



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN

En la presente tesis se hace un análisis que partiendo de echar una mirada a un mundo profundamente conmocionado por este fenómeno planetario que se ha dado en llamar revolución tecnológica; pasa a observar como esta realidad ha afectado al derecho, sus instituciones en general; y en particular a la teoría contractual.

Se ha hecho un estudio general de la esfera contractual, desde las teorías clásicas hasta arribar al contrato basado en realidades virtuales.

La contratación realizada por medios electrónicos ha desarrollado una vía o canal que sirve de conexión entre las partes contratantes; el Comercio Electrónico, que no es otra cosa que la realización de los actos que comprenden el comercio, valiéndose de medios electrónicos

En relación con el contrato de adhesión, se ha realizado un estudio del contexto histórico en que surgió, ubicándolo como un producto de las necesidades del naciente capitalismo industrial; se ha determinado que los contratos por adhesión, invariablemente generan un marcado desequilibrio inter partes, proveniente fundamentalmente de la introducción de las llamadas *cláusulas abusivas*, que ha demandado del Estado medidas protecciónistas, que eviten que el oferente altere en su beneficio el equilibrio contractual.

Se ha concluido que en el caso de nuestro país, aún es necesario incorporar una serie de reformas que permitan armonizar los principios protecciónistas que animan a la Ley, con las realidades derivadas de las nuevas tecnologías, a efectos de poner a buen recaudo al consumidor en su calidad de parte contractual débil.

PALABRAS CLAVES:

Contrato, adhesión, comercio, electrónico, realidad, virtual, desequilibrio, cláusulas, abusivas, tecnología.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INDICE GENERAL

RESUMEN

DEDICATORIA:

AGRADECIMIENTO

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

CAPITULO II

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

2.1.- INTRODUCCIÓN

2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

2.3.- REQUISITOS PARA LA VALIDEZ CONTRACTUAL

2.4.- ELEMENTOS QUE SE HAN DE DISTINGUIR EN EL CONTRATO

2.5.- SISTEMAS DE CONTRATACIÓN

2.6.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LIMITACIONES

2.7 EL CONTRATO DE ADHESIÓN

2.7.1.- ANTECEDENTES

2.7.2.- Conceptualización

2.7.3.- Desequilibrio Inter Partes en el Contrato de Adhesión

CAPITULO III

3.1.- Nociones generales acerca del Comercio Electrónico

3.2.- Formación del Contrato

3.3.-Generalidades del Contrato Informático

3.4.- Metodos Alternativos de Solución de Conflictos en Línea

3.5.- El Contrato Informático de Adhesión

CAPITULO IV

4.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1.- Conclusiones

4.2.- Recomendaciones

5.- BIBLIOGRAFÍA



UNIVERSIDAD DE CUENCA



UNIVERSIDAD DE CUENCA

UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO INFORMÁTICO CON MENCIÓN EN COMERCIO
ELECTRÓNICO

TESIS

“EL CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO”

AUTOR: DR. FERNANDO ORDÓÑEZ CARPIO

DIRECTOR: DR. JORGE MORALES ÁLVAREZ

2010



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestas
en esta Tesis, corresponde exclusivamente a su autor.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

DEDICATORIA:

A *Darío y Mateo*, mis hijos.

Fernando.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

AGRADECIMIENTO:

Mi profunda gratitud al **Dr. Jorge Morales Álvarez**, por su ejemplo de vida y su generosidad y desprendimiento al momento de compartirnos su vasta comprensión del mundo de la moral y el derecho.

Fernando Ordóñez Carpio.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

Con la aparición, afianzamiento y masificación de las nuevas tecnologías se ha generado lo que se ha dado en llamar “era de la información” “civilización de la información”, “sociedad de la información”, “era digital”, “ciberespacio” o “cibernación”; ello ha provocado un cambio drástico de las formas de comportamiento social y de relaciones en todos los órdenes. Nos encontramos en la cresta de la ola de una auténtica revolución tecnológica, que sin lugar a dudas está destinada a cambiar rotundamente la faz social del mundo, muestras palpables se evidencian en un sinnúmero de novedosas situaciones que atañen a la coexistencia social, y por consecuencia al derecho.

Comporta un axioma indiscutible aquel que afirma que el derecho siempre va a la saga de la realidad social; y aquello es absolutamente comprensible si se tiene en consideración que el derecho es un regulador de dicha realidad; consecuentemente, por su propia naturaleza no puede ir por delante de ella, creándola, sino más bien históricamente su papel ha sido el de ir dando respuesta a las conductas, actitudes y actividades humanas de manera que su aparición no vulnere derechos ajenos ni evada deberes propios, fijando las pautas de una coexistencia social armónica.

Igualmente indiscutible resulta, que dentro de las nuevas tecnologías, el internet¹ y las TICs (*Tecnologías de la Información y la Comunicación*), son los

¹ INTERNET es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan La familia de protocolos TCP/IP, garantizando que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única de alcance mundial. Sus Orígenes se remontan a 1969, cuando se estableció la primera conexión de computadoras conocida como ARPANET, entre tres universidades en California y una en Utah Estados Unidos. Uno de los servicios que más éxito ha tenido en Internet ha sido la World Wide Web (WWW o la Web), hasta al punto que es habitual la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

instrumentos globalizadores por excelencia. Llegado a este punto, estimo de capital importancia entender este fenómeno a cabalidad; al efecto es imprescindible indicar que por globalización se ha de entender a aquel proceso fundamentalmente social, tecnológico, cultural y económico a gran escala, basado en sistemas de comunicación masivos y la interdependencia de mercados entre los diversos países del mundo, pero adicionalmente implica la homogenización de formas sociales y culturales, ancladas a fenómenos económico-políticos de orden transnacional, caracterizados por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial, donde los movimientos de capital se configuran a escala planetaria, teniendo en este proceso un papel preponderante las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales, que busca como fin último la implantación de una sociedad globalizada de consumo.

Resultará evidente, que esta nueva forma de concebir y practicar las relaciones sociales, económicas, culturales y políticas; a todo nivel, entre personas de diversas latitudes, sujetas a particulares ordenamientos jurídicos nacionales, implica la necesidad de un replanteo del ordenamiento jurídico vigente.

La informática ha adquirido una importancia capital en la cotidianeidad de los Estados, volviéndose asunto de vital importancia para su funcionamiento, el almacenamiento de datos a gran escala, la velocidad de acceso y utilización de los mismos, la transmisión electrónica de información en textos, imágenes y sonido. Todo este inmenso espectro de avances tecnológicos, ha ido generando grandes necesidades que hasta hace apenas un par de décadas resultaban absolutamente insospechadas, y en la actualidad han tomado por sorpresa a las formas regulatorias tradicionales, que en la práctica resultan insuficientes para dar respuesta a fenómenos que empiezan a perfeccionarse

confusión entre ambos términos. La WWW es un conjunto de protocolos que permite de forma sencilla la consulta remota de archivos de hipertexto. Este fue un desarrollo posterior y utiliza Internet como medio de transmisión (tomado de Wikipedia la enciclopedia libre, internet. <http://es.wikipedia.org/wiki/internet>. Acceso 28 de Diciembre del 2009)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en una realidad virtual, muy diversa de la realidad física o “atómica”² que caracterizaba a los actos jurídicos a los que se refiere dicha normativa.

Resultarían innumerables los problemas que se han generado para el derecho con la aparición de la sociedad de la información: teletrabajo, manipulación y venta de datos sensibles almacenados digitalmente, tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos, nuevos delitos penales (“hacking”, “craking”, “sniffers”, “ciberpunk”, “estafas virtuales”), gobierno electrónico (“e-goverment”), y un sinfín de etcéteras han puesto a la legislación ante la urgente necesidad de precautelar los derechos de las personas donde estos pudieren verse vulnerados, de garantizar la seguridad jurídica en los negocios que se realicen a través de la utilización e medios informáticos, de adaptar los requisitos de creación de los contratos protegiendo a los particulares así como a las empresas, por los datos que proporcionen para la realización de estos actos jurídicos.

En lo tocante a los contratos, la masificación de las nuevas tecnologías, está volviendo cada vez más corriente la utilización de medios electrónicos y digitales para la realización de actos de carácter contractual; aquello ha exigido una revisión de las doctrinas jurídicas que tradicionalmente han regulado la contratación en el mundo fáctico, “analógico” o de contactos personales.

Asistimos al surgimiento de un nuevo paradigma que sobre la base de los avances que han dado lugar a la revolución digital, permite la desaparición del espacio físico; lo cual, sin necesidad de mayores suspicacias, pone en evidencia la aparición de incalculables problemas para la doctrina jurídica tradicional en el ámbito de los contratos y las obligaciones, es por lo expuesto que los tratadistas del derecho informático son unánimes en manifestar que dentro de las áreas del derecho, la más afectadas por la masificación del internet es el derecho de los contratos.

² Término utilizado por el Licenciado Juan José Obando P., en su artículo “LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y DIGITALES”, publicado en Internet <http://vlex.com/vid/contratos-electronicos-digitales-115524> (Acceso 29 de diciembre del 2009)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

No comprender las diferencias que existen entre los contratos tradicionales y los contratos realizados utilizando medios electrónicos o digitales, ha ocasionado un sinfín de problemas, que en no pocos casos han dejado sin solución conflictos legales surgidos de la utilización de las nuevas tecnologías en el área contractual. Estas situaciones han puesto a los legisladores de los diversos Estados, ante el imperativo de normar los diversos aspectos que atañen a las relaciones comerciales y contractuales realizadas con la utilización de medios electrónicos y digitales.³

La contratación electrónica, a su vez utiliza una herramienta o vía que sirve de conexión entre las partes contratantes; a esta vía se le ha dado el nombre de comercio electrónico; a efectos de entender contextuadamente sus particularidades, acudiremos a varios conceptos dados al respecto:

³ *Poco a poco, hasta la fecha prácticamente todos los países ha ido generando cuerpos regulativos, en relación con los efectos jurídicos de los documentos digitales y las firmas digital y electrónica, en el caso ecuatoriano, se ha promulgado la LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS Ley 2002-67 (Suplemento del Registro Oficial 557, 17-IV-2002. El Congreso de los Estados Unidos sancionó el 24 de enero de 2000 la ley de firma digital a aplicar en comercio interestatal e internacional (denominada "Electronic Signatures in Global and National Commerce Act" -ESGNC); España dictó la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (conocida por sus siglas LSSICE) y tuvo su legislación sobre firma electrónica a partir del Real Decreto-ley 14/1999; Alemania dictó el 1 de agosto de 1997 su ley de firma digital; Francia introdujo diversas modificaciones a su Código Civil a través de La Ley 2000-230, de 13 de marzo de 2000; por Decreto del Presidente de la República de 10 de noviembre de 1997, N° 513 y del Presidente del Consejo de Ministros de 8 de febrero de 1999, Italia dictó las reglas técnicas para la formación, trasmisión, conservación, duplicación, reproducción y certificación de documentos informáticos; Inglaterra la Electronic Communications Bill de 26 de Enero de 2000 (HL Bill 24). Entre los países latinoamericanos Perú dictó la Ley 27.269, de abril de 2000, de Firmas y Certificados Digitales, y modificó el Código Civil en consecuencia de la nueva normativa mediante Ley 27.291, de junio de 2000, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica, Venezuela dictó en 2001 una norma, a través de un Decreto Presidencial sobre mensajes de datos y firmas electrónicas; el Congreso de Colombia dictó la Ley N° 527, de 18 de agosto de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Organización Mundial de Comercio (OMC) definiendo al Comercio Electrónico dice: “*es la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: a) teléfono, b) fax, c) televisión, d) pagos electrónicos, e) transferencia electrónica de fondos, f) EDI (electronic data interchange), g) Internet*”.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la “Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de Comercio Electrónico”, dice: “... entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de Comercio Electrónico, cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI, definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y, la transmisión por vía telefónica de textos de formato libre, por ejemplo a través de la Internet. La noción de comercio electrónico también puede ser utilizada para referirse al empleo de técnicas como el telex y la telecopia o fax.”

De los conceptos citados, se puede colegir que para que una actividad pueda ser considerada de Comercio Electrónico, esta se deberá realizar a través de varios medios, que como se observa, no se limitan únicamente al Internet, pues los realizados vía fax, telex, teléfono, televisión, etc., también comparten la calidad de contratos electrónicos.

Frente a la creciente incertidumbre en torno a los problemas legales surgidos merced a diversos fenómenos jurídicos en varios órdenes del derecho, provenientes de la utilización de medios electrónicos y digitales, han surgido varias corrientes doctrinarias que pretenden dar soluciones al respecto, teniendo especial interés para el desarrollo de la presente tesis, fundamentalmente tres:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La primera que propugna que los preceptos e instituciones del derecho tradicional son suficientes para solventar las diversas situaciones, que en el orden del derecho se presentan en este nuevo escenario tecnológico, consecuentemente -según afirman- bastan estas normas legales de circunscripción territorial nacional, al momento de atender las contingencias jurídicas que se derivan de la utilización de las nuevas tecnologías.

Le segunda que sostiene que el derecho tradicional fue diseñado para dar respuesta a una realidad social absolutamente diversa de la actual, que está determinada por los gigantescos adelantos tecnológicos en el área de las comunicaciones e intercambio de información; que como consecuencia de ella dicha normativa resulta anacrónica y lejos de dar solución a los problemas sociales que regula, más bien crea nuevos y cada vez más complejos, provocando adicionalmente un aislamiento de los estados ante una realidad de mercados globalizados. Sostienen que la solución se la deberá buscar en la apertura irrestricta hacia los procesos globalizantes; incluido obviamente el tema legislativo que -según manifiestan- deberá propender a perder su carácter nacional y homogeneizarse en una legislación supranacional que permita deshacer fronteras y realizar con mayor fluidez toda suerte de negocios en un gran mercado cuyas leyes supremas serán las del mercado; a decir de quienes abogan por las bondades de la globalización, las legislaciones deberían flexibilizar sus particularidades nacionales y tender a uniformizarse, simplificando sus procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales a efectos de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica; ello, a más de universalizar el reconocimiento de los derechos fundamentales.

La tercera, se presenta como una alternativa ecléctica que pretende hallar un punto de equilibrio entre las anteriores, sus partidarios advierten que ni aun los más entusiastas promotores de la globalización, ha dejado de reconocer un sinnúmero de riesgos en ella, en tanto que sus detractores, desde una



UNIVERSIDAD DE CUENCA

perspectiva más radical, afirman que mientras este proceso beneficia a las multinacionales y a los países más ricos, acentúa la precarización del trabajo, consolida un modelo de desarrollo económico injusto e insostenible y socava la capacidad democrática autónoma y soberana de los Estados, entre otros aspectos negativos. Consecuentemente sostienen que es necesario balancear los riesgos que comporta una legislación supranacional, con las necesidades imperativas de una sociedad inmersa en procesos globalizados.

En lo atinente a la globalización legislativa, entendiéndose por ella la homogeneización de la normativa, el asunto se vuelve mucho más complejo, si se lo analiza a contraluz del hecho incontrastable de que las normas que regulan la actividad humana, indefectiblemente han ido apareciendo, como ya se mencionara en líneas anteriores, en repuesta a situaciones ciertas, urgidas de reglamentación; a su vez, estas situaciones nacen como consecuencia de formas particulares de entender el mundo, o lo que es lo mismo decir, de una cosmovisión e idiosincrasia propias, que generalmente proceden de un grupo sociocultural determinado y en respuesta a sus necesidades específicas. Tanto es así, que sin excepción las legislaciones nacionales, inclusive al interior de los propios Estados, cuentan con formas legislativas autonómicas con capacidad de crear normativas que regulan algunos aspectos de ciertas micro circunscripciones territoriales.⁴

Analizado el asunto con objetividad, pretender sin cortapisas generar una forma legislativa de carácter planetario, es a decir lo menos, una irresponsable ingenuidad; sin embargo, tampoco sería sensato no reconocer que para ciertos aspectos, las legislaciones de carácter supranacional, constituyen no solo un asunto de conveniencia, sino una impostergable necesidad, en atención a

⁴ (en el caso del Estado Ecuatoriano, este principio se encuentra consagrado en el Capítulo Tercero de la Constitución de la República, que reconoce los Gobiernos Autónomos Descentralizados y Regímenes Especiales; así como en Leyes secundarias que desarrollan esta noción, como son la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de Régimen Provincial y la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

infinidad de situaciones que en el orden práctico se presentan y en relación con las cuales, las regulaciones nacionales resultan cada vez menos eficaces y cautelares, quedando desguarnecidos una gran cantidad de actos jurídicos, cada vez más comunes y frecuentes; y por consecuencia los legítimos intereses de quienes se ven inmiscuidos en ellos.

Toda esta serie de novedosas situaciones jurídicas, devienen de dos hechos fundamentales y ligados entre sí, la aparición y masificación de las TICs; y, la evolución económica y social surgida al interior del capitalismo económico que ha generado el fenómeno de la gran empresa; y que ha provocado el clima adecuado para su desarrollo ampliando exponencialmente el universo de consumidores de los bienes y servicios que esta produce. Al encontrarnos frente a un tráfico económico masivo, es, en términos prácticos, imposible que la gran empresa realice contratos singulares con cada uno de sus clientes, ello ha llevado a que desde la óptica de racionalización y organización empresarial, se haya optado por el camino de los contratos tipo o formularios pre impresos, eliminando la libre discusión de la configuración interna del negocio, fijando en cambio las condiciones de contrato de manera unilateral y uniforme, de manera que la celebración del contrato ya no está precedida de las fases de negociación o preparatorias del acuerdo, sino que el cliente, directamente se enfrenta a un formato de cláusulas redactadas por la parte que detenta el mayor poder contractual, no quedándole al cliente otra opción que aceptar las condiciones establecidas o renunciar al uso de los bienes o servicios prestados por la gran empresa.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO II

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

2.1.- INTRODUCCIÓN:

A efectos de entender a cabalidad la figura jurídica del contrato; y por consecuencia ser capaces de calibrar adecuadamente su anatomía y alcances, estimo imprescindible desmenuzar sus componentes, a cuyo efecto hemos de tomar como punto de partida para el referido análisis el concepto de contrato consagrado en el Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano vigente, que a la letra dice: *"Contrato o convención es el acto por el cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".*

Por actos jurídicos hemos de entender a aquellos que se realizan con voluntad por una o varias personas, dirigidos a producir efectos jurídicos que se han de traducir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones. En atención a lo anotado, los contratos serían actos jurídicos, al igual que el pago, la tradición, el testamento, la aceptación de herencia, etc.

Dicho como está que la voluntad es uno de los elementos constitutivos esenciales del acto jurídico, en atención al número de voluntades que intervengan en su formación, dichos actos se dividen en unilaterales y bilaterales: los primeros, son aquellos que para su formación requieren de la voluntad de una sola persona (*Ej. el testamento*); en tanto que, los actos jurídicos bilaterales, serían aquellos cuya formación exige la concurrencia de dos o más voluntades (*Ej. Los contratos, la tradición, el pago, etc.*). Estos actos jurídicos bilaterales voluntarios, jurídicamente también son conocidos como convenciones, constituyendo designaciones sinónimas; así, será correcto



UNIVERSIDAD DE CUENCA

afirmar que el contrato es un acto jurídico bilateral o una convención; sin embargo el elemento que distingue al contrato de los demás actos jurídicos convencionales, es que éste tiene por fin último la creación de obligaciones, consecuentemente el contrato sería un acto jurídico bilateral tendente a generar obligaciones; así, podemos observar infinidad de actos jurídicos en los que interviene la voluntad de dos o más personas y sin embargo no son contratos, a manera de ejemplo citare el pago, que aun tratándose de un acto convencional a cuya formación concurren las voluntades del deudor y del acreedor, bajo ningún concepto se podría asimilar jurídicamente a un contrato, pues su fin último no es la creación de obligaciones, sino más bien su extinción.

De lo hasta aquí analizado, se puede colegir que en el concepto constante en el artículo 1454 del Código Civil, contiene una imprecisión, pues trata al contrato y a la convención como si fuesen sinónimos, cuando en realidad la convención, entendida como un acto jurídico bilateral dirigido a generar efectos jurídicos, es el género, del cual es parte el contrato que es una clase especial de convención, que compartiendo todas las características propias de las convenciones, cuenta adicionalmente con una característica propia que es la de generar obligaciones; lo cual convierte al contrato en una especie de convención.

Si bien es cierto que la forma más común de convención es el contrato, no obstante, en estricto sentido no pueden ser tratados como sinónimos, a riesgo de generar confusión en relación con el verdadero contenido y alcance del contrato.

Del análisis del referido Artículo 1454 del Código Civil, se observa que en realidad en lugar de definir al contrato se define a la obligación, pues la obligación es el vínculo jurídico que une a las partes para dar, hacer o no hacer alguna cosa; el contrato, como ya se ha dicho, genera obligaciones, sin



UNIVERSIDAD DE CUENCA

embargo no es la única fuente de obligaciones, tanto así que el propio Artículo 1453 enumera varios actos jurídicos de los que devienen obligaciones.

2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Según una clasificación genéricamente aceptada, los contratos se dividen en:

- a. Contratos Unilaterales y Bilaterales.- Según sea de una o dos o más la obligatoriedad emanada del contrato hacia las partes.
- b. A Título Oneroso y a Título Gratuito.- Según existan mutuas contraprestaciones emanadas del contrato y estas sean de orden económico o no.
- c. Conmutativos y Aleatorios.- Se refieren únicamente a los contratos onerosos; en el caso del conmutativo, se presenta cuando lo que se deba dar, hacer o no hacer por uno de los contratantes, debe ser equivalente a lo que debe dar, hacer o no hacer el otro sujeto del contrato. Es aleatorio, cuando el cumplimiento contractual de una de las partes consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Por regla general los contratos son conmutativos (Ej. Compra venta, arrendamiento) y por excepción aleatorios (Ej. La renta vitalicia, el seguro).
- d. Principales y Accesorios.- El Art. 1458 del Código Civil, textualmente dice: *“El contrato es principal cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”* Por lo general los contratos son principales, pero existen algunos como por ejemplo la hipoteca, la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

prenda, la cláusula penal, entre otros, que no existen sino en función de un contrato principal.

- e. Contratos Nominados e Innominados.- La propia ley garantiza la libertad de contratación, en tanto la relación contractual se enmarque dentro de los correspondientes parámetros legales; de esta manera en diversas codificaciones se ha reglamentado un sinnúmero de contratos, sin embargo sobre la base de la referida libertad contractual, a menudo se producen contratos que no se encuentran regulados ni se les ha asignado una denominación, no obstante lo cual son perfectamente válidos y están comprendidos dentro de los principios generales del derecho, pues el Art. 1561 ibidem, garantiza que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes.
- f. Reales, Solemnes y Consensuales.- Esta clasificación consta del Art. 1459 del Código Civil, que textualmente dice: *“El contrato es real cuando, para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere, es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”* Según el criterio de Alessandri, esta es la más importante de las clasificaciones. Este autor define muy explícitamente estos contratos de la siguiente manera:

“Con arreglo al artículo 1443 (1459 en el Código Civil ecuatoriano) contrato consensual es el que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes; basta el simple acuerdo producido aun verbalmente, sin necesidad de que se otorgue escrito alguno; y si en algunos casos se exige escritura ello se hace para facilitar la prueba, como sucede en el caso del artículo 1709. Casi todos los contratos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

son consensuales, como por ejemplo la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad.

Al decir que estos contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, no quiere decirse que en los demás contratos no se necesite el consentimiento, pues todo contrato, sea solemne, real o consensual, necesita del consentimiento de las partes; pero no siempre basta con el consentimiento; por eso se dice que contrato consensual es aquel que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes sin solemnidad alguna.

El contrato es solemne cuando no se perfecciona sino mediante el otorgamiento de ciertas formalidades, sin las cuales no produce ningún efecto civil; en este caso no basta el simple consentimiento de las partes, es necesario, además, el otorgamiento de la solemnidad respectiva, por lo que podemos decir que en los contratos solemnes el consentimiento no se manifiesta sino por el otorgamiento de la respectiva solemnidad, de manera que aunque haya consentimiento, si no se ha verificado la solemnidad, no hay contrato, porque para la ley sólo hay consentimiento cuando se exterioriza por medio de la solemnidad exigida.

El contrato puede ser solemne por voluntad de las partes o por disposición de la ley; hay casos que un contrato consensual puede llegar a ser solemne por acuerdo de las voluntades de las partes. Son contratos solemnes por disposición de la ley el matrimonio, la compra-venta de bienes raíces, la donación entre vivos que recaiga sobre inmuebles o una cosa que valga más de dos mil pesos, la hipoteca, las sociedades comerciales, etc.

Finalmente el contrato es real cuando no se perfecciona sino Por la entrega de la cosa. La definición del Art. 1443 (exacta a la del Art.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1459 del código civil ecuatoriano) dice: que “*contrato real es el que se perfecciona por la tradición de la cosa*”; pero la palabra tradición está aquí *impropriamente empleada*, porque no todos los contratos reales transfieren el dominio; por eso es mucho más propio decir que *contrato real es el que se perfecciona por la entrega de la cosa*.

Así como en los contratos solemnes la ley estima que no se ha producido el consentimiento mientras no se haya otorgado la solemnidad, en los contratos reales se presume que no se ha producido el acuerdo de voluntades mientras no se haya verificado la entrega de la cosa, y es esencial la entrega de la cosa en estos contratos , porque todos ellos imponen la obligación de restituir la cosa; de manera que es necesario que el deudor haya recibido la cosa para que nazca la obligación. Los principales contratos reales son: el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; hay algunos que son solemnes y reales a la vez, como la donación sobre inmuebles que debe ser inscrita en el Conservador de Bienes Raíces (Registraduría de la Propiedad en el Ecuador); en este caso la inscripción desempeña el doble papel de tradición y de solemnidad; lo mismo pasa con la hipoteca.

Esta clasificación de los contratos en reales, solemnes y consensuales, tiene importancia para determinar el momento en que el contrato se genera, en que nacen las obligaciones para las partes, y que comienzan a producirse todos los efectos que le son propios⁵.

⁵ Alessandri Rodríguez Arturo: *Derecho Civil. De los Contratos*, Editorial Zamorano y Caperan; Santiago 1976 (Pgs. 12 y 13)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.3.- REQUISITOS PARA LA VALIDEZ CONTRACTUAL

En la doctrina es casi unánime la siguiente clasificación de los requisitos para la validez del contrato:

a. Esenciales:

- Capacidad.- Que hace relación a la idoneidad legal para actuar válidamente, tiene estricta relación con las consideraciones de edad, el discernimiento y otras circunstancias de ésta índole.
- Consentimiento.- que ha de entenderse como el concurso de voluntades de las partes contratantes y se ha de manifestar en la oferta o propuesta de una parte y la aceptación de la otra.
- Objeto Lícito.- El objeto materia del contrato, para que este sea jurídicamente válido, en todos los casos ha de ser lícito, a más de determinado o determinable, salvo el caso del contrato aleatorio que dependerá de la expresa aceptación.
- Causa Lícita.- So pena de nulidad contractual, la causa que motiva el contrato ha de ser lícita, sea esta expresa o no.

b. Formales.- Cuando la ley exige para la validez del contrato el cumplimiento u observancia de ciertas formalidades.

c. Naturales.- Aquellos que se presumen incluidos en todo contrato, aunque al respecto nada hayan estipulado las partes.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- d. Accidentales.- Los que las partes pueden a su arbitrio pactar, sin que su omisión cause la nulidad del contrato.

2.4.- ELEMENTOS QUE SE HAN DE DISTINGUIR EN EL CONTRATO

Todo contrato lleva incursos ciertos elementos que lo distinguen y sin los cuales degeneraría en otro contrato diferente.

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

En síntesis, en los contratos hay cosas esenciales, aquéllas sin las cuales no pueden existir; cosas naturales, aquellas que se sobrentienden a pesar del silencio de las partes, y accidentales, aquéllas que se agregan mediante cláusulas especiales.

