplir con las mismas funciones y propósitos⁶⁷. Finalmente, el último principio particular de los contratos electrónicos es el principio de integridad. Este “se cumple cuando los contratantes por medios electrónicos establecen una comunicación segura, cuando tecnológicamente se permite ‘la verificación de la identidad exacta de la información enviada por el iniciador y del mensaje recibido por el destinatario’”⁶⁸.

Se puede decir que el contrato celebrado por medios electrónicos es una nueva forma dentro de la clasificación tradicional de los contratos. Pero esto no significa, que tiene un régimen especial por cuanto solo se trata de un nuevo medio, porque sigue ciñéndose a la doctrina tradicional de los contratos, como es en el caso de los principios

ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

⁶⁴ Cfr. M. R. PÉREZ T., “Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos...” op. cit., p. 156.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 158.

⁶⁶ Art. 45.- “Validez de los contratos electrónicos.- 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”.

⁶⁷ Cfr. M. R. PÉREZ T., “Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos...” op. cit., p. 159.

generales de la contratación. Tanto, que se ha reconocido, por la doctrina y la legislación, que tiene una equivalencia funcional con los contratos ordinarios.

1.4. El contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos

La compraventa de bienes puede ser una de las varias transacciones comerciales que se pueden realizar en el medio desmaterializado conocido como Internet⁶⁹. De hecho, “el contrato de compraventa es el más antiguo y recurrido de los contratos civiles y comerciales, así como el más importante por su función económica. La compraventa es un contrato consensual⁷⁰, oneroso⁷¹, bilateral⁷² y conmutativo⁷³ [, principal⁷⁴, nominado⁷⁵, de libre discusión⁷⁶ y de ejecución instantánea⁷⁷] que consiste en el cambio de bienes por un

⁶⁸ M. R. PÉREZ T., “Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos...” op. cit., pp. 159-160.

⁶⁹ Cfr. SANTANDER RENGIFO, ANTONIO JOSÉ Y OTROS, “Compraventa por Internet y situación del consumidor en el Perú”, *Revista de Derecho Informático Alfa-redi*, No. 060, Julio 2003, <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=1326>. [21 de enero 2007], p. 2.

⁷⁰ Es decir que, “se perfecciona y se reputa perfecta desde el momento en que las partes han convenido en la cosa y el precio”. BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, p. 14.

⁷¹ Entendido como que, “ambas partes pretenden una utilidad, gravándose recíprocamente. El comprador persigue la cosa (...) y paga un precio como contraprestación. J. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles...* op. cit., p. 14.

⁷² Lo que significa que “nacen obligaciones recíprocas para las partes contratantes, el vendedor se obliga a entregar la cosa, y el comprador a pagar por esa cosa una suma en dinero o parte en especie y parte en dinero siempre que la especie no valga más que el dinero”. J. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles...* op. cit., p. 13.

⁷³ De manera general, las partes contratantes conocen del alcance de las prestaciones que les corresponden a cada uno; y excepcionalmente, el contrato de compraventa puede ser aleatorio. Cfr. J. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles...* op. cit., p. 14.

⁷⁴ De hecho, es el contrato principal por excelencia, ya que no requiere de ningún otro acto jurídico para su conformación ni subsistencia. Cfr. J. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles...* op. cit., p. 14.

⁷⁵ Lo que se refiere a que es definido y regulado por el CC.

⁷⁶ “Dentro de la libre expresión de la autonomía de la voluntad ningún contrato reviste de mayores oportunidades para discutir los alcances, formas, condiciones del acto como la compraventa”. J. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles...* op. cit., p. 14.

⁷⁷ “Cuando las partes expresan su voluntad respecto a la cosa y el precio, salvo las excepciones conocidas, el contrato se perfecciona y comienza a ejecutarse. (...) El hecho que la cosa no sea entregada en el mismo momento del perfeccionamiento del contrato, o el precio sea cubierto por cuotas o con posterioridad, no quiere significar que se convierte en un contrato de tracto sucesivo o ejecución sucesiva, por cuanto el contrato se cumple en un solo acto, aun cuando las prestaciones están sometidas a una regulación periódica”. J. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles...* op. cit., p. 14.

precio, aunque jurídicamente sea entendido, dependiendo de la concepción legal vigente, como un título o un modo de adquirir el dominio⁷⁸.

