



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL “CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS” SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO UN CONTRATO INFORMÁTICO, EN LOS ACTOS DE CONSUMO REALIZADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

AUTOR: ESTEBAN FERNANDO VILLA AYALA

DIRECTOR: DR. CÉSAR PATRICIO PALACIOS VINTIMILLA

CUENCA - ECUADOR

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL "CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS" SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO UN CONTRATO INFORMÁTICO, EN LOS ACTOS DE CONSUMO REALIZADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

AUTOR: ESTEBAN FERNANDO VILLA AYALA

DIRECTOR: DR. CÉSAR PATRICIO PALACIOS VINTIMILLA

**CUENCA – ECUADOR
2021**

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Esteban Fernando Villa Ayala portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0105116750. Declaro ser el autor de la obra: "Análisis dogmático del contrato comercial de servicios electrónicos según el Art. 76 del Código de Comercio como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico", sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 10 de septiembre de 2021

F:

Esteban Fernando Villa Ayala

C.I. 0105116750

DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada a mi familia por su apoyo, paciencia y compañía. Por el tiempo de lectura que me han otorgado.

AGRADECIMIENTOS

Mi profundo agradecimiento a todas aquellas personas quienes colaboraron en la conclusión de esta tesis.

A mi familia

A la Universidad Católica de Cuenca y a todos los docentes de la Unidad Académica de Ciencias Sociales de la Carrera de Derecho.

Un agradecimiento especial al Dr. César Patricio Palacios Vintimilla, director de mi tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS.....	II
ÍNDICE.....	III
RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVE.....	1
ABSTRACT.....	2
KEYWORDS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	6
1.- DERECHO INFORMÁTICO.....	6
1.1.- Informática jurídica.....	8
1.2.- Derecho informático propiamente dicho o derecho de la informática.....	8
2.- COMERCIO ELECTRÓNICO.....	9
2.1.- Definición del comercio electrónico.....	12
2.2.- Características del comercio electrónico.....	13
2.3.- Clasificación del comercio electrónico.....	14
2.3.1.- Según la ejecución del contrato electrónico: directo e indirecto.....	14
2.3.2.- Según intervinientes de la actividad comercial electrónica; B2B, B2C, B2G, C2C.....	14
2.3.3.- Según el alcance de efectos de la actividad comercial electrónica: nacional e internacional.....	16

2.3.4.- Según el tipo de redes en el cual se realiza la actividad comercial electrónica: red abierta y cerrada.....	17
2.3.5.- Según el tipo de plataforma en línea de la actividad comercial electrónica; social e-commerce, mobile e-commerce, e-commerce en plataformas propias, e-commerce opensource, e-commerce en plataformas de terceros.....	17
3.- PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO	18
3.1.- Tipos de plataformas de comercio electrónico.....	20
3.2.- Tienda virtual.....	23
3.3.- Marketplace.....	24
3.3.1.- Los sistemas de reputación en línea de las marketplace.....	26
3.3.2.- Proceso de contratación a través de una marketplace.....	27
3.3.3.- Relación contractual tripartita en las marketplace.....	28
CAPITULO II.....	33
1.- NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, SEGÚN NUESTRA LEGISLACIÓN.....	33
1.1.- Fuentes de las obligaciones.....	34
1.2.- Elementos de los contratos.....	35
1.2.1.- Elementos de su esencia del contrato.....	35
1.2.2.- Elementos de su naturaleza del contrato.....	38
1.2.3.- Elementos accidentales del contrato.....	39
2.- CONTRATO ELECTRÓNICO.....	39
2.1.- Diferencia entre comercio electrónico y contratación electrónica.....	39
2.2.- Definición de contrato electrónico.....	40
2.3.- Contrato electrónico y contrato tradicional.....	42

2.4.- El contrato electrónico es un contrato formal.....	44
2.5.- Principios de la contratación electrónica.....	45
2.5.1.- Principio de equivalencia funcional y no discriminación.....	46
2.5.1.1.- Información escrita.....	48
2.5.1.2.- Información original.....	49
2.5.1.3.- Firma electrónica.....	49
2.5.2.- Principio de neutralidad tecnológica.....	52
2.5.3.- Principio de no alteración al derecho preexistente de contratos y obligaciones...53	
2.5.4.- Principio de la autonomía de la voluntad.....	54
2.5.5.- Principio de buena fe.....	54
2.5.6.- Principio de estándares universales.....	55
3.- CONTRATO INFORMÁTICO.....	55
3.1.-Diferencia entre contrato electrónico y contrato informático.....	55
3.2. Definición del contrato informático.....	57
3.3.- Definición en sentido amplio de contrato informático.....	58
3.4.- Definición en sentido estricto del contrato informático.....	59
3.5.- Objeto del contrato informático.....	60
3.6.- Características del contrato informático.....	62
3.7.- Las partes contractuales del contrato informático.....	64
3.8.- Clasificación del contrato informático.....	65
CAPITULO III.....	67

1.- EL CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	67
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES.....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	78
ANEXOS.....	81

RESUMEN

Actualmente, es común el uso de las plataformas de comercio electrónico como Mercado libre, Ebay, OLX para realizar actos de consumo a distancia y vía internet. Todos los usuarios que pretendan usar estas plataformas en línea obligatoriamente deberán registrarse y aceptar los “Términos y Condiciones de uso” que le impone el dueño de las plataformas.

En ese contexto, el legislador ecuatoriano ha incorporado en el ordenamiento jurídico el denominado “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio, con el cual se pretende habilitar el uso de estas plataformas en línea. Por ello, la presente investigación analiza a este contrato sui generis de nuestro ordenamiento jurídico desde un punto de vista dogmático para calificarlo como un contrato informático. Doctrinariamente, todo contrato que tengan por objeto del mismo, un bien y/o servicio de carácter informático se lo reconocen como contratos informáticos.

PALABRAS CLAVE: COMERCIO ELECTRÓNICO, PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO, CONTRATO ELECTRÓNICO, CONTRATO INFORMÁTICO

ABSTRACT

At present, it is common to use e-commerce platforms, such as Mercado Libre, eBay, and OLX to consume at a distance and via the Internet. All users who intend to utilize these online platforms must register and accept the "Terms and Conditions of Use" imposed by the owner of the platforms. In this context, the Ecuadorian legislator has incorporated in the legal system the so-called "commercial contract of electronic services" of Article 76 of the Code of Commerce, which is intended to enable the use of these online platforms. Therefore, this research analyzes this sui generis contract of our legal system from a dogmatic point of view to qualify it as a computer contract. Doctrinally, all contracts whose object is a good and/or service of an IT nature are recognized as IT contracts.

KEYWORDS: ELECTRONIC COMMERCE, ELECTRONIC COMMERCE PLATFORMS, ELECTRONIC CONTRACT, COMPUTER CONTRACT

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la mayoría de los actos de consumo vía internet se dan a través de las denominadas plataformas de comercio electrónico o plataformas en línea como por ejemplo Mercado Libre, Amazon, Ebay, Alibaba, Facebook, OLX, entre otras, que sirven como una herramienta fundamental para lograr efectuar la compraventa a distancia y vía internet.

Un “portal web” o “plataforma en línea” o “aplicación móvil” de comercio electrónico puede definirse como un sistema informático o software complejo creado específicamente para la comercialización de productos o servicios vía internet. Han sido desarrollados por grandes empresas o compañías vinculadas al desarrollo de informático y tecnológico, cuyo negocio radica en poner a disposición de sus usuarios (compradores y vendedores) la infraestructura tecnológica necesaria para poder comprar y vender todo tipo de productos/servicios vía internet; de una manera ágil, rápida y cómoda. Algunas de ellas incluyen servicios complementarios como: pago electrónico y transporte de mercadería a nivel local, nacional, e internacional.

Las plataformas en línea de comercio electrónico sirven para facilitar los actos de consumo a distancia y vía internet, al punto de que es posible concretarlos con solo pulsar o dar clic, sobre un botón “comprar” que aparecen en una página web o aplicación móvil, sin que las personas tengan que trasladarse físicamente a la tienda para efectuar el acto de consumo. Podría decirse que se trata de un traslado del negocio del mundo real y físico al mundo virtual, donde todas o casi todas las funciones que cumple una tienda real serán replicadas o adaptadas al entorno virtual.

Así pues, con una plataforma de comercio electrónico será posible ofertar un producto y/o servicios en línea, hacer preguntas al proveedor en línea, hacer pedidos en línea, comprarlos electrónicamente, cobrar el pago electrónicamente al vendedor, entregar el producto electrónicamente (libro virtual), prestar servicios posventa en línea, entre otros.

Cabe señalar que a las plataformas de comercio electrónico se las pueden denominar: “tienda virtual” cuando esta le pertenece al propio vendedor y ofrece allí sus productos y servicios; y “marketplaces” cuando vendedor y comprador han usado una plataforma que pertenece a un tercero para hacer posible la venta a distancia. Algunas de

ellas, pueden ser a la vez, una “tienda virtual” y un “marketplace”, por ejemplo, el caso de Amazon; pero no el caso de Mercado libre que estrictamente es una marketplace.

Es de nuestro interés, cuando el acto de consumo se realiza a través de plataformas de comercio electrónico que le pertenecen a un tercero o marketplaces, ya que, en este caso, tanto comprador como vendedor deberán celebrar individualmente un contrato con un tercero (dueño de la plataforma en línea). Por ello, se dice que estamos ante relación contractual “tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de compraventa de producto o servicios celebrado por el vendedor y comprador; y por otro lado, un contrato de prestación de servicios electrónicos celebrado entre el dueño de la plataforma con todos sus usuarios registrados ya sea que, actúen en calidad de vendedores o compradores.

En síntesis, para llevar a cabo el negocio principal o acto de consumo a través de una marketplace, *se* requiere de la celebración de tres contratos:

- a) **Entre comprador y vendedor**; un contrato de compraventa de productos y servicios vía internet (relación jurídica principal). Nos referimos a la celebración de un contrato electrónico de compraventa entre proveedor y cliente.

- b) **Entre la plataforma y vendedor**; un contrato de prestación de servicios electrónicos (relación jurídica secundaria). La celebración de este contrato generalmente lo hacemos electrónicamente, el momento de registrarnos en las plataformas en línea y aceptamos a través de un clic “Los Términos o Condiciones” o “Aviso legal”, “T&C”, “Legal”, generados en una página web. A este tipo de contrato, la doctrina los denomina genéricamente “contratos informáticos” puesto que tiene por objeto del mismo, un bien y/o servicio de carácter informático.

- c) **Entre plataforma y comprador**; de igual manera que la anterior.

Si bien la relación jurídica principal se da entre el vendedor y el comprador, no se puede desconocer la intervención de este tercero, que generalmente son empresas con gran prestigio a nivel internacional, quienes ponen a disposición de sus usuarios una plataforma en línea que permite la comercialización de productos y servicios a distancia

y vía internet. Obviamente, todo ello con un fin lucrativo, ya que, dado el caso que el vendedor logró efectuar su venta a distancia usando una marketplace, dicha plataforma cobrará al vendedor una comisión por su intervención, situación que no sucede con las tiendas virtuales, ya que no surge una relación contractual tripartita.

Con estos precedentes, podemos señalar que el legislador ecuatoriano, en cierto modo, ha pretendido reconocer las actividades comerciales entorno al uso de las plataformas de comercio electrónico con la incorporación en el ordenamiento jurídico un contrato sui generis, denominado “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio. A este, lo debemos identificar precisamente con los “Términos o Condiciones de uso” o “Aviso legal”, “T&C”, “Legal”, generados en las plataformas de comercio electrónico, como Mercado libre o OXL.

Por ello, el objetivo de la presente investigación es analizar al “contrato comercial de servicios electrónicos” desde un punto de vista dogmático para calificarlo como un contrato informático. Nuestro interés de estudio nace debido a que la mayoría de los actos de consumo vía internet se dan a través de las denominadas plataformas de comercio electrónico y que, para acceder a dichas plataformas, el usuario deberá aceptar los denominados: “Términos o Condiciones de uso” o “Aviso legal”, “T&C”, “Legal”.

Para ello, será necesario otorgar una visión generalizada del comercio electrónico, el rol de las plataformas de comercio electrónicos, definir y diferenciar conceptualmente a la contratación electrónica y a la contratación informática; todo ello a fin de que nos sirvan como base teórica que nos permitan comprender la naturaleza jurídica de este contrato sui generis para el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Debido a la complejidad del objeto de estudio y la extensión del mismo, pueden surgir algunas interrogantes, vacíos conceptuales, cuestionamientos, entorno a algunos temas o puntos en específico que han sido planteados a lo largo de la presente investigación y que, obviamente pueden ser abordados de una forma más específica o detallada. Reiteramos, que el fin último de la presente investigación es catalogar dogmáticamente al “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio como un “contrato informático”.

CAPITULO 1

1.- DERECHO INFORMÁTICO

La “sociedad de información” o “sociedad red” es un término que viene a describir la actual forma de organización social basada en el uso de las Tics y específicamente del internet y de los “dispositivos electrónicos” o “sistemas informáticos” como: ordenadores, tabletas electrónicas o celulares inteligentes. Es una época histórica caracterizada por el aumento de la capacidad de procesamiento de la información y comunicación, derivado del avance de ciencias como: la microelectrónica, software, informática, comunicación digital y la telecomunicación.

La “sociedad de la información” es una época marcada por el uso de las Tics y específicamente internet, como medio de comunicación y transmisión de información a distancia de una forma inmediata y digitalizada. Es decir, nuestra época está marcada por la facilidad de la creación, distribución y manipulación de la información de los entornos virtuales, lo cual ha causado cambios en la estructura social, cultural, económicas, políticas y por ende jurídica de la realidad social.

Dichos cambios pueden ser observados en escenarios tan comunes como la comunicación inmediata y digital a través de video llamadas, o en escenarios más complejos como transiciones de comercio electrónico. En ese marco, el internet es aquella herramienta tecnológica es capaz de ofrecer a sus usuarios una serie de servicios de diferente índole como: computo en la nube, whatsapp, blogs, redes sociales, televisión digital, tecnología wap (acceso inalámbrico a internet), transferencia de ficheros, navegación web, pago electrónico, contratación electrónica, entre otras.

Desde el ámbito jurídico, el advenimiento de la “sociedad de información” o “sociedad red” ha provocado una serie de problemas, retos y desafíos jurídicos que han sido abordados por una rama del derecho denominada “derecho informático”. Algunos doctrinarios también lo denominan como: “derecho de tecnologías” o “derecho telemático” o “derecho de las nuevas tecnologías” o “derecho de las sociedades de la información” o “derecho de la ius-cibernética”. Esta rama del derecho surge como

respuesta a los múltiples inconvenientes que trae consigo el uso de la Tics en la sociedad actual o de la unión entre dos ciencias: el derecho y la informática.