2.5.- SISTEMAS DE CONTRATACIÓN

Las diversas legislaciones adoptan diferentes criterios en torno a las bases que se han de respetar para la formación de los contratos, a esto se conoce doctrinariamente con el nombre de sistemas de contratación, de los cuales se conoce tres sistemas fundamentales.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

a. Sistema formalista:

Exige formas externas para la existencia del contrato. Dentro de él podemos distinguir:

- Sistema religioso, propio de los pueblos primitivos, en donde los contratos se celebran bajo juramento y ceremonias de marcado carácter litúrgico.
- Sistema romano, en el que no todo acuerdo podía ser considerado como un contrato, sino que era preciso, además, un fundamento jurídico determinado (CAUSA CIVILIS). Tal causa podía ser: una forma especial, una prestación o un reconocimiento especial que el derecho civil o el honorario prestaba a la simple convicción de las partes.
- Sistema germánico: de carácter más formalista; el que se obligaba entregaba a la otra parte una vara u otro objeto mueble sin valor como prenda de una promesa. Posteriormente se introdujo la forma escrita pero con un significado también formalista.

b. Sistema espiritualista: introducido por el ordenamiento de Alcalá, que rechazó el sistema formalista, consagrando el principio de libertad de contratación.

c. Sistema ecléctico: Supone una reacción de la forma escrita. Es el propio de los sistemas modernos y se caracteriza por las siguientes singularidades:

- Por regla general, el consentimiento de las partes basta para formar el contrato.
- Por excepción, ciertos contratos exigen además otro requisito:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Bien una prestación (contratos reales)
- Bien una forma determinada (contratos solemnes)

Este es el sistema seguido por nuestro derecho, que sigue un principio de libertad de forma, así el art 1561 del Código Civil dice: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*.

2.6.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LIMITACIONES: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LOS USUARIOS

En virtud de este principio las personas con capacidad para obrar pueden obligarse en la medida en que lo estimen conveniente a su interés y en la forma en que acuerden entre sí.

Los límites de la autonomía de la voluntad hacen relación al respeto al ordenamiento jurídico público, a los preceptos de la moral y a que los acuerdos o convenios que se obtengan, no afecten a terceros que no tengan relación con ellos.

Su fuerza radica en que el legislador ha revestido de una calidad especial a la autonomía de la voluntad, disponiendo que sus cláusulas y condiciones tengan la obligatoriedad de la ley.⁶

Se entiende por autonomía de la voluntad la posibilidad de que los sujetos se den a sí mismos, normas que ríjan sus relaciones jurídicas privadas.

⁶ TEMA 63: Concepto de contrato. Sistemas de contratación. El principio de autonomía de la voluntad y sus limitaciones www.notariosyregisradores.com/opositores/temasdeopositores/no-ci-063.doc



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este principio tiene una vigencia distinta según las diversas materias jurídicas: reducido en el derecho de familia, en el que priman las consideraciones de orden público; más amplio en los derechos reales, pero también limitada por la necesaria protección a terceros; amplio en el derecho sucesorio pero con importantes limitaciones. Pero su mayor desenvolvimiento se produce en el campo del derecho de obligaciones, en el que se desdobra en dos principios:

- Libertad de contratar o decidir si concluye o no el acuerdo.
- Libertad contractual o de fijar el contenido del acuerdo.

Sin embargo, no es un principio absoluto sino que siempre ha estado limitado, habiendo sido objeto de varias limitaciones a lo largo del tiempo:

Tiene su origen en el Código Civil Francés y por consecuencia lo vemos recogido en todos los inspirados en él, es decir los redactados durante el siglo XIX, tiene su máxima expresión en la ideología liberal, para la que cualquier limitación a la libertad y cualquier modificación de la reglamentación establecida por las partes, como la idea de precio justo, salario justo no son más que impedimentos al correcto funcionamiento del mercado. En el siglo XX, la ruptura de los dogmas de la igualdad entre las partes, la aparición de la contratación en masa y la mayor intervención de la Administración dentro del concepto estado social, va a tener como consecuencia un recorte de la autonomía de la voluntad.

En nuestro derecho la vigencia y límites de este principio no se encuentra consagrada en el Código Civil de manera expresa, sin embargo se encuentra tácitamente regulada en diversas disposiciones que dan clara cuenta de la libertad de los contratantes para imponerse un régimen contractual particular, siempre que este no contravenga el derecho ni la moral.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Resulta ilustrativo, para los fines de la presente tesis, citar el Artículo 1255 Código Civil Chileno “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público”

De lo anotado se colige que en todos los casos se recogen los límites tradicionales en la autonomía de la voluntad (ley, moral y orden público). En el Código Civil existen otros artículos limitativos que desarrollan estos parámetros genéricos, relativos a la nulidad a la renuncia a la exigibilidad anticipada del dolo:

Art 1477: “*No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.*

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. (Lo resaltado es mío). En éste artículo se proscribe las condiciones opuestas a las buenas costumbres y prohibidas por la ley anulando la obligación que de ellas depende; el art 1483 por el que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Etc .

Sin embargo la crisis del principio de autonomía de la voluntad, ha llevado a la multiplicación de estas limitaciones legales para determinadas relaciones, que por su contenido social pasan a tener una regulación más limitativa en relación con la autonomía de la voluntad, aquello lo podemos evidenciar por ejemplo en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la normativa que obra de cuerpos jurídicos desprendidos del Código Civil, como la Ley de Inquilinato, y en otros casos separada del derecho civil, como la normativa laboral.

Los límites operan además de formas diversas:

- Afectando a la libertad contractual, es decir, incidiendo sobre el contenido del contrato, los supuestos son innumerables: legislación laboral, legislación de protección del consumidor, etc.
- Pero puede a veces limitar la libertad de contratar en sí: se multiplican los supuestos de contratación impuesta, como por ejemplo en el caso de la contratación laboral, el seguro obligatorio.

El principios de Buena Fe; y, el abuso del derecho, constantes en la legislación civil, acotan también la licitud de los pactos en cualquier tipo de contrato. Esta limitación no opera sólo en el momento de la fijación del contenido del contrato, sino también en su ejecución. En este sentido es reiterada jurisprudencia obligatoria emitida a través de fallos de triple reiteración, en el sentido de que se puede modificar judicialmente las prestaciones del contrato, cuando se haya producido una alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias que de lugar a un desequilibrio grave en las prestaciones. Se trata en definitiva de la aplicación judicial de la cláusula REBUS SIC STANTIBUS⁷.

Hoy tienen especial importancia las limitaciones impuestas con la finalidad de proteger al consumidor o usuario, las cuales tienen su base en la Constitución

⁷ “Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos: en virtud de la misma, las obligaciones subsisten mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación. De sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes. El obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara em exceso honeroso. Esta cláusula se opone al principio “pacta sunt servanda” que obliga a cumplir en todo caso” CABANELAS GUILLERMO Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de la República, que en su Sección novena “Personas usuarias y consumidoras”, en el Art. 52 textualmente dice:

“Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”...

Una de las normas más importantes en esta materia es la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor del 10 de Julio del 2000; no obstante, la protección de los consumidores y usuarios se debe considerar como un principio general de nuestro ordenamiento, compatible con las normas protectoras ya existentes en el Código Civil y Código de Comercio.

Este desarrollo legislativo de corte protectivo, ha sido y sin duda alguna continuará siendo intenso. En atención al texto de la disposición que obra del citado Art. 52; así como, del No. 25 del Art. 66 ibidem, podemos distinguir:

- Normas que protegen la seguridad y la salud:

- normas sobre composición,
- presentación,
- control de calidad de productos alimenticios,
- farmacéuticos, etc.

- Normas que protegen los intereses económicos de los consumidores:

- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Ley de Comercio Electrónico Firmas y Mensaje de Datos
- Ley de Propiedad Intelectual
- Ley de Modernización del Estado
- Ley de Contratación Pública, entre otras.

2.7.- EL CONTRATO DE ADHESIÓN

2.7.1.- ANTECEDENTES

Es unánime en la doctrina jurídica el criterio de que los orígenes del contrato por adhesión tienen sus raíces en la Revolución Industrial⁸; la masificación característica de ésta, impuso la necesidad de revisión de los postulados clásicos del contrato, generando nuevas formas de contratación basadas en los principios netamente fabriles y de organización empresarial, de dinámica y oportunidad.

Como el contrato no pierde su eficacia como instrumento para los intercambios económicos, y continúa siendo imprescindible su utilización al momento de establecer obligaciones como consecuencia de las negociaciones realizadas, se ideó nuevas técnicas contractuales que sobre la base de los intereses de la empresa capitalista, pasaron a sustituir las formas tradicionales de contratación consensuada, por la imposición de un contrato tipo, formularios, pre impresos, etc., desdénando la libre discusión de los pormenores del negocio e imponiendo de manera unilateral y uniforme las cláusulas contractuales.

El vertiginoso desarrollo del sector productivo puso en evidencia que la dinámica tradicional para la formación del contrato, resultaba anacrónica

⁸ Entre otros, Rizzato Nunes, Grinover, Nery Jr., Vergara, Amélia Rocha, Lima Maques, en Brasil; Alterini, Garrido, Stiglitz, Lorenzetti, Mosset Iturraspe, en la Argentina.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en relación con las necesidades del sistema; este ritmo acelerado requería un instrumento expedito para la concreción de los negocios, sin perder la seguridad jurídica que también caracteriza al contrato.

Esta nueva forma de contrato ya no es precedida por fases de negociaciones preparatorias del acuerdo que recogido en las cláusulas constituía el contrato tradicional, sino que de manera directa, la parte contractual que ostenta mayor poder o dicho de otra manera, tiene una posición contractual preeminente, establece cláusula predeterminadas, ante las cuales al cliente (*parte contractual débil*) no le queda más opción que aceptarlas y someterse a ellas, o desistir del uso de los bienes o servicios ofertados por la empresa.

Muchos fenómenos han contribuido directamente para la generalización de esta clase de contratos:

- a) La acelerada urbanización y su demanda de servicios;
- b) El surgimiento de grandes empresas;
- c) El suministro de bienes y servicios en larga escala;
- d) La propaganda; y,
- e) La concentración de capitales.

El uso de la estandarización contractual se generaliza y el principal efecto de estos cambios es la mitigación de la libertad en la formación del contrato. Las decisiones individuales la capacidad de negociación y la libertad contractual del individuo se ven sacrificadas en aras de la eficacia de los negocios y los consecuentes réditos para la gran empresa.

Ricardo Luis Lorenzetti⁹ en relación con el asunto en referencia dice: “el origen de este fenómeno es la necesidad de bajar costos de transacción”:

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos: parte general.* / 1^a ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004. P. 62.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe haber muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario. Se trata entonces de una técnica, pero no de un nuevo tipo de contrato”.

La sociedad capitalista está caracterizada por la construcción de todo un andamiaje que posibilita la cobertura de necesidades reales, así como también por la creación de necesidades ficticias que dan lugar a toda una cultura de consumo; ello exige una producción planificada y estandarizada; y como consecuencia formas jurídicas que igualmente estandarizadas, sean capaces de dar salida desde la óptica contractual.

En este escenario los contratos por adhesión surgen como una respuesta que encajan perfectamente en la necesidad de rapidez e impersonalidad exigida por el modo económico de producción y distribución del sistema.

Al respecto Luiz Antonio Rizzato Nunes¹⁰, manifiesta “*El Derecho acompañó tal movimiento industrial y creó modelo propio de contratación adecuado al proceso industrial que surgía. Pasó a crear fórmulas estandarizadas, auténticas cláusulas contractuales en serie, verdaderos contratos de consumo*”. Concluye manifestando que tales contratos traen como característica más acentuada, “*la estipulación unilateral por los proveedores*”, que imponen sus condiciones a todos los que se enfrenten a la necesidad de adquirir sus bienes o servicios.

Si tenemos en consideración que en buena medida el comercio a gran escala propendía a la baja de costos de producción y elevaba la calidad de los productos, aquello indudablemente redundaba en beneficios para los consumidores, consecuentemente la pérdida de libertad contractual en sí

¹⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 613.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

misma, no era el problema más grave; lo que resultaba realmente complejo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la afección a los derechos de la parte contractual débil, era la inclusión de cláusulas abstractas, en las cuales no quedaban claros los límites de la responsabilidad de las partes contratantes.

Estas cláusulas, evidentemente eran redactadas por el proveedor de los bienes o servicios, y lógicamente tendían a ampliar sus derechos y eludir responsabilidades; estos comportamientos oportunistas trocaron la *libertad contractual* en *abuso contractual*, haciéndose evidente la necesidad de la presencia del Estado como agente normativo y regulador de la actividad económica.

Al respecto fue necesaria una re conceptualización, que dejara en claro que la libertad contractual no estaba exenta de límites, sino que el orden público y el interés social deberían ser los vectores de la formación contractual.

Maria Helena Diniz¹¹ al respecto dice: “el Estado interviene en el contrato, no solo mediante la aplicación de normas de orden público, pero también con la adopción de la revisión judicial de los contratos, alterándolos, estableciéndoles condiciones de ejecución, o mismo exonerando la parte perjudicada”.

Más allá de la intervención del estado a través de la promulgación de leyes, Maria Helena Diniz cree que el Poder Judicial tiene la responsabilidad de imponer los límites, “fundándose en el principio de la buena fe y de la supremacía del interés público”.¹² El orden público al cual se refiere, fue adoptado por el nuevo Código Civil de Brasil¹³.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – Volume 3*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32-33.

¹² VENOSA, Sílvio Salvo. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 1997.

¹³ Ley 10.406/2002, en vigencia a partir de 11.01.2003. Prescribe: “Art. 421. La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato” y “Art. 422. Los contratantes son obligados a guardar, así en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el “plan de las relaciones de consumo”¹⁴ el proceso de especificación de derechos fue mas allá de los principios y enumeró las hipótesis en que determinadas cláusulas serían consideradas nulas; *iure et de iure*.

Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago¹⁵, señalan las siguientes características de este tipo de contrato: “1) simplificación del acuerdo; 2) desigualdad de las partes; 3) papel del Estado; 4) promesa pública, firme y irrevocable, y, 5) predominio del interés general.”

En la actualidad nos encontramos frente a una realidad social conmovida en sus formas esenciales por este fenómeno conocido como revolución tecnológica, se generan situaciones novedosas en todos los órdenes, a un ritmo que resulta prácticamente imposible de seguir el paso, y que generalmente vuelve inútiles a las soluciones que se encuentran, en cuanto (*y en algunos casos antes de que*) se empieza a ponerlas en práctica; aquello marca una diferencia fundamental entre este mundo globalizado, sustentado en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; y aquel que hasta hace apenas un par de décadas, permitía que las soluciones a los problemas de coexistencia social sean las mismas o muy similares a aquellas que durante varias generaciones sirvieron perfectamente a tal fin.

Este vértigo como es obvio, incumbe al derecho en la medida en que las necesidades sociales lo presionan a dar respuestas que guarden coherencia con los tiempos; en este contexto, las formas contractuales clásicas basadas en la aplicación absoluta del principio de autonomía de la voluntad, y merced a las cuales el contrato nacía del libre consentimiento de las partes, cada vez con

probidad y buena fe”.

¹⁴ Brasil, Ley 8.078/1990, *Código de Defensa del Consumidor-CDC*, en vigencia a partir de 10.03.1991, prescribe, en el artículo 51 (numerus apertus) el rol de lo que consideras cláusulas abusivas.

¹⁵ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. *Contratos civiles y comerciales: parte general*. 2^a ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002. p. 543.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

mayor frecuencia se ve desplazado por nuevas categorías contractuales caracterizadas por su formación contractual particular y por la debilitación del componente consensual, que en la práctica llega en muchos casos a anular la voluntad de los contratantes haciendo muy difícil encasillarlas en el concepto mismo del contrato. De estas nuevas formas contractuales, sin duda la más común y crecientemente aplicada, es el llamado contrato de adhesión.

Como una consecuencia del acelerado crecimiento del sistema productivo, las empresas han marcado una tendencia generalizada a obviar los tratos o negociaciones preliminares¹⁶, desdeñando la tradición jurídica que imponía que el contrato se forma luego del intercambio de ofertas y contraofertas, imposibilitando que las partes ejerzan libremente su poder de negociación.

El contrato de adhesión surge cuando una de las partes redacta las estipulaciones y las exhibe con carácter de inmodificables a la contraparte, que bien puede ser una persona determinada o un universo indeterminado de terceros, quienes tienen únicamente dos opciones: o aceptan sin discusión alguna la totalidad de las estipulaciones (*adhiriéndose al texto del contrato y a la intención contractual del oferente*); o, las rechaza en bloque, desistiendo del negocio.

En esta clase de contrato queda en franca evidencia que es la presión económica y no circunstancias de orden jurídico, la que determina que la parte contractual fuerte imponga su voluntad sobre la otra, redactando el contrato en términos que atienden única y exclusivamente a sus intereses. Esta presión ha ido arrinconando a las formas clásicas de contratación discrecional en que era factible la discusión de sus contenidos, haciendo espacio a los esquemas impersonales, rígidos y preconcebidos por una de las partes.

¹⁶ Llamadas tratativas en la doctrina italiana



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Resulta ilustrativo citar a Walter Kaune Arteaga¹⁷, quien en relación al tema manifiesta: “en este tipo de contratos la libertad de negociación está restringida ya que no existe posibilidad de que una de las partes discuta y obtenga de la otra la modificación de los alcances y condiciones del contrato, contenidos en las cláusulas impuestas unilateralmente por una de ellas. Para los contratos de adhesión, el legislador ha previsto el art. 518 del C.C. que dispone que en la interpretación de estos contratos en caso de duda, el juez debe interpretar a favor del que adhiere y en contra del que ha impuesto las cláusulas de la contratación. Como ejemplo del contrato de adhesión, tenemos el de seguro, en el que el asegurado es el que acepta las estipulaciones establecidas de antemano por el asegurador sin posibilidad de discutir ni menos lograr se modifique sus condiciones. En estos contratos, la voluntad de una de las partes está de tal manera restringida que solamente se limita a aceptar lo estipulado por la otra”.

Entre las múltiples variantes adoptadas por diferentes autores acerca de los contratos por adhesión (tipo, formularios, empadronados, etc.), conviene observar pequeñas diferencias conceptuales. La principal es la existente entre los contratos por adhesión y los contratos *tipo*, también llamados *de masa*, *en serie* o *por formularios*. La confusión más común esta en el hecho de que los contratos presentan forma idéntica, de contenido uniforme y pre redactado. De allí, procedimientos de contratación alejan las similitudes.

Waldirio Bulgarelli,¹⁸ apunta que “sobre tal aspecto, se tiene normalmente que el contrato de adhesión es siempre presentado como contrato-tipo, al paso en que los contratos-tipos no se caracterizan, necesariamente, por la adhesión”. Así, mientras que en el contrato por adhesión la parte proponente impone las cláusulas de manera unilateral, en el contrato tipo es común la negociación del contenido por los

¹⁷ Walter Kaune Arteaga “Curso de Derecho Civil” Editorial Jurídica “Zegada”, La Paz-Bolivia, Volumen I. 1992, Pág 47

¹⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 99.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

contratantes, no siendo vedadas alteraciones acordadas entre las partes. Independiente de las terminologías utilizadas, importa verificar el *telos* legal, caracterizado por el contenido y forma de estipulación, “no por estar de esta o aquella manera; sea pre impreso o con espacios a llenar, aún así es contrato por adhesión”¹⁹.

Por fidelidad y reconocimiento a los términos exhalados en los conceptos, se recomienda la lectura de la precisión hecha por Jorge Mosset Iturraspe²⁰. El autor prefiere “hablar de contrato por adhesión y no de contrato de adhesión, por cuanto la nueva terminología importa asumir una postura definida dentro del otra vez debatido problema acerca de la naturaleza jurídica del instituto. No se trata de una cuestión bizantina; si enfrentáramos una nueva categoría contractual, que viniera a sumarse a los tipos clásicos estructurados en la mayoría de las legislaciones, sería correcto hablar de contratos de adhesión, como hablamos de contrato de compraventa, permuta, donación, etcétera. Pero si se trata meramente de una modalidad distinta en la formación de los contratos, cualesquiera sean ellos, lo adecuado es hablar de contratos celebrados por adhesión o, constriñendo la frase, de contratos por adhesión”.

2.7.2.- Conceptualización

La fisonomía de los contratos de adhesión, dadas sus características íntimas, aparece como opuesta a los contratos consensuales o paritarios. Pese a que la legislación ecuatoriana habla de “*contratos de adhesión*”, quizá lo más apropiado sería hablar de contratos por adhesión, ello en virtud de que la adhesión tiene que ver más con las circunstancias que rodean al contrato que con el contrato mismo pues este, sea típico o atípico, puede realizarse bajo la forma de adhesión; en esta circunstancia radica la similitud que existe entre los contratos por adhesión y las figuras denominadas “*condiciones generales*” y

¹⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 615.

²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. 1^a ed. Santa Fe: Rubinzel-Culzoni, 2003. P. 146.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“*contratos tipo*” pues unos y otros, en realidad no son nuevos tipos de contrato, sino más bien formas externas que pueden revestir a cualquier clase de contrato; sin embargo existe una diferencia fundamental entre estas y radica en que las “*condiciones generales*” y “*los contratos tipo*” atañen al procedimiento de la contratación , en tanto que los *contratos de adhesión* a las circunstancias en que se contrata.

Por cierto que los contratos de adhesión o por adhesión, pueden sustentarse en la forma de las “*condiciones generales*” o “*contratos tipo*”, y de hecho es aquello lo que acontece en una gran parte de estos (adquiriendo en esta circunstancia su mayor peligrosidad); no obstante la simple posibilidad de que aquello no acontezca en todos los casos, basta para proponer una necesaria separación conceptual.

El contrato por adhesión sería entonces un acuerdo contractual sometido a una modalidad particular, con iguales connotaciones pero sujeto a una manera diversa de prestar el consentimiento, dependiente ésta a su vez de la escala de poder de las partes contratantes.

Dicho de manera simple, el contrato por adhesión no es un tipo contractual, sino un modo de formación del contrato, que puede adaptarse a cualquier tipo contractual.

Como se indicara en líneas anteriores, esta forma contractual surge como consecuencia de las necesidades de la industrialización y transformación tecnológica de inicios del siglo XX.

Quien acuñó el término “*contratos de adhesión*” fue el tratadista francés Saleilles, quien en el año de 1902 en su obra sobre la declaración de la voluntad, anotó lo siguiente: “*Indudablemente hay contratos y contratos... existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre,*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

y cuya construcción jurídica aún está por hacer; ... se les podría llamar , a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da el mismo predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su lex contractus y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo”²¹

Pese a la larga data de existencia y utilización de los llamados contratos de adhesión o por adhesión, a diferencia de lo que ocurrió en una inmensa mayoría de los países de Hispanoamérica la legislación civil ecuatoriana, nunca lo incorporó en sus cuerpos legales, sino hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor a través de la Ley 21, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 116 de 10 de Julio del 2000. Quiza aquello no se ha debido a un descuido, sino al hecho de que el legislador (*y desde esta óptica, tendría cierta lógica*), no consideró que se trataba de un nuevo contrato, sino de una forma contractual aplicable a cualquier contrato.

Nuestra legislación ha mantenido el nombre primigenio que se le asignó a esta forma contractual, esto es “*contrato de adhesión*”, cuando una gran mayoría de legislaciones han reemplazado la preposición “de” por la partícula “por” habiéndose inclusive adoptado otras terminologías: “*contrato tipo*”, “*condiciones generales*” como se lo llama en España; también se lo ha denominado “*ofertas al público*”.

El tratadista argentino Federico Videla²², respecto al tema en cuestión indica que el cambio de preposición pese a su escasa entidad , significa una

²¹ Citado por Manuel de la Puente y Lavalle en “Estudios sobre El Contrato Privado”. Cultural Cuzco S.A. Editores. Editorial Labrusa, Lima-Perú, 1983. Pág. 286

²² Videla Escalada, Federico. “Contratos por Adhesión en Estudios de Derecho Civil” Ed. Depalma. Buenos Aires. 1968. Pag. 718



UNIVERSIDAD DE CUENCA

variación fundamental en el concepto mismo de la figura, ya que descarta la posibilidad de equiparar a estas convenciones con los contratos especiales , que han encontrado ubicación en los códigos civiles a lo largo de los tiempos. En los contratos por adhesión solo se encuentra en juego y asume características especiales uno de los elementos esenciales del contrato: el consentimiento.

Resulta muy clarificadora la exposición de Rodríguez Cazorla²³, quien refiriéndose al tema dice: *“El contrato por adhesión no es una categoría especial o una figura típica, como podrían ser los contratos de compraventa, mandato, comodato, arrendamiento, etc. sino difiere la forma en que se llega a celebrar o prestar el consentimiento. Es una forma que se refiere sólo a uno de los elementos esenciales pero que no modifica su esencia, la voluntad libremente expresada en cuanto a querer concretar el acuerdo. La parte tiene la posibilidad de no celebrar el contrato, aunque, si se decide a hacerlo, debe someterse a las condiciones preestablecidas por la otra parte. Se afirma que, así como se puede contratarse “por” correspondencia o “por” agentes o “por” teléfono, con las peculiares consecuencias jurídicas que cada uno de esos modos origina, igualmente puede celebrarse el acto “por” adhesión, y también, en tales circunstancias, ello ha de producir ciertos efectos propios.”*

Según Alessandri, contratos de adhesión “son aquellos en que una de las partes, por un acto unilateral de voluntad, fija las condiciones sobre las cuales se va a contratar, y la otra se limita a aceptarlas o a adherir en block a ellas, sin poder discutirlas”, resulta interesante la reflexión que al respecto hace el citado tratadista:

“Mucho se ha discutido entre los tratadistas de derecho, sobre la eficacia de estos contratos, y hay algunos, los más puritanos, que les niegan todo valor porque falta en ellos el libre consentimiento. Pero la mayoría de los autores,

²³ Rodríguez Cazorla, Alfonso. Monografía “Contratos de Adhesión” publicada en <http://www.monografias.com/trabajos65/contratos-adhesion/contratos-adhesion.shtml#xintro> (entrada 6 de enero del 2010)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

más de acuerdo con las necesidades de la vida real, reconocen la eficacia y validez de tales contratos, y dicen que no puede negarse que en ellos hay consentimiento, ya que el adherente ha podido perfectamente elegir entre contratar y no hacerlo; y en realidad, casi todos los contratos son de adhesión, porque se forman mediante la oferta, en que una de las partes fija las condiciones y la aceptación, en que la parte se limita lisa y llanamente a admitirlas o rechazarlas.

No puede, pues, alegarse la eficacia de estos contratos, que corresponden a las necesidades de la vida real; y si ellos tienen algún inconveniente, puede fácilmente subsanarse si la ley restablece el equilibrio roto, lo que puede hacer prohibiendo la estipulación de ciertas cláusulas onerosas, o haciendo obligatorias otras destinadas a amparar al contratante más débil; mientras tanto los tribunales hacen bien en interpretar estos contratos a favor de las partes menos favorecidas.²⁴

Por su parte Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual²⁵, define al contrato de adhesión como “*Aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas*”.

Según Ossorio²⁶, el contrato de adhesión es aquel que: “Constituye una típica y cada vez más frecuente modalidad de contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad, sin posibilidad de discutir su contenido.”

²⁴ Arturo Alessandri Rodríguez “De los Contratos” pgs. 12,13

²⁵ Guillermo Cabanellas “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual

²⁶ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989. Página 168.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Morello²⁷afirma que el contrato por adhesión atiende, dominantemente, al modo de formación del negocio al disponer una de las partes un esquema y adoptarlo para todas las situaciones que tiene a la vista y en la relación singular con cada uno de todos los contratantes posibles, de la forma que las mismas condiciones contractuales son aplicadas para cada negocio mediante modelos impresos o formularios donde el texto aparece pre ordenado.

El autor peruano Arias Schreiber²⁸ enseña que “el contrato por adhesión consiste en un modo peculiar de consentir, de enorme importancia práctica y en el cual la autonomía de la voluntad ha quedado minimizada de un modo tal que la figura se mueve entre la adhesión y la abstención contractual.”

Messineo²⁹, ha definido al contrato por adhesión como “aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente”

Por último, la única definición que ha dado el legislador ecuatoriano en torno al contrato por adhesión (*denominado en la legislación nacional contrato de adhesión*), es la constante en el Art. 2 de nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que en su artículo 2 dice:

“Art. 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por:
Contrato de Adhesión.- Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido.
...”

²⁷ MORELLO, AUGUSTO M.. "Dinámica del Contrato". Ed. Platense, La Plata, 1,985.

²⁸ Schreiber Pezet, Max Arias. “Los Contratos Modernos” W.G. Editor; San Isidro 1994.

²⁹ Citado por EDUARDO LAVALLE ZAGO. En "Contratos"



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De todas las definiciones citadas, podríamos colegir que por contrato por adhesión, hemos de entender a aquel cuyas cláusulas, no son el producto de una estipulación, sino del acto previo y unilateral de redacción y determinación por parte de una sola de las partes contractuales (indefectiblemente de la parte oferente), de manera que la otra parte *-urgida por la necesidad de satisfacer una necesidad-* no tiene capacidad alguna de negociación e introducción de modificaciones, teniendo frente a ello dos opciones: o se somete inopinadamente a los designios de la parte contractual preeminente; o, declina a concretar la negociación. Resulta evidente que esta clase de contrato introduce serias limitaciones a la libertad contractual e importa una verdadera imposición de los términos del contrato.