En el Derecho Romano, la compraventa era conocida como *emptio venditio*, en donde una persona llamada vendedor (*venditor*) se obligaba a transmitir la posesión de una cosa asegurando su pacífico goce a otra persona llamada comprador (*emptor*), que se comprometía a abonar por ella un precio consistente en una suma de dinero⁷⁹. En un comienzo, las reglas de la venta empezaron siendo una reunión de costumbres incoherentes, como puede apreciarse de la observación de los textos contradictorios de algunas leyes. De hecho, mientras unas leyes disponían que no era venta el contrato por el cual se convenía la transferencia de la propiedad de una cosa a la parte a quien se la entregaba, otras leyes declaraban lo contrario. Junto a las imperfecciones en el concepto jurídico de la compraventa como contrato, influyeron también en la contradicción las diferencias que existían entre los ciudadanos romanos y los extranjeros. Esto se debe a que respecto a los primeros, la compraventa era un título traslativo de dominio mientras que para los extranjeros solo transmitía la mera posesión⁸⁰.

Para celebrar una compraventa por medios electrónicos, en primer lugar, se debe identificar una oferta que contenga algún producto a la venta y que el consumidor desea adquirir. Ésta puede estar contenida en una página *web* o en un correo electrónico. En la mayoría de páginas *web*, se debe registrar como usuario del sitio, escoger el producto, especificar la forma de pago y confirmar la compra. En el caso del correo electrónico, el comprador debe responder al vendedor aceptando su propuesta; quien a su vez, le responderá con el propósito de determinar la forma de pago, condiciones, plazo y lugar de entrega; similar al procedimiento descrito en el CCo.

Para ilustrar con más precisión la situación sobre la cual gira toda esta investigación, se describirá a continuación el procedimiento de compra en la página *web* de

⁷⁸ NAVARRO MORENO, LENIN, *Compraventa Internacional y Conflicto de Leyes Tomo I*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002, p. i.

⁷⁹ Cfr. DI PIETRO, ALFREDO Y ANGEL ENRIQUE LAPIEZA ELLI, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 290.

⁸⁰ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española Tomo IV*, Est. Tipográfico <<Sucesores de Rivadenería>>, Madrid, 1899, pp. 552-553.

Discount Center: en primer lugar, se debe acceder a la página *web* con la dirección <http://www.discountcenterweb.com/>. Luego, se debe escoger dentro de todas las categorías presentadas, el producto que se desea comprar, haciendo *click* en el icono que dice “compre ahora”. En la página *web*, aparecerá la cantidad que se desea adquirir y el total a pagar; y una vez especificada la cantidad, se debe hacer *click* en el icono “realizar pedido”. En el caso en el que se desee adquirir otro producto, se debe presionar el icono de “seguir comprando”. El siguiente paso consiste en ingresar a la cuenta, en cuyo caso si ya se es usuario se debe ingresar el correo electrónico y la contraseña; caso contrario, es necesario registrarse como nuevo cliente. Para éste último caso, se debe llenar el formulario de “datos en mi cuenta”, que contiene información personal, de la empresa, dirección, contacto, y contraseña. Una vez llenados los datos de manera correcta, la página *web* mostrará una confirmación de la creación de la cuenta. A continuación, la página *web* se referirá a los datos de envío, en donde se debe verificar o cambiar la dirección de envío. Para continuar, se debe presionar el icono “continuar”, donde luego aparecerá la información referente a la dirección de facturación y la forma de pago, que incluye las opciones de “contrareembolso” o “tarjeta de crédito Directa/DirectaMax” (para esta opción se debe señalar el número de tarjeta, la fecha de expiración y el código de seguridad), de las cuales se debe escoger una. Finalmente, una vez que se ha terminado con el proceso anterior, la transacción se ha concluido.