Antes de definir al derecho informático es necesario analizar el término informática que hace referencia al término francés “informatique” compuesto de dos vocablos: “information” o “información” y “automatique” o “automático”. La informática es una rama de la ciencia que se encarga de estudiar la administración de métodos, técnicas y procesos con el fin de almacenar, procesar y transmitir información y datos en formato digital. Según Fernando Larriva (2006) la informática “no es otra cosa que el cerebro humano que almacena y organiza datos y que luego los transmite, los hace conocer a los otros hombres en su condición de sociable por naturaleza” (p.8).

La informática es ese conjunto de conocimientos teóricos y prácticos de la ciencia y de la tecnología que se combinan para posibilitar el tratamiento racional y automático de la información. Tiene por objeto de estudio: los programas o software; la eficiencia de los algoritmos que se emplean en la organización y almacenamiento de los datos (estructuras tipos de datos); interfaces de usuario y lenguajes de programación, entre otros.

Con este antecedente, al derecho informático se lo define como el conjunto de normas, instituciones, procesos y relaciones jurídicas que surge como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática en sociedad actual. Esta rama del derecho está dirigida a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, tomando en consideración que la informática será un objeto más de regulación por parte del derecho.

La noción de derecho informático se vincula conceptualmente con el concepto de la sociedad de la información. Algunos doctrinarios consideran que el derecho informático puede ser expresado en la siguiente fórmula: derecho + informática + sociedad de la información = derecho informático. Cabe señalar que, es un área jurídica especial del derecho, no solamente por su carácter técnico-jurídico, sino por su carácter interdisciplinario y autónomo.

Al derecho informático se subdivide en dos disciplinas: la informática jurídica y el derecho informático propiamente dicho. Al respecto, Pablo Alfonso Aguilar (2015) siguiendo a Téllez define al derecho informático de la siguiente manera: “una rama de las ciencias jurídicas que contempla a la informática como instrumento (informática jurídica) y como objeto de estudio (derecho de la informática)” (p. 20).

1.1.- Informática jurídica:

Estudia a la tecnología como instrumento que beneficia a la ciencia del derecho, ya que pretende dar un tratamiento lógico y automático de la información legal, a fin de modernizar los procesos judiciales. Es decir, se pretende tener agilidad en las actividades del entorno jurídico, mejorando y optimizando los procesos judiciales en ámbitos de análisis, investigación y gestión.

La informática jurídica se refiere a la aplicación de la informática al derecho, no tiene que ver con las regulaciones a la informática, sino con su carácter instrumental. Con ella, se pretende facilitar la labor del abogado, jurista, administración pública y administración de justicia en general. Por ejemplo, tenemos: (1) el uso de las plataformas digitales E-SATJE o SUPA; (2) audiencias virtuales y su registro; (3) la digitalización de leyes, entre otros.

1.2.- Derecho informático propiamente dicho o derecho de la informática:

Es el conjunto de normas legales que se han estado desarrollando y aplicando para regular todo lo relacionado con las tecnologías de la información y la comunicación. Por lo tanto, esta disciplina del derecho estudia las transformaciones del derecho como consecuencia de las actividades que surgieron a causas del uso generalizado de la tecnología en la sociedad actual. Pablo Alfonso Aguilar (2015) siguiendo a Altmark lo define de la siguiente manera: “es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática” (p.23).

El campo de estudio de esta disciplina del derecho puede ser de diferente índole: la firma electrónica o digital, el mensaje de datos o documento electrónico, el contrato informático, comercio electrónico, redes sociales, la contratación electrónica, servicios electrónicos, transnacionales de datos, delitos informáticos, la protección de datos informáticos, protección de software, nombres de dominio, libertad de información en la

red, protección de la intimidad, contrato inteligente o smart contract, y en general, de las políticas públicas de las nuevas tecnologías y la legislación informática.

El derecho informático propiamente dicho, es considerado como una rama autónoma del derecho, puesto que posee legislación específica, estudios particulares, doctrina, jurisprudencia, instituciones y bases conceptuales propias, con fundamento científico relativas al control y regulación de la informática.

Además, tiene como principal característica su carácter interdisciplinario puesto que, su ámbito de acción puede afectar a diferentes áreas del derecho ya sea público o privado. Por ejemplo, en el derecho privado y civil tenemos la irrupción del contrato electrónico; en el derecho público y penal tenemos la aparición de delitos informáticos. Por lo tanto, es difícil determinar el alcance del derecho informático y ubicarla en un solo campo jurídico.

En función del comercio electrónico, la disciplina del derecho informático propiamente dicho ha sido recogida por nuestro ordenamiento jurídico a partir de la expedición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos (a partir de ahora LCFEYMD) en el año 2002, dando paso de la era de papel a la era digital.

Es necesario aclarar que LCFEYMD si bien tiene bases normativas y conceptos que son imprescindibles para dar vida al comercio electrónico y contratación electrónica en nuestro país, sin embargo, aún se necesitan de actualizar la norma, incorporar más definiciones y distinciones conceptuales, y en fin es necesario un desarrollo normativo que responda a las necesidades actuales del entorno virtual.

2.- COMERCIO ELECTRÓNICO.

El uso del internet como medio de comunicación entre individuos tiene gran incidencia en el ámbito comercial, ya que es innegable que uno de los aspectos centrales del ciberespacio es la realización de actividades comerciales a distancia y vía electrónica. Cuando hacemos alusión al término comercio electrónico, nos referimos a una nueva forma de realizar actos de consumo mediante el uso de las Tics, que ha venido a revolucionar la

forma en que se llevan a cabo los negocios en la actualidad. Con el comercio electrónico los factores de tiempo y distancia dejan de ser obstáculos en la comercialización de productos y servicios a distancia.

En la actualidad, el término comercio electrónico engloba todas las transacciones comerciales –como la compraventa de bienes y prestación de servicios – realizadas a vía internet, en las cuales se incluyen todas las negociaciones previas o posteriores que directamente estén relacionados con el acto de consumo (ofertas contractuales, contra ofertas, contrato electrónico, pago electrónico). Al respecto, Patricia Nieto (2016) siguiendo al Rodríguez lo define de la siguiente manera:

Por comercio electrónico podemos entender tanto la compra de productos o servicios por Internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado, o el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras o la consulta de información con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sinnúmero de actividades de similares características realizadas por medio de los medios electrónicos (p.61).

Así pues, la publicidad en línea, o recibir la oferta de un producto o servicio de manera virtual, constituye ya una actividad de comercio electrónico. En ese sentido, para que una operación comercial sea catalogada de comercio electrónico dependerá de que la comunicación se estructure con el uso de cualquier de medio electrónico en el momento de la negociación sin importar la especie o tipo de medio electrónico. (Polanco, 2017. p.131).

Según el Glosario de Términos de la LCEFEYMD, el comercio electrónico es “toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad a través de redes electrónicas de información” (Asamblea Nacional, 2002). Por su parte, el vigente Código de Comercio en el Art. 75 lo define como “toda transacción comercial de bienes o servicios digitales o no, realizada en parte o en su totalidad a través de sistemas de información o medios electrónicos, considerando los tipos de relaciones existentes” (Asamblea Nacional, 2019). Ambas definiciones concuerdan en señalar que una operación será calificada de comercio electrónico cuando la comunicación se estructure a partir del uso de algún medio electrónico de comunicación e información, en alguna parte de la negociación.

Ahora bien, tal y como sucede en el comercio tradicional, la herramienta principal para formalizar algunos actos de comercio será un contrato, solamente que en el comercio electrónico nos referimos a un contrato celebrado por medios electrónicos y vía internet. Cabe aclarar que, si bien el comercio electrónico tiene como base a la contratación electrónica y se interrelacionan entre sí, se tratan de dos conceptos totalmente distintos. La contratación electrónica es una parte de todas las actividades que se pueden generar en el comercio electrónico. Al respecto Hugo Polanco (2017) señala que: “la contratación electrónica es un margen importante de comercio electrónico, pero no todo el comercio electrónico se reduce a la contratación electrónica” (p.140).

Moreno Navarrete (1999) aclara este escenario manifestando lo siguiente: “el término comercio electrónico, en su significado original, era sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías de la World Wide Web” (p. 8). El campo de acción del concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compra y venta electrónica de bienes o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta, como, por ejemplo: (1) la atención al cliente antes y después de la venta; (2) la búsqueda de información acerca de productos, proveedores; (3) la publicidad; (4) la negociación entre comprador y vendedor sobre precio, condiciones de entrega, entre otros.

Vladimir Mosalve siguiendo a la Comisión Europea señala que las actividades inmersas dentro del comercio electrónico pueden ser de variada naturaleza, entre las más importantes tenemos: compraventa electrónica de productos y servicios; transferencia electrónica de fondos; suministro en línea de contenido digitales; compraventa electrónica de acciones; subastas, diseños y proyectos conjuntos electrónicos; gestión de servicios en línea; contratación pública; consulta de información con fines comerciales; y cualquier otra actividad de similares características realizadas por medio de los medios electrónicos. (Mosalve, 2014. p.22).

La doctrina nos proporciona dos definiciones del comercio electrónico: una en sentido estricto y otra en sentido amplio.

2.1.- Definición del comercio electrónico

Nos referimos a cualquier tipo de comercio que usa cualquier tipo de medio electrónico. Por lo tanto, en ellas se incluyen todas las actividades de comercio realizadas a través de teléfono (tele-ventas o venta por catálogo), fax, telefax, correo, intercambio electrónico de datos (EDI) e internet.

Según Hugo Polanco (2017) esta definición en sentido amplio es criticada por una parte de la doctrina, ya que en ella “se incluye muchas formas del comercio tradicional que hacen uso de dispositivos electrónico en algunas de sus etapas, por ejemplo, cuando se usa el teléfono para contactar al comprador y vendedor en la venta por catálogo” (p.132).

Al respecto Hugo Polanco (2017) señala “se habla de una definición en sentido estricto de comercio electrónico, cuyo aspecto central es el uso de redes de computadores como medio de comunicación entre las partes” (p.132). Por lo tanto, se circunscribe dentro del uso de medios electrónicos de carácter netamente telemático (digitalización de información o intercambio de mensajes de datos). Es decir, solamente se toma en consideración el uso medios electrónicos que permitan la conexión a la red (ordenador, tableta electrónica o celular inteligente), sin tomar en cuenta a otros tipos de medios electrónicos que carecen de este tipo de tecnológica (acceso a internet) como lo son: teléfonos o fax.

Esta definición en sentido estricto se relaciona con el denominado “comercio electrónico directo” ya que, todo el proceso de comunicación se realiza con el uso de medios electrónicos. Es decir la publicidad, la oferta, el perfeccionamiento del contrato e inclusive su ejecución, será posible realizarla a través de medios electrónicos (compraventa de libro digital).

Por tanto, el comercio electrónico implica toda transacción comercial de bienes o servicios digitales o no, realizada en parte o en su totalidad a través de medios o dispositivos electrónicos conectados a la red. Es necesario advertir que mediante el internet es posible comercializar tanto bienes tangibles como intangibles, solamente que los primeros requieren de la entrega material del bien, para que el contrato se perfeccione;

y en los segundos, la ejecución o entrega del bien (objeto del contrato) se realiza por la misma vía electrónica en que fue celebrada.

2.2.- Características del comercio electrónico

En este momento es necesario señalar algunas características del comercio electrónico siguiendo los postulados de Andrea Basantes y *et al* en resumen tenemos los siguientes:

- a) **Disponibilidad:** un mercado virtual está disponible todo el tiempo (online) en cualquier lugar y a cualquier hora, solamente bastará tener acceso a internet. (Basantes, *et al.* 2016. p.26)
- b) **Estándares universales:** el internet es esa infraestructura tecnológica con un sistema estándar usado a nivel mundial y que permite acceder a servicios que se allí se ofrecen, como mensajería instantánea, correo electrónico, protocolo de transferencia de archivos. (Basantes, *et al.* 2016. p.26)
- c) **Riqueza:** será necesario el uso estrategias de marketing basada en video, audio y texto a fin de que los mensajes publicitarios sean más atractivos para el cliente y capten su atención. (Basantes, *et al.* 2016. p.26)
- d) **Interactividad:** el comercio electrónico con internet genera una nueva dinámica de comunicación a distancias entre cliente y vendedor, de forma virtual e instantánea. (Basantes, *et al.* 2016. p.26)
- e) **La personalización:** permite a los vendedores dirigirse en forma rápida y directa a sus clientes de una manera personalizada, y para ello generalmente usan páginas web o aplicaciones diseñadas para la comercialización de productos y servicios en internet (Basantes, *et al.* 2016. p.26)

2.3.- Clasificación del comercio electrónico

Corresponde analizar la clasificación del comercio electrónico acorde a algunos criterios:

2.3.1.- Según la ejecución del contrato electrónico: directo e indirecto

- a) **Directo:** según Hugo Polanco (2017) el comercio electrónico directo “se conforma por contratos que permiten su ejecución a través de medios electrónicos, sin la necesidad de realizar actos complementarios por las partes” (p.143). Es decir, cuando el objeto del contrato electrónico es un bien intangible (formato digital) y es posible la ejecución del contrato, por el mismo medio electrónico por el cual fue creado.

Hemos de observar, que en el comercio electrónico directo además de ofrecer medios alternos para la concreción de contratos (contratación electrónica) asimismo surgen nuevas formas para su ejecución, debido al advenimiento de nuevos bienes intangibles susceptibles de comercialización, piénsese: videojuegos, descarga de canciones vía streaming, libros online, entre otros.

- b) **Indirecto:** según Hugo Polanco (2017) en el comercio electrónico indirecto “se celebran contratos que no permiten su ejecución a través de medios electrónicos siendo necesario la realización de actos complementarios por las partes contratantes” (p.143). Nos referimos al caso de adquirir un bien tangible por vías electrónicas, y que, debido a la naturaleza del mismo, requiere de la entrega material al comprador para que el contrato quede perfeccionado.

2.3.2.- Según intervinientes de la actividad comercial electrónica; B2B, B2C, B2G, C2C.

- a) **B2B (business to business):** consiste en que una empresa ofrezca sus servicios a otra. Esta es la relación comercial más antigua de comercio electrónico puesto que sus intervinientes contaban con los recursos económicos necesarios para acceder a los instrumentos tecnológicos de la época. Así pues, los sectores de la economía como: el financiero, industrial, comercial, médico y administrativo, están

relacionados con este tipo de comercio desde sus inicios y son los pioneros del desarrollo del comercio electrónico a nivel mundial. (Polanco, 2017. p.144).