Es indiscutible que este desequilibrio contractual es consecuencia de una marcada disparidad de carácter económico entre las partes contratantes lo que conlleva a que la parte que oferta la satisfacción de la necesidad, sobre la base de su fortaleza y preeminencia, impone la aceptación indiscutible de sus condiciones, aboliendo la negociación y discusión del contenido del contrato, ni que hablar de la participación en su formulación, lo que al cabo redundaría en una marcada disparidad, como ya se ha dicho, de orden económico; pero inclusive y no menos importante, de carácter psíquico en desmedro de la parte contractual débil.

De esta manera el contrato de adhesión o por adhesión, llega a ubicarse en franca contraposición en relación con el contrato tradicional o paritario (que constituye la regla), en el que partiendo de un principio de igualdad entre las partes contratantes, estas tienen la posibilidad de concurrir influyendo sobre el contenido del contrato.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Según la doctrina francesa, los elementos constitutivos de contrato de adhesión, son la estipulación y la adhesión (*que a su vez se podría decir que son los momentos de formación del contrato*):

a) Por estipulación hemos de entender el conjunto de cláusulas que integran el contrato, mismas que han sido diseñadas por el oferente y se han establecido en el texto del contrato expresa o tácitamente; mismas que no están sujetas a revisión ni discusión.

Es importante hacer notar que si bien es cierto, la noción de las cláusulas indiscutibles que integran un contrato de adhesión, siempre nos evoca la idea de que por detrás de ellas se encuentra el gran monopolio, oligopolio o de la empresa de considerable poder económico e influencia; lo cierto es que esta clase de contrato se ha vuelto tan corriente que hoy en día hasta el comerciante más pequeño suele contar con facturas o recibos que contienen cláusula marcadamente adhesivas e intransigentes; solo a manera de ejemplo mencionaremos los recibos que se entregan en las lavanderías, en cuya leyenda final (*generalmente en letra pequeña*) constan una serie de cláusulas liberatorias de responsabilidad.

b) Adhesión, es el momento que marca el perfeccionamiento de la relación contractual y se solidifica con la firma del consumidor en el documento; acto que para todos los efectos se asumirá como la sumisión de éste a los dictámenes del contrato. La adhesión será entonces el hecho que implica la manifestación de la voluntad del usuario, en relación a la oferta publicitada por el estipulante.

Es más que evidente que la situación de inferioridad y desventaja en que se encuentra el consumidor, deriva fundamentalmente de la imposibilidad de protegerse ante la imperiosa literatura del contrato, frente a la cual se ubica de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

manera inopinada e irreflexiva, movido únicamente por la necesidad -acaso vital- de proveerse de un bien o un servicio.

De la otra orilla del contrato, aquello que obviamente implica desventaja y sumisión para el adherente, constituye el eje de los beneficios y ganancias para el comerciante, empresario o industrial, quien si dispone del tiempo y los medios para asegurar el éxito de sus estrategias comerciales; reflexionando, premeditando y calculando, incluso a través de estudios de factibilidad y efectos.

Sin embargo de lo anotado, la filosofía jurídica que anima la diversas normas que regulan estas relaciones contractuales desequilibradas, pone de relieve el principio de que el oferente o predisponente, bajo ningún concepto se podrá aprovechar de las facultades que le reconoce la ley para la celebración de esta clase de contrato, alterando el equilibrio contractual en su beneficio. No se puede asumir que tiene un salvoconducto para introducir abusivamente cualquier clase de cláusulas; sino que, la ley le transfiere la obligación de velar por los intereses del consumidor, sobre la base de la justicia de las prestaciones que en todo caso deberán ser racionales y estarán precedidas de suficiente y detallada información sobre su contenido y alcances, evitando la utilización de léxico técnico y complejo, así como de expresiones confusas, letra chica, etc.

Obviamente estos principios deberán ser observados por el oferente, no solamente como un acto voluntario de buena voluntad y honorabilidad personal; sino que se encuentran amparados en normas que integran diversos cuerpos normativos de carácter protectivo; que incluso han conferido a la administración de justicia la capacidad de tasar la justicia de las obligaciones derivadas de esta clase de contrato a efectos de reponer el equilibrio contractual.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.7.3.- Desequilibrio Inter Partes en el Contrato de Adhesión

Con cada vez mayor frecuencia, se vienen llevando adelante actos jurídicos en que las partes se vinculan mediante la adhesión de una de ellas, a las cláusulas establecidas unilateralmente por la otra.

A nivel doctrinario ha surgido una gran incertidumbre acerca de si este fenómeno llamado “contrato de adhesión” o “contrato por adhesión”, es un contrato que reuniendo todas las características propias de los contratos, difiere de estos únicamente en el hecho de que la aceptación se da por adhesión; o, si se trata de una figura única y con características propias que no puede ser asimilada a los contratos normales, sin trastocar su naturaleza.

En relación con el tema, existen dos corrientes doctrinarias marcadamente opuestas:

La Primera sostenida entre otros, principalmente por Duguit, Hauriou, Merin, Saleillesm y Colmo; expone que el contrato por adhesión, antes que un contrato, se trata de un acto unilateral de la voluntad privada de uno de los contratantes, que se superpone a otra voluntad que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales, de tal manera que no es posible hablar de dos voluntades que al ser concurrentes, originan una voluntad conjunta; sino de la imposición de la voluntad de una de las partes, expresada en un documento cuyos efectos cobran vigencia, una vez que la otra voluntad adhiere a las cláusulas inmodificables preestablecidas, lo cual constituye una condición *sine qua non* para la validez del acto unilateral.

La otra posición doctrinaria (la más numerosa), defendida por Spota, Planiol y Ripert, Josserand, Puig Peña, Cossio, entre otros, sostiene que el contrato por adhesión, comparte todas las características de los demás contratos; que en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

esta clase de contrato se da una coincidencia de voluntades en el proceso de oferta y aceptación, como consecuencia de la libre elección de los contratantes.

Sostienen que en nada afecta que los términos del contrato hayan sido preparados por una de las partes, si al final ambos llegan a coincidir al respecto, siendo que el vínculo que une las partes contractuales es una derivación de la expresa voluntad de cada una de ellas.

Indican que la adhesión de una de las partes a los términos del contrato, no es sino una forma peculiar de expresar su aceptación, luego de haber sopesado la conveniencia de contratar.

Importa dentro del análisis del presente trabajo, poner en evidencia que más allá de las bondades de orden meramente utilitario y de mercado que han dado origen y justifican la existencia del contrato de adhesión, este genera una sensible desigualdad de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, siendo la parte fuerte (*oferedente*) la que impone las condiciones contractuales, a las que sumisa e inopinadamente se adhiere la pate débil (*consumidor*).

Esta situación jurídica ha derivado, en no pocas ocasiones, en un refinado sistema de abuso contractual en el que se conjugan cláusulas contractuales obscuras y capciosas, con publicidad engañosa y léxico inaccessible al consumidor; sumado a la necesidad generalmente apremiante da adquisición y la falta de opciones por prácticas monopólicas.

Al respecto resulta muy ilustrativo el extracto de un artículo, que a continuación se transcribe, mismo que ha sido publicado en el internet por una ONG argentina dedicada a la protección de los derechos del consumidor³⁰.

³⁰ Contratos escritos de consumo y sus cláusulas abusivas. Internet: <http://www.proconsumer.org.ar/capitulo9.htm/>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“En nuestro mercado socioeconómico, como poderosa parte privilegiada, se presentan: productores, empresas industriales, fabricantes, comerciantes e intermediarios de bienes y servicios. Ellos son quienes dirigen masivas negociaciones con los consumidores, iniciando las relaciones con éstos mediante ofertas publicitarias y concretándolas –en la mayoría de las celebraciones- adhiriéndolos a sus contratos pre impresos en formularios. Contrastando la superioridad económica de esta poderosa parte, el consumidor se presenta sólo y débil frente a los contratos por adhesión y similares, con la única opción de aceptarlo sin posibilidad de discusión. Caso contrario deberá declinar, sin adherirse y perdiendo en la mayoría de los casos, la única posibilidad que le ofrece el mercado para poder adquirir un bien o contratar un servicio necesario a su nivel de vida elegido.

En estos contratos escritos de consumo, en sentido general y pese a su legalidad, se presentan al comprador honesto ciertas obligaciones inesperadas o mal informadas, de manera harto evidente. Las mismas se hallan en el contenido de las cláusulas que se encuentran incorporadas y predispuestas (de manera pre redactada), en las condiciones generales a las que se adhieren los suscriptores. Son condiciones indiscutibles, que las empresas anticipadamente han resuelto se incorporen en el contenido de sus futuros contratos. Con estas directrices salen al mercado, ofertando bienes o servicios, a un universo constituido por innumerables individuos.

Los consumidores, para adquirir los bienes y servicios, deben firmar la aceptación de esas condiciones generales cuyas cláusulas son inamovibles, inmutables y estandarizadas; lo cual denota su nula injerencia y participación en la redacción de las mismas y, consecuentemente, sin poder discutir su tenor las acepta o no. Sin brindárseles la mínima posibilidad de poder modificar precios, condiciones, modalidades, gastos extras u otras alternativas negociables, los consumidores son forzados unilateralmente a contratar.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De ahí que la doctrina jurídica lo caracterice como un “contrato sin sujeto”, al decir de C. A. Ghersi, por resultar vacío de contenido en la participación o voluntad del consumidor.

El consumidor, por otra parte, no está en condiciones de juzgar o estudiar en la mayoría de los casos por sí mismo, la idoneidad e inteligencia del contenido de los contratos mercantiles. El que suscribe estos tipos de contratos de consumo, pertenece lógicamente a un público masivo y neófito; por ello los oferentes redactan las cláusulas de tal manera que le resulten intelectualmente imposibles de comprender cuáles serán sus obligaciones. De ahí la presencia de cláusulas de interpretación ambigua, o con características tipográficas pequeñas (la famosa “letra chica”).

Al contenido íntegro de algunos contratos, sólo un docto en la materia puede entenderlo o interpretarlo. Y si intentamos leerlo en forma pausada al momento de contratar, nos apremian los promotores –con cualquier excusa- para limitar el tiempo material de lectura con tal de lograr la aceptación firmada, ya que significa una mayor comisión de venta para ellos.

Otro punto importante y muy perjudicial, es la imposibilidad de vislumbrar las futuras figuras jurídicas contractuales que debe necesariamente asumir el consumidor, en las distintas etapas del necesario desarrollo que exige el contrato. Esta incertidumbre e inseguridad jurídicas se exemplifican en los denominados “contratos conexos”; es decir, usted firma sólo un formulario contrato que en realidad colleva varios; por ejemplo, en los planes de ahorro: el plan de ahorro propiamente dicho + seguro de vida + contrato prendario + seguro del automotor. Otro ejemplo, en los famosos paquetes de productos bancarios y en un sólo formulario: contrato por la tarjeta de crédito + caja de ahorro + cuenta corriente + seguros; etc.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Sumemos a todo lo expuesto, que su adhesión es obtenida por verdaderos “maestros”, adiestrados en cursos y seminarios y contratados por las empresas para colocar sus productos. Son los mismos productores o promotores de contratos los que, en ciertos casos, ex-profeso desinforman al consumidor; le prometen imposibles bonificaciones, premios, regalos, que a posteriori no son respetados en las futuras etapas contractuales; indicándoles sólo las características favorables del producto. Las recíprocas condiciones contractuales son evitadas u omitidas por ser negativas para la gestión de venta. (v.g.: cambios de modelo, intereses por morosidad, gastos extras, seguros voluntarios, fletes, deudores prendarios, exigencias de garantías, enfermedades preexistentes, etc.).

Por el contrario, la responsabilidad de estos arteros vendedores no se ve comprometida, ya que inexplicablemente -por falta de regulación jurídica- se obvia su apellido, dirección y firma y, tan sólo en ocasiones, estampan un simple sello sin firma o con una apenas legible; y lo único que concretamente se estampa en el contrato, es la firma del consumidor...”

“La compleja naturaleza jurídica, técnica o científica de estos contratos prefabricados, provoca evidentes desequilibrios contractuales ante su incuestionable validez, observando objetivamente que:

- a) El consumidor por lo general, por su entendible prisa en adquirir un bien o contratar un servicio, entrega importantes sumas de dinero, desconociendo totalmente las responsabilidades y obligaciones que está asumiendo;
- b) Hay, contractualmente, un número importante de exigencias y obligaciones para el consumidor y mínimas para la parte predisponente, v.g. en cualquier contrato existe la incomprensible ausencia de multas para esta última (en caso de incumplimiento parcial o total);



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- c) La parte dominante se fortalece económicamente, gracias a sus inversores –temporales y gratuitos al respecto-, que son los consumidores (v.g. la industria automotriz y sus respectivas sociedades de ahorro previo; emisoras de tarjetas de crédito y sus entidades bancarias; etc.);
- d) Las desproporciones contractuales también se manifiestan entre los exiguos medios de que dispone el consumidor normal ante el poderío informativo, organización humana idónea y técnicas de avanzada de las empresas. Posibilita que los grupos poderosos agoten al consumidor en su reclamo; ejemplo de ello, es la conocida mecánica de derivarlo de empleado en empleado para que, finalmente agotado y desmoralizado, desista de su queja. En sentido contrario, si una empresa reclama al consumidor, desde su inicio lo apremia, asfixia y termina por ahogar en conflictos a su familia.”

Como se verá es imposible soslayar el marcado desequilibrio contractual existente entre la gran empresa o parte oferente -*quienes tiene la capacidad de auspiciar la “negociación” en masa, promocionándola a gran escala; inclusive a través de los medios de comunicación-*-; y, el consumidor o adherente que acude indefenso y solo a la contratación, con la única posibilidad de aceptar sin discusión ni reparo las condiciones preestablecidas, so pena de no satisfacer sus necesidades; no pocas veces vitales.

Esta parte contractual débil, es compelida por una poderosa voluntad unilateral a contratar; y en la práctica la elaboración de las cláusulas con carácter imperativo, constituye una forma soterrada de legislar en su propio beneficio, y redonda en un medio ideal a través del cual el oferente acomoda en su beneficio la situación contractual, inclinando hacia sí la balanza del repartimiento de las cargas y prerrogativas; y trasladando hacia el adherente los riesgos y las obligaciones, eximiéndose de esta manera de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

responsabilidades frente a cualquier eventualidad, en franco detrimento de los intereses y derechos del adquirente.

Digno de ser tenido en consideración en este desbalance contractual, es el asunto relativo a las “*cláusulas penales*” infaltables en esta clase de contrato.

Se ha vuelto muy común que el oferente dejando de lado los principios de buena fe y proporcionalidad, redacte esta clase de cláusulas de tal manera que le queda permitido resolver los contratos ante el menor incumplimiento del adherente; llegando inclusive al extremo de calcular dentro de sus políticas comerciales, el beneficio derivado del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el cliente, generándose paradójicamente un verdadero mayor interés en que el adherente incumpla, antes que en el cumplimiento de sus deberes contractuales, pues aquello da lugar a que obtenga el beneficio acumulado, de lo que por el cumplimiento normal del contrato habría obtenido, más lo que obtendrá merced a la ejecución de la penalidad establecida.

Adicionalmente, el oferente se blinda evitando que en el contrato existan cláusulas en sentido análogo, a favor del cliente.

Otro aspecto a ser observado, es el hecho de que por lo general el adherente es un sector masivo, que desprovisto de herramientas y conocimientos técnicos, se encuentra imposibilitado de comprender el alcance y consecuencias del texto de las cláusulas a las que adhiere; más aun si tenemos en consideración que en mucho casos de manera deliberada el oferente utiliza una redacción ambigua o técnica especializada; y, en no pocos casos con la inserción de notas adicionales en caracteres tipográficos pequeños “*letra chica*”, que pasan inadvertidas o nadie se toma el trabajo de revisar, y sin embargo contienen trascendentales compromisos de orden legal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Todo este desequilibrio inter partes presente en los contratos de adhesión, es una consecuencia directa de la presencia en ellos de cláusulas abusivas.

A este tipo de cláusulas doctrinariamente se les ha asignado algunas denominaciones: gravosas, draconianas, leoninas, lesivas, vejatorias, opresoras, etc.

Por cláusulas abusivas hemos de entender a aquellas cuyo contenido resulta atentatorio, a la debida transparencia de la información que se proporciona en relación con los alcances y consecuencias del contrato; así como, a los principios de lealtad y buena fe contractual, que redundan en un marcado desbalance de los derechos y obligaciones derivados del contrato, en perjuicio del adherente; constituyendo una verdadera desnaturalización del contrato, que se transluce en consecuencias lesivas a los intereses y derechos de quien se adhiere a la fórmula contractual pre impresa, y que en muchos casos resultan imposibles de visualizar al momento de la suscripción.

En términos generales diremos que se considerarán cláusulas abusivas:

- Las que desnaturalizan la esencia de las obligaciones o limitan el alcance de la responsabilidad civil.
- Las que contienen expresa o tácitamente renuncia o mengua al ejercicio de los derechos que la ley franquea a las partes; por ejemplo, aquellas que contienen prorrogación de competencia , entre otras similares;
- Aquellas que imponen la inversión de la carga de la prueba en contra del adherente.

Los oferentes, a efectos de desequilibrar en su beneficio las cargas contractuales, se valen fundamentalmente de dos clases de cláusulas:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.- Que generalmente las encontramos camufladas bajo la forma de supuestas cláusulas de garantía y se encuentran ocultas en textos oscuros y extensos; y han encontrado en los contratos de adhesión el caldo de cultivo propicio para su peligrosa vigencia y propagación.
- b. Cláusulas atributivas de competencia.- Aquellas que compelen al adherente a abandonar su jurisdicción natural para ante un juzgador generalmente distante e inaccesible; que en la práctica contraponiendo las ínfimas cuantías de los bienes o servicios fallidos, a los valores que de común genera un reclamo judicial (agravados por la distancia), tienen un efecto disuasivo en detrimento de sus intereses y derechos.

Si bien es cierto que las normas que regulan este tipo de contratación, atañen al orden estrictamente privado, y como consecuencia de ello los contratantes pueden escoger libremente la jurisdicción en que se ha de ventilar eventuales contiendas jurídicas derivadas del contrato; no es menos cierto que se debe tener en cuenta que en esta clase de contrato, es la voluntad de una de las partes la que se plasma en las cláusulas contractuales, a las que la otra se adhiere sin posibilidad alguna de discusión; e inclusive en la mayoría de los casos sin reparar en su contenido.

Esta circunstancia ha estimulado al legislador para que en relación con este tipo de renunciamientos -*en apariencia voluntarios*-, emitan una serie de normas que ponen a buen recaudo los intereses de la parte contractual débil, lo cual tiene enorme relevancia si se considera que la validez de las estipulaciones contractuales, siempre estará supeditada a su coherencia con la ley.

A manera de ejemplo comentaremos, que la legislación francesa desde los inicios de la utilización de este tipo de cláusulas abusivas en los contratos de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

adhesión, limitó muy cuidadosamente su eficacia, de manera que aquellas que aparecieren veladas con pretensión de hacerlas pasar desapercibidas en una lectura normal del contrato; o aquellas que no estuvieren escritas en términos claros y precisos, se las deberá tener por no escritas y serán reguladas en los términos de la Ley.

De igual manera se ha emitido jurisprudencia en el sentido concreto de que, si una cláusula de “atribución de competencia territorial” por su ubicación es de difícil reconocimiento en la literatura del contrato, el adherente estará en su derecho de desconocer su eficacia.

Por su atinencia con el tema que nos ocupa, me permito trascibir una breve cita de parte de una resolución emitida por un Tribunal Francés³¹, relativa a la cláusula *atributiva de competencia (ratione vel loci)*³²en los contratos de adhesión:

“si bien es lícito prorrogar convencionalmente la competencia territorial de un tribunal de gran instancia -en nuestro caso de primera instancia- sometiéndole un litigio diferido a otra jurisdicción de igual categoría, es necesario que esta prorrogación resulte claramente de la voluntad de las partes; que este no es el caso de un contrato de adhesión en que la prorrogación aparece insertada en caracteres tipográficos pequeños, después de la firma del adherente y sin una mención previa que invite al suscriptor a remitirse a una cláusula adicional”.

Como se colige de la cita que antecede, y de la normativa francesa vigente, si bien es cierto no se ha descartado la utilidad práctica de los contratos de adhesión y su vigencia, se ha optado por proteger al adherente sobre la base de la interpretación del espíritu del contrato.

³¹ Sentencia emitida por el Tribunal de Gran Instancia de la Ciudad de París el 20 de mayo de 1968

³² competencia en razón del territorio



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En varios países de Europa, así como en el Japón, esta clase de contratos prefabricados, son sometidos a la revisión del Estado, llegándose en algunas ocasiones a su suscripción prescindiendo de la fijación del precio, ello sobre la base de que existen una escrupulosa y severa regulación de precios por parte del Estado, que se entienden incorporados a las cláusulas del contrato.

En Argentina la “*Ley de Defensa al Consumidor*” confiere a éste el derecho de denunciar las cláusulas abusivas, ante los Organismos estatales administrativos y jurisdiccionales correspondientes, a efectos de que sean declaradas nulas o ineficaces, en aras de mantener el equilibrio y la lealtad contractual.

La Unión Europea por su parte ha legislado ampliamente el tema en custodia de los derechos de la parte contractual débil, así, entre una abundante normativa y jurisprudencia, citamos la siguiente:

“*La pauta por autonomía para la comprobación y el establecimiento del desequilibrio contractual en la adhesión, manda que se la aprecie tomando en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios envueltos en el contrato, y verificando, además, todas las circunstancias que confluyan al momento de la celebración del mismo*”³³

³³ *Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea (Hoy Unión Europea)*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO III

EL CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

3.1.- Nociones generales acerca del Comercio Electrónico

El comercio, entendido como la serie de mecanismos de los que se ha valido ancestralmente el hombre para trasladar las mercancías desde el productor hasta el consumidor; es una de las actividades primigenias del ser humano social.

Este proceso ha ido evolucionando a través del tiempo adaptándose a los diversos modos de producción e ideando novedosas formas de mejorar la calidad, abaratar costos e inducir al consumo.

En esta línea sin lugar a dudas la actividad comercial exigió y continúa exigiendo del hombre grandes dosis de ingenio. El comerciante desde siempre se ha valido de la tecnología para los fines de su oficio, desde los medios de transporte de las mercancías, pasando por su manejo y conservación, su colocación en el mercado y publicitación.

Desde inicios del siglo XX el desarrollo de la industria generó enormes cambios en la producción de bienes de consumo y obviamente en su comercialización, sólo a manera de ejemplo mencionaremos someramente la evolución de una de las alas de la actividad comercial; la publicidad:

Con la aparición de la imprenta, se masificó la oferta por medios publicitarios y esta suplió a los antiguos voceadores; el desarrollo de la prensa escrita, multiplicó el alcance y efectividad de la oferta; posteriormente se sofisticó y permitió mostrar al consumidor los objetos ofertados en detalle, con la aparición



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de la fotografía; más adelante la radio y la televisión multiplicaron exponencialmente su alcance; y, por último en las dos últimas décadas, la oferta de productos, gracias al desarrollo de los medios tecnológicos, electrónicos e informáticos, y sobre todo la generalización de la utilización del internet, ha dado un salto gigantesco a un nivel de mercado mundial.

El uso de estas nuevas tecnologías para el intercambio de datos tuvo su origen en actividades militares. A fines de los años 1970 el Ministerio de Defensa de Estados Unidos inicio un programa de investigación destinado a desarrollar técnicas y tecnologías que permitiesen intercambiar paquetes de información entre diferentes redes de computadoras, el proyecto encargado de diseñar esos protocolos de comunicación se llamo "Internetting project" (de este proyecto de investigación proviene el nombre del popular sistema de redes), del que surgieron el TCP/IP (Transmission Control Protocol)/(Internet Protocol) que fueron desarrollados conjuntamente por Vinton Cerf y Robert Kahn y son los que actualmente se emplean en Internet.

A través de este proyecto se logró estandarizar las comunicaciones entre computadoras y en 1989 aparece un nuevo servicio, la WWW (*World Wide Web, Red de Redes o Telaraña Global*), cuando un grupo de investigadores en Ginebra, Suiza, ideo un método a través del cual empleando la tecnología de Internet enlazaban documentos científicos provenientes de diferentes computadoras, a los que podían integrarse recursos multimedia (texto, gráficos, música, entre otros). Lo más importante de la WWW es su alto nivel de accesibilidad, merced a los escasos conocimientos de informática que exige de sus usuarios.

El desarrollo de estas tecnologías y de las telecomunicaciones ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio; en este marco se ha desarrollado el Comercio Electrónico.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el año 1996 la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional CNUDMI emitió la Ley Modelo de Comercio Electrónico, poniendo en consideración de los países miembros de la ONU un modelo normativo dirigido a resolver las inseguridades jurídicas surgidas como consecuencia de las operaciones mercantiles realizadas a través de medios electrónicos³⁴.

La cada vez más recurrente presencia de conflictos derivados de la utilización de medios tecnológicos de última generación, en la realización de actos comerciales, hizo que la antes referida propuesta de la CNUDMI diera origen a cuerpos regulatorios a nivel mundial; particularmente en el área andina, rápidamente se dictaron codificaciones que normaban los aspectos inherentes al Comercio Electrónico, siendo el primer país en hacerlo Colombia, seguido casi de inmediato por los demás miembros de la Comunidad Andina de Naciones CAN (Ecuador, Bolivia Perú y Venezuela), excepto Bolivia que expidió recientemente dicha normativa, siendo que en la actualidad todos cuentan con codificaciones que se ocupan del Comercio Electrónico e incorporan una serie de disposiciones relativas a aspectos que exceden lo meramente comercial³⁵.

En el caso de los países de la CAN, se advierte que han seguido criterios legislativos disímiles al momento de reflejar lo normado en la Ley Modelo de la

³⁴ “La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de “comercio electrónico”. Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico.” CNUDMI. Ley Modelo de Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno. 1996

³⁵ Colombia expidió la Ley 527 de 1999, el Decreto reglamentario 1747 de 2000, la Ley 588 de 2000 y Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio Nos. 26930 de 2000 y 36904 de 2001; Ecuador emitió la Ley 67 de 2002 y el decreto 3496 de 2002; Perú, por su parte, cuenta con la Ley 27269 de 2000 y el reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y Venezuela, expidió el Decreto 1024 de 2001; y Bolivia expidió la Ley de Documentos, Firmas y Comercio electrónico, en agosto de 2007



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CNUDMI, por lo que se puede observar que algunos de ellos se apegaron con mayor fidelidad a las recomendaciones, mientras que otros tomaron los elementos más representativos y fueron más allá, incluyendo otros aspectos no contemplados en la normativa modelo.

Pese a haber surgido estos cuerpos legislativos de un tronco común, los países en referencia al fin optaron por diversas formas normativas: Bolivia, en su ley sobre documentos, firmas y comercio electrónico pretende regular la comunicación electrónica de datos, la contratación electrónica, el uso de documentos electrónicos, las firmas electrónicas, entre otros aspectos; Colombia, en su Ley 527 de 1999 y el Decreto 1747 de 2000 regula el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico, las firmas digitales y las entidades de certificación; Ecuador, en su Ley 67 de 2002 y el Decreto 3496 de 2002 regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica, la prestación de servicios electrónicos (incluido el comercio electrónico) y la protección a los usuarios; Perú, en su Ley 27269 de 2000 y su Reglamento regula la utilización de la firma electrónica; y por último Venezuela, en su Decreto 1024 de 2001, regula mensajes de datos, firma electrónica y servicios de certificación.

Colombia y Ecuador han respetado esencialmente los preceptos de la Ley Modelo, haciéndole sólo agregados puntuales, mientras que Perú y Venezuela se han apartado sustancialmente de las recomendaciones realizadas. Por su parte, Bolivia ha optado por un comportamiento que podría describirse como mixto: en algunos aspectos ha recogido las directivas de CNUDMI, y en otros ha elegido apartarse de ellas.

El aspecto que podríamos considerar fundamental de dichas leyes, en relación con los mensajes de datos, es su reconocimiento jurídico, esto es, la garantía de su validez y efectos jurídicos, sin que se los pueda rechazar por el hecho de encontrarse en formato electrónico. La CNUDMI, en el Art. 5 de la Ley Modelo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

a que nos venimos refiriendo, a la letra dice: “*No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.*” ; este principio ha sido recogido por la totalidad de las legislaciones de la Región³⁶, y es el cimiento normativo fundamental sobre el que reposa la posibilidad de dar salida jurídica a los diversos problemas surgidos de la utilización de las nuevas tecnologías para la realización de actos jurídicos; y, particularmente los derivados de las operaciones de comercio electrónico.