CAPÍTULO II

REGLAS GENERALES DE LA LEY APLICABLE RESPECTO A CONTRATOS DE COMPRAVENTA CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

2.1. El problema de la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente en una compraventa transfronteriza celebrada por medios electrónicos

Cuando un comprador y un vendedor consuman una transacción comercial por medio de Internet, se quiebran las barreras entre jurisdicciones físicas; especialmente cuando ambas partes se encuentra en diferentes lugares o países, aún sin saberlo. Esta situación se complica porque, dado el carácter global de Internet, al aparecer un conflicto entre las partes, pueden existir varias posibles legislaciones que pueden ser aplicables para resolver el conflicto⁸¹. Así, “al discutirse sobre la validez o incumplimiento de un contrato, debe hacérselo con relación a una disposición legal que fundamente a la demanda, norma que debe ser determinada legal o convencionalmente, y designar las normas sustantivas y adjetivas aplicables a la relación”⁸². Pero que, al existir varias posibilidades respecto a la norma en cual fundamentar la demanda, se complica el asunto.

⁸¹ Cfr. A. J. SANTANDER Y OTROS, “Compraventa por Internet y situación del consumidor en el Perú...” op. cit., p. 9.

⁸² L. NAVARRO MORENO, *Compraventa Internacional y Conflicto de Leyes Tomo I...* op. cit., p. ii. Se debe mencionar que respecto a la necesidad de fundamentar la demanda con las disposiciones legales que se refieran a la validez o

Para solucionar el problema, respecto a la determinación de la ley aplicable en una compraventa electrónica transfronteriza, se tiene que recurrir al Derecho Internacional Privado⁸³. Sin embargo, tal como está normado en la actualidad, no es lo suficientemente eficaz para solucionar los problemas que pudieran suscitarse en el ámbito de la contratación electrónica por Internet. Esto se debe a que, por una parte, al operar Internet sobre una base global donde no se aplican los conceptos tradicionales de soberanía y territorio, dificulta la aplicación del DIP, “habida cuenta que en este sector del ordenamiento jurídico [como en el resto del Derecho] los factores tradicionales de localización para la determinación de la ley aplicable y de la competencia judicial internacional se fijan en atención a criterios preponderantemente territoriales”⁸⁴. Y por otra parte, “es claro que varios países han desarrollado mecanismos jurídicos para regular el comercio electrónico, pero se crea con esto un problema: la aplicación de criterios nacionales, a los actos realizados en Internet, un medio de naturaleza internacional”⁸⁵. Lógicamente, que los juristas de cada país considerarán que sus normas se deben aplicar a las compraventas celebradas en Internet. Y aunque en muchos de los casos esto sea cierto, dependiendo de algunos factores, en otros no se podrán aplicar las normas nacionales debido a la naturaleza globalizada de Internet.

Se puede concluir que, frente ésta situación, “es imposible en la época actual definir inequívocamente cuales son las reglas que se deben aplicar a la contratación internacional por Internet, con respecto a la jurisdicción y ley aplicable a esta. Sin embargo, ya varios juristas de diversas tradiciones legales han

incumplimiento de un contrato, el art. 67 numeral 3 CPC señala, justamente, que uno de los contenidos de la demanda son los fundamentos de derecho expuesto con claridad y precisión.

⁸³ El Derecho Internacional Privado (DIP) tiene como función “señalar cual es el sistema jurídico en el que se encuadra la relación de derecho. (...) [E]l DIP nos da a conocer si una determinada relación jurídica se rige por el derecho de tal o cual país” Cfr. LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998, p. 1.

⁸⁴ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA, “Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico”, en *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*, Ed. Rosalina Díaz Valcárcel, 1era. Edición, La Ley, Madrid, 2001, p. 641.

⁸⁵ J.J. OBANDO PERALTA, “Los Contratos Electrónicos y Digitales...” op. cit.

determinado su posición al respecto, lo cual lógicamente vendrá poco a poco a aclarar el panorama legal”⁸⁶.

Uno de los criterios más importantes y eficaces para determinar la ley aplicable, es justamente, el acuerdo de las partes. Es así que, si los contratantes desean asegurar que el contrato sea exitoso deben tomar todas las previsiones del caso, de manera que se pueda garantizar la validez de todas las estipulaciones hechas⁸⁷.

Pero el límite para esta posibilidad es que “la voluntad de las partes no puede optar por una jurisdicción, si ésta está encaminada al cometimiento de ilícitos o actos que deriven en fraude de la ley aplicable, o simplemente se vea viciada de nulidad en su ejecución”⁸⁸.