- b) B2C (business to consumers):** Hacen referencia a la relación comercial entre empresas y particulares, por ello responde a las siglas B2C. Al respecto Hugo Polanco (2017) señala “otro margen importante del comercio electrónico corresponde a la contratación empresa consumidor. Se suele identificar las relaciones de consumo con la adquisición de bienes o servicios para la satisfacción de necesidades personales, diferenciándola de las profesionales” (p.144).

En este caso, generalmente el empresario cuenta con todos los elementos del negocio electrónico para efectuar la compraventa a distancia. Es decir, cuenta con su propia plataforma en línea o tienda virtual, a través de la cual es posible ofertar y vender sus productos y servicios vía internet. Por ejemplo, el caso todos los servicios vía streaming (netflix.com, spotify.com.)

- c) C2C (consumer to consumer):** nos referimos generalmente a la relación comercial electrónica entre particulares, de consumidor a consumidor y por ello, responde a las siglas C2C. La actividad tradicional o más común del comercio electrónico de tipo C2C es la venta de productos de segunda mano o también el denominado “trueque”. Al respecto Hugo Polanco (2017) señala lo siguiente:

Las relaciones inmediatas entre consumidor son posibles por el desarrollo de las plataformas tecnológicas que permite aglutinar a un número importante de individuos en torno a elementos comunes [...] Estas complejas formas de agrupación se conocen como comunidades virtuales, muestra de ello son: ebay.com, mercadolibre.com (p.145).

Casi siempre en las relaciones comerciales de tipo C2C tanto vendedor como comprador se aprovechan de los servicios electrónicos prestados por plataformas de comercio electrónico que le pertenecen a un tercero, quienes actúan como meros intermediarios. Es decir, estas “plataformas intermediarias en línea” ponen en contacto a dos grupos de usuarios (compradores o clientes y vendedores o proveedores) proporcionándoles toda la infraestructura tecnológica necesaria para

realizar actos de consumo vía internet, cobrando una comisión por dicha intervención.

El uso de las denominadas plataformas de comercio electrónico constituyen un nuevo modelo negocio surgido en el entorno virtual, cuyo objetivo es facilitar la comercialización de productos y/o servicios entre particulares, algunas de las empresas relacionada con el comercio electrónico de tipo C2C son las siguientes: (1) EBay; (2) Mercado libre; (3) Alibaba; (4) Deremate.com; (5) asoportunidades.com; (6) kotear.com; (7) subastanet.com; (8) dereto.com; (9) Taobao.com; (10) queremate.com; (11) olx.com, entre otros. (Basantes, *et al.* 2016. p.62).

2.3.3.- Según el alcance de efectos de la actividad comercial electrónica: nacional e internacional.

- a) Nacional:** Básicamente es el que se desarrolla dentro de las fronteras de un estado específico. Por esta razón, la relación jurídica se regula conforme a las normas del derecho interno del estado. En nuestro caso, el derecho aplicable será la Constitución de la República del Ecuador, Ley de Comercio electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos LCEFEYMD, Ley Organiza de Defensa al Consumidor, Código de Comercio, Código Civil, Código Orgánico General de Procesos.

- b) Internacional:** Nos referimos al comercio electrónico transfronterizo, en donde las operaciones comerciales estarán acompañadas de elementos extranjeros. En el marco del comercio electrónico internacional surge una postura doctrinaria denominada “derecho uniforme del comercio electrónico internacional” (Polanco, 2017. p.304) que procura remediar los problemas que trae consigo la comercialización de productos y servicios a nivel internacional y vía internet. Para ello se ha intentado “tener normas similares” entre los diversos sistemas jurídicos con el fin de armonizar o unificar su regulación a nivel internacional.

En ese marco, las leyes modelos sobre el comercio electrónico y de las firmas electrónicas emitidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o CNUDMI emitidas en los años 1999 y 2001

respectivamente, juegan un papel importante con el propósito de la unificación de derecho a nivel internacional. En otras palabras, las leyes modelos se crearon para ofrecer a los diferentes Estados un texto normativo ejemplar (guía normativa) que les sirva para evaluar y modernizar sus disposiciones internas que resulten aplicables a las comunicaciones electrónicas que se utilicen en el marco de las transacciones comerciales.

2.3.4.- Según el tipo de redes en el cual se realiza la actividad comercial electrónica: red abierta y cerrada.

- a) **Redes abiertas:** Es el que se desarrolla sobre redes de libre acceso como por ejemplo internet, cuya función es la de interconectar a la mayoría de los usuarios. Las redes de comunicación abiertas enlazan a cualquier usuario en cualquier lugar del mundo, a través de redes interconectadas en la web.

- b) **Redes Cerradas:** Es el que se desarrolla sobre redes de acceso restringido. Redes de comunicación cerradas, como es la Intranet o EDI. En la cual existirá al menos dos terminales conectados entre sí (red punto a punto). Es la más segura, pero la menos usual por su costo. Generalmente son usadas en las relaciones comerciales de tipo financiero.

2.3.5.- Según el tipo de plataforma en línea de la actividad comercial electrónica; social e-commerce, mobile e-commerce, e-commerce en plataformas propias, e-commerce opensource, e-commerce en plataformas de terceros.

- a) **Social e-commerce:** A través de plataformas electrónicas de entretenimiento o sociales como Twitter, Facebook o YouTube también se pueden realizar actividades comerciales.

- b) **Mobile e-commerce:** Es aquel donde las transacciones realizadas mediante aplicaciones de dispositivos móviles o celular inteligente. Piénsese, en la aplicación móvil Glovo.

- c) **E-commerce en plataformas propias:** Constituyen en portales web o aplicaciones móviles que han sido creadas y diseñadas para hacer posible una venta a distancia. Si el proveedor usa una plataforma electrónica propia para comercializar sus productos y servicios, nos encontraríamos ante una tienda virtual.

- d) **E-commerce Opensource (fuente abierta):** Se desarrollan teniendo en mente suplir las necesidades de varios negocios. A pesar de que están disponibles de forma gratuita para su descarga, uso e instalación, pueden requerir la ayuda de un especialista para ser configuradas.
- e) **E-commerce en plataformas de terceros:** Constituyen en portales web o aplicaciones móviles que han sido creadas y diseñadas para hacer posible una venta a distancia. Cuando el proveedor de los productos o servicios requiera de una plataforma electrónica que le pertenece a un tercero, para ofrecer en internet sus mercados y efectuar la venta a distancia, a dichas plataformas de las denomina marketplaces.

Una vez definido al comercio electrónico y de haberlo clasificado conforme algunos criterios corresponden en este momento, analizar detalladamente lo concerniente a las plataformas de comercio electrónico y como sirve de instrumento a favor del comercio electrónico en la actualidad. Para ello, debemos partir estableciendo la diferencia entre los conceptos páginas web y portales web, que analizamos a continuación.

3.- PLATAFORMAS EN LÍNEA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Un “portal web” o “plataforma en línea” o “aplicación móvil” de comercio electrónico puede definirse como un sistema informático o software complejo creado específicamente para la comercialización de productos o servicios vía internet y son confiables, intuitivos y sencillos de usar y que, permiten simplificar los procesos de compraventa a distancia. Es decir, el papel de la plataforma en línea de comercio electrónico es facilitar los actos de consumo en internet asegurando que la transacción se desarrolle en las mejores condiciones de una manera cómoda y simple. En ese contexto integran características tecnológicas donde compradores y vendedores pueden: intercambiar información, realizar contratación electrónicos y transacciones, incorporar imágenes o vistos de producto, acceder a catálogos de productos, acceso a las ofertas desde cualquier dispositivo electrónico conectado a internet; versiones en aplicaciones móviles; entre otros

Al respecto José Jesús Castro (2015) señala lo siguiente:

Son desarrollados por compañías, cuyo negocio, radica en poner a disposición de sus clientes (en sus roles de compradores y vendedores), la infraestructura tecnológica y los servicios necesarios para poder comprar y vender todo tipo de productos/servicios (entre los que incluye una plataforma de pago segura), además de un tráfico de visitas, obtenido gracias a su posicionamiento, y el poder de una marca conocida (párrafo. 1)

Los servicios electrónicos prestados por las plataformas de comercio electrónico constituyen verdaderos modelos de negocios surgidos en el entorno virtual ya que, muchas empresas han comenzado a usar estas plataformas en línea como un nuevo canal de ventas, sustituyendo las visitas personales, correo electrónico o el teléfono.

Con el uso de las plataformas de comercio electrónico se maximiza la productividad y se modernizan los actos de comercio, en el sentido de que: (1) la oferta electrónica está disponible para los interesados las 24 horas del día, los 7 días de la semana, evitando el traslado físico a un lugar determinado de los intervinientes para observar la oferta y adquirirlos; (2) la estructura de las plataformas en línea permitirá celebrar contratos electrónicos al punto de que es posible concretarlos con solo pulsar o dar clic sobre un botón “comprar” en el portal web o aplicación móvil (app) sin que las personas tengan que trasladarse físicamente a la tienda para efectuar la compraventa, sino que desde la comodidad de su hogar puedan adquirirlos; (3) casi todas las plataformas incluyen terminales de sistema de pagos electrónico (PayPal, dinero electrónico, tarjeta de crédito) para facilitar la comercialización a distancia. Debido a los riesgos o amenazas a la privacidad de los datos de dichas transacciones comerciales deberán contar con las respectivas medidas de seguridad de comunicación y transmisión de información en la red.

Puede decirse que el uso de las plataformas de comercio electrónico implica un trasladarlo del sitio del negocio del físico al virtual. Por tanto, todas o casi todas las funciones que cumple una tienda real piénsese; informar sobre el producto y/o servicios, hacer preguntas al proveedor, hacer pedidos, adquirirlos o comprarlos, cobrar al vendedor, entregar el producto, prestar servicios posventa, entre otras, todas ellas serán replicadas o adaptadas y/o mejoradas al entorno virtual.

3.1.- Tipos de plataformas de comercio electrónico

Corresponde en este momento, establecer la diferencia entre las plataformas de comercio electrónicos de propios y de terceros. Para ello, nos remitimos a la clasificación según los preceptos de Aitor Mora quien señala dos tipos de plataformas de comercio electrónico, atendiendo a la interacción entre usuarios:

- a) **Plataformas unilaterales (one-side platforms)** son aquellas que se presenta directamente como proveedor ante el cliente. Es decir, el proveedor del producto o servicios usará su propia plataforma en línea para ofrecer y comercializar allí sus productos en internet (Mora, 2017. p.9).

- b) **Plataformas multilaterales (multi-side platforms)** denominadas también “plataformas intermediarias” como aquellas que sirven específicamente como medio para poner contacto al proveedor con el cliente (Mora, 2017. p.9).

Esta distinción entre plataformas unilaterales y multilaterales propuesta por Aitor Mora determina la distinción entre las denominadas tiendas virtuales y las marketplaces ya que, ambas permiten ofertar y vender electrónicamente todo tipo de bienes o servicios, sin embargo, son dos conceptos distintos. Nos encontramos ante una “tienda virtual” o “plataforma unilateral” cuando le pertenece al propio vendedor quien ofrece allí sus productos y servicios. Estas se asocian generalmente con el comercio electrónico de tipo B2C (business to consumers). Por su parte, cuando vendedor y comprador han usado plataformas en línea que pertenece a un tercero para hacer posible la venta a distancia, se las denomina: “marketplace” o “plataformas multilaterales” o “plataformas intermediarias”. Estas se asocian generalmente con el comercio electrónico de tipo C2C (consumer to consumer).

Respecto a las plataformas multilaterales (multi-side platforms) Aitor Mora señala que una postura de la doctrina asegura que existen dos tipos de “marketplaces” o “plataformas multilaterales” o “plataformas intermediarias”: (1) las propiamente dichas, es decir la cuales ponen en contacto a proveedores con cliente y cobran una comisión por este servicio y; (2) las revendedores o quienes buscan y agrupan clientes y proveedores manteniéndolos por separados durante el negocio jurídico, compran el producto a los

proveedores a un precio bajo y lo revenden a los clientes a un precio superior al adquirido, quedándose con la diferencia. Según Aitor Mora, en este último caso, realmente nos enfrentaríamos a una plataforma unilateral ya que, se ofrecen bienes, contenidos o servicios que le pertenecen al dueño de la plataforma, pues lo han adquirido con anterioridad. Por ende, solamente habrá un único tipo de plataformas de intermediarias, las propiamente dichas (Mora, 2017. p.10).

Es necesario aclarar que algunas plataformas en línea de comercio electrónico pueden ser a la vez, una tienda virtual y un marketplace, por ejemplo, en el caso de Amazon, pues a más de vender productos y servicios propios, cuenta con un sitio denominado marketplace donde vendedores externos o ajenos a Amazon puedan negociar y efectuar sus transacciones de comercio electrónico. En este último caso, la empresa Amazon simplemente actúa como intermediario de la compraventa de productos realizados a través de su plataforma. Al respecto la Cláusula 12 de las Condiciones de Uso y Venta de Amazon (Última actualización del 17 de marzo de 2014) señala lo siguiente:

Amazon permite a vendedores externos ofrecer y vender sus productos en Amazon.es [...] A pesar de que Amazon facilita las transacciones a través de su plataforma Marketplace, Amazon no es ni el comprador ni el vendedor de los productos ofrecidos por vendedores externos [...]

Lo contrario a lo que sucede con la plataforma Amazon (que puede ser a la vez tienda virtual y marketplace), tenemos a Facebook Marketplace quien solamente adquiere la calidad de plataforma intermediaria. Al respecto Lyz Leandro Jacir (2012) señala lo siguiente:

Facebook consiste en un conjunto de conexiones sociales. No obstante, Facebook se trata también de comercio que de conexiones. De hecho, el Marketplace de Facebook consiste en el sistema de clasificación de los anunciantes para los miembros de Facebook, pudiéndose utilizar las conexiones sociales para la venta entre los amigos y otros a través de esta plataforma. No obstante, Facebook en sí mismo no constituye un verdadero Marketplace, debido a que realmente constituye una data de base de clasificación de anunciantes. Sin embargo, Facebook ha comenzado a funcionar como tal (p.20).