A efectos de comprender a cabalidad la importancia y trascendencia del antes anotado principio jurídico, es imprescindible señalar lo que se ha de entender por “mensaje de datos”; al respecto, la propia Ley Modelo de CNUDMI en su Art. 2 indica que por “*mensaje de datos*” se entenderá 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 télex o el telefax*” . Este concepto ha sido adoptado sin excepción alguna por los países de la Región. En el caso del Ecuador, en el Inciso 1ro. de la Disposición General Novena de la *LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS* (Ley No. 2002-67)³⁷, va incluso más allá al referirse al intercambio realizado por “*cualquier medio*” electrónico.

En el desarrollo de la presente tesis, en la medida en que tengan relación con el tema de la misma, ahondaremos en diversos conceptos jurídicos de gran

³⁶ Bolivia lo estableció en los artículos 1 y 7 de su Ley; Colombia en los artículos 5 y 28 de la Ley 527 de 1999; Ecuador en los artículos 2, 14 y 22 de la Ley 67 de 2002; Perú en el artículo 1 de la Ley 27269 de 2000 y Venezuela en el artículo 1 del Decreto 1024 de 2001

³⁷ Inc. 1ro Disposición General NOVENA DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS Mensaje de datos: Es 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.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

importancia que han sido recogidos por las diversas legislaciones regionales, asumiendo las directrices constantes en “Ley Modelo”, entre ellos básicamente los relativos a Firma Electrónica, Valor Probatorio, Principio de Equivalencia Funcional, Neutralidad Tecnológica, Autonomía de la Voluntad, Entidades de Certificación, Entidades de Registro, Certificados Digitales, Derechos de Usuarios y Consumidores , Infracciones y Delitos Informáticos, entre otros que han configurado el espectro jurídico que permite dar respuesta jurídica a una gran cantidad de situaciones que en la práctica se presentan con cada vez mayor frecuencia, dado el creciente uso de las herramientas tecnológicas para las actividades comerciales.

Se ha esbozado un sinnúmero de conceptos acerca de lo que se ha de entender por comercio electrónico, los cuales varían dependiendo de cuál de las partes actoras dentro del proceso comercial lo defina; así:

“Es el uso de las tecnologías computacional y de telecomunicaciones que se realiza entre empresas o bien entre vendedores y compradores, para apoyar el comercio de bienes y servicios”

“Es la aplicación avanzada de tecnología de información para incrementar la eficacia de las relaciones empresariales entre socios comerciales” (Automotive Action Group in North America)

“La disponibilidad de una visión empresarial apoyada por la avanzada tecnología de información para mejorar la eficiencia y la eficacia dentro del proceso comercial” (EC Innovation Center)

“Consiste en efectuar todas las operaciones inherentes al comercio convencional, como comprar, vender, solicitar productos o servicios, entre otros, a través de un medio electrónico” (Adame 1999³⁸)

³⁸ citado por Rafael Belloso Cachín en su artículo “Marco Legal del Contrato de Adhesión en el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“Se entiende por comercio electrónico a todo intercambio de bienes o servicios realizados por medio de una plataforma electrónica. Este planteamiento no limita el comercio electrónico al realizado por medio de la World Wide Web o por internet; esto es importante pues existe una tendencia a creer que solo el planteado por páginas Web es comercio electrónico. Toda transacción realizada por medios como los SMS, las Redes Intranet, y otros, entrarían en la definición planteada. Si bien existen muchas modalidades de comercio vía electrónica, la más utilizada es la de base Web, esta puede darse por medio de una red abierta como el internet o una cerrada como las intranets. Además de la plataforma en que se realiza, existen otras clasificaciones según la forma en que son entregados los bienes. Si los bienes son entregados vía electrónica se habla de un comercio directo (on line) en cambio si los bienes se distribuyen por medios físicos como serían los bienes tangibles, se denomina indirecto (off line)³⁹

“Es una metodología moderna para hacer negocios que detecta la necesidad de las empresas, comerciantes y distribuidores de reducir costos, así como mejorar la calidad de los bienes y servicios. Por tanto no debe seguirse contemplando el comercio electrónico como una tecnología, sino que es el uso de la tecnología para mejorar la forma de llevar a cabo las actividades empresariales. Ahora bien, el comercio electrónico se puede entender como cualquier forma de transacción comercial en la cual las partes involucradas

Comercio Electrónico y la Telemática”, publicado en la Revista Electrónica de Estudios Telemáticos
<http://www.urbe.edu/publicaciones/telematica/indice/pdf-vol3-1/4marco-legal>

³⁹ *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce. Departament of the Treasury . EE.UU. 1996, citado por Fernando Rojas Andrews en su artículo “El Establecimiento Permanente en México Frente al Comercio Electrónico Transfronterizo” publicado en*
<http://www.monografias.com/trabajos46/establecimiento-mexico/establecimiento-mexico.shtml>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

interactúan de manera electrónica en lugar de hacerlo de la manera tradicional con intercambios físicos o trato físico directo.”⁴⁰

La Comisión Europea lo define como "*cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y on-line de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío on-line de servicios como publicaciones, software e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (Trade Sharing), subastas y servicios post-venta. Otra definición podría ser: " cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.*"⁴¹

Nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (ley no. 2002-67), en el Inciso sexto de su Disposición General Novena, define al Comercio Electrónico de la siguiente manera:

“Es toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información.”

En síntesis y tomando los variados elementos que obran de los conceptos antes citados, diremos que el Comercio electrónico sería toda transacción o intercambio de información comercial realizada por medio de la transmisión de

⁴⁰ Adrian Campitelli, Artículo “Comercio Electrónico , publicado en <http://www.monografias.com/trabajos12/monogrr/monogrr.shtml>

⁴¹ NEWMAN RODRÍGUEZ Silvana, “Aproximación a la formación del contrato electrónico en la Legislación Española”, http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm



UNIVERSIDAD DE CUENCA

datos utilizando redes electrónicas de comunicación; de manera que no sólo incluiría la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la “Red” para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.

En un sentido amplio la noción de comercio electrónico abarca a todas las transacciones comerciales que se realicen utilizando medios electrónicos, dentro de los que se encontrarían incluidos el fax, el telex, el teléfono, los EDI (*Electronic Data Interchange*) e Internet, no obstante para los efectos de la presente tesis restringiremos su alcance, considerándolo como aquella parte del Comercio que se realiza a través de redes cerradas o abiertas, sobre la base de la dinámica surgida de la relación oferta-demanda, sirviéndose de herramientas electrónicas y tele comunicacionales, a efectos de conseguir agilidad en los proceso comerciales reduciendo costos y tiempos.

Dentro de este escenario, tres son los principales actores: las empresas, los consumidores y las administraciones, los cuales han dado lugar a tres tipos básicos de comercio electrónico:

- a. Entre empresas o B2B (business to business)⁴²

⁴² **B2B** (*Bussiness-to-Bussiness*) es la transmisión de información referente a transacciones comerciales electrónicamente, normalmente utilizando tecnología como la *Electronic Data Interchange* (EDI), presentada a finales de los años 1970 para enviar electrónicamente documentos tales como pedidos de compra o facturas. Más tarde pasó a incluir actividades que serían más precisamente denominadas “Comercio en la red”, como la compra de bienes y servicios a través de la World Wide Web vía servidores seguros (véase *HTTPS*, un protocolo de servidor especial que cifra la realización confidencial de pedidos para la protección de los consumidores y los datos de la organización) empleándose servicios de pago electrónico como autorizaciones para tarjeta de crédito o monederos electrónicos. El B2B ha venido impulsado también por la creación de portales para agrupar compradores. Así, encontramos, por ejemplo portales de empresas de automoción, alimentación, químicas u hostelería, entre otros. Las compañías se agrupan para crear dichas páginas aglutinando fuerzas lo que les permite negociar en mejores condiciones. El mantenimiento de las páginas se produce pidiendo un canon por cotizar o cobrando a los socios una comisión del negocio realizado en el portal. En términos generales la expresión “business to business” (B2B) no se encuentra limitada al entorno electrónico, sino que hace una referencia de exclusión para destacar el origen y destino de una actividad que, por antagonismo no se refiere ni al “B2C”, B2G, etc. Solo por establecer un ejemplo de referencia, el B2B aplica a la relación entre un fabricante y el distribuidor de un producto y también a la relación entre el distribuidor y el comercio minorista... pero NO, a la relación entre el comerciante y su cliente final (consumidor),



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b. Entre empresas y consumidor o B2C (business to consumers)⁴³
- c. Entre empresas y Administración o B2A (business to Administrations)⁴⁴

La apertura al uso comercial de Internet y en particular el desarrollo de la World Wide Web ha sido el elemento clave que ha hecho posible que el comercio electrónico llegue al consumidor final, provocando un crecimiento en las transacciones a través de la red.

3.2.- Formación del Contrato

relación esta última que quedaría ajustada entonces, al entorno del "B2C" (Business to Consumer). Enciclopedia Libre Wikipedia <http://es.wikipedia.org/wiki/B2B>

⁴³ B2C es la abreviatura de la expresión **Business-to-Consumer** («del negocio al consumidor», en inglés). Se refiere a la estrategia que desarrollan las empresas comerciales para llegar directamente al cliente o usuario final. Un ejemplo de transacción B2C puede ser la compra de un par de zapatos en una zapatería de barrio, por un individuo. Sin embargo, todas las transacciones necesarias para que ese par de zapatos esté disponible para la venta en el establecimiento comercial —compra de la piel, suela, cordones, etc. así como la venta de zapatos del fabricante al comerciante— forman parte de lo que se llama B2B o Business-to-Business («de negocio a negocio», en inglés). A pesar del sentido amplio de la expresión B2C, en la práctica, suele referirse a las plataformas virtuales utilizadas en el comercio electrónico para comunicar empresas (vendedoras) con particulares (compradores). Por eso, el uso más frecuente es «**Comercio electrónico B2C**». El comercio electrónico B2C también llamado Bajas Calorías es una forma de venta con gran potencial a largo plazo; en la actualidad, lo están desarrollando los sectores de distribución de artículos de alimentación y consumo. Así, las grandes cadenas de distribución: supermercados, hipermercados, grandes almacenes ya disponen de portales propios para la venta a través de Internet. B2C también se aplica a instituciones financieras y cualquier otro tipo de empresa que establezca relaciones comerciales directas con sus clientes a través de Internet. El éxito de las transacciones electrónicas B2C depende de la fiabilidad de los sistemas de pago, que suelen ser a través de tarjetas de crédito, en otros casos se posibilitan otras formas de pago como contra reembolso, en efectivo o la utilización de servicios proporcionados por otras empresas como PayPal. En Colombia, una forma de pago adicional a las tarjetas de crédito es el débito on-line de las cuentas de ahorro y corrientes directamente en las entidades bancarias. Enciclopedia Libre Wikipedia <http://es.wikipedia.org/wiki/B2C>

⁴⁴ B2G es la abreviatura de **Business to Government** y consiste en optimizar los procesos de negociación entre empresas y el gobierno a través del uso de Internet. Se aplica a sitios o portales especializados en la relación con la administración pública. En ellos las instituciones oficiales (ayuntamientos, diputaciones...) pueden ponerse en contacto con sus proveedores, y estos pueden agrupar ofertas o servicios. Podríamos llamarlos de "empresa a Administración". Uno de los casos más importantes en Latinoamérica corresponde al desarrollo generado por el Gobierno de Chile a través de su programa Chile Compra (www.chileproveedores.cl) Enciclopedia Libre Wikipedia "<http://es.wikipedia.org/wiki/B2G>"



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Como se ha mencionado anteriormente, el vertiginoso desarrollo tecnológico ha determinado el desarrollo de nuevas herramientas y estrategias de comercialización. La empresa oferta su producción a un mercado global a través de la "red", los consumidores por su parte tienen la posibilidad de acceder a un muy significativo universo de proveedores, que obviamente redundan en una mayor capacidad de elección de productos compatibles con sus necesidades.

Las características principales del contrato electrónico son:

- 1.- Las operaciones se realizan a través de medios electrónicos;
- 2.- El lugar donde se encuentren las partes resulta irrelevante;
- 3.- No queda registro en papel;
- 4.- Se reducen considerablemente los tiempos para efectivizar las transacciones;
- 5.- Se reducen los intermediarios de distribución;
- 6.- Las importaciones no pasan, necesariamente, por las aduanas.

Esta última característica nos lleva a una clasificación doctrinaria de los contratos electrónicos que los divide en:

- a) Contratos electrónicos directos que son aquellos en los cuales el cumplimiento de la obligación contractual se hace a través de Internet (on line).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b) Contratos electrónicos indirectos, en los cuales el objeto de la prestación es un bien material o un servicio que debe ejecutarse fuera de la red. (off line).

Por otra parte, atento a los sujetos que sean parte del contrato, pueden clasificarse en:

- a) Business to Business (B2B), contratos celebrados entre empresas
- b) Business to Consumers (B2C), contratos celebrados entre las empresas y sus consumidores
- c) Business to Government (B2G), contratos a través de portales de compras estatales.

Estimo que no es una exageración afirmar que en la actualidad el mundo está basado en redes a todos los niveles imaginables, aquello ha provocado que en términos prácticos hayan desaparecido ciertas nociones que hasta hace apenas un par de décadas condicionaban fatalmente las actividades humanas; me refiero a las barreras temporoespaciales , pues los avances tecnológicos nos permiten asistir en tiempo real a acontecimientos que suceden en los lugares más alejados y recónditos del planeta; o, que nos sea posible obtener información de todos los tópicos y procedencias imaginables ; sin que representen obstáculo alguno las barreras geográficas.

Es evidente que esta realidad presupone implicancias jurídicas insospechadas, pues no existe espacio jurídico que no se haya visto conmovido y forzado a dar respuesta a nuevas e inesperadas situaciones, originadas en la *sociedad de la información*: teletrabajo, tributación de operaciones comerciales perfeccionadas en lugares sujetos a diversas jurisdicciones nacionales, nuevos delitos penales (*hacking, craking, sniffers, ciberpunk, estafas virtuales*), manipulación y venta



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de datos sensibles almacenados digitalmente, gobierno electrónico (*e-government*); entre un enorme sin fin de situaciones y actos que sobrepasan las formas legales diseñadas para regular una realidad analógica, de contactos personales físicos, facticos o tangibles, que configuran lo que se ha dado en llamar “*realidad atómica*”.

Los contratos electrónicos quizá sirvan como la evidencia más contundente de ello, pues sin que haya importado la existencia o no de legislación que la ampare, ha surgido y se ha expandido hasta alcanzar rangos considerablemente importantes a nivel planetario; siendo fácil prever que continuará ampliando su injerencia hasta alcanzar a corto plazo cotas de generalidad.

Ya se mencionó aquel axioma que indica que el derecho siempre va por detrás de la realidad que le toca regular; pero en el presente caso, los avances tecnológicos y la actitud humana frente a ellos, han dado vuelcos tan abruptos, que en muchos casos el derecho no ha atinado a dar respuesta alguna hasta que inclusive estas realidades irresolutas han vuelto a ser superadas.

En la esfera del derecho de los contratos celebrados por medios electrónicos, muchos aspectos no han sido regulados, en cuyo caso los juristas han tenido que venir aplicando por analogía las doctrinas tradicionales a un derecho nuevo, pues en la práctica se ha generado una suerte de extraterritorialidad en el orden comercial y mercantil, situación que ha exigido alguna clase de cobertura jurídica básica que solo ha podido ser instrumentada a través de los contratos.

Ya analizamos en profundidad en el capítulo anterior la fisonomía jurídica del contrato, por tanto de manera sintética diremos que pese a que por definición el contrato es un acuerdo de voluntades en torno a una determinada convención, cuya finalidad es regular sus alcances sobre la base de la autonomía de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

voluntad de las partes; en el ámbito de los contratos por vías electrónicas, diremos que es un acuerdo de voluntades ligadas en el espacio virtual con la finalidad de crear, modificar, transferir o extinguir derechos de los contratantes.

Pese a que de manera superficial esta clase de contrato aparentaría ser uno más que se realiza utilizando medios electrónicos, lo cierto es que encierra una gran cantidad de particularidades que lo vuelven único y ameritan una serie de recaudos especiales en su tratamiento.

En el ámbito de la Teoría General del Contrato, el acuerdo contractual atraviesa tres etapas: la generación, la perfección y la consumación⁴⁵. La primera está referida a los llamados tratos o negociaciones preliminares y al proceso interno de la formación del contrato; la segunda, al nacimiento mismo del acuerdo que se perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación; y la tercera, a la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del contrato, siempre sobre la base de las expectativas de cumplimiento que tienen las partes al momento de celebrar el contrato.

Ahora bien, si se parte del hecho cierto de que la contratación electrónica es, por regla general, una contratación sometida a formatos previos, es decir, que las condiciones de la contratación han sido previamente dispuestas por una sola de las partes quedando a la otra parte sólo la facultad de adherirse (contrato de adhesión), la primera fase a la que se ha hecho mención, es decir, los tratos o negociaciones preliminares, pierde relevancia, esto sucede en todos los ámbitos posibles de contratación electrónica, pero mayoritariamente en los contratos de servicios, por ej. compra-venta de boletos aéreos.

De otra parte, el momento del nacimiento del contrato, permite conocer a partir de qué momento el contrato existe, así como determinar cuál es la ley aplicable,

⁴⁵ Castan T. José, "Derecho Civil Español, Ed. Común y Floral, Tomo III 10^a.ed, Madrid, 1967, pg. 463.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la capacidad de las partes contratantes, cuál es la norma aplicable en el supuesto de modificaciones legislativas ocurridas durante la formación del contrato (hay una ley vigente en el momento de los tratos preliminares y deja de estar vigente al tiempo del nacimiento del contrato), determinar los plazos de prescripción, el límite de la retroactividad en el caso de contratos sometidos a condición, la transferencia de los riesgos de la cosa objeto del contrato, los precios del mercado o la rescisión de los contratos hechos en fraude de los acreedores⁴⁶, etc.

Algunos de estos aspectos resultan relevantes dentro del ámbito de la contratación electrónica, por ejemplo, el de la determinación de los riesgos, y otros parecen quizá imposibles, como las modificaciones legislativas en dos momentos del contrato, dables solo en consideración a características propias de la Contratación Electrónica como la inusitada velocidad en la ejecución⁴⁷.

También tiene especial relevancia, el lugar de perfeccionamiento del contrato, que permitirá determinar los tribunales competentes y el derecho aplicable.

3.3.-Generalidades del Contrato Informático

El Dr. Miguel Ángel Davara, citado en la obra del tratadista Juan Farina, dice: "Contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo."⁴⁸

⁴⁶ Diez Picaso, L., "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Madrid, 1993, 4^a Ed. Pag 268

⁴⁷ Barceló Juliá R., "Comercio Electrónico Entre Empresarios. La Formación y Prueba Del Contrato Electrónico" Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴⁸ Tomado de <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/consumidor-informatico.pdf>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De acuerdo con la Doctora Catherine Mantilla⁴⁹, los contratos informáticos “son aquellos que establecen las relaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad, el uso y/o goce de bienes informáticos y prestar servicios informáticos.”

En el compendio de Reglas y Pautas de Soluciones Uniformes al Comercio Electrónico, de la Cámara de Comercio Internacional I.C.C. “*Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement URGETS*” en su Art. 3.1, define al contrato electrónico como “*el acuerdo con fuerza legal concluido a través del intercambio de mensajes electrónicos, concernientes a una o más transacciones comerciales electrónicas, en el cual las partes acuerdan los términos y condiciones del convenio, incluyendo sus derechos y obligaciones*”⁵⁰

La doctrina ha establecido, al menos tres categorías principales de contratos informáticos, a saber:

- a) De Hardware
- b) De Software
- c) De Servicios

En el caso de nuestro país, a partir de abril del 2002, contamos con la “*Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos*”, antes de ella, no disponíamos de una legislación especializada que echara luz sobre varios aspectos jurídicos, atinentes exclusivamente a los actos contractuales celebrados por medios electrónicos.

⁴⁹ Mantilla Catherine, “*Contratos Informáticos*”, Ponencia Del VIII Congreso Latinoamericano de Derecho e Informática, Mexico 2000, publicado en <http://comunidad.derecho.org/congreso/ponencia8.html>

⁵⁰ La ICC, luego de reconocer los rápidos cambios en el comercio electrónico y la ausencia de reglas o prácticas comerciales establecidas, considera apropiado proveer ciertas reglas para el comercio electrónico, como método alternativo a los métodos basados en papel. Las reglas diseñadas pueden ser usadas voluntariamente por los comerciantes en sus contratos, como supletorias del derecho imperativo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Con la referida ley, se han dilucidado en gran medida aspectos como la validez de los contratos electrónicos (*Art.45*); perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos (*Art. 46*); jurisdicción (*Art. 47 y Disposición General Sexta*); así como también, a lo largo de la Ley en cuestión, se aborda lo relativo al objeto de estos contratos, para cuyo efecto obligatoriamente se hace relación al concepto de “Sistema”, el cual comprende cuando menos cuatro componentes fundamentales:

- el soporte físico (*Hardware*)
- el lógico (*Software*)
- la información objeto de tratamiento; y
- el usuario

Todos estos componentes funcionan de manera independiente de la misma forma en que es independiente su naturaleza jurídica, pero en el caso de los contratos informáticos deben ser estudiados como un conjunto.

En síntesis, para definir al contrato electrónico, se podría tomar como válido el siguiente concepto: *“Todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, concretados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio.”*

Partiendo de saber que el comercio, sea que se verifique de manera tradicional o utilizando medios electrónicos, será invariablemente la entrega de bienes o servicios, a cambio de una retribución o contraprestación de carácter económico; una vez agregados los componentes que caracterizan a esta nueva forma de entablar y concretar relaciones comerciales, evidenciaremos que el comercio electrónico ha provocado situaciones sui generis en relación con las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuales la normativa tradicional no es del todo aplicable; o siendo aplicable no regula ciertas particularidades atinentes propiamente a esta forma de comercio.

Trataré de graficar el tema: en el comercio tradicional, el contacto físico nos permite dar por cierta la identidad de los intervenientes: En busca de satisfacer una necesidad concreta, me dirijo a un local comercial conocido por el giro específico relativo al bien buscado; este local contará con una identificación cierta, e inclusive en la mayoría de los casos con propaganda, trayectoria y posicionamiento comercial en el medio; en el curso del negocio, tendré contacto físico con el bien ofertado e incluso me es posible hacer averiguaciones acerca de sus particularidades, finalmente si el negocio se concreta, el bien me es entregado a cambio del pago de su valor y se me gira una factura o nota de venta en la que constan detalles relativos a la identidad comercial del vendedor; con todo lo cual no nos queda duda alguna de con quién estamos tratando comercialmente. En las transacciones comerciales realizadas a través de medios electrónicos, la falta de contacto físico nos pone en situación de tratar con realidades virtuales que se condensan únicamente en la información que tenemos en la pantalla de la computadora, desvaneciéndose toda posibilidad de recrear las situaciones fácticas propias del comercio tradicional, como serían ir al local comercial, buscar, encontrar, revisar si el bien elegido cumple con nuestras expectativas, negociar y comprarlo. En el Comercio Electrónico no existe otra opción que confiar en que la información que el oferente ha subido a la red para promocionar su mercancía, se compadece con la realidad.

Sin duda alguna, es precisamente esta situación de “confianza ciega” la que reviste al Comercio Electrónico de un halo de incertidumbre que resulta disuasivo no sólo para consumidores, sino inclusive para los propios oferentes, y cuando menos en nuestro medio redundó en una aún incipiente incidencia en la esfera del comercio.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Existen varios aspectos de orden jurídico que dentro de la contratación informática ameritan un análisis especial:

- VALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN REALIZADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS,
- FORMACIÓN DEL CONSETIMIENTO,
- TRIBUNAL COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE.

La validez de la contratación electrónica, definitivamente es un asunto que ya está absolutamente fuera de discusión, existiendo inclusive legislación exclusiva que reglamenta el tema; en el caso ecuatoriano, se ha dictado la Ley No. 2002-67 “LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS”, cuyos incisos cuarto y quinto de los considerandos, a la letra señalan:

“Que a través del servicio de redes electrónicas, incluida la Internet se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario normarlos, regularlos y controlarlos, mediante la expedición de una Ley especializada sobre la materia;”

“Que es indispensable que el Estado Ecuatoriano cuente con herramientas jurídicas que le permitan el uso de los servicios electrónicos, incluido el comercio electrónico y acceder con mayor facilidad a la cada vez más compleja red de los negocios internacionales;”.

A su vez el artículo 45 ibídem reza:

“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.”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Estimo que la normativa citada es elocuente y en suma con el contexto de la Ley en referencia, así como otros cuerpos legales en los que el legislador ha introducido regulaciones al respecto, me releva por inoficioso del análisis relativo a la validez de la contratación electrónica.

Quizá un único aspecto que en relación con el tema aún genera incertidumbre, es el relativo a aquellos contratos que para su perfeccionamiento requieren del cumplimiento de solemnidades, como el otorgamiento de instrumentos públicos, respecto a los cuales aun no existe claridad jurídica, sin embargo, existen estudios muy serios en relación con el funcionamiento de las notarías electrónicas.

Al respecto es necesario reconocer que el legislador ecuatoriano en el Art. 51 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, constante en el Capítulo IV “De los Instrumentos Públicos”, ha incorporado una muy acertada disposición cuya ausencia según se puede apreciar del derecho comparado, causa graves vacíos en otras legislaciones. Dicha norma copiada es como sigue:

“Art. 51.- Instrumentos públicos electrónicos.- Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

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

En cuanto a la formación del consentimiento, La doctrina se viene ocupando de una serie de aspectos que no se encuentran o están deficientemente regulados por la normativa, tales como el momento y lugar en que se forma el consentimiento, la capacidad, la nulidad por vicios de consentimiento, etc. .



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En relación con los temas inherentes al consentimiento en la contratación electrónica, creo imprescindible hacer un breve análisis de algunos aspectos fundamentales:

En las formas primigenias de contratación el consentimiento era emitido de manera verbal; posteriormente se generalizó la formalidad de otorgarlo por escrito, plasmando las cláusulas en un soporte físico y validando su contenido con el estampamiento de firmas, sellos, huellas u otras formas capaces de identificar y comprometer a los contratantes.

Actualmente asistimos a un nuevo escenario en el que el consentimiento puede emitirse por vía electrónica, tiene enorme relevancia desde el punto de vista jurídico, determinar cuándo y dónde se forma el consentimiento de las partes, ya que de ello devendrán un sinnúmero de consecuencias para los contratantes.

Establecer el lugar en que se ha formado el consentimiento, nos permitirá determinar cuál es el Juez competente para conocer las controversias que surjan de la ejecución del contrato; así como la ley aplicable en el evento de que existan dos o más legislaciones aplicables al mismo⁵¹, el carácter de

⁵¹ En tal sentido señala Rogel "Es importante la fijación del lugar de perfección porque el locus contractus es punto de conexión para determinar los tribunales competentes en caso de litigio, la ley aplicable al contrato y a la relación jurídica que éste pueda generar y los usos y costumbres, en fin, a tener en cuenta para la interpretación del mismo. Importa, a mayor abundamiento, a efectos fiscales, para determinar la Administración que está legitimada para cobrar los impuestos y cuáles sean éstos", Rogel Vide, Carlos. 2001. "Los Contratos Electrónicos, sus Tipos y el Momento de su Perfección", publicación electrónica *Derecho sobre Internet*, <http://derechosobreinternet.com>. [[Links](#)]

En la misma línea Prada: "Es trascendente la concreción del lugar de celebración del contrato electrónico por varios motivos; primero, porque facilitará la interpretación del contrato; segundo, porque permitirá conocer en su caso, los requisitos especiales que se hayan establecidos para su formalización; y tercero, porque determinará la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones que versen sobre aquél o si es el caso, de aquéllos que exijan su cumplimiento", Prada Alonso, Javier. 2001. "Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: prueba y perfección del contrato", en *Revista General de Derecho*, formato electrónico, http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm. [[Links](#)]



UNIVERSIDAD DE CUENCA

nacional o internacional del contrato; y, adicionalmente para interpretarlo de conformidad con los usos y costumbres, como ocurre por ejemplo en el caso de la legislación ecuatoriana, en el caso del contrato de arrendamiento de cosas, regulado en los Arts. 1879 y 1885 del Código Civil.

Hay autores que sostienen que la determinación del lugar en que se perfecciona el contrato, no representa un problema, pues como -según dicen- es propio de nuestra legislación, al igual que sucede con la chilena y la española entre otras, se cuenta con reglas que con meridiana precisión sirven para determinarlo.⁵²

Sin embargo, en la actualidad la doctrina es prácticamente unánime en indicar que estas reglas ya no resultan suficientes, fundamentalmente en atención al carácter internacional de la contratación electrónica y a las características especiales de la misma.