“Según este criterio, las partes, en ejercicio de la autonomía privada, decidirán la legislación a la cual deberá sujetarse el contrato. [Por lo que,] para muchos, éste es el mecanismo idóneo, ya que dota a la transacción de seguridad jurídica”⁸⁹. Se puede añadir que, el acuerdo de las partes puede ser expreso cuando se estipula claramente una cláusula respecto al tema en el contrato. O de igual forma, puede ser tácito cuando “existen (...) indicios relevantes para apreciar la existencia de elección. [Siendo éstos,] la referencia en el contrato a disposiciones o instituciones de un concreto ordenamiento, el comportamiento procesal de las partes, la presencia de una cláusula atributiva de competencia a los tribunales de un Estado, la sumisión a arbitraje institucional en el marco de un organismo de ámbito estatal fijando la sede del arbitraje en ese país, la determinación de un mismo lugar de ejecución de las diversas obligaciones, y cuando la elección se corresponde con los hábitos de las partes en sus relaciones contractuales”⁹⁰. Lamentablemente, ésta precaución de acordar la ley aplicable y la jurisdicción competente para evitar futuros problemas, es obviada por las partes o prohibida en ciertos casos por la ley.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. L. NAVARRO MORENO, *Compraventa Internacional y Conflicto de Leyes Tomo I...* op. cit., p. ii.

⁸⁸ L. NAVARRO MORENO, *Compraventa Internacional y Conflicto de Leyes Tomo I...* op. cit., p. iii.

⁸⁹ A. J. SANTANDER Y OTROS, “Compraventa por Internet y situación del consumidor en el Perú...” op. cit., p. 10.

⁹⁰ *Ibidem*.

Por lo que, se necesita entrar a realizar un análisis aún más complejo para encontrar una respuesta adecuada.

2.2. Convenios y tratados internacionales útiles para ser aplicados

2.2.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Dentro del universo de tratados y convenios sobre DIP, uno de los convenios más próximos al tema en cuestión, la compraventa por medios electrónicos, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Fue adoptada el 11 de abril de 1980 en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, teniendo como antecedentes a la Convención de La Haya de 1964, la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Mercadería (LUVI) y la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercadería (LUF). Fue ratificada por el Ecuador en 1992 y entró en vigencia un año más tarde. Una de sus características más sobresaliente es la que se trata de un intento de crear un derecho uniforme sobre la materia. Aunque su debilidad, justamente, es su desconocimiento respecto a otros derechos nacionales y tratados vigentes sobre la materia. De hecho, se puede decir que se trata de una “normativa 100% internacional, no es nacional ni transnacional, [por lo que,] posiblemente su desvinculación de un órgano legislador busca superar las interpretaciones transnacionales o nacionales, con efectos internacionales de los contratos internacionales”⁹¹.

Se debe advertir que la CNUCCIM no se refiere a los contratos de compraventa celebrados por medios electrónicos, ya que la misma fue adoptada en 1980 mientras que Internet hizo su aparición mundial en 1991. Por lo que, el siguiente análisis busca realizar una interpretación de la misma, ya que a priori no está destinada a regir las transacciones comerciales realizadas en el espacio virtual, para poder adaptarla a la situación en discusión. Es por ello, que la primera interpretación que se debe hacer respecto a esta

⁹¹ L. NAVARRO MORENO, *Compraventa Internacional y Conflicto de Leyes Tomo I...* op. cit., pp. 173-174.

convención es sobre “el termino ‘internacional’ [el cual] muestra la vocación natural de la Ley uniforme a aplicarse al comercio electrónico, que por definición tiende hacia la internacionalidad por no decir la transnacionalidad”⁹².

Del análisis de la CNUCCIM, se pueden encontrar tres conceptos que no calzan con la naturaleza del comercio y la contratación electrónica. El primero es el concepto de “establecimiento”. De acuerdo al art. 1 CNUCCIM, la misma se aplicará respecto a “los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”(el énfasis es mío).

El término “establecimiento” es un término mercantil, el cual se refiere a la “casa de comercio, tienda o lugar donde los comerciantes desenvuelven sus actividades características”⁹³. Es decir, que se refiere a un lugar físico, y por lo tanto, no compatible con el espacio virtual en donde se lleva acabo la compraventa. Una concepción estricta de dicha noción no aceptaría que se pueda considerar a un sitio

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

-mark-
/sfnts