Ahora bien, Daniel Chicoma Lúcar nos explica la relación entre las tiendas virtuales y los marketplaces, señalando que ambas pueden complementarse entre sí para potenciar la difusión y venta de productos por internet. Dicho autor señala que es posible implementar en mi perfil comercial de Facebook un link o enlace hacia mis productos ofertados en Mercado Libre y cerrar el pago a través de esta plataforma. También puedo tener una tienda virtual, propia o rentada, y complementarla con: Facebook Marketplace, o con mi perfil de Instagram o Mercado Libre. Lo importante es ofrecer alternativas sólidas de venta a los consumidores interesados. (Chicoma, 2020. párr. 9).

Todas estas opciones se complementan en la publicidad y venta de productos vía internet y ninguna opción desmerece al resto, ya que todas se complementan en la difusión y venta de productos. Dado el caso, que el emprendedor (persona natural o jurídica) no cuente con los recursos necesarios para tener una propia plataforma de comercio electrónico (tienda virtual) tiene otras opciones que la red para lograr vender sus productos vía internet, como el caso de los marketplaces.

Como observamos, la opción más inmediata que una persona natural o jurídica tiene para expandir su negocio en el entorno virtual, sin necesidad de adquirir su propia tienda virtual es a través los denominados marketplaces o plataformas de intermediarios con buen posicionamiento o prestigio. A largo plazo, si una persona natural o jurídica cuenta con los recursos económicos para expandir su negocio en el entorno virtual, podrá crear su propia de comercio electrónico o tienda virtual. Esto conlleva invertir mayores recursos económicos en por parte del proveedor derivados de: pagos por los envíos o las devoluciones, protección en la red, protección de datos, mantenimiento de equipos tecnológicos, actualización del software, actualización de bases de datos, protección a bases de datos entre otros.

En este momento corresponde, analizar a las tiendas virtuales y los marketplaces de forma independiente, fin establecer sus diferencias. Obviamente, profundizaremos el análisis entorno al uso a las marketplaces debido a que, precisamente en ese entorno, surge una relación contractual tripartita, derivada de la coexistencia y/o codependencia de dos tipos de contratos: un contrato electrónico y un contrato informático, lo cual explicaremos más adelante.

3.2.- Tienda virtual

Una de las alternativas que permite que el comercio se desarrolle a través del internet, es mediante las denominadas “tiendas en línea”, “tiendas online” o “tienda virtual”. Hacemos alusión al término tienda virtual cuando una persona natural o jurídica ha “adquirido” su propia plataforma de comercio electrónico y allí, ofrecerá y venderá sus productos y servicios a clientes. En ese sentido, los proveedores ponen a disposición de sus clientes un portal web, a través del cual es posible observar imágenes de los productos, leer sus especificaciones y características, acordar precios, realizar preguntas.

En términos de Aitor Mora (2017) nos referimos a una plataforma unilaterales porque “son plataformas que se presentan directamente como proveedor al cliente” (p. 9). El hecho de “adquirir” una plataforma en línea comercio electrónico implica mayor costo al negocio, sin embargo, da una imagen de empresa más consolidada, de prestigio y presencia del negocio.

De la misma manera como sucede con una tienda física o real, lo que se busca con una tienda virtual es exhibir el producto y lograr venderlo; la diferencia implica que en la tienda virtual la oferta estará disponible las 24 horas del día, los 7 días a la semana, convirtiéndose a la vez en una fuente de información y un punto de venta. A través de ella, se pretende agilizar la negociación con el cliente y simplificar el proceso de compraventa de productos y servicios, otorgándole la posibilidad de hacerlo desde cualquier lugar y a cualquier hora, solamente pulsado o dando “clic” sobre un botón “comprar o aceptar” como una forma de manifestar el consentimiento de forma electrónica (contrato electrónico).

Establecer tu propia tienda virtual, trae consigo las siguientes ventajas; (1) respecto a la publicidad y marketing es relativamente económica en el entorno virtual; (2) los clientes tienen la posibilidad de acceso a todos sus productos ofertados en la tienda virtual durante las 24 horas del día y desde cualquier parte del mundo; (3) realizar ofertas o promociones para obtener más ventas; (4) obtener bases de datos y manejar múltiples pedidos de manera eficiente y en poco tiempo; (5) contactarse virtualmente con sus clientes actuales o clientes potenciales.

Por el contrario, las desventajas que trae consigo adquirir tu propia tienda virtual se relacionan con los costos de operatividad piénsese; (1) adquirir un dominio o registro

de un nombre en la red con el cual identifica a mi tienda virtual; (2) adquirir un hosting o arrendar un espacio en la web donde se asienta mi portal web en la red; (3) pagos por los envíos; (4) pagos derivados de las devoluciones; (5) pagos derivados de mecanismos de seguridad en la red y de protección de datos; (6) pagos derivados del mantenimiento de equipos tecnológicos; (7) pagos de actualizaciones de software; (8) pagos de publicidad. Pero no solamente eso, para constituir una tienda virtual se debe contar con los suficientes conocimientos técnicos acerca de la informática general, programación, sistemas informáticos, diseñador de páginas web, instalación de software y configuración tecnológica, entre otros.

Es necesario advertir que, cuando el proveedor del producto y servicio se presenta a la vez, como dueño de la plataforma de comercio electrónico no existe mayor conflicto respecto a la relación contractual: proveedor–cliente; plataforma–proveedor; y plataformas–cliente.

3.3.- Marketplace

Una marketplace es una plataforma digital, con versiones en portales web y aplicaciones móviles, donde varios vendedores o proveedores ofrecen sus productos o servicios en vía internet, a cambio de unas tarifas o comisiones a favor del marketplace. Obviamente, estas plataformas en línea comparten algunas características, elementos, finalidades, objetivos, sistemas, logística con las denominadas tiendas virtuales, pero obviamente son dos conceptos totalmente distintos.

Los marketplaces surgen como respuesta a las dificultades económicas, tecnológicas, técnicas y de logística que trae consigo adquirir una propia plataforma de comercio electrónico o tienda virtual. Dado el caso de que, las personas naturales o jurídicas que no cuenten con los suficientes recursos económicos, tecnológicos y técnicos para establecer una, tienen la opción de “afiliarse” a otra que le pertenece a un tercero (marketplaces). Generalmente, los usuarios afiliados pagarán una comisión por cada venta realizada de dicha plataforma.

Según Aitor Mora (2017) nos referimos a las denominadas plataforma multilaterales la cuales “sirven como medio para poner en contacto al proveedor con los clientes, esto es, plataformas de intermediarios” (p. 9). En ese contexto, el dueño de las plataformas en línea, en su calidad de intermediario lo que busca es ofrecer o brindar tanto

al proveedor como al cliente, la infraestructura tecnológica necesaria que les permita realizar sus actos de consumo a distancia y vía internet.

Pueden ser vistos como verdaderos “centros comerciales virtuales” que cuenta con un amplio catálogo de productos y servicios con la capacidad de exhibir todas las ofertas de todos sus usuarios registrados en dicha plataforma en línea; de una forma organizada y jerarquizada y automática. Es posible encontrar cualquier cantidad o tipos de productos y servicios ofertados por cualquier usuario “afiliado” dando origen a una comunidad virtual con fines comerciales, donde no hay limitantes entre la cantidad de artículos que se pueden ofrecer y adquirir en un solo portal web.

Obviamente, las marketplaces contarán con terminales de pago electrónico como por ejemplo Mercadopago, tarjeta de crédito, PayPal, entre otras. Además, algunas de ellas incorporan sistemas complementarios como los de transporte de mercadería a nivel local, nacional e internacional a través empresa asociadas a las plataformas en línea como por ejemplo Mercadoenvíos. Dada su intermediación entre comprador y vendedor lo convierte en un tercero de confianza quien tendrá la capacidad dar testimonio de los datos y fechas en relación a la información transmitida entre las partes, protegiendo sus derechos. Matilde Cuenca Casas (2020) acerca de la función de las plataformas señala:

las plataformas ponen en contacto a dos grupos de usuario; clientes y proveedores de bienes y servicios, proporcionado una infraestructura tecnológica que permite la contratación [...] Características de la actividad de las plataformas es la obtención de una comisión por parte de uno de los grupos de usuarios o por ambos (p.328).

Con el uso de las marketplaces se abre la posibilidad de que personas naturales o de la media o pequeña empresa pueda vender sus productos en cualquier país extranjero, dejando en manos del dueño de la plataforma en línea, todo lo relacionado con los gastos de operatividad que significaría tener su propia plataforma de comercio electrónico o tienda virtual. En ese sentido, el proveedor del producto de lo único que se tiene que preocupar es de anunciar sus productos de forma detallada en la marketplaces y despacharlo en su momento, mientras que el dueño dicha plataforma en línea, se encarga del funcionamiento da toda la infraestructura tecnológica.

3.3.1.- Los sistemas de reputación en línea de las marketplace

Hemos mencionado que los marketplaces buscan crear una comunidad virtual tendiente a comercializar productos y servicios en la red. Esto implica agrupar, conseguir o buscar, el mayor número de usuarios, ya sea que actúen en calidad de vendedores o consumidores y “afiliarlos” a su portal web de comercio electrónico. A los usuarios “afiliados” o “adheridos” se les asigna un perfil de usuario donde pueden mostrar su información empresarial, números de contacto, información adicional. Pero, sobre todo en este perfil de usuario es posible observar las calificaciones por ventas exitosas y no exitosas que el vendedor recibe por parte de sus compradores, que sirven para otorgar credibilidad del vendedor o proveedor. Nos referimos al “sistema de reputación online” que es el sistema tecnológico mediante el cual, una marketplace y tiene su éxito en la red. Al respecto Matilde Cuenca Casas (2020) señala que:

La interdependencia de los usuarios es un rasgo característico de esta modalidad de plataforma y la clave de su éxito. Su actividad se contraen conseguir el mayor número de usuarios tanto proveedores como adquirientes de bienes o servicios. Para ello es habitual que la propia plataforma u otra [...] diseñe un sistema de reputación que se construye sobre la base de las opiniones de los propios usuarios (p.321).

Nos referimos a un sistema de calificación entre iguales de las operaciones mercantiles realizadas dentro de un marketplace, derivado de las opiniones de los propios usuarios. A mejores calificaciones recibidas en el portal web, mayor prestigio, confianza o credibilidad del proveedor o vendedor en la comunidad virtual. Con este sistema de reputación online, el cliente o comprador, puede conocer la “seriedad” del proveedor o vendedor, conforme las calificaciones recibidas por ventas exitosas y no exitosas conseguidas a lo largo de su trayectoria en el portal web. En ese marco, los falsos positivos o falsos negativos (valoraciones erróneas) pueden dañar tanto al proveedor como al consumidor. Por lo tanto, marketplaces tienen como objetivo gestionar la reputación de un usuario en dicha comunidad virtual.

Hemos hecho alusión a los sistemas de reputación en línea que poseen las marketplaces, como un rasgo característico que lo diferencia de las tiendas virtuales, ya que no es necesario adquirir reputación y prestigio en una comunidad virtual, como si sucede en el caso de las marketplaces.

3.3.2.- Proceso de contratación a través de una marketplace.

A breves rasgos podemos describir como se da el acto de consumo a través de marketplaces. En primera instancia es necesario registrarse en la plataforma en línea y aceptar los “Términos y Condiciones de uso”. El proceso de registro es simple y consiste en otorgar datos personales y un correo personal y con ello se logra autenticar a los usuarios quienes acceden a dicho portal web usando el sistema login (usuario y contraseña).

El usuario una vez registrado y de haber aceptado los “Términos y Condiciones de uso” tendrá acceso al portal y se le creará un perfil de usuario. En este punto, el usuario registrado podrá actuar en dos sentidos: como proveedor (vendedor) o como cliente (comprador). Si el usuario actúa en calidad de proveedor podrá subir fotos, videos, incorporar información en el portal web acerca del producto o servicio a ofrecer o su precio, entre otros. Por su parte, si el usuario actúa en calidad de cliente, podrá acceder a las ofertas, realizar preguntas al proveedor, comparar precios, entre otros.

Dado el caso de que el usuario quien actúa en calidad de comprador desea adquirir un bien y o servicios ofertados en portal web, simplemente le bastara con pulsar o dar clic sobre un botón “comprar” en el portal web o aplicación móvil (app) para dar vida a un contrato de compraventa sin que las personas tengan que trasladarse físicamente a la tienda para efectuar la compraventa, sino que desde la comodidad de su hogar puedan adquirirlos mediante el uso de dispositivos electrónicos como ordenadores, tabletas y celulares inteligentes.

Es decir, la oferta y la aceptación de la oferta la encontramos de una forma electrónica y cuando el comprador ha pulsado o ha dado clic sobre el botón “comprar”, en su ordenador, tableta electrónica o celular inteligente, da origen a contrato de compraventa celebrado electrónicamente. En este caso, se usa la técnica click wrap, como una forma de manifestar el consentimiento vía internet. En nuestro país, más allá de existir normas específicas sobre el tratamiento jurídico de esta nueva forma de manifestar el consentimiento electrónicamente como la técnica click wrap o browser wrap, están sustentadas en la costumbre, jurisprudencia y doctrina internacional de la cual se extrae la consideración la existencia de nuevas o renovadas formas de expresar el consentimiento vía internet.

Casi siempre, el comprador estará obligado realizar un pago anticipado para que el proveedor proceda a enviar el producto. Para lo cual, el usuario tiene las opciones de pago electrónico que le ofrece la misma plataforma o terceros (tarjetas de crédito, PayPal, transferencia electrónica, dinero electrónico, cripto-monedas). Por parte del proveedor tiene la opción de enviar el producto mediante servicios complementarios de transporte de mercadería.

El mismo momento en que el usuario en calidad de comprador ha manifestado su consentimiento de la oferta, pulsado o ha dado clic sobre el botón “comprar”, la marketplace cobrará automáticamente al vendedor una comisión por los servicios electrónicos prestados como intermediario, en la transacción comercial y/o financiera.

3.3.3.- Relación contractual tripartita en las marketplace

Dado el caso de que, tanto vendedor como comprador para efectuar el acto de consumo a distancia se “afilian” a una plataforma en línea que le pertenece a un tercero. Nos referimos al caso de las marketplaces y su noción deriva de que esta no interviene en el negocio principal más allá que cobrando una comisión, por los servicios electrónicos prestados a fin de servir como “puente de conexión en la red” y hacer posible el acto de consumo entre proveedor y cliente de forma electrónica y a distancia.