Para revelar la complejidad de los problemas que presenta la contratación electrónica en lo relacionado con el lugar de perfeccionamiento del consentimiento, hemos de relatar el hecho de que en su mayoría los negocios electrónicos se consideran (*para efectos de la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento*) contratos entre presentes; si bien

*De Miguel por su parte, y específicamente referido a la contratación internacional expresa: "La precisión del lugar de celebración del contrato es decisiva en la aplicación de ciertas normas de Derecho Internacional Privado, que emplean este elemento como criterio de conexión en materia de competencia judicial internacional y de ley aplicable", De Miguel Asensio, Pedro A. 2000. **Derecho Privado en Internet**. Madrid: Civitas Ediciones, p. 315. [[Links](#)]*

⁵² Martínez Gallego: "La mayoría de los autores que examinan la contratación entre <ausentes> y los problemas que ella suscita han distinguido dos cuestiones fundamentales: la referente al lugar de la perfección del contrato y la relativa al <momento> de la perfección del mismo. Nosotros, siguiendo la tónica inicial de la investigación, nos centramos únicamente en la segunda de las cuestiones apuntadas y admitimos sin reparo el tenor literal del párrafo segundo, in fine, del art. 1.262 Cc: <El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta", Martínez Gallego, Eva. 2000. **La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación**. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 115. [[Links](#)]



UNIVERSIDAD DE CUENCA

resulta paradójico que las partes consideradas presentes se encuentren en lugares diversos, en términos prácticos sucede en la mayoría de los casos de contratación electrónica. Ello amerita que pese a que virtualmente las partes se encuentren presentes, sea imprescindible determinar con certeza el lugar de la celebración del contrato electrónico.

La fijación del lugar de celebración del contrato electrónico, por su carácter eminentemente internacional, genera un sinnúmero de problemas, a los que se suma el hecho de que al concepto de domicilio físico de los contratantes, hoy se tenga que agregar el relativo al domicilio electrónico, lo que agrega un componente adicional de incertidumbre al tema en cuestión.

A efectos de entender a cabalidad la real connotación del asunto que nos ocupa, es importante considerar que una vez emitido el consentimiento en la máquina (computadora) del cliente, la información circula a través de varios servidores hasta llegar al interesado, esta situación ha generado una interrogante que conlleva importantes consecuencias de orden jurídico; ¿cuál es el momento de la aceptación?, ¿Cuándo dicha información sale de la computadora del cliente?, ¿cuándo llega al servidor del oferente?; o, ¿cuándo este la abre?...

Determinar el momento en que se forma el consentimiento, a su vez nos permitirá determinar:

- El momento en que los derechos y obligaciones provenientes del contrato pueden ser ejercidos o demandados.
- El oferente ya no podrá retractarse de su oferta.
- Empiezan a correr los plazos de prescripción o caducidad de las acciones.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Como se podrá colegir, fácilmente encontraremos frente al tema en que dos criterios e intereses contrapuestos, argumentarán en defensa de sus particulares posiciones, concretamente entrarán en pugna los intereses contractuales de quien envía la información versus los de quien la recibe.

Para el oferente que envía la información, la oferta se entenderá aceptada desde el mismo momento del envío, desligando responsabilidad frente al evento de que los servidores presenten problemas de orden técnico; en tanto que para el que recibe la información, no sabrá de las intenciones del oferente hasta que efectivamente no la tenga en su poder, consecuentemente desconocerá cualquier clase de obligaciones de su parte antes de que haya llegado a tener conocimiento de la información.

En cuanto a la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato, nuestro Código Civil, no contiene normas que regulen la formación del consentimiento; y el legislador, con la promulgación del Código de Comercio ha intentado llenar este vacío haciendo aplicables los artículos constantes en Título Primero del Libro Segundo de dicho cuerpo legal, relativos a la formación del consentimiento en materia civil.

El Art. 147 del Código de Comercio establece que *“residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”*

Es menester indicar que en cualquier caso, que la solución dada por el derecho ecuatoriano al asunto del derecho que se ha de aplicar en materia contractual, en relación con el lugar de celebración del contrato, solo adquiere importancia si las partes en uso del principio de autonomía de la voluntad, no han sometido el contrato a un determinado derecho que lo rija; ello teniendo en consideración fundamentalmente que la legislación ecuatoriana tiene carácter dispositivo y



UNIVERSIDAD DE CUENCA

regulará las relaciones contractuales únicamente en tanto las partes no hubieren estipulado voluntariamente el lugar de celebración del contrato.

Este principio ha sido recogido por el legislador ecuatoriano en la *LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS*, que en su articulado, en relación con el tema dispone:

"Art. 46.- Perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos.- El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.

La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes."

Art. 47.- Jurisdicción.- En caso de controversias las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y esta ley, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario.

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

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

Como se desprende del texto de la Ley, el legislador nada en concreto dice acerca del lugar que se ha de tener como aquél en que se otorga el consentimiento, sino que directamente nos pone frente a dos opciones: la de que al respecto exista acuerdo entre las partes contratantes constante en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

alguna de las cláusulas del contrato; o, en caso de no haberlo, se apliquen los medios tecnológicos que fueren necesarios y las leyes nacionales a que hubiere lugar para la solución del eventual conflicto contractual.

Queda claro que las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, nos deja a la deriva frente al tema. Conocido como es que la antes referida Ley, se inspiró en la Ley Modelo de la UNCITRAL “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*”⁵³, de gran interés para solventar estos conflictos hubiese sido que incorporara en su texto, las directrices que sobre el tema obran de dicho “modelo”, que con meridiana claridad indica que se tendrá por lugar de celebración del contrato, aquel donde el destinatario tiene la sede principal, independientemente del lugar de instalación del sistema informático:

Art. 15, No. 4. “De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo...”

En el texto que antecede, se resalta el carácter objetivo que en el derecho internacional privado, en materia de comercio, se le atribuye al domicilio, indicando que el lugar en que se encuentra el sistema de información, no es determinante, pues lo verdaderamente relevante será aquel lugar que implique un vínculo razonable y objetivo con el iniciador y el destinatario respectivamente.

En el caso de la legislación ecuatoriana, no podemos olvidar que además existe numerosos convenios internacionales suscritos por nuestro país, mismos

⁵³ La CNUDMI, mejor conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) es el órgano jurídico central del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el ámbito del derecho mercantil internacional. Desde su fundación en 1966, esta Comisión ha desempeñado un papel de suma relevancia en el apoyo que brinda la ONU al comercio internacional y es considerada como uno de los instrumentos más importantes para el desarrollo de la economía mundial



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que de conformidad con el mandato contenido en el Art. 425 de la Carta Magna, tienen el segundo orden en rango jerárquico normativo de supremacía, por sobre las demás leyes nacionales. Uno de los tratados de los que el Ecuador es signatario es el que acoge el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante; en el que encontramos normativa de gran importancia en relación con el tema que nos ocupa, siendo de capital interés los siguientes artículos:

Artículo 176. Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento.

Artículo 177. Se aplicara la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento.

De las normas antes citadas, se colige que existen varias situaciones en las que la propia ley, pese a pacto en contrario, nos devuelve a la protección de la legislación nacional.

Las relaciones virtuales por su propia naturaleza, nos ubican frente a escenarios que no tienen paralelo, pues en la práctica esta clase de negociación se realiza en una dimensión internacional e inclusive en circunstancias que se ubican más allá del mundo *atómico*, dándose situaciones en las que el consentimiento se forma en lugares virtuales, lo cual constituye una abstracción que amerita que entendamos, que el lugar de formación del consentimiento importa una concepción bastante diversa, de lo que en el derecho tradicional se entiende por domicilio (*lugar de residencia con ánimo de permanencia*); es más bien una cuestión de atribución de efectos jurídicos y no de determinar si el contratante reside o estuvo presente en determinado lugar a la celebración o ejecución del contrato.

Este fenómeno concebido desde el alcance internacional de la contratación electrónica, adquiere complejas connotaciones, ello en virtud de que el o los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

negocios del oferente, así como el o los servidores del aceptante, pueden tener su asiento en diversos países.

Ante tal realidad, en relación con la necesidad de determinar el lugar donde se ha realizado la oferta, se presentan tres escenarios posibles:

- Que fuera el lugar desde el cual se ha enviado electrónicamente la oferta (sitio de ubicación del computador del oferente).
- Que fuera el domicilio del oferente (entendido el domicilio como el lugar de habitual residencia con el ánimo real o presuntivo de permanecer en él).
- Que se trata del lugar en que se halla el servidor, terminal o computador en que se recibe la oferta.

La doctrina española, principalmente, sostiene que el lugar en el que se ha realizado la oferta es aquel en que se encuentra ubicado el o los computadores desde los cuales se ha emitido la misma vía electrónica⁵⁴, esta posición presenta cierta complejidad si se tiene en cuenta la gran cantidad de sistemas electrónicos a través de los cuales es factible emitir la voluntad. No parecería una solución viable al problema en cuestión, por cuanto en términos prácticos, identificar un computador en particular dentro de una red mundial de dimensiones gigantescas, resulta imposible⁵⁵;

⁵⁴ Carrascosa, Pozo y Rodríguez afirman: "Lo importante para fijar el lugar de contratación a través de ordenadores u otros medios electrónicos, sería ubicar el ordenador con quien se ha establecido la comunicación". Prada, Ob. Elec. cit.: "En la contratación electrónica todo va a depender dónde se encuentre ubicado el ordenador oferente, aunque es previsible que las grandes empresas centralicen sus operaciones en un único lugar, independientemente del número de sucursales que tengan, éstas quedan subordinadas a su establecimiento principal, reducidas a simples cauces de información", Carrascosa, Valentín, Pozo; María A., Rodríguez, E.P. 1999. *La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos*. Granada: Segunda Edición, Editorial Comares, p. 31.

⁵⁵ De Miguel, Ob. Cit., p. 405, destaca tal dificultad al decir: "La configuración técnica de Internet dificulta la precisión geográfica en el que se hace la oferta, pues la sede de la empresa oferente, la localización física del sitio web en el que se formula o del servidor que se emplea para enviar el mensaje de correo electrónico en el que se contiene no coincide necesariamente con el lugar desde el que se ordena la introducción de esa información a la Red, emplazamientos que con frecuencia ni siquiera



UNIVERSIDAD DE CUENCA

adicionalmente no podemos descuidar el hecho de que los desarrollos tecnológicos posibilitan; y, de hecho en la actualidad es de curso ordinario que se emitan mensajes de datos desde dispositivos móviles⁵⁶, lo cual definitivamente vuelve inviable a esta posibilidad de solución.

Parecería mucho más lógico entender que el lugar de formación del consentimiento es aquel en que este se “gestiona y organiza” y no aquel en que se encuentra ubicado el servidor o computadora que opera el sitio. Esta es precisamente la línea que sigue la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y que se encuentra plasmada en su Art. 15.4, al que en líneas anteriores me he referido.

Como se verá, tener como base el criterio de la ubicación geográfica para la determinación del momento y lugar de otorgamiento de la voluntad, resulta anacrónico y dificulta una respuesta jurídica a situaciones de orden práctico cada vez más cotidianas merced a los crecientes niveles de contratación electrónica.

Las reglas impuestas por el derecho contractual clásico obviamente no fueron diseñadas para un contexto tecnológico en el que las “realidades” virtuales son capaces de relevar a las “realidades” fácticas; sin ir más lejos, en el ámbito de las contrataciones, gracias a los medios electrónicos de comunicación, es perfectamente posible que personas separadas por

pueden ser conocidos por la contraparte (si bien tiende a exigirse que el proveedor informe de su dirección geográfica)". En el mismo sentido Prada, Ob. elec. Cit., señala: "Quizá el problema es ubicar espacialmente una página web, dado que los nombres que poseen los proveedores de Internet, no se corresponden necesariamente con una ubicación física conocida. La duda también aparece desde la perspectiva de la otra parte contratante, es decir, el adquirente de bienes y servicios, ya que puede realizar la operación desde cualquier ordenador conectado a la red".

⁵⁶ Clemente, Ob. Cit., p. 83, en tal sentido señala: "entiendo irrelevante el lugar desde el que el oferente transmite la oferta al servidor en que se almacena, desde el que envía el correo electrónico que contiene la oferta. Entre otras cosas porque puede resultar imposible de conocer para el aceptante y podría dar lugar a todo tipo de fraudes; además de que podría ser cualquiera: un coche, un barco, un avión..."



UNIVERSIDAD DE CUENCA

considerables distancias geográficas, puedan contratar (*entre presentes o presencialmente*) en un proceso continuo e ininterrumpido.

Ya en la segunda mitad del siglo XX, se desarrolló abundante doctrina en torno a la contratación por vía telefónica, misma que terminó sentando los antecedentes para que abstractivamente se tenga a la contratación realizada por este medio entre personas separadas físicamente pero unidas tecnológicamente, como realizada entre presentes.

Por otra parte y a efectos de no soslayar un aspecto que en determinadas circunstancias podría resultar importante para el análisis jurídico del contrato electrónico, es importante notar que si bien es cierto que cuando se habla de medios de comunicación electrónicos, de manera automática se nos ocurre que en términos contractuales sirven para realizar la contratación entre personas separadas por la distancia, esta percepción restringe inadecuadamente el espectro de la utilización de medios electrónicos en el área contractual, puesto que en atención a las enormes ventajas que ofrecen los formatos electrónicos (*almacenamiento, transmisión, conservación, etc.*) es muy común su utilización en los procesos de negociación y contrato entre personas que comparten un mismo espacio físico; es decir que comparten una misma ubicación geográfica.

La doctrina moderna, mayoritariamente desdeña el criterio de la distancia geográfica, como determinante en la contratación; sino, que se ha de considerar esenciales las circunstancias de que los contratantes no concurran, no se encuentren o no estén conectados al momento de articularse o unirse sus respectivas declaraciones de voluntad. Este criterio como se indicará, se ha utilizado para solventar las situaciones derivadas de la utilización del teléfono en la contratación, no obstante lo cual es



UNIVERSIDAD DE CUENCA

perfectamente acopiable a las realidades que en este campo derivan de la utilización de medios electrónicos.

Para exemplificar el punto jurídico que venimos analizando, resulta muy ilustrativo el criterio de *Lalaguna*, quien indica que : "*tanto da que este hecho [el de la comunicación interrumpida] se produzca como consecuencia de que los contratantes no pueden llevar a cabo el contrato en un mismo acto por estar alejados entre sí o por encontrarse en lugares distintos, como que se produzca porque los contratantes, pudiendo realizar el contrato en un mismo acto por encontrarse en el mismo lugar, hayan decidido celebrar el contrato haciendo sus respectivas declaraciones de voluntad en actos separados*".

En la actualidad los criterios doctrinarios están bastante uniformizados en relación con la aceptación de la autonomía conflictual en materia contractual⁵⁷, como consecuencia de ello, prima el criterio de que se impondrá la legislación elegida por los contratantes; únicamente en el evento de que las partes no hubiesen pactado en dicho sentido (*es decir no hubieren hecho uso de la autonomía conflictual*), el contrato se regirá por la Ley del lugar en que el contrato se hubiere celebrado. Este criterio doctrinario es precisamente el que ha sido acogido por nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

En cuanto al sometimiento voluntario de las partes a una determinada legislación, vía cláusula contractual, puede ser tácito; y dicha declaración tácita se podrá deducir de ciertos hechos que a criterio del juzgador,

⁵⁷ *La autonomía conflictual deriva de la autonomía de la voluntad y, aunque estrechamente vinculada, no debe confundirse con la autonomía material, en virtud de la cual, las partes están facultadas para incorporar al contrato normas materiales particulares, tomadas de legislaciones nacionales o creadas por ellas mismas. La autonomía conflictual habilita a las partes para designar el derecho conforme al cual el juez deberá resolver las controversias que surjan en torno al contrato, entendido como un todo en el que se comprende las normas materiales incluidas en ejercicio de la autonomía material.*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

denoten tal intención; por ejemplo, si de las cláusulas contractuales se desprende que el lugar de ejecución del contrato, el Tribunal Arbitral señalado y las referencias constantes en el contenido del contrato, son todas relativas a un determinado ordenamiento jurídico. La autonomía conflictual en consecuencia, no es necesario que sea invocada de forma literal ni esta sometida a tecnicismos jurídicos, sino que pende de la intención manifiesta o presumible de sometimiento.

De lo anotado se entiende que el lugar de celebración del contrato es de aplicación subsidiaria en la determinación de los efectos jurídicos relativos al otorgamiento de la voluntad contractual, lo cual ciertamente resta trascendencia -a nivel de contratación electrónica- a los inconvenientes derivados de las dificultades para determinarlo.

Este principio se encuentra limitado frente al caso de los contratos doctrinariamente conocidos como *contratos de consumo* los cuales están protegidos en prácticamente todas las legislaciones por leyes dedicadas a la defensa de los consumidores, bajo la consideración de que estos (*los consumidores*) constituyen la parte contractual débil.

Este blindaje especial con el que reviste la ley a esta clase de contratos, los pone al margen de la autonomía conflictual, recobrando absoluta vigencia el lugar de celebración del contrato a efectos de que sea la normativa protectoria al consumidor imperante en tal sitio, la que se aplique a cualquier diferendo legal; aquello con carácter de irrenunciabilidad; es decir no obstante los pactos contractuales al respecto.

Este tratamiento especial que da la ley a los *contratos de consumo* deviene de la particular ubicación que tienen las leyes de defensa a los consumidores⁵⁸ que a pesar de ser parte integrante del derecho privado

⁵⁸ En el caso del Ecuador Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley 21, publicada en el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

(*particularmente el derecho civil y mercantil*), entran dentro de la esfera del orden público. Esta situación es fácil de entender, ya que sus disposiciones no atan al interés individual; sino que, su observación interesa a la sociedad, y su custodia a la autoridad pública en ejercicio de su condición garantista de los intereses públicos; que en el caso que nos ocupa, son los de un sector social amplio y en situación de desventaja: los consumidores.

Siendo las disposiciones de estas leyes, de orden genérico, es decir no dirigidas a custodiar intereses individuales sino colectivos, el consumidor individualmente considerado no está facultado para renunciar a dicha protección, ello partiendo del entendimiento de que tal normativa ha sido expedida con carácter de trascendencia y generalidad; y, en aras de precautelar un adecuado comportamiento de la economía y el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

En concordancia con la corriente legislativa internacional⁵⁹, nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, hace relación a la irrenunciabilidad de los derechos conferidos por ella a los consumidores, en su Art. 43, en los numerales 8 y 9, poniendo de manifiesto dicha condición protecciónista:

"Art. 43.- Cláusulas prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusula o estipulaciones contractuales que:

8. Impliquen renuncia por parte del consumidor de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,

Registro Oficial Suplemento 116 del 10 de julio del 2000

⁵⁹ Vg. Chile: Ley del Consumidor No. 19.496, modificada por la Ley 19.955, en su Art. 4 dispone: "Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores"



UNIVERSIDAD DE CUENCA

9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.”

En nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ni en su Reglamento, no se hace relación de manera puntual a la competencia en relación con el lugar de celebración del contrato, como se puede observar de las disposiciones que obran del Capítulo XIV de la Ley y del Capítulo XII del reglamento; ello es lamentable porque el legislador ha creado un vacío que impone para cada caso recurrir a la doctrina y al derecho comparado.

Muy de desear hubiese sido que en el texto de dicho cuerpo legal existiera una disposición como la del Art. 50 A de la Ley del Consumidor Chilena, en la que con meridiana claridad el legislador se ocupa de indicar cuál será el Juez competente en razón de lugar, haciendo inclusive una alusión expresa y especial al caso de los contratos celebrados por medios electrónicos⁶⁰.

El derecho de los consumidores, español y comunitario europeo se encuentra animado por similares principios; así, la norma de irrenunciabilidad de los derechos del consumidor se encuentra reconocida en el artículo 2.3 de la “Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios”, norma que consagra que la renuncia previa de los derechos que reconoce

⁶⁰ Ley del Consumidor N° 19.496 modificada por la Ley 19.955; Art. 50 A: “Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanen de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor”, fijando incluso nuestra ley una regla especial para la determinación del tribunal que debe conocer de un asunto en las hipótesis de contratación electrónica.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la Ley a los consumidores en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Normas de redacción semejante se encuentran en el artículo 48 de la “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*”, artículo 12.1 de la “*Directiva sobre Contratación a Distancia*”⁶¹; en la “*Disposición Adicional Primera de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*”, introducida por la “*Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, que al incorporar la lista de cláusulas abusivas, en varias de ellas incluye como conducta abusiva el hecho de inducir al consumidor a la renuncia de alguno de sus derechos básicos. Las citadas, únicamente a manera de ejemplo, de entre tantas otras disposiciones emitidas bajo la misma orientación, contenidas a lo largo de toda la legislación especial de consumo.

Con los antecedentes expuestos, se puede esbozar ciertos principios básicos que orientan jurídicamente la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico celebrado rebasando las fronteras nacionales; ello en relación con el derecho aplicable en materia contractual:

Si acudimos al derecho comparado, encontramos que en la legislación española, en la normativa de derecho internacional privado, existen disposiciones inherentes al derecho aplicable al contrato, que señalan como factor de conexión al lugar de celebración del contrato; sin embargo, en términos generales la legislación española recurre a este enfoque únicamente de manera subsidiaria ante la eventualidad de que no fueren aplicables otros factores de análisis, de los que el de mayor aplicación e importancia, es el de la autonomía conflictual.

⁶¹ Directiva 577/85, de 20 de diciembre de 1985, referente a la Protección de los Consumidores en el caso de los Contratos negociados fuera de los Establecimientos Comerciales.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Código Civil español contiene normas relativas a la determinación del derecho aplicable a los contratos, sin embargo estas en la práctica contractual han sido reemplazadas por las contenidas en el *Convenio de Roma Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*" emitido en 1980, según el cual el contrato se ha de regir por la Ley escogida por los contratantes; y, en el evento de no haberse dado tal estipulación, por aquella que presente vínculos más estrechos con el contrato. Dicho esto, el lugar de celebración del contrato quedaría descartado como factor de conexión del contrato.

La normativa del *Convenio de Roma* resulta señera en cuanto a la contratación internacional, particularmente en relación con el tema referente al lugar de celebración del contrato (*cuya importancia, de conformidad con esta normativa -que a su vez se ha hecho cargo de la tendencia doctrinaria preponderante- se encuentra en franca declinación en el ámbito del derecho internacional privado*) y es importante anotar que en relación con los contratos de consumo, el artículo 5.2 de convenio en referencia, indica que el contrato se regirá por la ley elegida por la partes, ello sin perjuicio de la normas vigentes en el Estado en que el consumidor tenga su residencia, relativas a la protección al consumidor⁶².

El derecho internacional privado ha reemplazado al lugar de celebración, por factores de conexión como la autonomía conflictual, los vínculos más estrechos, y en ocasiones la residencia habitual de las partes.

⁶² *Convenio de Roma; Art. 5.2 "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: - si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta."*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Desde una perspectiva doctrinal, estos factores se enmarcarían en lo que se conoce como *factores abiertos*, que contrariamente a los *factores cerrados*, poseen cierto grado de flexibilidad en la medida en que posibilitan una determinación del derecho aplicable en proporción a su conexión con el contrato.⁶³ Esta doctrina de los llamados “factores abiertos”, ha permitido en la práctica solventar la generalizada incertidumbre en torno al tema de la determinación del lugar de formación del consentimiento contractual, anclándolo en términos de coherencia al lugar en que la relación jurídica tiene su *asiento natural*.

Estimo que los complejos problemas a los que nos vemos avocados en relación con la temática que nos ocupa en cuanto al derecho nacional se refiere, se verían notablemente simplificados, si en nuestra Ley de Comercio Electrónico se incluyera una norma del tenor de la que a continuación se bosqueja: El acuerdo de las voluntades contractuales en el contrato electrónico, se entenderá formado en el lugar que las partes acuerden; de no haberse fijado de mutuo acuerdo dicho lugar, será aquel con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa especial nacional de protección al consumidor.

Algunas legislaciones, como es el caso de la chilena, han optado por tener como el lugar de la oferta electrónica (*que para dicha legislación es el de la aceptación*) el del sitio donde se encuentra ubicado el computador desde el que se ha transmitido la oferta.

⁶³ “Sobre el particular conviene destacar que en la base del sistema de derecho internacional privado está la idea – originalmente expresada por Savigny – de que las relaciones jurídicas tienen un asiento natural, esto es, se localizan en un territorio determinado; razón por la cual la legislación vigente en ese territorio será la que, en principio, esté en condiciones de ofrecer la regulación más idónea. Así las cosas, factores de conexión como el lugar de celebración del contrato han sido criticados por su excesiva rigidez, la cual impide al juez aplicar un derecho que, de las circunstancias del caso, resulte más estrechamente vinculado con el contrato sobre el que verse un determinada controvérsia” Ruperto A. Pinochet Olave; Artículos de Doctrina; Revista Ius et Praxis, 12(I): 215-231,2006



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este criterio genera serios inconvenientes pues se basa en la consideración de un lugar físico, desligado de los componentes anímicos que son en suma los que determinan el sustento volitivo del contrato. Lo apropiado es considerar que el lugar de la aceptación, será aquel donde se ha exteriorizado la voluntad con el propósito de generar obligaciones.

Para aclarar lo antes anotado, estimo necesario hacer para cada caso una distinción de la función concreta que ha cumplido el computador: Si ha sido utilizado como el lugar en que se ha plasmado la voluntad contractual, podrá sin ningún problema ser considerado como el lugar de la aceptación; más, si tal voluntad ha sido adoptada en otro ámbito (*por ejemplo la resolución adoptada en una sesión, por el directorio de una Empresa*) y posteriormente transmitida electrónicamente utilizando al efecto un computador como herramienta, resulta evidente que el lugar de la aceptación no coincidirá con el de ubicación del computador. Es decir tiene trascendencia jurídica el lugar en que objetivamente se ha formado la voluntad.

Otro aspecto de capital importancia, es la determinación del momento del nacimiento del contrato electrónico; cuya fijación tiene relevancia por las siguientes razones:

- Implica el inicio del contrato que une a las partes y convierte en directamente exigibles las obligaciones en él contenidas.
- A partir de su vigencia, será ineficaz (*por extemporáneo*) cualquier intento de revocación o retiro de la oferta o de la aceptación por parte de los contratantes.
- Pasarán a ser ineficaces determinadas causas de extinción de los compromisos contractuales. (*por ejemplo: incapacidad sobrevenida, o muerte del autor de la declaración, caducidad, etc.*).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Se transmiten los riesgos de la cosa al adquirente, en los casos en que la perfección del contrato implica la transmisión de la propiedad o de otro derecho real.
- Permite determinar cuál es la normativa aplicable en atención a la vigencia de la ley y sus efectos.
- Determina el momento en el que empiezan a correr ciertos términos legales; por ejemplo, el que le asiste al consumidor para desistir o pedir la resolución del contrato celebrado a distancia, para reclamar la cobertura de las garantías, etc..

En lo referente al momento de nacimiento de los contratos realizados a través del internet, ha de tenerse en cuenta que cuando las partes no se encuentran presentes geográfica y temporalmente; es decir, cuando no coinciden físicamente, ni utilizan un medio de comunicación que les permita un contacto simultáneo, rige aquella teoría que doctrinariamente se la conoce como *teoría del conocimiento* según la cual la oferta, la aceptación, su revocatoria y cualquier otra declaración dirigida a una determinada persona, se entenderán conocidas en el momento en el momento en que alcancen la dirección del destinatario; siempre que este no pruebe que sin culpa de su parte, no pudo tener conocimiento de ella.

Esta teoría, a su vez se sustenta en el concepto de “dirección” del destinatario; mismo que para encasillar en el contexto de la contratación realizada por medios electrónicos; y, particularmente a través del internet, deberá flexibilizarse, debiendo al efecto tenerse en consideración la dirección electrónica o dirección de correo electrónico del destinatario; o, de ser el caso la de su página web dotada de un adecuado programa informático de contratación.

Cuando un contrato se perfecciona a través del intercambio de mensajes individuales de correo electrónico, se ha de entender que su destinatario tiene



UNIVERSIDAD DE CUENCA

acceso al contenido del mensaje que contiene la aceptación, cuando este alcanza su dirección de correo electrónico; y, solo se podrá desvirtuar esta presunción cuando pruebe que le ha sido imposible conocerlo, sin que al respecto medie culpa de su parte.

Al respecto brevemente indicaremos que no se podrá tener como causa de exoneración de responsabilidad contractual, la alegación (*ni aún probada*), de defectos en el funcionamiento del sistema informático de cualquiera de las partes contratantes, ello por cuanto, pese a que esto en realidad hubiere sucedido, nada impedía que utilizando otro equipo conectado a la red, pudiera tener acceso a dicha información. El derecho comparado y la doctrina, dan cuenta de la exoneración de responsabilidad, en el caso en que la falla provenga del sistema del proveedor de servicios (*gestor del correo electrónico*), siempre que se hubiere probado la falla de la *web* que proporciona el servicio de correo electrónico.