Los usuarios de la marketplace tendrán acceso al portal web y los servicios que allí se ofrecen, solamente luego de haberse registrado y aceptado los “Términos y Condiciones de uso” del portal web. Mencionado contrato posee varias denominaciones: “Términos y Condiciones de uso, “T&C, “Aviso Legal”; o “contrato de acceso” según Matilde Cuenca Casas; o “contrato comercial de servicios electrónicos” según el legislador ecuatoriano. Básicamente, podría decirse que es aquel contrato que vincula jurídicamente al dueño de la plataforma de comercio electrónico, con sus usuarios registrados y que, tiene por objeto la prestación de una serie de servicios informáticos o electrónicos a cambio de un precio a pagar.

En ese marco, surge una relación contractual “tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de compraventa de producto o servicios celebrado por el vendedor y comprador vía electrónica; y por otro lado, un contrato de prestación de servicios informáticos o electrónicos que vincula jurídicamente a dueño de la plataformas con todos los usuarios

registrados, ya sea que actúen en calidad de vendedores o compradores. Al respecto Matilde Cuenca Casas (2020) señala lo siguiente:

Las plataformas intermediarias en línea constituyen un mercado multilateral lo que significa que permite que el lado de la oferta (los proveedores) satisfaga el lado de la demanda (los clientes), creando una estructura triangular que se basa en las relaciones entre: (1) plataformas y el proveedor (2) plataforma y consumidor y (3) proveedor y cliente. Desde un punto de vista jurídico, esta estructura triangular es el aspecto fundamental de las plataformas y lo que más problemas plantea (p.295).

En síntesis, para llevar a cabo el negocio principal o acto de consumo a través de una marketplace se requiere de la celebración de tres contratos:

- a) **Entre comprador y vendedor;** un contrato de compraventa de productos y servicios vía internet. (relación jurídica principal). Nos referimos a la celebración de un contrato electrónico de compraventa entre proveedor y cliente, a través del click wrap como forma de expresar el consentimiento de forma electrónica.
- b) **Entre la plataforma y vendedor;** un contrato de prestación de servicios electrónicos (relación jurídica secundaria). La celebración de este contrato generalmente lo hacemos electrónicamente, el momento de registrarnos en las plataformas en línea y aceptamos a través de un clic “Los Términos o Condiciones” generados en una página web. A este tipo de contrato, la doctrina los denomina genéricamente “contratos informáticos” puesto que tiene por objeto del mismo, un bien y/o servicio de carácter informático.
- c) **Entre plataforma y comprador;** un contrato de prestación de servicios electrónicos (relación jurídica secundaria). La celebración de este contrato se da de igual manera que la anterior.

Matilde Cuenca Casas se plantea la necesidad de determinar la naturaleza jurídica del “contrato de acceso” o los “Términos y Condiciones” de una marketplace. Para ello, confronta al “contrato de acceso” con algunas instituciones jurídica clásica de la Teórica

General de Contratos como son: el contrato de mandato, el contrato de mediación o corretaje y el contrato de prestación de servicios. En resumen, realiza el siguiente análisis respecto a estas tres opciones:

- a) **Contrato de acceso y el contrato de mandato:** Dicha autora señala que el “contrato de acceso” no podría asimilarse a un contrato de mandato, debido a dos razones: La primera razón, porque los usuarios que contratan con una plataforma, al momento de celebrar un “contrato de acceso”, no están facultado a dichas plataformas a realizar actividades comerciales en su representación. Es decir, no actúan como representante de ninguno de ellos, sino que su rol se limita a proporcionar una infraestructura tecnológica o un programa informático (software) a sus usuarios (ya sea proveedor o cliente) que permita la comercialización de productos y servicios en la red.

La segunda razón por la cual no podría asimilarse el “contrato de acceso” con el contrato de mandato será porque usualmente este último es de tracto único, por su parte, el “contrato de acceso” es de tracto sucesivo. Así pues, cuando un usuario se “afilia” a una marketplace y acepta los “Términos y Condiciones de uso” que le impone dicha plataforma, generalmente la relación contractual tiende a prologarse en el tiempo (tracto sucesivo). Un “contrato de acceso” no se extingue con la perfección del contrato del negocio principal (acto de consumo entre proveedor y cliente), sino que generalmente se mantiene en el tiempo. Por estas dos razones, no cable asimilar, el “contrato de acceso” con el contrato de mandato o comisión mercantil. (Cuena, 2020. p.330 - 331).

- b) **El contrato de acceso y el contrato de servicios:** Dicha autora señala que en cierto modo podemos asimilar al “contrato de acceso” como un “contrato de prestación de servicios”. lo cual significaría que la marketplace podría obtener una remuneración al margen de que el contrato del negocio principal se perfeccione o no (acto de consumo entre proveedor y cliente). En este caso, la prestación de servicios sería de carácter netamente técnico y se reducirá a poner a disposición de los sus usuarios un software cuyas funcionalidades facilitan las transacciones comerciales dentro de una comunidad virtual. (Cuena, 2020. p.331-332).

- c) **El contrato de acceso y el contrato de mediación o corretaje:** Dicha autora señala que el “contrato de acceso” puede ser asimilado (o tiene algún símil) con el contrato de mediación o corretaje.

En términos de la misma autora, se entiende por contrato de mediación aquel cuya esencia radica en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario o representante de algunas de las partes. Los contratos de mediación o corretaje se rigen por las estipulaciones de las partes, siempre y cuando no sean contrarias a la ley, a la moral, al orden público y las buenas costumbres. Y en lo no previsto por las partes, se rige por los preceptos de figuras afines como; mandato, arrendamiento de servicios o la comisión mercantil. Por ende, “constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, ya que su resultado es incierto” (Cuenca, 2020. p.329 - 330)

Por lo tanto, dicha autora sostiene que los servicios electrónicos o informáticos prestados por las marketplaces cumplen con la misma función que el contrato de mediación, por cuanto facilita la interacción de los usuarios, sin intervenir en el contrato, devengándose el derecho al cobro de la comisión cuando se perfeccione el contrato entre proveedor y cliente. Obviamente, se deberán tomar en cuenta las reglas previstas en los “contratos de acceso” de cada uno de las marketplaces para determinar su exacta naturaleza jurídica (Cuenca, 2020. p.332).

La tendencia de asimilar el “contrato de acceso” con el contrato de mediación o corretaje es también apoyada por Aitor Mora (2017) quien señala lo siguiente:

Únicamente serán consideradas plataformas intermediarias aquellas que sirven para poner en contacto a cliente y proveedor, y como consecuencia debernos concluir que la naturaleza jurídica de las plataformas de intermedios en línea se corresponde con la naturaleza del contrato de mediación o corretaje (p.17).

Hasta el momento hemos intentado otorga un panorama acerca de cómo se dan los actos de consumo a través de marketplaces y todas las consecuencias jurídicas que a nivel de contractual esto provoca. Hemos podido llegar a la conclusión de que surge una

relación contractual “tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de compraventa de producto o servicios celebrado por el vendedor y comprador vía electrónica; y por otro lado, un contrato de prestación de servicios informáticos o electrónicos que vincula jurídicamente a dueño de la plataformas con todos los usuarios registrados, ya sea que actúen en calidad de vendedores o compradores.

Así también, hemos podido observar como el “contrato de acceso” o los “Términos y Condiciones”, “Aviso legal”, o “T&C” de casi todas las marketplaces, pueden ser asimilados con su homólogos tradiciones como: el contrato de mediación y el contrato de prestación de servicios según lo propuesto por Matilde Cuenca Casas y Aitor Mora.

Pero el análisis de los “Términos o Condiciones de uso” o “contrato de acceso” que usan las marketplaces no solamente puede visto desde esta óptica, sino también, puede ser visto como “un contrato informático” en función de tienen por objeto del contrato la prestación de servicios informáticos.

CAPITULO II

1.- NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, SEGÚN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Como preámbulo del análisis de la contratación electrónica y la contratación informática es necesario mencionar algunos preceptos básicos del derecho de obligaciones y contratos conforme lo dispone nuestro ordenamiento jurídico:

Etimológicamente, el término obligación proviene del latín como “obligatio” y se forma de la combinación dos vocablos: “ob”, (significa enfrentar) y, por otro lado, “ligare” (alusión a una atadura o vínculo), en su sentido primigenio una obligación es algo relacionado a una imposición. En la actualidad el término obligación en el ámbito jurídico debe ser concebidas como un vínculo jurídico en el cual, una parte quede ligada respecto de otra para dar, hacer o no hacer una cosa y que además debe ser: real, posible y lícita. No implica un lazo moral o ético sino un lazo legal, por lo tanto, exigible judicialmente por parte de un acreedor a un deudor.

Nuestra ley civil no trae una definición específica de la obligación, producto de su herencia del Código Civil Chileno y de instituciones del derecho romano, sin embargo, cuando el legislador ecuatoriano define al contrato según el Art. 1454 del Código Civil, en dicha definición se reconocen varios elementos intrínsecos a las obligaciones. Como son los siguientes:

- a) **El vínculo jurídico**, en virtud del cual, el acreedor tiene la capacidad de exigir cumplimiento de la prestación al deudor.
- b) **Los sujetos de derecho**, que intervienen donde tenemos al deudor y acreedor como sujetos de la relación o vínculo jurídico.
- c) **La prestación**, que implica el objeto de la obligación y consiste en la acción positiva (dar hacer), o de abstención (no hacer) que al deudor le corresponde cumplir en favor del acreedor.

Según Ernesto González (2017) “una obligación civil es la prestación, entendida como “el comportamiento que debe observar el deudor para satisfacer el interés del

acreedor [...] Esta puede tener un carácter positivo (dar y hacer) de carácter negativo (no hacer)” (p. 59). Las prestaciones se pueden clasificar de la siguiente forma:

- a) **La prestación de dar:** permite transferir el dominio o constituir un determinado derecho real, como por ejemplo el contrato de compraventa (Art. 1732 del Código Civil)
- b) **La prestación de hacer:** implica una acción o actividad física o intelectual del deudor en favor del acreedor. En síntesis, abarcaría una prestación de servicios. Un ejemplo de ello los contratos laborales. (Art. 8 del Código de Trabajo).
- c) **La prestación de no hacer:** está dirigida al deber del deudor de no hacer algo. En materia civil, implica el respeto del derecho real que ejerce el otro. Por ejemplo, el derecho a servidumbre de tránsito (Art. 883 del Código Civil).

Es necesario hacer mención lo dispuesto en el Art. 1732 ibídem, respecto al contrato de compraventa, entendido como un contrato en el cual, una persona denominada vendedor se obliga a dar una cosa a otra persona denominada comprador quien se obliga a pagarla en dinero. En dinero entregado por la cosa vendida se denomina precio.

1.1.- Fuentes de las obligaciones

A partir de las instituciones de Justiniano se pueden delimitar las cinco fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. Las fuentes de las obligaciones son aquellos hechos jurídicos que dan origen a la obligación, mediante los cuales dos personas se encuentran en la situación de deudor y acreedor uno del otro.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el Art. 1453 del Código Civil y en el Art. 2184 ibídem las siguientes fuentes de las obligaciones: los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley, según la postura tradicional. En síntesis, el nacimiento de una obligación proviene de las siguientes opciones; de acuerdo de voluntades (autonomía de la voluntad de las partes) plasmada en un contrato o convenio como el caso de la compraventa; (1) de la ley (por sola disposición de la ley) como sucede en los alimentos que un padre debe a su hijo o los impuestos que paga el

contribuyente al estado; (2) por un hecho voluntario de una de las partes, provenientes ya sea de un delito, cuasidelito o cuasicontratos.

El contrato como una de las principales fuentes de las obligaciones es de nuestro interés. Por ello, es necesario mencionar lo dispuesto en el Art. 1454 *ibídem*, acerca de la definición del contrato o convenio como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Asamblea Nacional, 2005). Es decir que, es un acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico que parte de la autonomía de la voluntad de las partes. Desde un enfoque doctrinario, el contrato se diferencia de la convención debido a que, el contrato solamente está dirigido a crear obligaciones; mientras que una convención como tal, permite crear, modificar y extinguir obligaciones.

1.2.- Elementos de los contratos.

Del análisis del Art. 1460 del Código Civil y la doctrina se pueden distinguir tres elementos de los contratos los cuales son: de su esencia, de su naturaleza y accidentales.

1.2.1.- Elementos de su esencia del contrato: sin las cuales no surte efecto alguno o lo degeneran, los cuales son los siguientes:

- a) **Capacidad:** Consiste en la habilidad o potestad para contratar, disponer por acto entre vivos o por testamento, suceder, casarse y realizar la generalidad de los actos jurídicos. La regla general es que todas las personas son capaces al ser el estado ordinario de las personas, por lo tanto, la ley presume que todo sujeto como capaz. Al respecto el Art. 1489 *ibídem*, señala que: "toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces" (Asamblea Nacional, 2005). En ese sentido, la excepción a la regla general será incapacidad de las personas las cuales pueden ser subdivididas en tres grupos básicos conforme los Arts. 1461, 1463, 418, 21 y 22 *ibídem*: **(1) Incapaces absolutos:** el impúber (mujeres hasta 12 y varones hasta 14); los dementes; y los sordomudos que no pueden darse por entender por escrito. **(2) Incapaces relativos:** los menores púberes; interdictos; fallidos o quebrados; toxicómanos por declaratoria judicial; y ciertas personas jurídicas. **(3) Incapacidades**

especiales: ciertas personas determinadas por ley: tutores; curadores; y empleados públicos

b) **El Consentimiento:** Es la manifestación de la voluntad y uno de los requisitos esenciales de existencia de un contrato. Es el acuerdo respecto de las bases de un contrato cuando por una parte se lanza una oferta y por otra parte, cuando se da la aceptación de la misma. Efectivamente, la manifestación del consentimiento constituye un punto medular sin el cual no podrían nacer las obligaciones y su manifestación puede hacerse de manera expresa (oral o escrita) o tácita. Conforme el Art 1467 ibídem, el consentimiento deberá estar libre de vicios, ya sea del error, fuerza o dolo. Al respecto de los vicios del consentimiento podemos mencionar lo siguiente:

- **Error:** Entendida como una falsa apreciación o concepto de las cosas. Así pues, tenemos: **(1) error de derecho:** conforme lo dispone el Art. 1468 ibídem no vicia el consentimiento, al tratarse de asuntos meramente legales o de derecho; **(2) error de persona:** el error respecto de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento conforme lo dispone el Art. 1471 ibídem, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. En este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato; y **(3) error de hecho:** conforme lo dispone el Art 1469, 1470 y 1470 del Código Civil y la doctrina en general puede ser sub-clasificados en los siguientes:
 - **Esencial:** Cuando el error se produce en la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa (objeto indirecto del contrato). Según el Art. 1469 ibídem, este error si vicia el consentimiento con los siguientes casos: (1) cuando el error recae sobre la especie de acto o contrato: piénsese cuando una de las partes cree que está celebrando empréstito, y la contraparte donación. Se creen que es un tipo de contrato, pero en realidad resulta ser otro; (2) cuando el error recae sobre la identidad de la cosa (objeto del contrato). Piénsese en el contrato de compraventa, cuando el vendedor ha entendiendo vender un bien determinado y el comprador ha entendiendo comprar otro.