La orden y el recibo se han de considerar realizados, cuando las partes a las cuales son dirigidos, tienen la posibilidad de acceder a ellos; a partir de lo dicho, si el contrato es realizado utilizando una página *web*, mediante la pulsación o *clicado* del cursor del destinatario sobre las diversas páginas o pantallas que se abre de manera sucesiva en el programa informático de contratación puesto por el oferente a disposición del público en general, se entenderá que la orden de aceptación contractual se ha efectuado cuando en el momento que el programa informático de contratación recibe el correspondiente *clic* de aceptación o comprobación, por parte del destinatario.

Decir que “*el perfeccionamiento del contrato electrónico se somete a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes para cada negocio jurídico...*” conforme al texto del Art. 46 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, resulta ciertamente insuficiente si se considera que existen normas que únicamente responden al contrato entre presentes, ausentes o a la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

teoría de la recepción o del conocimiento por parte del oferente. Ante esta norma tan exigua resultan esclarecedores los textos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; los principios UNIDROIT; y los Principles of European Contract Law, que son unánimes en señalar que el contrato electrónico se entenderá perfeccionado cuando la manifestación del asentimiento llegue al oferente.

De lo anotado se desprende que la aceptación se considera conocida cuando es recibida en la dirección del oferente; y, se tendrá por recibida cuando al oferente le es accesible su contenido. Esta conclusión será válida para todo contrato realizado a través del internet en el que las partes no se encuentren presentes en términos temporales y espaciales.

Para completar la idea esbozada en líneas precedentes y conjugándola con lo que se acaba de anotar, diría que la norma debería rezar: *El acuerdo de voluntades en el contrato electrónico, se entenderá formado en el lugar y tiempo que las partes acuerden; de no haberse fijado de mutuo acuerdo dichos aspectos, el lugar será aquel con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; y el momento, aquel en que al oferente le es accesible el contenido del mensaje de datos contentivo de la voluntad del adquirente; ello sin perjuicio de la normativa especial nacional de protección al consumidor.*

La evolución del comercio electrónico merced a la rapidez de sus transacciones ha provocado que su campo de acción se expanda de tal manera, que en la práctica no existen límites de carácter físico transfronterizo que restrinjan su avance, lo que a la vez -como se ha venido manifestando- genera nuevos problemas; entre ellos, la respuesta a la interrogante de cuál es la ley y la jurisdicción aplicables frente a la protección de los consumidores.

Con el desarrollo que ha tenido la red de redes, por la rapidez de sus transacciones en la actualidad a través de Internet se realiza todo tipo de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

operaciones sin consideración alguna a los aspectos de orden fronterizo, habiéndose abolido en este sentido los tradicionales limitantes de carácter físico que obstaculizaban el intercambio; esto obviamente ha facilitado enormemente las relaciones comerciales, sin embargo a un tiempo ha generado nuevos problemas que exigen una respuesta rápida y eficaz por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados, como aquel que requiere la determinación de cuál es la ley y la jurisdicción aplicables al comercio electrónico, de cara a la protección de los consumidores.

La determinación de la ley aplicable a un contrato específico, como se puede apreciar del siguiente ejemplo puede ser una tarea bastante compleja y de consecuencias capitales para los intereses de las partes contratantes; así, mientras en la jurisdicción del Estado de California en los Estados Unidos la expresión de un precio en una página web con la opción de compra del producto equivale a una oferta, en la jurisdicción de Inglaterra en el Reino Unido, tal noticia equivaldría a una mera invitación a negociar, y la remisión por parte del comprador de su interés en el producto, a la oferta contractual. En este segundo caso, sólo la confirmación del pedido por parte del vendedor se consideraría aceptación del contrato.⁶⁴

Las soluciones tradicionales, como la del Convenio de Bruselas⁶⁵ y su extensión a otros países mediante el Convenio de Lugano⁶⁶, establecen que la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte, o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor. De igual manera establece que la acción entablada contra el consumidor por la parte contratante solo podrá interponerse

⁶⁴ Maldonado E, Sergio. *Contratos Electrónicos Internacionales con el Consumidor: Jurisdicción Competente y Ley Aplicable*. Publicado en Revista Electrónica de Derecho Informático REDI. Ubicada en la página web: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi/>

⁶⁵ Relativa a la Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales civiles y comerciales (1968).

⁶⁶ Sobre Jurisdicción y ejecución de sentencias (1988) Art 14.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.

Por su parte el Convenio de Roma consagra que la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le brindan las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual. Sin embargo, no podemos soslayar el hecho de que estos instrumentos internacionales fueron redactados para un mundo sin Internet.

Las recomendaciones de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, relativas al comercio electrónico y las transacciones en Internet, se resumen de la siguiente forma:

- En cuanto sea posible, en vez de crear nuevas normas para las transacciones electrónicas, se deben aplicar los principios, reglas y procedimientos existentes;
- Cuando se necesiten nuevas normas, éstas deben ser tecnológicamente neutrales;
- Si el perfeccionamiento del contrato se realiza *on line*, el lugar de cumplimiento no es un factor conector apropiado. En este caso, es relevante la ubicación de las partes;
- Para las transacciones B2C, mayor trabajo es requerido por la naturaleza de los intereses en juego.

La dicotomía entre la aplicación de la ley del *país de origen* (por ejemplo, la del vendedor) y la del *país de la recepción* debe ser evitada. Existen propuestas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que apoyan un proceso inicial de certificación del sitio web⁶⁷; este proceso de certificación debería incluir un mínimo de reglas sustantivas de protección al consumidor, incluyendo garantías y un mecanismo claro y justo de resolución de disputas, que bien podría brindarse sin costo alguno para el consumidor.

En el evento de que prosperara esta iniciativa y se plasmara en la práctica, gran parte de los conflictos que hoy por hoy se tornan insolubles, tendrían una ágil, justa y coherente salida; y, únicamente para los casos residuales en los que el diferendo no encontrara solución con la aplicación del mecanismo de resolución de disputas que hace parte de la certificación, se podría aplicar la ley de origen en las cortes de ese país.

Si el *sitio* no hubiere sido certificado, entonces la ley aplicable y la corte competente serían la del lugar en donde esté ubicado el consumidor.

Mientras tanto, antes de que un sistema de estas características esté disponible se deben aplicar las normas difusas del sistema de derecho internacional privado, a las que nos hemos referido en el punto anterior. No obstante se deberá estar al contenido de los instrumentos internacionales de armonización y unificación de las reglas sustantivas y de conflicto, igualmente mencionados.

3.4 METODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LÍNEA

Conforme hemos venido analizando, dentro del estudio de las relaciones jurídicas que generan vínculos entre las partes que han otorgado su voluntad, surgidas como consecuencia de la utilización de medios electrónicos, tienen especial interés para el tema de la presente tesis, aquellas de carácter internacional; pues, en este punto surgen serias interrogantes en relación con

⁶⁷ Hay iniciativas en este sentido de la Cámara de Comercio Internacional y otras organizaciones privadas.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la normativa aplicable y la jurisdicción competente, temas estos que son materia de estudio del derecho internacional privado.

Ya se ha señalado anteriormente que es el principio de autonomía privada el que se aplica en las relaciones jurídicas en materia de comercio electrónico internacional, sin embargo es menester indicar que aquello ocurre merced a la aplicación en el comercio electrónico, de la normativa internacional sobre ventas internacionales; es en uso del principio de autonomía privada que las partes tienen libertad para escoger, entre otros aspectos, el conjunto de normas que han de regular la relación jurídica surgida de la celebración de contratos transnacionales por medios electrónicos. Existen tres modelos convencionales fundamentales que dan clara cuenta de que el principio de autonomía de la voluntad, tiene vigencia en el comercio electrónico: La Convención de la Haya de 1986, Las Convención de Roma de 1980; y, la Convención Interamericana de Panamá de 1975⁶⁸

La normativa internacional evidentemente es también aplicable al comercio electrónico transnacional; en cuanto a determinar la jurisdicción competente en base a sus disposiciones, son validas las cláusulas atributivas de jurisdicción señaladas por las partes.

Serán validas las cláusulas compromisorias o las que dispongan la solución de conflictos por mecanismos alternativos, ello en virtud de que son expresión del principio de autonomía privada reconocido por el Derecho Internacional Privado.

Lo antes anotado rige de igual manera para los contratos celebrados por medios electrónicos en los que intervengan consumidores⁶⁹, con la limitaciones

⁶⁸ ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. *Ley aplicable y jurisdicción competente en conflictos surgidos en la contratación comercial electrónica*. En: Derecho del Comercio Electrónico.

⁶⁹ *La importancia del consumidor en el comercio internacional se ha reivindicado. En el momento en que se redactó la Convención Internacional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, no se le dio importancia al impacto de la presencia del consumidor, sin embargo, con la implementación de nueva tecnología y la organización de la Red Global, debe reconocerse la actividad constante y el*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

establecidas en el Derecho Internacional Privado; así, aún cuando el consumidor electrónico se encuentre sujeto a un contrato de adhesión, el contenido de dichas cláusulas será válido, siempre y cuando no contraríen las normas nacionales especiales de protección a los consumidores.

Cuando los consumidores intervienen en transacciones internacionales, la estipulación de la cláusula de resolución de conflictos tiene enorme trascendencia. En ámbitos más sensibles a los temas de protección al consumidor como la Unión Europea y los Estados Unidos, antes de celebrar contratos mediante el uso de medios electrónicos, el proveedor solicita al consumidor su voluntad respecto al establecimiento de una cláusula de resolución de conflictos. En nuestro caso el consumidor acepta la cláusula al aceptar los “términos y condiciones de uso” al dar click en el link o vínculo en el web site con el que con el que contrata.

El sinnúmero de conflictos jurídicos surgidos como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones comerciales, demandan soluciones rápidas y eficaces que puedan obtenerse mediante el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, mecanismos estos que comparten características con las relaciones surgidas por medios electrónicos; es decir ser ágiles y tener bajos costos, si no ser gratuitas. En la actualidad estos servicios de solución alternativa de conflictos, se presentan en el mercado del ciberespacio, con el nombre de “*mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea*”⁷⁰

crecimiento de la presencia del consumidor en el comercio internacional, razón por la cual debe pasar a ser estudio también del área del Derecho Internacional, como lo ha reconocido el Grupo IV sobre comercio electrónico de la CNUDMI en las discusiones adelantadas respecto del proyecto de convención internacional sobre contratación electrónica. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Comisión de las Naciones Unidas 36º periodo de sesiones (Viena 30 junio a 18 de julio de 2003). Documento A/CN.9/527. Informe del Grupo de trabajo IV (Comercio Electrónico) acerca de la labor de su 40º periodo de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002). párr. 83 – 89. En : www.uncitral.org

⁷⁰ En inglés “Online alternative dispute resolution” siglas ODR



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Han resultado tan oportunas las respuestas aportadas por los ODR a los problemas en que se ven ordinariamente inmiscuidos los consumidores, que entidades protectoras del consumidor, organizaciones internacionales y entidades gubernamentales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) promueven la implementación y utilización de estos mecanismos en las relaciones donde uno de los contratantes es consumidor. En general esta actitud obedece al acogimiento de las “*Diretrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico*” dictadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), dentro de las cuales se recomienda dentro del tema de resolución de conflictos y recursos, que los consumidores sean “*provistos de un acceso real a mecanismos alternativos de resolución de conflictos y recursos que sean justos y en tiempo, sin que impliquen un costo indebido o una carga*”, lo cual debe enmarcar una “*efectiva resolución de las disputas en forma justa y en tiempo*” mediante la implementación de “*tecnologías de la información innovadores*”.

El antecedente de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea lo encontramos en el procedimiento establecido por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Dominio en Internet ICANN⁷¹; este procedimiento se lleva a cabo bajo las Disposiciones de la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombre de Dominio, aprobado el 26 de agosto de 1999 por la ICANN; y, del Reglamento de la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio, aprobado por el mismo Organismo el 29 de agosto de 1999. El ICANN, tiene por objeto la solución de conflictos en materia de nombres de dominio, mismos que son remitidos a proveedores de servicios de solución de controversias administrativas, señalados por el ICANN en su página web⁷². Se ha dado una

⁷¹ Internet Corporation For Assigned Names and Numbers

⁷² www.icann.org/adrp/approved-providers.htm



UNIVERSIDAD DE CUENCA

amplia discusión en relación con la naturaleza de este servicio, pues no puede ser clasificada como un mecanismo tradicional de solución de conflictos, debido a que no cumple con los presupuestos de la negociación, ni con los de la mediación; tampoco puede considerarse un procedimiento arbitral porque las decisiones resultado de este procedimiento no son vinculantes, ni es obligatorio agotar esta vía previo a la Jurisdiccional.

Podría definirse como un procedimiento administrativo y no como parte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, procedimiento este que nace como producto del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y funciona en línea. Algunos tratadistas han sostenido que para ostentar la categoría de *alternativo*, debería encajar en las categorías de los procedimientos tradicionales, lo cual parecería no ser adecuado, principalmente porque el desarrollo de las tecnologías de la información ha dado a luz una serie de situaciones antes no consideradas.

Los proveedores de servicios de solución alternativa de conflictos en línea ofrecen servicios que van desde aquellos procedimientos que buscan la resolución de los conflictos, hasta funciones satelitales dirigidas a prevenir las controversias o facilitar o mejorar su solución, sin resolverlas; entre estos últimos tenemos la asesoría en línea, recomendaciones, asistencia en la redacción de las cláusulas de resolución de conflictos, la evaluación por parte de un experto y los certificados de confianza “*trustmarks*”⁷³. Como se observa de lo anotado, estos servicios superan las formas tradicionales de solución de conflictos.

⁷³ . Los programas de confianza pueden consistir en la adopción de un procedimiento para manejar los conflictos o en la adhesión a códigos de conducta, cuyo cumplimiento será vigilado por la entidad otorgante del certificado. Este mecanismo puede ser el determinante en la promoción la autorregulación y la seguridad del consumidor en el comercio electrónico. Más aún las marcas de confianza en este momento además de demarcar la confiabilidad en un sitio, señalan el manejo de la privacidad de mayores y menores de edad. T. SCHULTZ, G. KAUFMANN-KOHLER, D. LANGER, V. BONNET. *On line Dispute Resolution: The state of the Art and the Issues. E-Com Research Project of the University of Geneva, Geneva, 2001.* En <http://www.online-adr.org> página 30 y ss



UNIVERSIDAD DE CUENCA

No son pocas las ventajas que presentan en todos los órdenes estos mecanismos, así, se presenta la posibilidad de solucionar los problemas desde el hogar de cada uno de los contratantes, lo que resulta sumamente atractivo desde el punto de vista económico y de comodidad, pues los costos de los servicios de negociación, mediación o arbitraje en línea son muy bajos, e inclusive, en algunas ocasiones gratuitos; estas características sin duda alguna marcan importantes diferencias ventajosas en relación a los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos.

No obstante lo referido no podemos dejar de advertir ciertas complejidades que surgen como consecuencia de la utilización de estos servicios en línea, como la pérdida del encuentro personalizado tanto entre las partes en conflicto como entre el negociador y las partes; se pierden también el lenguaje corporal y la percepción no verbal que cumplen un rol importante en el entendimiento de los intereses y necesidades de las partes, aunque no se puede desconocer que merced al desarrollo de medios virtuales, en la actualidad con la utilización de las herramientas adecuadas, el mediador puede interactuar con cada parte o con ellas en conjunto, en tiempo real y con audio e imagen.

Entre las modalidades de mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea, al momento encontramos: La negociación (automatizada o asistida), la mediación y el arbitramiento o arbitraje, todas ellas surgidas en el ámbito del comercio electrónico, bajo los principios inherentes a cada figura.

LA NEGOCIACIÓN.- En la negociación se distinguen dos figuras:

- a. **La Negociación Automatizada.**- en ella el demandante contacta con una institución (*proveedor de servicio de negociación automática*) y presenta su queja, con el compromiso de ésta de contactar a la contraparte, la cual puede rechazar la jurisdicción de la institución; obviamente, si no fue acordada previamente por las partes. En el caso



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de aceptar este sistema de negociación, las partes pasan a una fase en la que cada uno a su turno ofrece y demanda una cantidad económica; estas ofertas son confidenciales. En el momento en que las cantidades se acercan, las partes quedarán vinculadas por una media aritmética entre las dos propuestas. La dificultad de esta forma de negociación radica en que se limita a preguntar *qué* o *cuánto* se debe, es decir se limita a deudas económicas.

Por sus características propias, este tipo de solución de conflictos puede usarse en las diferentes formas de relación comercial electrónica (*B2C, B2B, C2C, o relaciones entre la administración pública y los ciudadanos CRM*) sin embargo en la práctica empresas como BBBonline restringen esta posibilidad a organizaciones B2C.

b. La Negociación Asistida.- En esta modalidad, las partes llegan a un acuerdo sin que intervenga una organización externa ni un sistema informático que decida por ellas. En síntesis este servicio consiste en facilitar a las partes un software que posibilite la comunicación, al tiempo que asistir en la elaboración de agendas, identificación de posibles soluciones y redacción de los acuerdos.

La mayor parte de los proveedores de esta clase de servicio lo limitan a asuntos de índole comercial, especialmente a los relacionados con el comercio electrónico, sin embargo hay quienes los ofrecen para la solución de toda clase de controversias. Técnicamente no existe razón para limitar los tipos de controversias que pueden someterse a esta modalidad, excepto aquellos que para su resolución impongan la intervención judicial y los que impliquen controversias entre los ciudadanos y la administración pública.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este mecanismo alternativo tiene mayor aplicación que la negociación automatizada por cuanto no se limita a las controversias de orden económico. No obstante es limitado en aquellos casos que involucren consumidores; y, como se ha indicado, en ningún caso será aplicable a los conflictos entre los ciudadanos y el Estado.

LA MEDIACIÓN.- Es el mecanismo alternativo de solución de conflictos más común. A través de su utilización, un tercero ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. Este medio se basa en la actividad de un tercero neutral, cuya presencia reviste de confianza al procedimiento, razón por la que es más utilizado que la negociación asistida.

Su característica fundamental es la búsqueda de la satisfacción a cada parte, más que la adjudicación de derechos ciertos y legítimos.

Este procedimiento se encuentra reglado por las Leyes sustantivas del Estado, única y exclusivamente en cuanto hace relación a la prohibición de esta clase de acuerdos. Ninguna norma de procedimiento ni de factura de constancias (*evidenciación*) controla este procedimiento; consecuentemente el mediador no está obligado a entregar evidencias o redactar documentos en las Cortes o en el Tribunal de Arbitraje.

Las restricciones a este mecanismo alternativo son muy poco corrientes; este servicio es muy utilizado en transacciones de comercio electrónico, reclamaciones médicas, materias laborales, lesiones personales y abuso verbal en la web. Las limitaciones en su utilización suelen estar referidas a asuntos familiares. La mediación es un medio de solución de conflictos disponible para toda persona, especialmente para solventar los conflictos derivados de las relaciones comerciales.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

EL ARBITRAJE.- se caracteriza porque adjudica derechos. Las decisiones que se adopta como resultado de este procedimiento tienen el mismo rango que las sentencias judiciales. Las funciones del árbitro son las mismas que las del Juez, diferenciándose en la fuente de su legitimación. Las resoluciones o laudos arbitrales tienen carácter vinculante.

Para que este medio alternativo de solución de conflictos en línea opere, deberá mediar la existencia de una cláusula compromisoria o arbitral en el contrato. Las partes deberán realizar la elección de árbitros imparciales, elección que puede ser directa o designando una autoridad para que la haga; de igual manera las partes podrán elegir las cualidades de los árbitros, elección esta que a su vez estará limitada por el respeto a las características de independencia de la que éstos deberán estar investidos.

En el arbitraje son más comunes las restricciones legales que en la mediación; pese a que algunos de los proveedores de estos servicios en línea admiten mediante este mecanismo la solución de todo tipo de conflictos, se suele restringir a las controversias que acontecen por fuera del internet y a las disputas comerciales. Es comúnmente aplicable a los conflictos surgidos entre empresas y consumidores, más no entre consumidores. En el caso ecuatoriano, la validez de la cláusula arbitral en los contratos que celebran particulares con el Estado, estará sujeta a la aprobación de la Procuraduría General del Estado.

Teniendo en consideración que el grueso de los conflictos que surgen en el comercio electrónico, como consecuencia de la aplicación de los contratos de adhesión, están relacionados con los contratos *business to consumer (B2C)*, estimo de gran importancia analizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea atinentes a esta clase de contratos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En latitudes en las que las legislaciones han tenido una actitud de protección a los consumidores, desde hace varias décadas es común la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos tradicionales, en el ámbito de las relaciones entre consumidores; ello en atención a consideraciones de ahorro de tiempo y dinero. En el caso ecuatoriano, tanto la noción de protección al consumidor como la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, son de relativamente reciente factura, y su aplicación tanto en uno como otro caso aún atraviesa una serie de inconvenientes marcados básicamente, en el primer caso por la falta de mecanismos eficaces para la aplicación y reivindicación de los derechos de los consumidores; y, en el segundo por la falta de promoción e información; y por consecuencia de confianza en estas formas alternativas.

En el caso de nuestro país, recién mediante la Ley 21 publicada en el Registro Oficial Suplemento 116, el 10 de julio del 2000, entra en vigencia la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo artículo 81 se da facultades opcionales a la Defensoría del Pueblo para “*promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación...*”. Como se apreciará en el Ecuador nos encontramos a la saga en cuanto tiene que ver con la defensa de los derechos de los consumidores, sector que se encuentra en franca vulnerabilidad frente a los intereses de los productores y comerciantes. Resulta aún más dramática esta situación si la confrontamos solamente con el caso de nuestro vecino limítrofe Colombia, donde a partir del año 2001, mediante la Ley 640, se reguló de manera expresa la realización de conciliaciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de los procesos implementados en materia de protección al Consumidor. Además en la actualidad existe el denominado “*Sistema Nacional de Consumo Congarantía*” implementado emulando una iniciativa española que en este sentido viene funcionando desde 1986⁷⁴ y consiste en que proveedores y

⁷⁴ El Sistema Nacional de Consumo Congarantía es un programa diseñado para Colombia, organizado por la Confederación Colombiana de Consumidores y el Sector Privado, entre ellos las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

consumidores en conflicto, tienen la posibilidad de conciliar o de concurrir a un Tribunal de Arbitraje, siempre que el comerciante se encuentre afiliado, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá solicitar el servicio, con la condición de que se hubiere agotado la vía de conciliación antes de acudir al Tribunal de Arbitraje. Estos esfuerzos tanto legislativos, como del sector productivo colombiano, ponen en evidencia que se está superando una inveterada actitud de indiferencia frente al consumidor, quien a través de estos mecanismos puede interponer en resguardo de sus intereses las acciones correspondientes bajo parámetros aceptables de costos en tiempo y dinero.

Más allá de lo antes referido en la práctica surgen una serie de dificultades, entre ellas la imposibilidad de ejecutar los acuerdos o resoluciones obtenidos como producto de la utilización de los indicados medios alternativos de solución de conflictos en línea, de manera que estos no queden en letra muerta.

Nos valdremos para el análisis, del caso hipotético de que la contraparte del consumidor no ejecute de manera voluntaria la decisión arbitral; o sea incumplido el acuerdo obtenido merced a la negociación asistida; o, no se acate la solución encontrada en la mediación, que tienen fuerza de sentencia o la fuerza obligatoria de una cláusula contractual en su caso.

En tratándose de una resolución o laudo arbitral, cabrá la aplicación del articulado de la *Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*⁷⁵, puesto que las decisiones arbitrales en línea cumplen los requisitos establecidos en la Convención⁷⁶, ello en virtud a

cámaras de comercio y FENALCO.

⁷⁵ Firmada el 10 de Junio de 1958 en Nueva York; entró en vigor el 7 de Junio de 1959, cuyo texto se aplica actualmente en 134 países del globo. El Ecuador adhirió el 3 de enero de 1962.

⁷⁶ CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES, Junio 10 de 1958. ARTÍCULO II.- I. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que de conformidad a lo establecido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, que reconoce jurídicamente a los mensajes de datos⁷⁷, satisfaciéndose además gracias a esta Ley el requerimiento de constar por escrito⁷⁸ y en original⁷⁹. Podrá reconocérsele autoridad al laudo arbitral y

ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

ARTÍCULO IV.- "1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- b) El original del acuerdo a que se refiere el Artículo 2, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular."

⁷⁷ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos; Art. 2 "Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.- 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.

⁷⁸ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos; Art.6 "Información escrita.- Cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos. Siempre que la información que este contenga sea accesible para su posterior consulta."

⁷⁹ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos; Art.7 "Información original.- Cuando la ley requiera u obligue que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, si siendo requerido conforme a ley, puede comprobarse que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos.

Se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

Por acuerdo de las partes y cumpliendo todas las obligaciones previstas en la ley, se podrá desmaterializar los documentos que por ley deban ser instrumentados físicamente.

Los documentos desmaterializados deberán contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas según lo dispuesto en el artículo 29



UNIVERSIDAD DE CUENCA

conceder su ejecución según las normas del procedimiento vigente en el territorio donde la sentencia sea invocada.

Como se verá, el consumidor continúa llevando sobre sí la carga de pedir la ejecución de la sentencia a su favor en un lugar ajeno a su domicilio, lo cual como resulta evidente continúa restando eficacia a los beneficios que se pretendió conferir al consumidor con la estipulación de una cláusula compromisoria o un acuerdo de resolución de conflictos.

Frente a estas situaciones que en la práctica vuelven inútiles, o por lo menos absolutamente complicados los más denodados esfuerzos legislativos dirigidos a proteger a la parte contractual débil, cabría empezar a pensar en un Organismo internacional con capacidad para hacer cumplir las resoluciones o acuerdos derivados de la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en línea. Este Organismo debería tener la capacidad legal para lograr la ejecución de tales resoluciones, a través de la imposición de multas y sanciones, además de constituirse en una suerte de fedatario de la idoneidad comercial capaz de crear listas de confianza y paralelamente listas negras. Quizá resultaría de gran interés emular la forma de funcionamiento de la OMPI⁸⁰ en la aplicación de la *Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombre de Dominio*, aprobada por la ICANN⁸¹ el 1 de diciembre de 1999.

Nos han faltado voces manifestándose en contra de la implementación de medidas de control a favor de los consumidores, alegando que dichas políticas podrían disuadir a los empresarios de la utilización de medios electrónicos para la realización de actos comerciales, lo cual -según dicen- podría afectar el

de la presente ley, y deberán ser conservados conforme a lo establecido en el artículo siguiente.”

⁸⁰ Organización Mundial de Propiedad Intelectual

⁸¹ Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet



UNIVERSIDAD DE CUENCA

desarrollo del comercio electrónico. Frente a tales argumentos cabe únicamente colocar en una balanza y determinar si es más importante la protección al consumidor en su calidad de parte contractual débil; o, la expansión anárquica y deshumanizada del comercio electrónico.

Por otra parte es un hecho que el aumento de la confianza de los consumidores en los mecanismos electrónicos de comercio, devendría en un progresivo crecimiento del comercio electrónico, cuyo despegue, cuando menos en el tercer mundo, se ha visto frenado precisamente por la desconfianza.

3.5.- El Contrato Informático de Adhesión

Con anterioridad se analizó en profundidad las características jurídicas del contrato en términos generales y del contrato de adhesión en particular, a lo anotado, quizá únicamente sería importante adicionar un breve análisis relativo a la particularidad de que en la Ley ecuatoriana de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, ninguna alusión se hace a los contratos de adhesión; (*mismos que como se analizara en la primera parte de esta tesis, ni siquiera tienen un espacio en el Código Civil*) estos contratos, en atención a sus características propias, se encuentran regulados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, desde una clara óptica proteccionista a la parte adherente, en tanto se trata de la parte contractual débil que requiere la protección del Estado frente a prácticas comerciales abusivas.

Concretamente, el Capítulo VII de la Ley en referencia, bajo el título "**PROTECCIÓN CONTRACTUAL**", impone limitaciones de forma y de fondo a los contratos de adhesión.

En los artículos 41 y 42 se establecen las siguientes limitaciones de forma:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. El contrato de adhesión debe estar redactado en caracteres legibles: ello por razones lógicas, apunta a precautelar la posibilidad real de conocer su texto;
2. El contrato de adhesión debe estar redactado en caracteres de un tamaño no menor de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales: esta obligatoriedad de forma precautela que las cláusulas de los contratos de adhesión no se escriban con caracteres muy reducidos (*letra chica*) que impidan al adherente enterarse del contenido del contrato al que se someten. Es de notar que esta disposición se encuentra en consonancia con los cánones establecidos por la normativa internacional para el manejo de ofertas y propaganda comercial;
3. El contrato de adhesión debe estar redactado en términos claros y comprensibles: con ello se busca evitar la utilización de términos técnicos o propios de alguna ciencia específica, cuya comprensión amerita cierto grado de especialización en determinada ciencia, arte u oficio;
4. El contrato de adhesión no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato: de esta manera el legislador con un recaudo de sentido común, precautela que al consumidor adherente no se le vincule a obligaciones contractuales cuyo contenido no lo conoció, sino únicamente le ha sido anunciado.
5. En un contrato de adhesión, escrito con determinado tamaño de caracteres, no podrá existir además textos escritos con letras o números significativamente más pequeños: la ley recalca el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

repudio a esta práctica de engaño contractual, tristemente común, y la sanciona indicando que los textos escritos con caracteres significativamente más pequeños, se entenderán como no escritos.

6. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado por todos los efectos legales. Con lo antes anotado el legislador pretende que el adherente tenga en su poder una copia legítima del documento que contiene las obligaciones contractuales, como una medida de seguridad frente a eventuales informalidades.
7. Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Esta es otra medida que pretende que el adherente se encuentre cabalmente inteligenciado sobre las obligaciones que contrae y las características del bien o servicio que contrata.
8. “Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito.” Con lo anotado se precautela la integridad del texto del contrato, evitando que se incluyan obligaciones no previstas en el texto original, con posterioridad a



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la aceptación de su contenido; salvo *-logicamente-* que medie la aceptación del adherente y que esta se haya consignado por escrito.

9. "Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato." De esta manera se establece la obligación del oferente de respetar el contenido de su oferta, evitando que la misma sea únicamente un señuelo que no se refleje en la realidad contractual.

Con las limitaciones de forma anteriormente analizadas, el legislador ha generado un halo de protección en torno al contratista adherente; sin embargo, a más de estas limitaciones, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también limita el fondo de los contratos de adhesión.

En su artículo 43, prohíbe expresamente nueve estipulaciones contractuales, las cuales, de estar presentes en los contratos de adhesión, se considerarán nulas de pleno derecho y no surtirán efecto alguno. Estas estipulaciones son las que:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el manifieste de manera expresa su consentimiento;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;
8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley , sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,
9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que en los contratos de adhesión referentes a la prestación de servicios tales como telefonía celular, medicina pre pagada, televisión satelital o por cable, entre otros, el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito al proveedor con al menos quince días de anticipación a la finalización del período en curso.

Esta es otra medida de protección al consumidor frente a los contratos de adhesión, que busca proteger a la parte contractual débil de las prácticas abusivas de proveedores de bienes y servicios.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

A pesar de que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, sin duda alguna, limita el derecho de contratación expresamente establecido en la Constitución; lo hace en resguardo de los derechos básicos de los consumidores por considerarlos una parte contractual en desventaja.

Los contratos de adhesión, como ya se ha analizado en profundidad, permiten que las relaciones comerciales discurran más ágil y eficientemente, no obstante, el legislador con la ubicación de los recaudos relativos al contrato de adhesión, en una Ley Orgánica, ha dejado en claro que bajo ningún concepto se puede sacrificar los derechos fundamentales del ser humano en pos de las rentabilidades mercantiles y comerciales. En esta línea se encuentra la doctrina relativa al tema, que como ya se ha indicado anteriormente, inclusive para el tema de jurisdicción y competencia, será irrenunciable cuando de *contratos de consumo* se trate, ello en virtud de que estos están protegidos en todas las legislaciones por cuerpos legales destinados a cuidar los derechos de los consumidores, cuyo rango es especial e impone que la jurisdicción a la que se someterá el contrato es la del adherente.

No obstante lo anotado, el contrato de adhesión celebrado por medios electrónicos en realidad sería el mismo contrato analizado y descrito por la doctrina tradicional, sino que esta vez, la tutela al consumidor deberá estar referida a su protección frente a las relaciones contractuales derivadas de la aplicación de las nuevas tecnologías, cautela que en realidad no es excesiva, si se considera que -conforme anteriormente se analizó en el presente trabajo- el contrato de adhesión en términos generales lleva implícito en su condición originaria, el principio de desigualdad entre las partes contratantes; sin embargo y acentuando esta característica inmanente, en la contratación electrónica que utiliza la figura de la adhesión, esta desigualdad se acentúa y complejiza merced a las características propias de los actos realizados en un espacio virtual, conforme en detalle se revisó anteriormente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Podríamos entonces decir en primer término, coincidiendo con una inmensa mayoría de tratadistas que el contrato electrónico, es por antonomasia un contrato de adhesión, a excepción quizás de los contratos de familia, los contratos solemnes y los que requieren algún tipo de garantía; y, por último, que el contrato de adhesión en el comercio electrónico, está sujeto a las mismas reglas y principios que el contrato tradicional, sin embargo se ha de tener en cuenta que la relación contractual se realiza sin presencia física de las partes; que el consentimiento se presta por medios electrónicos y se forma *online*; y, que el soporte del documento es electrónico por lo que ha de reposar en una base de datos. Aquello como es obvio impone la necesidad de contar con una normativa especial que tenga en cuenta estos matices aparentemente superficiales pero que en la práctica tienen enorme trascendencia en la esfera jurídica.

Existen dos aspectos que desde el punto de vista jurídico resultan incontrovertibles en relación con el contrato electrónico de adhesión; el primero es que poseen ventajas, y el segundo es que son riesgosos.

El reconocimiento de esta doble condición ha llevado al derecho comparado de una parte a conceder validez a esta forma de contratación y, de otra, a establecer limitaciones que disminuyan las posibilidades de que los proveedores abusen de los consumidores. Lo referido amerita un breve análisis y al respecto, por la meridiana claridad con que se ha aborda el tema, citamos al tratadista Iñigo de la Maza Gazmuri⁸².

- *Ventajas: Una rápida mirada a las ventajas permite diferenciar aquellas que es posible advertir en las relaciones del proveedor con su consumidor de aquellas*

⁸² De la Maza Gazmuri Íñigo; *Los Contratos de Adhesión en Plataformas Electrónicas: Una Mirada al Caso Chileno*;

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-3/contratos.asp#sdendnote7sym#sdendnote7sym>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que se presentan cuando se examina el funcionamiento interno del proveedor. El uso de contratos por adhesión a condiciones generales permite dos cosas. La primera –respecto de la relación entre proveedores y consumidores- es disminuir los costos de negociación del contenido prescriptivo del contrato. La segunda ventaja es que los contratos por adhesión pueden operar como mecanismos de promoción de eficiencia al interior de la empresa. Según ha sugerido Rakoff, los contratos por adhesión permiten aligerar los costos de administración y promover la eficiencia en el uso de factores de producción al interior de estructuras organizacionales complejas.

- *Riesgos: El principal riesgo de los contratos por adhesión es la incorporación de cláusulas abusivas, esto es aquellas que establecen desequilibrios significativos en perjuicio de la parte que no redactó el contrato. Como he sugerido en otra parte, el riesgo de la incorporación de cláusulas abusivas no se relaciona con la posición monopólica del proveedor, sino más bien con las asimetrías informativas que suelen caracterizar este tipo de negocios. Las asimetrías repercuten sobre los consumidores, quienes, en la mayoría de los casos no son capaces de evaluar el contenido del contrato y sobre los proveedores, quienes porque el mercado es competitivo y porque otros proveedores incorporan cláusulas abusivas poseen fuertes incentivos para hacer lo mismo. Si eso es correcto, el problema no es únicamente generar mercados competitivos –en presencia de asimetrías informativas el problema podría ser precisamente el carácter competitivo de los mercados- sino proteger a los consumidores de su incapacidad de comprender el contenido prescriptivo de este tipo de contratos. Esto explica que, en general, las respuestas legislativas contengan severas limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes en el sentido que permiten al juez dejar sin efecto cláusulas que, al menos formalmente, habían sido convenidas por las partes.*

Las diversas legislaciones nacionales en relación a los contratos por adhesión han generado su normativa, atendiendo sus ventajas tanto como sus riesgos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En relación con sus ventajas bastará con decir que se trata de una forma de contratación aceptada y regulada sin excepción a nivel mundial por cuanto ha llegado a constituirse en una herramienta insustituible para la actividad comercial; en cuanto a sus desventajas pese a la notoria diferencia entre los recaudos legislativos de los Estados regidos por el sistema jurisprudencial (*common law*)-mucho menos protecciónistas y favorables a los intereses del mercado- y los que se encuentran bajo el sistema romanista que restringe fuertemente la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad, en custodia de los intereses sociales de la parte contractual vulnerable, a través de los códigos civiles o bien en leyes especiales de protección al consumidor. Las diversas legislaciones se han preocupado de normar cuidadosamente los contratos de adhesión con la utilización separada o conjunta de dos técnicas diversas: listas negras de cláusulas abusivas y cláusulas abiertas.

En el caso de las listas negras simplemente se priva de efectos a ciertas cláusulas identificadas en un catálogo e incorporadas en un contrato por adhesión; este es el caso en la legislación ecuatoriana de las establecidas en los ocho primeros numerales que integran el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que analizamos con anterioridad.

En el caso de las cláusulas abiertas se da discreción al juez para que prive de efectos a cláusulas que contra las exigencias de la buena fe generen en desmedro del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que surgen del contrato para las partes, como el caso del último numeral (9) del antes referido artículo: “*Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.*”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Partiendo del hecho indudable de que estos recaudos son necesarios en la contratación que se realiza en la realidad ordinaria o física en virtud de las asimetrías principalmente informativas que genera la adhesión, resulta interesante analizar si las condiciones que justifican la imposición de limitaciones en el mundo *atómico* se mantienen en el ámbito de los contratos electrónicos:

El acceso a la información.- Probablemente una de las características más relevantes de las redes electrónicas sea la simplificación del tratamiento de la información y la reducción de sus costos. Esta característica de la Red que suele mortificar a quienes se preocupan de la protección de la privacidad en plataformas electrónicas constituye, sin embargo, una poderosa defensa de los consumidores frente a las asimetrías informativas que suelen determinar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.

En el mundo del papel la comparación de cláusulas en los contratos por adhesión es costosa, poco confortable y demanda una gran cantidad de tiempo. Las plataformas electrónicas presentan algunas ventajas. Lo anterior por varias razones, en primer lugar resulta más sencillo examinar los términos del contrato frente a la pantalla que frente a un vendedor que insiste acerca de la firma y no nos permite guardar un ejemplar del contrato para luego revisarlo. En segundo lugar, la disponibilidad de una multiplicidad de contratos en línea permite comparar –si es que así lo desease el consumidor- a bajo costo las diferentes condiciones en que se ofrecen bienes o servicios competitivos eligiendo optando por aquellos proveedores que ofrezcan las mejores condiciones.

En tercer lugar, la difusión de información acerca de las experiencias de los consumidores respecto de aquellos proveedores que utilizan cláusulas abusivas resulta más sencilla y menos costosa. Ejemplos de esto último son los boletines o publicaciones cuyo objetivo es informar en forma gratuita acerca de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

un determinado proveedor o bien categorizar a los distintos proveedores según la calidad de sus servicios.

Un entorno contractual caracterizado por consumidores más precavidos, proveedores más temerosos de su prestigio e información accesible a menor costo parece constituir una réplica más o menos cercana de un mercado perfecto en el cual las cláusulas abusivas simplemente debiesen desaparecer.

Si así fuesen las cosas, existirían razones para que el legislador y los jueces miraran en forma más amable a los contratos por adhesión en el mundo electrónico, dejando que el mercado haga su tarea.

Si lo anterior no es correcto, entonces parece ser que la proliferación de contratos por adhesión en el ciberespacio debería constituir una causa de preocupación.⁸³

Es importante revisar bajo qué condiciones se ofrecen los contratos por adhesión en las plataformas electrónicas; particularmente en cuanto hace relación a su forma, así como a su contenido:

Estudios realizados han puesto en evidencia que la mayoría de contratos electrónicos de adhesión comportan contratos *browse*, es decir aquellos que vinculan al consumidor a un conjunto de términos y condiciones por el solo hecho de visitar la página, contrariamente a lo que por lógica debería suceder; esto es, que la vinculación contractual únicamente se concrete para el usuario una vez que haya revisado los “términos y condiciones” que regulan la prestación del servicio.

⁸³ De la Maza Gazmuri Íñigo; *Los Contratos de Adhesión en Plataformas Electrónicas: Una Mirada al Caso Chileno*;

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-3/contratos.asp#sdendnote7sym#sdendnote7sym>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por regla general la existencia de un contrato *browse* que regula las prestaciones ofrecidas por el sitio web se pone en conocimiento del consumidor a través de un aviso. Este aviso constituye un hipervínculo que conduce al consumidor a otra página en la que se encuentra el contenido prescriptivo del contrato.

Este aviso no suele ser visible al momento de acceder a la primera página del sitio web.

En la mayoría de contratos *browse*, un número relevante de ellos posee avisos cuyo tamaño de fuente resulta inferior al que, en general se utiliza en el resto del texto.

En lo tocante a las características de fondo del contrato, lo más relevante hace relación a las cláusulas abusivas, es decir aquellas que contravienen lo establecido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana y que fuera anteriormente detallado; al respecto lo que se ha observado como recurrente es:

- Muchos contratos contienen cláusulas eximentes de responsabilidad.
- La modificación unilateral de los contratos es una cláusula de uso frecuente en los contratos examinados. En algunos casos el proveedor se obliga a informar dichos cambios si es que afectan sustancialmente los derechos y obligaciones emanados del contrato, en otros casos basta la simple disposición contractual.

De lo anotado se extrae las siguientes conclusiones:

1. Las plataformas electrónicas se utilizan para celebrar contratos por adhesión.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2. Algunas de las formas que asumen estos contratos son peculiares de entornos electrónicos, así sucede con los contratos *click y browse*.
3. Los adherentes no tienen posibilidad de protegerse solos en plataformas electrónicas, pues, como sucede en la contratación ordinaria, La contratación electrónica contiene gran cantidad de cláusulas abusivas.

Las protecciones establecidas por el legislador para los procesos contractuales ordinarios, no siempre dejan a buen resguardo las peculiaridades de los contratos electrónicos por adhesión, especialmente en el caso de los contratos *browse*; pues en los contratos electrónicos por adhesión el asunto medular no se refiere a su contenido, sino principalmente con el acceso a dicho contenido y la manifestación de la voluntad.

El problema en este caso, no es ya si el contrato contiene cláusulas abusivas, sino si el adherente tuvo al menos la posibilidad de conocer dicho contenido y prestó su voluntad sabiendo que se estaba vinculando por un contrato.

De lo referido y a la luz de la teoría general del contrato, si no prestó su voluntad, el carácter abusivo de las cláusulas es simplemente irrelevante en la medida que sin acceso no existe consentimiento y sin consentimiento no hay contrato.

De lo analizado se colige que no es factible dar a los contratos electrónicos de adhesión, el mismo tratamiento que a aquellos celebrados en papel o en el mundo físico.

Los contratos electrónicos por adhesión, tienen gran semejanza con aquellos realizados en formatos físicos; sin embargo como indica Lessig⁸⁴, un león se

⁸⁴ J. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*; publicado en <http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/index.html>; citado por I de la Maza Gazmuri



UNIVERSIDAD DE CUENCA

parece a un gato, pero Ud. sería particularmente tonto si permitiera a su hijo jugar con un león.

Lo referido concuerda absolutamente con la tesis que se había venido planteando al respecto, en el sentido que no se creía conveniente el criterio esbozado por algunos tratadistas para quienes la legislación existente -léase aquella que ha venido regulando los contratos en papel- era suficiente para enfrentar la problemática jurídica derivada de la contratación electrónica.

Al parecer el legislador ecuatoriano se percató de aquello al momento de promulgar la “*Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos*” y la “*Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*”, sin embargo en la normativa nacional, aún es necesario incorporar una serie de reformas que permitan armonizar los principios protecciónistas que animan a la Ley, con las realidades derivadas de las nuevas tecnologías, a efectos de poner a buen recaudo al consumidor en su calidad de parte contractual débil.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1.- CONCLUSIONES

En la presente tesis se ha pretendido hacer un análisis que partiendo de echar una mirada a un mundo profundamente conmocionado por este fenómeno planetario que se ha dado en llamar –y no sin razón- revolución tecnológica; pasa a observar como esta realidad ha afectado al derecho, sus instituciones en general; y en particular a la teoría contractual.

La sociología del derecho nos enseña que el derecho surge como una manera de organizar las nacientes relaciones sociales, de manera que sea posible la coexistencia armónica entre los seres humanos que abandonaban la vida nómada para formar asentos sociales que implicaban la seguridad de la vida grupal, pero a un tiempo imponían la renuncia a la libertad individual de acción, resignando los afanes y apetencias personales al bien grupal.

Desde las primitivas formas de regulación hasta la actualidad, el derecho como una consecuencia de su propia naturaleza ha ido surgiendo en respuesta a situaciones que en la práctica se han ido dando; es decir, la norma jamás ha creado la realidad, sino exactamente lo contrario, es la realidad la que ha forzado el acto legislativo. Pese a que este es un axioma incontrovertible, jamás como ahora ha sido tan evidente, pues los cambios han sido tan abruptos que en muchos casos el legislador no ha alcanzado a regular la realidad, cuando esta ya ha sido superada por una nueva.

Únicamente a efectos de ejemplificar, fijémonos en toda una serie de prácticas sociales que para el derecho tradicional han resultado ciertamente insólitas: teletrabajo, manipulación y venta de datos sensibles almacenados digitalmente,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos, nuevos delitos penales (“hacking”, “craking”, “sniffers”, “ciberpunk”, “estafas virtuales”), gobierno electrónico (“e-goverment”), y un incommensurable sinfín de etcéteras que atan a prácticamente los cuatro puntos cardinales de la cotidianeidad humana.

Tampoco pudimos, en el desarrollo de la tesis, evitar tocar -*aunque de refilón*- el fenómeno de la globalización, entendido en términos muy generales, como el establecimiento de redes mundiales de mercados, que como efecto secundario ha incidido en todos los componentes de la estructura social, incluso en los intangibles; y por obvio decantamiento en el derecho. Esta es la principal razón por la cual incursioné en el tema; pero adicionalmente porque del análisis quedo en claro que las TIC'S han constituido el elemento globalizador por excelencia. En síntesis se evidenció que el tema de la globalización viene movido por el motor de los intereses de mercado, no obstante no han faltado los ideólogos y técnicos que han pretendido convertir en términos sinónimos a la globalización, con la masificación y la homogenización; en torno al tema, se reparó en lo descabelladas que resultan ciertas pretensiones de homologar el derecho a nivel global; y, mucho más cuando el norte que orienta a tales afanes, es el rédito mercantil.

Posteriormente se ha hecho un estudio general de la esfera contractual, partiendo de la óptica de los tratadistas clásicos, es decir, de las posiciones filosófico jurídicas que han determinado las características técnico legales, que configuraron nuestra legislación civil y mercantil, para de ahí pasar al análisis de las nuevas formas de relaciones contractuales que, con creciente frecuencia, en la actualidad van generando un nuevo paisaje jurídico, que a no dudarlo crea nuevos paradigmas que requieren una respuesta legislativa, capaz de solventar situaciones de orden legal basadas en realidades virtuales, inimaginables para quienes -en un tiempo en que la presencia fáctica y el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

asiento en papel, suponían las formas únicas e idóneas de evidenciar los actos legales- estructuraron la normativa tradicional, sobre todo en lo contractual.

La masificación de las nuevas tecnologías ha generado que estas sean utilizadas en todas las actividades humanas y obviamente en la contratación, ello por lógica consecuencia ha conmocionado los cimientos de la teoría jurídica contractual, tradicional; obligando tanto a la doctrina como a la legislación a pasar de un mundo de realidades sensoriales a otro de realidades asumidas, pues como por arte de magia la tecnología ha suprimido en términos prácticos los espacios geográficos y por consecuencia las nociones temporales, entre muchos otros fenómenos de enormes implicaciones en la esfera jurídica.

El reconocimiento de las profundas diferencias que desde la perspectiva del derecho, han ocasionado los avances en las tecnologías de la información y la comunicación, han empujado a los legisladores de todas las latitudes a la expedición de cuerpos legales especializados, dirigidos a dar respuesta a toda suerte de situaciones complejas provenientes de fuentes insospechadas para los legisladores decimonónicos que apadrinaron un derecho diseñado para una realidad eminentemente fáctica, la que habría de permanecer prácticamente inmóvil hasta principios del nuevo milenio, desde que la revolución industrial a inicios del siglo pasado exigiera que este se reformara para acoplarse a las exigencias de la nueva realidad que a su vez esta generara.

El centro mismo de la complejidad de la contratación electrónica, desde el punto de vista del derecho de los contratos, se presenta por cuanto la misma se realiza en un espacio virtual, en el cual merced a los desarrollos tecnológicos, dos o más personas pueden entablar una relación contractual de manera simultánea, pese a estar físicamente en lugares separados por enormes distancias y prácticamente en todos los casos, sometidos a legislaciones diversas; ello ha impuesto que la doctrina imponga ficciones



UNIVERSIDAD DE CUENCA

jurídicas como aquella del “*contrato entre presentes*” no obstante se han generado una serie de problemas de orden práctico, al momento de determinar elementos fundamentales para la validez del contrato y su exigibilidad, tales como la capacidad, consentimiento, jurisdicción, competencia, etc., que han demandado de la doctrina un enorme aguzamiento, con el fin de encontrar salidas coherentes, mismas que aunque lentamente, de manera paulatina vienen siendo recogidas por el legislador.

No son pocos los tratadistas que estiman que sería conveniente, a efectos de dar una cabal protección al usuario en la relación contractual, contar con una legislación supranacional en relación con el tema; como se analizó ampliamente, si bien aquello no sólo que tiene lógica, sino que se viene constituyendo en un imperativo que en el orden práctico, se debe tener supremo cuidado en ceder a la irresponsable tentación globalizante. Estimo que sin abandonar los principios de soberanía e independencia de los Estados, aquello se ha venido dando por la vía de tratados y convenios internacionales o directrices impartidas por los Organismos Internacionales; prueba de ello la tenemos en el hecho de que los países latinoamericanos, inician su labor legislativa en relación con las nuevas tecnologías, atendiendo las recomendaciones que al respecto realizara la ONU en el año 1998; y, han tomado en su mayoría – como en el caso ecuatoriano- como referente la Ley Modelo de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional).

En la actualidad existe un sinnúmero de intentos legislativos supranacionales realizados por diversos Organismos, que pretenden delinear ciertos parámetros que posibiliten superar el atolladero legislativo que comportan los derechos nacionales frente a la virtualidad espacial o ciber espacio en que crecientemente desarrolla sus actividades el ser humano; y, de esta manera dar en primer término seguridad jurídica al consumidor, y luego afianzar los procesos comerciales virtuales sobre el sustento de la confianza.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La contratación realizada por medios electrónicos ha desarrollado una vía o canal que sirve de conexión entre las partes contratantes, a esta vía se le conoce con el nombre de Comercio Electrónico, que al cabo no sería otra cosa que la realización de los actos que comprenden el comercio, valiéndose de medios electrónicos (*redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: a) teléfono, b) fax, c) televisión, d) pagos electrónicos, e) transferencia electrónica de fondos, f) EDI (electronic data interchange), g) Internet*).

Como se analizó en detalle, ante el impacto de las nuevas realidades jurídicas derivadas del contexto tecnológico, han surgido varias posiciones doctrinarias anunciando salidas como respuesta al pasmo inicial. Unas que sostenían que el derecho nacional tradicional era suficiente para salir al paso de la problemática en referencia; otras, que se imponía la necesidad de una legislación supranacional y otros que optaban por una posición ecléctica. Esta última corriente es la que finalmente ha orientado las respuestas legislativas tanto de los Estados, como internacionales.

A efectos de ir escalando el nivel de comprensión del tema materia de la tesis, en su desarrollo, he iniciado por hacer una revisión de la teoría general del contrato, poniendo especial énfasis en la clasificación de los contratos, requisitos para la validez contractual, elementos distintivos del contrato, sistemas de contratación, la autonomía de la voluntad, y la protección a los consumidores; para con estos antecedentes, entrar al análisis de los contratos de adhesión. En relación con éste, se ha realizado un estudio del contexto histórico en que surgió, ubicándolo como un producto de las necesidades del naciente capitalismo industrial; que, orientado por la necesidad de agilizar y despersonalizar el mecanismo contractual, pasó a sustituir la forma de contrato proveniente de la negociación y consenso, por otra en la cual las cláusulas del contrato son impuestas por la parte oferente mediante formatos pre redactados,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

a cuyo contenido el consumidor -*parte contractual débil*-, no tiene más opción que plegarse o adherirse sin discusión alguna o desistir de satisfacer sus necesidades.

En la tesis se ha puesto de manifiesto que en la práctica el efecto que se produce con la introducción de esta clase de contratos, es la mitigación de la libertad en la formación del contrato: las decisiones individuales, la capacidad de negociación, y la libertad contractual del individuo se ven sacrificadas en aras de la eficacia de los sistemas de mercado y los consiguientes réditos de la gran empresa capitalista, caracterizada por la construcción de todo un andamiaje que posibilita la cobertura de necesidades reales; pero que a un tiempo se encarga de generar necesidades ficticias que dan a luz una compulsiva cultura de consumo, que exige del sistema una producción planificada y estandarizada; y como consecuencia, formas jurídicas igualmente estandarizadas que allanan el camino contractual.

Sin embargo de lo anotado, el problema más grave no es la perdida de la libertad contractual per se; lo realmente complejo desde el punto de vista jurídico, es la inclusión abusiva de cláusulas contractuales abstractas que no dejan en claro los límites de la responsabilidad de la parte oferente, a la vez que amplían sus derechos y le posibilitan eludir responsabilidades, lesionando profundamente los principios de seguridad jurídica y los derechos de la parte adquirente, al transformar la *libertad contractual* en *abuso contractual*. Esta perversión de la autonomía de la voluntad, hizo necesaria la presencia del Estado para que en resguardo del orden público y la prevalencia del interés social, estableciera límites a la libertad de contratación.

Ya entrados en el estudio del contrato de adhesión, se ha anotado que en realidad en la presente tesis se lo ha denominado “*contrato de adhesión*”, para guardar coherencia con la denominación que utiliza la legislación ecuatoriana; sin embargo personalmente concuerdo con el criterio doctrinal casi



UNIVERSIDAD DE CUENCA

generalizado, de que estos contratos se los debería denominar *contratos por adhesión*, pues en realidad, conforme se desprende del análisis que al respecto se realiza en el presente trabajo, no se trata de un nuevo tipo de contrato, sino de una forma externa que puede revestir a cualquier clase de contrato, por lo que en realidad sería un acuerdo contractual sometido a una modalidad particular; así por ejemplo el contrato de arrendamiento, mandato, comodato; o, compra venta celebrado por adhesión, será exactamente el mismo contrato pero sujeto a una manera diversa de prestar el consentimiento (*misma que depende de la escala de poder de las partes contratantes*). Para aclarar aun más el punto, se ha anotado que el contrato realizado *por adhesión*, equivale -*guardando las obvias distancias*- a decir que contrato se ha realizado *por correspondencia, por agentes, por teléfono, etc.*

En términos concretos, el contrato por adhesión no sería un tipo contractual sino un modo de formación del contrato que puede adaptarse a cualquier tipo contractual.

He expuesto mi parecer personal en cuanto a que, el hecho que el legislador ecuatoriano -*a diferencia de lo ocurrido en la gran mayoría de las legislaciones hispanoamericanas*- no haya hecho constar al contrato por adhesión en el Código Civil; e inclusive recién lo haya incorporado a la Legislación nacional con la expedición de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el año 2000, no fue producto de un descuido, sino de la cabal comprensión de su morfología jurídica, es decir por haber considerado que no se trataba de un nuevo contrato, sino de una nueva forma contractual, como se dijera en líneas anteriores, aplicable a cualquier contrato. Es lamentable que habiendo tenido claro el concepto básico, el legislador haya mantenido la preposición “de”, en lugar de la partícula “por” manteniendo tal denominación en el cuerpo legal referido.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Se ha determinado que los contratos por adhesión, invariablemente generan un marcado desequilibrio entre partes, proveniente fundamentalmente de la introducción de las llamadas *cláusulas abusivas* (*gravosas, leoninas, draconianas, lesivas, vejatorias, etc.*), que ha demandado del Estado medidas protecciónistas, de manera que las normas que regulan estas relaciones contractuales desequilibradas, cuiden que el oferente o predisponente, bajo ningún concepto se aproveche de las facultades que le reconoce la ley para la celebración de esta clase de contrato, alterando en su beneficio el equilibrio contractual. El oferente bajo ningún concepto puede asumir que tiene un salvoconducto para introducir abusivamente cualquier clase de cláusulas; sino que ha de tener en claro que la prerrogativa que implica el hecho de que el legislador le haya permitido contar con una herramienta que agilita sus labores mercantiles, lleva aparejada la transferencia que le hace el Estado a través de la ley de velar por los intereses del consumidor, sobre la base de la justicia de las prestaciones, que en todo caso deberán ser racionales y estarán precedidas de suficiente y detallada información sobre su contenido y alcances, evitando la utilización de léxico técnico y complejo, así como de expresiones confusas, letra chica, etc.