- **Sustancial:** este error si vicia el cometimiento conforme el Art. 1470 ibídem primer inciso. Aplica cuando, no existiendo error sobre la identidad de la cosa resulta que, en la realidad, carece de alguna sustancia o calidad especial que lo define. Aplica este error cuando la sustancial o calidad esencial del objeto del contrato, es diversa a lo que se cree que se ha adquirido. Por ejemplo, cuando se acuerda comprar una joya de oro, pero en realidad, resulta ser de otro metal semejante pero no oro.
 - **Accidental:** el segundo inciso del Art. 1470 ibídem, realiza la siguiente aclaración: “el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte” (Asamblea Nacional, 2005).
 - **Fuerza:** Entendida como toda presión física o psicológica que se ejerce sobre una persona con el fin de obtener deliberadamente el consentimiento de un acto. El Art 1472 ibídem, define a la fuerza como “todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio” (Asamblea Nacional, 2005).
 - **Dolo:** conforme el Art. 29 del Código Civil, el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. La doctrina al respecto señala que el dolo vicia el consentimiento cuando es positivo, principal y malo. Así pues, el dolo es positivo cuando existe ejecución de actos para perjudicar a un tercero; es principal cuando determina en la persona el ánimo de obligarse; es malo cuando existe la intención propia de causar daño a la persona o propiedad ajena. Conforme el Art. 1475 ibídem, el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.
- c) **Objeto lícito:** es aquello sobre lo que recae la declaración de voluntad que realizan las partes, por lo cual es necesario que el objeto sea lícito y esté plenamente determinado por las partes contractuales. Al respecto el Art. 1476 del Código de Civil señala lo siguiente: “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más

cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración” (Asamblea Nacional, 2005). Doctrinariamente se divide al objeto de contrato en dos: **(1) objeto directo:** que será la prestación a la cual se compromete el deudor frente a su acreedor y pueden ser de: dar, hacer y no hacer; **(2) objeto indirecto:** respecto a la cosa material o hecho real, objeto de la prestación.

Si el objeto indirecto recae sobre cosas (prestación de dar) debe cumplir con los siguientes requisitos: **(1) debe ser real:** En otras palabras, que el objeto debe existir en la naturaleza; **(2) deber ser determinada:** es decir debe estar establecida la cosa en cuanto a su género y cantidad; **(3) debe ser susceptible de comercio:** o que no atenten contra, la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público. Al respecto en el Art. 1477 ibídem, dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

Si el objeto indirecto recae sobre hechos (prestación de hacer o no hacer) debe cumplir con los siguientes requisitos: **(1) deber estar determinada:** es decir estar plenamente establecida; **(2) deber ser físicamente posible:** significa que no esté en contra de las leyes de la naturaleza. Implica la posibilidad real y lógicamente posible para cumplirse; y **(3) deber ser jurídicamente posible:** que no atenten contra, la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público.

- d) **Causa lícita:** la normativa civil ecuatoriana, conforme el Art. 1483 ibídem describe brevemente a la causa, disponiendo que esta es el motivo de realización del acto, y que no puede existir la obligación si no hay una causa real y lícita que la motive. Se entiende como causa ilícita como aquella que va en contra de la ley o de las buenas costumbres. De este modo, la normativa civil exige que haya una causa justa para el nacimiento de los actos jurídicos. El contrato debe tener causa y ésta ha de ser existente, verdadera y lícita. La causa vendría a ser el motivo determinante que llevó a las partes a celebrar el contrato. Un contrato no tiene causa cuando: se simula o se finge una causa; y cuando las manifestaciones de voluntad no se corresponden con la función social que debe cumplir.

1.2.2.- Elementos de su naturaleza del contrato: son aquellos elementos que, no siendo esenciales en el contrato, se entiende pertenecerle. Así pues, persisten aun sin la necesidad

de una cláusula especial. Todo ello, en concordancia a Art. 7 numeral 18 del ibídem, señala que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración [...]” (Asamblea Nacional, 2005). En un contrato de compraventa, no hace falta que se incluya una cláusula de saneamiento por vicios ocultos por parte de los contratantes, sino que, por ley, se entiende incorporado a tal contrato.

1.2.3.- Elementos accidentales del contrato: son aquellos elementos que se agregan libremente a los contratos, de tal modo si no están expresamente estipulados no existen, por lo tanto, no afectan la validez jurídica del contrato. Son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial o naturalmente les pertenecen a los contratos y son incorporados mediante cláusulas especiales conforme el Art. 1460 ibídem. Así pues, tenemos cláusulas especiales como; las condicionales; las de plazo.

Una vez realizado este breve repaso acerca de la Teoría General de Obligaciones y Contratos, conforme lo señala nuestro Código de Comercio corresponde en este momento introducirnos a analizar la contratación electrónica, a partir de la idea central de que los “contratos electrónicos son primero contratos y luego electrónicos” (Monsalve, 2014. p.24). Es decir, al contrato electrónico se lo debe analizar siempre tomando como referencia a su predecesor, el contrato tradicional.

2.- EL CONTRATO ELECTRÓNICO.

2.1.- Diferencia entre comercio electrónico y contratación electrónica.

Partiendo de la premisa de que si el comercio adoptó una forma electrónica fue necesario que su herramienta principal, el contrato, también adoptará la misma forma, dando origen a lo que se conoce como “contrato electrónico” entendida como una herramienta jurídica que permite formalizar las relaciones comerciales electrónicas en la actualidad. Tal y como sucede en el comercio tradicional, la herramienta principal para formalizar algunos actos de comercio será un contrato, solamente que en el comercio electrónico nos referimos a un contrato celebrado por medios electrónicos y vía internet. Pero como hemos señalado, si bien el comercio electrónico tiene como base a la contratación electrónica y se interrelacionan entre sí, se tratan de dos conceptos totalmente distintos “la contratación electrónica es un margen importante de comercio

electrónico, pero no todo el comercio electrónico se reduce a la contratación electrónica” (Polanco, 2017. pag.140).

2.2.- Definición de contrato electrónico.

Podemos definir al contrato electrónico como aquel en el cual la oferta y la aceptación son realizadas través del uso de mensajes de datos transmitidos por “dispositivos electrónicos” o “equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones”. Por tanto, para que un contrato electrónico sea catalogado como tal, será necesario que tanto la oferta como su aceptación, sea transmitido por medios electrónicos. No estaríamos en un caso de contratación electrónica cuando he recibo una oferta vía electrónica y luego voy a la tienda física y acepto allí dicha oferta, ya que la aceptación no ha sido transmitida medios electrónicos. Al respecto Liliana Ramos (2013) siguiendo a Silva define a los contratos electrónicos de la siguiente manera:

Se entenderá por contrato formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnético (p.58)

Algunos doctrinarios sostienen que resulta más acertado hablar de contratos por medios electrónicos que de contratos electrónicos. Independientemente de ello, la mayoría de doctrina acepta que la aparición de esta clase de contratos no implica una modificación a los postulados clásicos de la contratación, aunque si se inclinan a estudiarlos como una categoría contractual con características propias.

En la doctrina nos podemos encontrar con una definición genérica y estricta del contrato electrónico. La primera señala que los contratos electrónicos son aquellos en donde las partes utilizan cualquier tipo de medios electrónicos de comunicación para la celebración del mismo. Esta definición es criticada ya que, su campo de acción es muy amplio. Es decir, esta definición es considerada demasiado amplia porque hay muchas formas de contratación en la que intervienen elementos electrónicos, como las que se dan con el uso del teléfono (ventas por catálogo – tele-ventas), fax, telefax, EDI, internet,

correo electrónico, correo, entre otros. A contrario sensu, una definición en sentido estricto del contrato electrónico señala que solamente serán aquellos que se realizan por medios electrónicos de carácter netamente telemático, en donde existen ordenadores interconectados a internet (Polanco, 2017. p.132). De allí que surge el término “contratación telemática”.

Patricia Nieto, analiza la diferencia entre el “contrato electrónico” y el “contrato telemático” señalando que: muchos autores los consideran como sinónimos puestos que, ambas se refieren a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual. No obstante, señala que existe una diferencia muy sutil entre lo electrónico y lo telemático. Advierte que la telemática puede ser definida como la integración de las tecnologías de la telecomunicación y de la informática, de esta manera, los contratos telemáticos serían aquellos concluidos solamente a través de dispositivos electrónicos conectados a internet, dejando en segundo plano o sin tomar en cuenta a otros medios electrónicos como: teléfonos (venta por catálogo o tele-ventas), fax o vía télex, entre otros (Nieto, 2016. p.76). Aclarar que, en la presente investigación, hemos optado simplemente por denominarlos como contratos electrónicos, sin hacer esta distinción doctrinaria.

Ahora bien, la importancia de la contratación electrónica en la actualidad radica en que sirven de instrumento para formalizar las relaciones comerciales electrónicas mediante el uso de los denominados mensajes de datos transmitidos por dispositivos electrónicos conectados a internet. Todo ello, independientemente que tenga como finalidad crear transacciones sobre bienes tangibles o intangibles. Es decir, mediante la celebración de un contrato electrónico se puede llegar a realizar actos de consumo, ya sean que recaigan sobre bienes intangibles o sobre bienes tangibles. Por ello, el contrato electrónico es la columna vertebral que sustenta el comercio electrónico de tipo directo e indirecto en la actualidad.

Piénsese en un contrato de compraventa celebrado vía internet que tiene por objeto del mismo, un bien informático como por ejemplo un videojuego, video, música, libro digital o software. Deben entenderse que todas las fases de la contratación se pueden llevar a cabo por medios electrónicos; partiendo desde la oferta, pasando por la celebración del contrato de forma electrónica, e inclusive permiten el perfeccionamiento del contrato o cumplimiento de las obligaciones de forma electrónica (pago electrónico

y la entrega del bien intangible o entrega digital), en este caso, nos referimos al comercio electrónico directo.

Por su parte, cuando el contrato de compraventa celebrado vía internet que tiene por objeto del mismo, cualquier tipo de bien mueble (perfume, bicicleta) y que, por su naturaleza requiere la entrega material para que el contrato quede perfeccionado. En este último caso, es imposible que todas las fases de la contratación se lleven a cabo por medios electrónicos. No es dable, el cumplimiento de las obligaciones, como la entrega del bien por medios electrónicos, pero la oferta y aceptación, e inclusive el pago, pudieron haber sido realizado por vías electrónicas. Nos referimos al comercio electrónico indirecto.

2.3.- Contrato electrónico y contrato tradicional.

Aclarar que la contratación electrónica no da origen a una nueva teoría contractual, ni constituyen un nuevo tipo contractual, sino que, el contrato tradicional como tal, sufrirá una especie de reingeniería, a fin de adaptarse a su forma electrónica. Normativamente lo único que se pretende modificar del “derecho de obligaciones y contratos tradicional” respecto al contrato electrónico, es la actual forma de manifestar el consentimiento por medios electrónicos, los demás elementos (capacidad, objeto y causa lícita) se mantienen intactas, respecto a su homólogo tradicional. Por tanto, esta “reingeniería” no tiene que ver con la naturaleza de la relación jurídica (objeto o causa) sino con naturaleza técnica y tecnológica de las comunicaciones y de la transmisión de información en la red (consentimiento).

Así pues, con la incorporación en el ordenamiento jurídico del contrato electrónico no se pretende desnaturalizar o crear un nuevo tipo contractual, solamente crea una nueva forma legal para celebrarlos. Se parte de la pretensión de sustituir el uso de los documentos en papel y firmas ológrafas por el uso de documentos electrónicos y firmas electrónicas y otras figuras jurídicas afines para el desenvolvimiento de relaciones negociables a distancia equiparando la presencia virtual a la física.

Por ello, la principal diferencia entre la contratación tradicional y la contratación electrónica radica en que, en este último caso, la información del negocio jurídico (las cláusulas contractuales) ya no se encuentra en un soporte físico sobre un papel, de forma escrita y con la firma ológrafa como sucedía en la forma tradicional, sino que ahora, se encuentra en un soporte electrónico o virtual almacenado en dispositivos electrónicos. Al

respecto, el Art. 45 de la LCEFEYMD define al contrato electrónico de la siguiente manera: “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” (Asamblea Nacional, 2002).

Por ello, cualquier contrato típico o ya regulado (salvo ciertos casos) puede ser realizados con el uso de los denominados “mensajes de datos o documentos electrónicos” transmitidos por dispositivos electrónicos (ordenadores, tabletas electrónicas, celular inteligente) conectados a internet. Al respecto Pablo Fernández Burgueño (2010) realiza el siguiente comentario: “Al contrario de la opinión mayoritaria, los contratos electrónicos no son un tipo de contrato especial; ni son contratos referidos a bienes o servicios tecnológicos. El contrato electrónico es el contrato tradicional celebrado a través de medios electrónicos” (parr.1).

Es aquí en donde entran en escena las normas provenientes de la rama del “derecho informático propiamente dicho”, el cual se refiere al conjunto de normas legales que se han aplicado para regular todo lo relacionado con las tecnologías de la información y la comunicación (la aplicación del derecho a la informática). Es decir, estudia las transformaciones del derecho como consecuencia de las actividades que surgieron a causas del uso generalizado de la tecnología en la sociedad actual. Como hemos señalado, el campo de acción de esta disciplina puede ser de diferente índole; la protección de datos, delitos informáticos, comercio electrónico, valor probatorio del documento electrónico, contratos informáticos, video vigilancia, firmas electrónicas, regulación de redes sociales, entre otros.

En función del comercio electrónico y la contratación electrónica, la disciplina del derecho informático propiamente dicho ha sido recogida por nuestro ordenamiento jurídico a partir de la expedición de la LCEFEYMD en el año 2002, y complementariamente el vigente Código de Comercio expedido en el año 2019, dando paso de la era de papel a la era digital. Cabe señalar que los mensajes de datos es un término genérico empleado en la LCEFEYMD para referirse a aquellos actos susceptibles de surtir los mismos efectos que un documento escrito.

A través de LCEFEYMD o ley especial es posible equiparar y/o suplir los métodos tradicionales de celebrar contratos (papel, escrito y firma) con los métodos actuales y electrónicos (documentos electrónicos y firma electrónica) estableciendo para ello

requisitos técnico – legales respecto figuras jurídicas como: mensajes de datos, firmas electrónicas, certificados de firmas electrónicas, entre otros. Corresponde advertir que todas estas figuras jurídicas incorporadas en la ley especial, pueden ser comprendidas a partir los principios de la contratación electrónica que analizaremos más adelante.

2.4.- El contrato electrónico es un contrato formal.

Por todo lo manifestado, el contrato electrónico es un contrato formal, puesto que son aquellos vínculos en los cuales no basta simple manifestación de la voluntad por medios electrónicos, sino que esta, deberá ser expresada conforme lo determina la ley. Así pues, en el caso de que un contrato adopte una forma electrónica, las partes contractuales deberán tomar en consideración no solamente las normas del derecho de obligaciones y contratos tradicional (ley civil y comercial) sino también las normas respecto a la comunicación y transmisión de información en la red (ley especial) para que dichos actos jurídicos celebrados vía internet tengan plena validez jurídica. Nos enfrentamos ante una “especie de contratación transversal” puesto que su régimen legal no se encuentra recogido en un único cuerpo normativo, sino que en varios.

Piénsese en un contrato de compraventa de productos y servicios realizados vía internet, este conserva su naturaleza jurídica de ser un vínculo mediante el cual se pacta la prestación de dar o transferir el dominio de un determinado bien o servicio (derecho real) a cambio de un precio. Es decir, una persona denominada vendedor se obliga a dar una cosa a otra persona denominada comprador, quien se obliga a pagarla en dinero, solamente que ahora, la formación del contrato se realizará mediante el uso de los denominados mensajes de datos o documentos electrónicos que son transmitidos a través de los “dispositivos electrónicos” con conexión a internet como ordenador, tabletas, celular inteligente.

Si bien la compraventa de productos y servicios celebrados electrónicamente, no constituyen por sí mismos figuras jurídicas diferentes de las clásicas, el hecho de que hayan sido celebradas vía internet significa que dichos actos jurídicos deberán cumplir en lo dispuesto en dos grupos de normas: el primer grupo “ley común” acerca Teoría General de Obligaciones y Contratos (Código Civil, Código de Comercio, Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, entre otras); y el segundo grupo “ley especial” sobre la materia

de las comunicaciones y de las transmisiones de información en la red (LCEFEYMD con sus respectivos reglamentos).

Los contratos electrónicos producen efectos jurídicos siempre y cuando concurren todos los requisitos tanto de la ley especial, así como en el resto de la normativa civil y mercantil, especialmente respecto a la protección del consumidor. Al respecto, el Art. 46 de la LCEFEYMD acerca del perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos, señala lo siguiente: “se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes” (Asamblea Nacional, 2002).

2.5.- Principios de la contratación electrónica.

En la contratación electrónica nos encontramos con los dos principios fundamentales los cuales son: el principio de neutralidad tecnológica y el principio de equivalencia funcional y no discriminación. La doctrina se reconoce otros principios como: el principio de no alteración al derecho preexiste de contrato y obligaciones, de libertad contractual, de confidencialidad, de buena fe, de privacidad, de estándares internacionales, entre otros. Al respecto, Omar Cárdenas (2016) realiza el siguiente comentario:

Algunos de los denominados “principios de la contratación electrónica” son novísimos, como el de “neutralidad tecnológica”, los cuales contrastan con otros que son auténticas adecuaciones de principios clásicos del derecho de contratos, tal como sucede con el principio de la “buena fe en el contrato electrónico” (p.270).

Sobre la base de estos principios se estructura la contratación electrónica, constituyen básicamente nuevas formalidades que la ley especial exige para que un acto jurídico como la compraventa de productos y servicios tengan validez jurídica cuando haya sido realizado medios electrónicos o telemáticos. El requerimiento de estas formalidades especiales es uno de los ejemplos del denominado “neo-formalismo” de la contratación electrónica en la actualidad (Cárdenas, 2016. p.275).

2.5.1.- Principio de equivalencia funcional y no discriminación.

Este es el principio angular o primordial de la contratación electrónica puesto que a través de él se pretende equiparar y/o suplir los métodos tradicionales de celebrar contratos (papel, escrito y firma) con los métodos actuales y electrónicos (documentos electrónicos y firma electrónica), todo ello, independientemente del contenido, extensión, alcance y finalidad del contrato celebrado por estos medios electrónicos. Al respecto, Ana Jazmín Torres (2010) señala:

La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto (p.20).

El principio de equivalencia funcional y no discriminación constituye un solo principio, pero es visto desde dos ópticas distintas como si se tratara de “una cara de una misma moneda”; al respecto podemos mencionar que:

a) Por un lado, con la equivalencia funcional se pretende el reconocimiento jurídico de los documentos electrónicos y de las firmas electrónicas en el derecho sustancial. Esto implica que los mensajes de datos deben ser visto como una nueva forma de a través de la cual, un individuo puede manifestar su consentimiento de la misma manera como sucede con la forma tradicional (papel, escrito y firmas ológrafa).

La información contenida en un documento electrónico tiene la misma validez jurídica como si estuviera contenida en un documento tradicional (Polanco, 2017. p.147). Al respecto, el Art. 2 de LCEFEYMD dispone que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos y el Art.14 ibídem, la firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma ológrafa o manuscrita.

Cabe señalar que este principio posee ciertas excepciones, ya que su reconocimiento no debe entenderse como un impedimento para que la legislación interna determine ciertos casos concretos en los cuales, el principio de equivalencia funcional no

sea sostenible o sea inaplicable; por ejemplo, el caso de la compraventa de un bien inmueble. Así mismo, es necesario mencionar que este principio no sana los vicios de los cuales esta declaración pudiera adolecer, el mensaje de datos no puede producir un efecto sanatorio de algún vicio en caso alguno.

b) Por otro lado, la no discriminación en la contratación electrónica pretende no permitir que a los mensajes de datos se los ubique conceptualmente por debajo de las formas usuales de concreción de negocios en el comercio. En el ámbito procesal, un juez al valorar probatoriamente a un contrato electrónico no podrá restarle validez o fuerza obligatoria por el solo hecho de que se encuentren en un formato electrónico (documento y firma electrónica). Esto implica que el uso de mensajes de datos o firmas electrónicas son vías legales seguras para la conformación de actos jurídicos en internet, por tanto, no deberán ser discriminados respecto de cualquier otro tipo de manifestación de voluntad, ya sea verbal o escrita. Esto en concordación a lo dispuesto en el Art. 52 de la LCEFEYMD.

Hugo Polanco señala que con la aplicación del principio de no discriminación se pretende formular un “entorno jurídico neutro” en el que tenga la misma relevancia la información consignada en papel y la información comunicada o archivada electrónicamente. Sin embargo, su aplicación no debe entenderse que se le otorga validez jurídica absoluta a toda comunicación electrónica, lo cual sería un desacierto, se trata de no discriminar negativamente, pero tampoco positivamente. La información tendrá la validez que jurídicamente corresponda en cada caso independientemente del soporte que lo contenga (Polanco, 2017. p.152). Es decir, no todo mensaje de datos o firmas electrónica podrá equipararse automáticamente a las formas tradicionales de manifestar el consentimiento, sino que estas figuras jurídicas deberán cumplir con algunos requisitos implícitos y previstos en la LCEFEYMD, su reglamento y complementariamente del Código de Comercio.

Todos estos requisitos previstos en la ley especial responden a la necesidad de dotar de seguridad a la comunicación y transmisión de información en la red, y por ende, dotar de plena validez jurídica a los contratos celebrados por vías electrónicas. Al respecto Hugo Polanco (2017) señala lo siguiente:

Para darle reconocimiento jurídico o no negarle su eficacia, los mensajes de datos deberán cumplir ciertos requisitos en conexión con el contexto en el que son creados para que se considere que cumplen las mismas funciones de sus predecesores. Esta es la razón para que algunos conceptos como escrito, firma, y original, se adaptarán para el ámbito de los mensajes de datos (p.151).

Comprende señalar que el principio de equivalencia funcional y no discriminación se vincula a tres grandes aspectos de la contratación privada: (1) requisito de información escrita; (2) el requisito de información original y; (3) el requisito de firma electrónica. A continuación, procederemos a analizar brevemente cada uno de ellos, conforme lo dispone la LCEFEYMD:

2.5.1.1.- Información escrita

Con el cual se pretende sin limitación alguna sustituir el soporte papel por el soporte digital y así dar paso de la era de papel a la era digital. Es decir, que la información que consta por documento escrito y en papel sea sustituida por un documento electrónico, siempre y cuando se garantice el acceso a la información a futuro. Así pues, cuando la ley común exija la forma escrita de un acto jurídico este podrá suplirse con un mensaje de datos siempre y cuando la información que consta en él, pueda ser consultada con posterioridad conforme lo dispuesto en el Art. 6 LCEFEYMD.

Con ello, se pretende que la información que conste en un documento electrónico pueda ser de libre acceso con posterioridad, a fin de que pueda ser utilizada por las partes o usuarios autorizados, siempre que la necesiten. El Art. 2 del Reglamento de LCEFEYMD señala que los mensajes de datos son accesibles para consulta posterior cuando se puede recuperar su contenido en forma íntegra, en cualquier momento empleando y por los mecanismos y procedimientos previstos para el efecto.

Por su parte, el Art. 3 del Reglamento a la LCEFEYMD determina los requisitos para que información contenida en un mensaje de datos cumpla con los requisitos de accesibilidad para su posterior consulta; (1) ha sido generada y puede ser almacenada en un lenguaje electrónico/informático y formatos entendibles por las partes; (2) se puede recuperar o se puede acceder a la información empleando los mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo. Solamente cumplidos estos requisitos de

accesibilidad, el mensaje de datos o documento electrónico tiene iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito.

Es necesario señalar que los mensajes de datos contienen un tiempo y lugar de envío. Las partes, pueden acordar libremente y definir el lugar, fecha, y tiempo de envío. En el caso de que las partes no se pronuncien al respecto, aplicarán las reglas de lugar y tiempo de envío consagrado en el Art. 11 ibídem.

2.5.1.2.- Información original

Se debe tener la seguridad de que la información contenida en dichos mensajes de datos no pueda ser transformada, modificada o eliminada durante el proceso de transmisión de información en la red. Así pues, 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, siempre y cuando su contenido es completo e inalterable a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva; salvo ciertas circunstancias que produzcan un cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, según lo dispone el Art. 7 ibídem. No referimos a la certeza de que durante la transmisión de del mensaje de datos a través de internet, este no ha sido manipulado ilícitamente, o al menos, tener conocimiento de cualquier manipulación.

Es importante aclarar que, aunque suene paradójico, es imposible hablar de mensajes de datos originales en las comunicaciones vía internet, porque el destinatario siempre recibirá una copia del mismo, por lo tanto, se persigue determinar su originalidad o integridad a partir del momento de su generación, lo cual solamente se consigue a través del uso de una firma electrónica. Al respecto el Art. 6 del Reglamento del LCEFEYMD que dispone expresamente que la integridad de un documento electrónico se efectúa solamente sí está firmado electrónicamente.

2.5.1.3.- Firma electrónica

La firma electrónica son códigos cifrados (claves) que representan a una persona natural o jurídica y se trata de un tipo de tecnológica basado en mecanismos avanzados

de encriptación (funciones matemáticas y lógicas) que permite la identificación del titular de la firma y además permite vincularlo con el contenido del mismo. Los mecanismos avanzados de encriptación de una firma electrónica se caracterizan por ser sistemas de datos ordenados de forma lógica que sirven para dar fidelidad a un documento, siempre y cuando responda a los procesos técnicos y legales establecidos, conforme lo dispone el Art. 13 de LCEFEYMD a la firma electrónica.

La firma electrónica surge debido al uso de los mensajes de datos y a la necesidad de autenticar al autor del mismo. Si normativamente se ha aceptado que un documento escrito sea reemplazado por un mensaje de datos, por defecto la firma ológrafa deberá adaptarse o asociarse a un método electrónico que permita identificar a la persona y vincularlo con la información que conlleva el mensaje de datos. La firma electrónica es un concepto jurídico, equivalente electrónico al de la firma manuscrita, donde una persona acepta el contenido de un mensaje electrónico a través de cualquier medio electrónico válido.

Como observamos, la función principal de las firmas electrónica, tal y como sucede con las firmas ológrafas o tradicionales tiene por objetivo indicar que el documento procede de quien lo firma, dar autenticidad a un documento y aprobar su contenido. Según la Resolución Administrativa No. BCEGG- 104 - 2019 del Banco Central del Ecuador una firma electrónica podrá ser usada en los siguientes documentos: contratos electrónicos, facturas electrónicas, transacciones electrónicas, correos electrónicos, ofertas del Sistema Nacional de Contratación Pública, trámites tributarios electrónicos o cualquier otro tipo de aplicaciones donde se pueda reemplazar la firma manuscrita y se encuentre facultado para hacerlo dentro del ámbito de su actividad o límites de su uso.

Siguiendo con el análisis de la firma electrónica corresponde aclarar que su validez no dependerá solamente de lo dispuesto en el Art 13 de la LCEFEYMD, sino que además dependerán del cumplimiento de otra serie de requisitos respecto a obligaciones de titular de las firmas electrónicas; su duración; extinción; así como los relacionados con los certificados de firmas electrónicas y sus requisitos, entre otros. Solamente así podrá adquirir la validez y los mismos efectos jurídicos que una firma ológrafa conforme lo dispone el Art. 14 *ibídem*.

Respecto a las obligaciones del titular de la firma electrónica el Art. 17 ibídem menciona las siguientes: (1) cumplir con las obligaciones derivadas de uso de firma electrónica; (2) actuar con la debida diligencia en el uso de la firmas electrónica; (3) notificar problema de seguridad a las personas vinculadas, cuando exista de uso no autorizado de firma electrónica; (4) responder por obligaciones de uso de firmas electrónica no autorizada en caso de una actuación no diligente por parte del titular; (5) notificar a la entidad de certificación de información los riesgos sobre su firma y solicitar oportunamente la cancelación de los certificados; (6) verificar la exactitud de sus declaraciones, entre otras.

Sobre la duración de la firma electrónica conforme lo dispone el Art.18 ibídem será indefinida. Pero en la realidad generalmente tendrán una duración 2 años, según el Registro Civil. Así también, podrán ser revocadas, anuladas o suspendidas de conformidad con lo que el reglamento a esta ley señale.