Obviamente estos principios deberán ser observados por el oferente, no solamente como un acto voluntario de buena fe y honorabilidad personal; sino que a nivel mundial se encuentran amparados en normas que integran diversos cuerpos normativos de carácter protectivo; que incluso han conferido a la administración de justicia la capacidad de tasar la justicia de las obligaciones derivadas de esta clase de contrato a efectos de reponer el equilibrio contractual.

Con el desarrollo de la WWW (*World Wide Web*), el Internet y en general de las tecnologías de información y comunicaciones, los intercambios de datos han crecido a niveles extraordinarios, volviéndose cada vez más accesibles y de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

consumo masivo; dando a luz nuevas formas de comercio; en este marco se ha desarrollado el Comercio Electrónico.

En el año 1996 la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional *CNUDMI* emitió la Ley Modelo de Comercio Electrónico -más conocida como la Ley Modelo de la *UNCITRAL*-, poniendo en consideración de los países miembros de la ONU un modelo normativo, dirigido a resolver las inseguridades jurídicas surgidas como consecuencia de las operaciones mercantiles realizadas a través de medios electrónicos.

Este modelo, sumado a las exigencias mercantiles de las potencias y a la necesidad objetiva de dar salida a la cada vez más recurrente presencia de conflictos derivados de la utilización de las nuevas tecnologías en la realización de actos comerciales, dio origen en Latinoamérica a una serie cuerpos legislativos especiales destinados a regular el comercio electrónico; en el caso concreto de nuestro país a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, expedida el 17 de abril del 2002, en la cual se regulan ciertos aspectos de carácter fundamental como son los relativos la firma electrónica; valor probatorio de los mensajes de datos; los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica; la autonomía de la voluntad; las entidades de certificación; entidades de registro; certificados digitales; derechos de usuarios y consumidores; infracciones y delitos informáticos; entre otros.

Nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (*ley no. 2002-67*), en el Inciso sexto de su Disposición General Novena, define al comercio Electrónico de la siguiente manera:

“Es toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información.”

Sintetizando un sinnúmero de conceptos citados, en el presente trabajo se ha concluido que por Comercio Electrónico se ha de entender a toda transacción o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

intercambio de información comercial, realizada por medio de la transmisión de datos utilizando redes electrónicas de comunicación; de manera que no sólo incluiría la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la "Red" para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.

En un sentido amplio la noción de comercio electrónico abarca a todas las transacciones comerciales que se realicen utilizando medios electrónicos, dentro de los que se encontrarían incluidos el fax, el telex, el teléfono, los EDI (*Electronic Data Interchange*) e Internet, no obstante para los efectos de la presente tesis se ha restringido su alcance, considerándolo como aquella parte del Comercio que se realiza a través de redes cerradas o abiertas, sobre la base de la dinámica surgida de la relación oferta-demanda, sirviéndose de herramientas electrónicas y tele-comunicacionales, a efectos de conseguir agilidad en los procesos comerciales reduciendo costos y tiempos.

En la esfera del derecho de los contratos celebrados por medios electrónicos, muchos aspectos no han sido regulados o por lo menos debidamente regulados, en cuyo caso los juristas han tenido que venir aplicando por analogía las doctrinas tradicionales a un contexto nuevo, lleno de particularidades, como por ejemplo el hecho de que en la práctica se haya generado una suerte de extraterritorialidad en el orden comercial y mercantil, situación que ha exigido alguna clase de cobertura jurídica básica, que solo ha podido ser instrumentada a través de los contratos.

Al contrato se lo ha definido como un acuerdo de voluntades en torno a una determinada convención, cuya finalidad es regular sus alcances sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes. En el ámbito de los contratos por vías electrónicas, se indicó que se trata de un acuerdo de voluntades ligadas en el espacio virtual con la finalidad de crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones de los contratantes.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Partiendo de saber que el comercio, sea que se verifique de manera tradicional o utilizando medios electrónicos, será invariablemente la entrega de bienes o servicios, a cambio de una retribución o contraprestación de carácter económico; una vez agregados los componentes que caracterizan a esta nueva forma de entablar y concretar relaciones comerciales, evidenciaremos que el comercio electrónico ha provocado situaciones sui generis en relación con las cuales la normativa tradicional no es del todo aplicable; o siendo aplicable no regula ciertas particularidades atinentes propiamente a esta forma de comercio.

Las relaciones virtuales por su propia naturaleza, nos ubican frente a escenarios que no tienen paralelo, pues en la práctica esta clase de negociación se realiza en una dimensión internacional e inclusive en circunstancias que se ubican más allá del mundo *atómico*, dándose situaciones en las que el consentimiento se forma en lugares virtuales, lo cual constituye una abstracción que amerita que entendamos, que el lugar y el momento de formación del consentimiento importa una concepción bastante diversa, de lo que en el derecho tradicional se entiende por domicilio (*lugar de residencia con ánimo de permanencia*); es más bien una cuestión de atribución de efectos jurídicos y no de determinar si el contratante reside o estuvo presente en determinado lugar a la celebración o ejecución del contrato. Frente a ello se manifestó que este fenómeno concebido desde el alcance internacional de la contratación electrónica, adquiere complejas connotaciones, en virtud de que el o los negocios del oferente, así como el o los servidores del aceptante, pueden tener su asiento en diversos países.

Establecer el lugar en que se ha formado el consentimiento, nos permite determinar:

- Cuál es el Juez competente para conocer las controversias que surjan de la ejecución del contrato.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Cuál es la ley aplicable en el evento de que existan dos o más legislaciones aplicables al mismo, el carácter de nacional o internacional del contrato.
- Posibilitará interpretarlo de conformidad con los usos y costumbres del lugar en que se hubiere otorgado el consentimiento (*vg. arrendamiento de cosas, regulado en los Arts. 1879 y 1885 del Código Civil*).

A su vez, la determinación del momento del nacimiento del contrato electrónico; tiene relevancia por las siguientes razones:

- Implica el inicio del contrato que une a las partes y convierte en directamente exigibles las obligaciones en él contenidas.
- A partir de su vigencia, será ineficaz (*por extemporáneo*) cualquier intento de revocación o retiro de la oferta o de la aceptación por parte de los contratantes.
- Pasarán a ser ineficaces determinadas causas de extinción de los compromisos contractuales. (*por ejemplo: incapacidad sobrevenida, o muerte del autor de la declaración, caducidad, etc.*).
- Se transmiten los riesgos de la cosa al adquirente, en los casos en que la perfección del contrato implica la transmisión de la propiedad o de otro derecho real.
- Permite determinar cuál es la normativa aplicable en atención a la vigencia de la ley y sus efectos.
- Determina el momento en el que empiezan a correr ciertos términos legales; por ejemplo, el que le asiste al consumidor para desistir o pedir la resolución del contrato celebrado a distancia, para reclamar la cobertura de las garantías, etc..

La precisión de estos aspectos -como se analizara en detalle- por su medular importancia en el campo de la contratación electrónica, ha dado lugar a una valiosísima discusión doctrinaria, que al cabo alumbrado el camino de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

producción legislativa del derecho internacional privado, así como de los derechos nacionales, existiendo al momento algunos principios orientadores sobre los que prácticamente ya no hay discusión:

- Con fundamento en la doctrina de la autonomía conflictual en materia contractual, se impone la legislación elegida por los contratantes; únicamente en el evento de que las partes no hubiesen pactado he dicho sentido, el contrato se regirá por la ley del lugar en que el contrato se ha celebrado.
- La determinación del lugar en que se ha formado la voluntad, -*conforme se revisó en extenso-* tiene que ser obtenida a partir del análisis de los factores de conexión, que nos conducen hacia el lugar en que la relación jurídica tiene su asiento natural; es decir aquel lugar con el cual el contrato presenta sus vínculos más estrechos.
- En todos los casos, tanto el principio de autonomía conflictual, como el de la determinación del lugar a través de la aplicación de los factores de conexión, están limitados (*para el caso de los contratos de consumo*) por la aplicación de las leyes nacionales especiales de protección a los consumidores, que atraen hacia si el fuero competente con carácter de irrenunciabilidad, en defensa de los intereses de la parte contractual débil.

Sobre la base de lo anotado, el derecho internacional privado ha reemplazado el *lugar de celebración* por factores de conexión como la autonomía conflictual, los vínculos más estrechos y en ocasiones la residencia habitual de las partes.

En lo referente al momento de nacimiento de los contratos realizados a través del internet, ha de tenerse en cuenta que cuando las partes no se encuentran presentes geográfica y temporalmente; es decir, cuando no coinciden físicamente, ni utilizan un medio de comunicación que les permita un contacto simultáneo, rige aquella teoría que doctrinariamente se la conoce como *teoría del conocimiento* según la cual la oferta, la aceptación, su revocatoria y



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cualquier otra declaración dirigida a una determinada persona, se entenderán conocidas en el momento en que alcancen la dirección del destinatario; siempre que este no pruebe que sin culpa de su parte, no pudo tener conocimiento de ella. Dicho esto, la aceptación se considera conocida cuando es recibida en la dirección del oferente; y, se tendrá por recibida cuando al oferente le es accesible su contenido. Esta conclusión será válida para todo contrato realizado a través del internet en el que las partes no se encuentren presentes en términos temporales y espaciales.

En cuanto al contrato de adhesión celebrado por medios electrónicos en realidad se podría concluir que en realidad se trata del mismo contrato analizado y descrito por la doctrina tradicional, sino que esta vez, la tutela al consumidor deberá estar referida a su protección frente a las relaciones contractuales derivadas de la aplicación de las nuevas tecnologías, cautela que en realidad no es excesiva, si se considera que *-conforme anteriormente se analizó en el presente trabajo-* el contrato de adhesión en términos generales lleva implícito en su condición originaria, el principio de desigualdad entre las partes contratantes; desigualdad que en la contratación por medios electrónicos se acentúa y complejiza merced a las características propias de los actos realizados en un espacio virtual, conforme en detalle se revisó.

Concluyendo que el contrato electrónico es por antonomasia un contrato de adhesión, a excepción quizá de los contratos de familia, los contratos solemnes y los que requieren algún tipo de garantía; y, por último, que el contrato de adhesión en el comercio electrónico, está sujeto a las mismas reglas y principios que el contrato tradicional, sin embargo se ha de tener en cuenta que la relación contractual se realiza sin presencia física de las partes; que el consentimiento se presta por medios electrónicos y se forma *on-line*; y, que el soporte del documento es electrónico, por lo que ha de reposar en una base de datos. Aquello *-se ha insistido-* impone la necesidad de contar con una normativa especial que tenga en cuenta estos matices aparentemente



UNIVERSIDAD DE CUENCA

superficiales pero que en la práctica tienen enorme trascendencia en la esfera jurídica.

En la parte final del presente trabajo se creyó interesante revisar argumentadamente, el hecho de que, si a sabiendas de que en la contratación ordinaria el legislador detectó grandes riesgos para los consumidores frente al contrato por adhesión y legisló en consecuencia; en el caso de los contratos electrónicos por adhesión, dichos peligros se mantenían o quizá se disipaban merced a las bondades informativas y de acceso que caracterizan a las nuevas tecnologías; habiéndose concluido que en la práctica, la necesidad de protección del legislador a los consumidores es cada vez más apremiante, pues conforme se analizó, los contratos electrónicos por adhesión se encuentran plagados de cláusulas abusivas y formas desequilibrantes (*contratos click y browse*).

Se ha concluido indicando que en el caso de nuestro país, aún es necesario incorporar una serie de reformas que permitan armonizar los principios protecciónistas que animan a la Ley, con las realidades derivadas de las nuevas tecnologías, a efectos de poner a buen recaudo al consumidor en su calidad de parte contractual débil.

4.2.- RECOMENDACIONES.-

- Conforme se revisó en detalle en la presente tesis, del texto de los artículos 46 y 47 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos nada en concreto se extrae en relación al lugar que se ha de tener como aquel en que se otorga el consentimiento contractual, sino que directamente se nos ubica frente a dos opciones: la de que al respecto exista acuerdo entre las partes contratantes constante en alguna de las cláusulas del contrato; o, en caso de no



UNIVERSIDAD DE CUENCA

haberlo, se apliquen los medios tecnológicos que fueren necesarios y las leyes nacionales a que hubiere lugar para la solución del eventual conflicto contractual, dejándonos la ley a obscuras frente al tema.

Conocido como es que la antes referida Ley, se inspiró en la Ley Modelo de la UNCITRAL “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*”, de gran interés para solventar este vacío hubiese sido que se incorporara en su texto, las directrices que sobre el tema obran de dicho “modelo”, en el que con meridiana claridad se indica que se tendrá por lugar de celebración del contrato, aquel donde el destinatario tiene la sede principal, independientemente del lugar de instalación del sistema informático:

Art. 15, No. 4. “De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo...”

Como se aprecia en el texto que antecede, se resalta el carácter objetivo que en el derecho internacional privado se le atribuye al domicilio en materia de comercio, poniendo en evidencia que el lugar en que se encuentra el sistema de información, no es determinante, pues lo verdaderamente relevante será aquel lugar que implique un vínculo razonable y objetivo con el iniciador y el destinatario respectivamente.

- En nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ni en su Reglamento, tampoco se hace relación puntual a la competencia en relación con el lugar de celebración del contrato, como se puede observar de las disposiciones que obran del Capítulo XIV de la Ley y del Capítulo XII del reglamento; ello es lamentable porque el legislador ha creado un vacío que impone para cada caso recurrir a la doctrina y al derecho comparado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Muy de desear hubiese sido que en el texto de dicho cuerpo legal existiera una disposición como la del Art. 50 A de la Ley del Consumidor Chilena, en la que con meridiana claridad el legislador se ocupa de indicar cuál será el Juez competente en razón de lugar, haciendo inclusive una alusión expresa y especial al caso de los contratos celebrados por medios electrónicos: (*Ley del Consumidor N° 19.496 modificada por la Ley 19.955; Art. 50 A: "Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanen de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.*

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor", fijando incluso nuestra ley una regla especial para la determinación del tribunal que debe conocer de un asunto en las hipótesis de contratación electrónica.")

Estimo que los complejos problemas a los que nos vemos avocados en relación con la temática que nos ocupa en cuanto al derecho nacional se refiere, se verían notablemente simplificados, si en nuestra Ley de Comercio Electrónico se incluyera una norma del tenor de la que a continuación se bosqueja: El acuerdo de las voluntades contractuales en el contrato electrónico, se entenderá formado en el lugar que las partes acuerden; de no haberse fijado de mutuo acuerdo dicho lugar, será aquel con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa especial nacional de protección al consumidor.

- Decir que “el perfeccionamiento del contrato electrónico se somete a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes para cada negocio



UNIVERSIDAD DE CUENCA

jurídico..." conforme al texto del Art. 46 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, resulta ciertamente insuficiente si se considera que existen normas que únicamente responden al contrato entre presentes, ausentes o a la teoría de la recepción o del conocimiento por parte del oferente. Ante esta norma tan exigua resultan esclarecedores los textos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; los principios UNIDROIT; y los Principles of European Contract Law, que son unánimes en señalar que el contrato electrónico se entenderá perfeccionado cuando la manifestación del asentimiento llegue al oferente.

De lo anotado se desprende que la aceptación se considera conocida cuando es recibida en la dirección del oferente; y, se tendrá por recibida cuando al oferente le es accesible su contenido. Esta conclusión será válida para todo contrato realizado a través del internet en el que las partes no se encuentren presentes en términos temporales y espaciales. Con tales antecedentes soy del parecer que la norma en cuestión debería tener el siguiente texto: *El acuerdo de voluntades en el contrato electrónico, se entenderá formado en el lugar y tiempo que las partes acuerden; de no haberse fijado de mutuo acuerdo dichos aspectos, el lugar será aquel con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; y el momento, aquel en que al oferente le es accesible el contenido del mensaje de datos contentivo de la voluntad del adquirente; ello sin perjuicio de la normativa especial nacional de protección al consumidor.*

- Cuando los consumidores intervienen en transacciones internacionales, la estipulación de la cláusula de resolución de conflictos tiene enorme trascendencia. En ámbitos más sensibles a los temas de protección al consumidor como la Unión Europea y los Estados Unidos, antes de celebrar contratos mediante el uso de medios electrónicos, el proveedor



UNIVERSIDAD DE CUENCA

solicita al consumidor su voluntad respecto al establecimiento de una cláusula de resolución de conflictos. En nuestro caso, el consumidor al dar click en el link o vínculo en el web site con el que con el que contrata, acepta la cláusula al aceptar los “términos y condiciones de uso”. Sería de gran importancia que en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, se incluyera un artículo que en custodia de los intereses de los consumidores, obligara a los proveedores a solicitar al consumidor su anuencia en relación a la incorporación de una cláusula de resolución de conflictos.

- Han resultado tan oportunas las respuestas aportadas por los ODR (*Medios Alternativos de Solución de Conflictos en Linea*) a los problemas en que se ven ordinariamente inmiscuidos los consumidores, que entidades protectoras del consumidor, organizaciones internacionales y entidades gubernamentales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) promueven la implementación y utilización de estos mecanismos en las relaciones donde uno de los contratantes es consumidor. En general esta actitud obedece al acogimiento de las “*Directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico*” dictadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), dentro de las cuales se recomienda, dentro del tema de resolución de conflictos y recursos, que los consumidores sean “*provistos de un acceso real a mecanismos alternativos de resolución de conflictos y recursos que sean justos y en tiempo, sin que impliquen un costo indebido o una carga*”, lo cual debe enmarcar una “*efectiva resolución de las disputas en forma justa y en tiempo*” mediante la implementación de “*tecnologías de la información innovadores*”.

Toda vez que la legislación ecuatoriana posibilita que a través de la liberalidad contractual y la autonomía de la voluntad, las partes se



UNIVERSIDAD DE CUENCA

sometan a su elección a una determinada jurisdicción, vía y trámite, para la solución de las controversias que eventualmente se deriven del contrato; es absolutamente lícito que para el caso de los contratos celebrados vía electrónica, opten por los medios alternativos de solución de conflictos en línea; pero no sólo eso, sino que teniendo en consideración, que a saber estos medios constituyen la manera más efectiva de precautelar los intereses de los consumidores frente a los diferendos derivados de la utilización de la contratación electrónica, debería promocionarse a gran escala la utilización de estos medios alternativos, con la inclusión de las respectivas cláusulas de resolución de conflictos. Estas campañas de promoción deberían ser promovidas no solamente por el Estado, sino fundamentalmente por los gremios comerciales y productivos, como una manera de incentivar el comercio electrónico, revistiéndolo de seguridades y generando un entorno de confianza, que a la fecha constituye uno de los mayores óbices para su masificación en los países del tercer mundo.

- Pese a la inserción de cláusulas compromisorias que impongan a las partes el sometimiento a los medios alternativos de solución de conflictos en línea, como se ha analizado anteriormente, el consumidor continúa llevando sobre sí la carga de pedir la ejecución de la sentencia a su favor, en un lugar ajeno a su domicilio, lo cual como resulta evidente continúa restando eficacia a los beneficios que se pretendió conferir al consumidor con la estipulación de una cláusula compromisoria o un acuerdo de resolución de conflictos.

Frente a estas situaciones, cabría empezar a pensar en un Organismo internacional con capacidad para hacer cumplir las resoluciones o acuerdos derivados de la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en línea. Este Organismo debería tener la capacidad legal para lograr la ejecución de tales resoluciones, a través de la imposición de multas y sanciones, además de constituirse en una suerte de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fedatario de la idoneidad comercial, siendo capaz de crear listas de confianza y paralelamente listas negras. Al efecto la forma de funcionamiento de la OMPI⁸⁵ en la aplicación de la *Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombre de Dominio*, aprobada por la ICANN⁸⁶ el 1 de diciembre de 1999, resulta de gran interés; y a mi parecer ha sentado las bases de lo que en un futuro no muy lejano podría constituirse en este Organismo internacional, tan necesario para que las buenas intensiones de la legislación tanto nacional como internacional, no queden en meros enunciados.

- Haciendo acopio de las posiciones doctrinarias y las tendencias legislativas elaboradas en relación con el tema, en la tesis me he permitido esbozar un borrador de norma que a mi criterio, de constar en nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos simplificaría notablemente la solución de los conflictos derivados de la indefinición en relación al lugar de formación de la voluntad contractual, en los siguientes términos: *El acuerdo de voluntades en el contrato electrónico, se entenderá formado en el lugar y tiempo que las partes acuerden; de no haberse fijado de mutuo acuerdo dichos aspectos, el lugar será aquel con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; y el momento, aquel en que al oferente le es accesible el contenido del mensaje de datos contentivo de la voluntad del adquirente; ello sin perjuicio de la normativa especial nacional de protección al consumidor.*

⁸⁵ Organización Mundial de Propiedad Intelectual

⁸⁶ Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet



UNIVERSIDAD DE CUENCA

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. “*Derecho Civil. De los Contratos*”, Editorial Zamorano y Caperan. Santiago 1976.

BARCELÓ, Juliá R., “*Comercio Electrónico Entre Empresarios. La Formación y Prueba Del Contrato Electrónico*”. Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BELLOSO CACHIN, Rafael. “*Marco Legal del Contrato de Adhesión en el Comercio Electrónico y la Telemática*”, publicado en la Revista Electrónica de Estudios Telemáticos.

Internet: <http://www.urbe.edu/publicaciones/telematica/indice/pdf-vol3-1/4marco-legal>

BULGARELLI, Waldirio. “*Contratos mercantis*”. São Paulo: Atlas, 1998.

CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1996.

CAMPITELLI, Adrian. “*Comercio Electrónico*. Internet:
<http://www.monografias.com/trabajos12/monogrr/monogrr.shtml>

CASTAN T. José, “*Derecho Civil Español, Ed. Común y Floral*”, Tomo III 10^a .Edición, Madrid, 1967.

CARRASCOSA, Valentín, POZO, María A., Rodríguez, E.P. “*La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos*”. Segunda Edición, Editorial Comares.Granada, 1999.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*Estudios sobre El Contrato Privado*”. Cultural Cuzco S.A. Editores. Editorial Labrusa, Lima-Perú, 1983.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. “*Derecho Privado en Internet*”. Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

DE LA MAZA, Gazmuri Íñigo. “*Los Contratos de Adhesión en Plataformas Electrónicas: Una Mirada al Caso Chileno*”. Internet:
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-3/contratos.asp#sdendnote7sym#sdendnote7sym>.

DIEZ PICASO, L., “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, 4^a Edición. Madrid, 1993.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

DINIZ, Maria Helena. " *Curso de direito civil: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.*" Volume 3. Edición 14. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARINA, Juan,"*Contratos Comerciales Modernos*", 2da. Edición, Editorial Astrea, Argentina, 1999, Internet: <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/consumidor-informatico.pdf>

GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto." *Contratos civiles y comerciales: parte general.*" 2ª. Edición. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002.

J. Lessing, The Law of the Horse: *What Cyberlaw Might Teach.* Internet: <http://cyberlaw.stanford.edu/lessing/content/index.html>; citado por I de la Maza Gazmuri

KAUNE ARTEAGA, Walter. " *Curso de Derecho Civil*" Editorial Jurídica "Zegada", La Paz-Bolivia, Volumen I. 1992.

LORENZETTI, Ricardo Luis." *Tratado de los Contratos*". Primera Edición Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

MANTILLA Catherine, "Contratos Informáticos", Ponencia Del VIII Congreso Latinoamericano de Derecho e Informática, México 2000. Internet: <http://comunidad.derecho.org/congreso/ponencia8.html>

MARTINEZ GALLEGOS, Eva. " *La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación*". Editorial Marcial Pons Madrid, 2000.

MORELLO, AUGUSTO M.. " *Dinámica del Contrato*". Editorial. Platense, La Plata, 1,985.

MOSSSET ITURRASPE, Jorge. " *Contratos*". Primera edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

NEWMAN RODRÍGUEZ Silvana, " *Aproximación a la formación del contrato electrónico em La Legislación Española.*"

http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material." São Paulo: Saraiva, 2000.

Obando P.,Juan José " *Los contratos Electrónicos y digitales*". Internet. <http://vlex.com/vid/contratos-electronicos-digitales-115524> . Acceso: 29 de diciembre del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales." Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. "Derecho Civil". Colección Biblioteca Clásicos del Derecho. Primera Serie; 8). Oxford University Press, Mexico, 2002.

PRADA ALONSO, Javier. 2001. "Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: prueba y perfección del contrato", en Revista General de Derecho", Internet: http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm.

ROGEL VIDE, Carlos. 2001. "Los Contratos Electrónicos, sus Tipos y el Momento de su Perfección", Internet: Derecho sobre Internet, <http://derechosobreinternet.com>.

RODRIGUEZ CAZORLA, Alfonso. Monografía "Contratos de Adhesión". Internet. <http://www.monografias.com/trabajos65/contratos-adhesion/contratos-adhesion.shtml#xintro> Acceso: 6 de enero 2010.

ROJAS, Fernando Rojas Andrews. "El Establecimiento Permanente en México Frente al Comercio Electrónico Transfronterizo." Internet: <http://www.monografias.com/trabajos46/establecimiento-mexico/establecimiento-mexico.shtml>

RUPERTO A., Pinochet Olave. Artículos de Doctrina; Revista *Ius et Praxis*, 12(1): 215-231,2006

SCHREIBER PEZET, Max Arias. "Los Contratos Modernos" W.G. Editor; San Isidro 1994.

VIDELA ESCALADA, Federico. "Contratos por Adhesión en Estudios de Derecho Civil" Edición. Depalma. Buenos Aires. 1968.

VENOSA, Sílvio Salvo. "Teoria geral dos contratos." São Paulo: Atlas, 1997.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

LEYES Y DOCUMENTOS.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de Octubre 2008.

<http://www.asambleaecuador.org/>

CÓDIGO CIVIL, Registro Oficial Suplemento No.46, 24 de Junio 2005.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4112

LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS. Ley No 67- 2002. Registro Oficial Suplemento No. 557, 17 de Abril 2002.

www.colabpi.pro.ec/Legislacion/Documentos/ley_comercioe.doc

LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Ecuador. Ley 21, Registro Oficial Suplemento No. 116, 10 de julio 2000.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2952&Itemid=426

CODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL, Registro Oficial No. 159, 5 de diciembre 2005.

<http://www.estade.org/legislacion.htm>

LEY ORGANICA DE REGIMEN PROVINCIAL, Registro Oficial No. 288, 20 de Marzo 2001.

http://www.estade.org/IIILegislaci%F3n/indexlink_leyes.html

LEY ORGANICA DE JUNTAS PARROQUIALES RURALES. Ley. No.2000-29. Registro Oficial No. 193, 27 de octubre 2000.

<http://www.cep.org.ec/productoFile/32.pdf>

LEY MODELO DE LA UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional). 12 de Junio 1996. Internet:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Internet

Concepto de contrato. Sistemas de contratación. El principio de autonomía de la voluntad y sus limitaciones. Concepto de contrato. Sistemas de contratación. Tema 63.

Internet. www.notariosyregisradores.com/opositores/temasdeopositores/no-ci-063.doc

Contratos escritos de consumo y sus cláusulas abusivas. Internet:
[http://www.proconsumer.org.ar/capitulo9.html/](http://www.proconsumer.org.ar/capitulo9.html)

Contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno. Internet:

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-3/contratos.asp#sdendnote7sym#sdendnote7sym>

Comercio Electrónico b2c: La Protección de los Consumidores en Colombia.- Lorena Catalina Novoa Bolívar. Internet:

<http://ssrn.com/abstract=1480661>

Acceso: 27 de abril del 2010

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea frente a los conflictos B2C. Adriana Castro Pinzón

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1217>

Acceso : 29 de abril del 2010

Wikipedia la enciclopedia libre.

Internet.<http://es.wikipedia.org/wiki/internet>. (*Business to Consumer*)

<http://es.wikipedia.org/wiki/B2B> .

Acceso: 28 de Diciembre del 2009

<http://www.legalinfo-panama.com/articulos/consumidor-informatico.pdf>