La extinción de la firma electrónica, conforme lo dispone el Art. 19, ibídem obedece a las siguientes causas: (1) voluntad del titular; (2) fallecimiento del titular; (3) incapacidad de titular; (4) la liquidación o disolución en caso persona jurídica con firmas electrónica. Por lo tanto, las firmas electrónicas podrán ser otorgadas a personas naturales y personas jurídicas.

Por su parte, los certificados de firmas electrónicas deben ser vistos como un documento electrónico firmado electrónicamente por la entidad de certificación (tercero de confianza) que asocia una clave pública de una firma electrónica con un usuario, dispositivo o servicio determinado. A través de un certificado de firmas electrónicas, ni el emisor ni el receptor de un mensaje de datos, pueden negar el envío o recepción del mismo (no repudio), ya la clave pública que usaron para firmar electrónicamente ha sido registrada por la entidad certificadora, con la cual se comprueba que los participantes en la transmisión de información realmente han participado en ella.

Según la Resolución Administrativa No. BCEGG- 104 - 2019 del Banco Central del Ecuador, define al certificado de firmas electrónicas como un documento digital mediante el cual la autoridad de certificación asegura la vinculación entre la identidad del usuario, su clave pública, y privada. En otras palabras, es un archivo que certifica la

vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad y será emitido por el Prestador de Servicios de Certificación.

Un certificado de firmas electrónica deberá cumplir con los requisitos dispuestos en el Art. 22 LCEFEYMD: (1) identificación de la entidad de certificación de información; (2) contener el domicilio legal de la entidad de certificación de información; (3) datos del titular del certificado que permitan su identificación; (4) método de verificación de la firma del titular del certificado; (5) fechas de emisión y expiración del certificado; (6) número único de serie del certificado que identifica al certificado; (7) La firma electrónica de la entidad de la certificación; (8) las limitaciones y restricciones; (9) y demás requisitos señalados en la ley.

2.5.2.- Principio de neutralidad tecnológica

A través del principio de neutralidad tecnológica lo que se pretende es tener una regulación abierta a fin de que no establezca impedimentos para el uso de una tecnológica en particular, o que no privilegien a una tecnología sobre otra. Por lo tanto, se debe contar con normas genéricas que discrimine ningún medio tecnológico.

A través de este principio se reconoce algo evidente: que la tecnología cambia constantemente y si la ley especial se "ata" con una tecnología en particular muy seguramente la norma quedará obsoleta, en poco tiempo. Virginia Vega (2016) siguiendo a Fonseca indica lo siguiente: "se trata de redactar leyes sin aludir a una tecnología específica de manera que la norma abarque todas las tecnologías que se puedan usar y que no haya que modificar la ley cada vez que aparece una nueva tecnología" (p.20).

En la Disposición Cuarta de la LCEFEYMD se dispone lo siguiente: "no se administra ninguna exclusión, restricción o limitación al uso de cualquier método para crear o tratar un mensaje de datos o firma electrónica, siempre que cumplan con los requisitos señalando en la presente ley y su reglamento" (Asamblea Nacional, 2002). Por tanto, no importa el tipo de dispositivo electrónico que se use para la generación del mensaje de datos, ya que no dejará de serlo, ya sea que se trate de: correos electrónicos, páginas web, whatsapp, chat, aplicación móvil. Así mismo, tampoco importa el tipo de tecnología usado para generar una firma electrónica: piénsese en los sistemas login,

firmas electrónicas, sistemas de tarjetas de crédito, sistema biométrico, entre otros siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la ley especial.

Maraile Francesca Bast, acerca de este principio nos advierte que la aplicación del principio de neutralidad tecnológica, no es sinónimo de igualitarismo tecnológico, en el sentido de que, aunque la legislación de un Estado, no se debe vincular a un tipo de tecnología en específico, existen distintos instrumentos tecnológicos que brindan distintos tipos de seguridad. En esos casos, la decisión sobre el tipo de firmas electrónica que un individuo usará en una transacción dependerá de la situación en la cual se la desea aplicar (Bast, 2016. p.57).

Es decir, mientras más seguridad requiere la transacción o intercambio de información en la red, resulta aconsejable emplear las firmas electrónicas que brinden mayor seguridad, como sería “la firma electrónica certificada” o como algunos la denominan “firma digital”. No obstante, las personas son libres de elegir el medio tecnológico que desean emplear. Todo ello, se relaciona con el principio de autonomía de la voluntad en el sentido de que, las partes haciendo uso de su autonomía de la voluntad privada, deciden si el tipo de firma electrónica empleado en su transacción resulta suficiente para complacer sus necesidades o requerimientos (Bast, 2016. p.57).

2.5.3.- Principio de no alteración al derecho preexistente de contratos y obligaciones

Otro principio que orienta la contratación electrónica es el “principio de no alteración al derecho preexiste de contrato y obligaciones” o “principio de inalterabilidad”. A partir de este principio se pretende establecer que la incorporación de la figura jurídica del contrato electrónico, en el ordenamiento jurídico, no significa por sí mismo una modificación del derecho sustancial o “derecho preexistente de contratos privados”. Por tanto, instituciones, categorías dogmáticas, reglas y tipos de contratos existentes, que rigen la contratación tradicional, se aplican de manera similar al contrato electrónico, salvo aquellas modificaciones que sufrían algunas de ellas, para que el contrato adopte una forma electrónica.

No se pretende introducir una nueva regulación en materia del derecho de obligaciones y contratos, por el contrario, procura mantener intactas tales disposiciones, salvo los ajustes necesarios provenientes del reconocimiento jurídico de los mensajes de

datos (Polanco, 2017. p.155). En otros términos, la contratación electrónica no supone una modificación sustancial al derecho tradicional de obligaciones y contratos, tanto nacional como internacional, salvo aquellas modificaciones normativas que sean necesarias para que un contrato adopte una forma electrónica.

Las modificaciones normativas que deban realizarse al incorporar en el ordenamiento jurídico la figura del contrato electrónico giran en torno a las lagunas o vacíos jurídicos provenientes de los mecanismos de seguridad en las comunicaciones y transmisión de información en la red. Para ello, establece requisitos técnico – legales respecto figuras jurídicas como: mensajes de datos, firmas electrónicas, certificados de firmas electrónicas, entre otros.

A partir de tomar en consideración este principio se evita la engorrosa situación de requerir y crear una nueva Teoría del Contrato y una legislación especial para los contratos de antaño típicos en forma electrónica. Al respecto Virginia Vega (2016) señala lo siguiente: “Por ello, y a pesar de sus inconvenientes, la negación de este principio supondría la necesidad de volver a configurar un nuevo sistema de derecho contractual” (p. 18).

2.5.4.- Principio de la autonomía de la voluntad.

Maraile Francesa Bast (2016) acerca del principio de libertad contractual en el contexto del comercio electrónico advierte lo siguiente: señala que “las normas de LCEFEYMD en su mayoría resultan ser complementarias, en el caso de que no se hubiere estipulado en el contrato nada sobre la situación normada” (p.60). La aplicación de la libertad contractual en sus diversas expresiones se hace extensivo a las declaraciones de voluntad instrumentadas en soportes electrónicos.

2.5.5.- Principio de buena fe.

La buena fe se constituye como uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y comercial de bienes y servicios, independientemente si estos han sido realizados por medios electrónicos o por medios tradicionales. En el marco del comercio electrónico, es evidente que en contextos tan peculiares como los mercados virtuales, donde las partes contractuales no se conocen

físicamente y operan desde distintos lugares geográficos, y en donde, no es posible supervisar directamente los bienes objeto de contratación, la invocación del principio de buena fe resulta ineludible desde todo punto, y su ausencia sería un obstáculo insalvable de cara al adecuado funcionamiento de dichos mercados y por ende, del comercio electrónico. Omar Cadenas (2016) al respecto del principio de buena fe en el marco del contrato electrónico realiza el siguiente comentario:

Por lo tanto no puede afirmarse la existencia de una buena fe “tradicional” en contraposición a una buena fe “electrónica”; sino, por el contrario, debe advertirse que la buena fe como principio se aplica a todos los contratos, tanto a los celebrados por medios tradicionales, como a los que usan los medios electrónicos como vehículo del consentimiento (p.283).

2.5.6.- Principio de estándares universales

Maraile Francesa Bast (2016) señala que el principio de los estándares internacionales se basa en la notable tendencia a homogeneización de las legislaciones. Son presentados como bases mínimas sobre las cuales un Estado se debe legislar internamente, especialmente si lo que se pretende es esta la homogeneización normativa (derecho uniforme de comercio electrónico). Con este principio se refuerza la idea de homogeneizar las legislaciones a nivel internacional a fin de superar las dificultades que trae consigo, realizar tracciones a distancia y vía internet. (Bast, 2016, p.61).

Hasta aquí llega el análisis de la contratación electrónica, corresponde en este momento analizar lo concerniente a la contratación informática.

3.- CONTRATO INFORMÁTICO

3.1.-Diferencia entre contrato electrónico y contrato informático.

Antes de iniciar el análisis del contrato informático, en primer lugar, debemos diferenciar entre los conceptos de contratación electrónica y la contratación informática ya que es común llegar a confundirlos.

Estamos ante un contrato electrónico cuando los medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato. Implica la posibilidad que tienen los individuos de manifestar su consentimiento a través del uso de los denominados “mensajes de datos o documentos electrónicos” que serán transmitidos por los dispositivos electrónicos. No nos referimos a una nueva tipología contractual sino simplemente a una nueva forma de celebrarlo, dando validez jurídica al uso de mensajes de datos, firmas electrónicas, acuses de recibos, certificados de firma electrónica, para la formación del mismo.

Por su parte, estamos ante una contratación informática cuando se tiene por el objeto del contrato un bien y/o servicio de carácter informático, diferenciándose así del resto de contratos. Nos referimos a nuevos bienes tangibles e intangibles proveniente del entorno informático y electrónico. Pablo Alfonso Aguilar (2017) siguiendo a Ghersi, define al contrato informático como “aquellos que establecen relaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad o el uso y goce de bienes, o prestar servicios, ambos informáticos” (p.130).

Observamos la contratación electrónica se sustenta en el uso de un medio electrónico o telemático en la formación del contrato (oferta y aceptación de la oferta) independientemente del objeto sobre el cual recae dicho acuerdo. A diferencia de lo que sucede con la contratación informática que si toma en consideración el objeto del contrato, el cual deberá tener un carácter netamente informático o electrónico. Por ende, la contratación electrónica guarda relación en la forma en la cual, las partes pueden manifestar su consentimiento y la contratación informática guarda relación con el carácter informático del objeto del contrato.

Con este antecedente, es posible entender la relación entre la contratación electrónica y la contratación informática, en el sentido de que muchos de contratos que pueden ser calificados como informáticos son celebrados por medios electrónicos. Así pues, habrá casos en los cuales, un contrato será informático, en función de que tiene por objeto del mismo un bien o servicio informático, pero a la vez, será un contrato electrónico en función de que, para la formación del mismo, se han usado medios electrónicos. Piénsese, el caso de la venta de un libro digital o programa de antivirus descargado de la web.

3.2.- Definición del contrato informático.

Básicamente, el contrato informático se refiere aquellos que se efectúa sobre bienes y/o servicios informáticos. Es decir, es la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen obligaciones recae sobre bienes y/o servicios informáticos. A este tipo de contratos, la doctrina genéricamente los ha denominado como “contrato informático” pero también como “contrato web” o “contrato online”. En sus inicios los contratos informáticos estaban ligados a la comercialización de computadores, sin embargo y hoy en día, gracias a la apertura del mundo de la computación e informática a la sociedad en general, abarcan un sinfín de ámbitos.

Entonces para catalogar a un contrato como informático, será necesario que el objeto del contrato tenga un carácter informático o esté relacionado con el fenómeno informático, siendo indiferente, en principio, el tipo contractual o el elemento material (hardware) o inmaterial (software) del bien informático. Por lo tanto, se pueden establecer relaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad, el uso o el goce de bienes informáticos o de brindar algún servicio informático. Pablo Aguilar (2017) siguiendo a Téllez, define a los contratos informáticos como:

aqueillos que tienen por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones respecto de los bienes y servicios informáticos, es decir, regir conforme a derecho aquellas relaciones contractuales con motivo de la compra o arrendamiento de un sistema, prestación de un servicio [...] (p.130).

La realidad social nos indica que, en el entorno virtual, han surgido nuevos tipos de negocios que se desarrollan en escenarios exclusivamente virtuales, por ende, han surgido nuevas tipologías de contratos en base a los bienes y/o servicios informáticos con valor económico intrínseco y, por ende, susceptible de comercio.

Podemos citar algunos de los ejemplos de contratos informáticos que son nominados y tienen frecuencia de uso en el entorno virtual, es decir, cuentan con una tipicidad social pero que no están reconocidos en los ordenamientos jurídicos, es decir carecen de tipicidad legal. Así pues, tenemos los siguientes: los contratos “hosting” o de alojamiento de información en la nube; los contrato “caching” o búsqueda de

información; los contratación de servicios de acceso o conexión a red; los contratos de diseño de páginas web; contratos de registro de nombre de dominio; licencias de uso de software y de propiedad intelectual; Términos o Condiciones de uso que encontramos casi todas las páginas web o aplicaciones móviles; contratos de servicios vía streaming (spotify, netflix); certificados de firmas electrónicos.

Los bienes y/o servicios informáticos son todos ellos ajenos o extraños a nuestro derecho privado (tradicional) y pueden ser entendidas como verdaderas creaciones del intelecto humano susceptibles de protección. Debido a sus características particulares e innatas no es una tarea fácil definir un régimen jurídico al tratarse de bienes o servicios novísimos y especiales que no encuadran verdaderamente en ninguna de las figuras típicas que conocemos o que están reguladas en nuestro vigente Código Civil, ni tampoco en la LCEFEYMD, ni sus afines. Al respecto de lo mencionado, Sol Beatriz Calle (2002) siguiendo a Rodríguez, señala lo siguiente:

Los contratos informáticos, hoy en día, carecen de jurisprudencia y carecen de costumbre. La doctrina se mueve en un estado de total anarquía, caracterizada por la incertidumbre del hombre medio frente al problema informático, con la consecuencia, para los sistemas jurídicos, de la falta de seguridad y la falta de certeza” (p.96).

3.3.- Definición en sentido amplio de contrato informático.

La mayoría de la doctrina que tenemos hasta la actualidad, sostiene que el contrato informático abarca en él, todo fenómeno que tenga que ver o esté relacionado con la informática. Es decir, la mayoría de la doctrina señala para que un contrato informático sea calificado como tal, no importa que el objeto del contrato se trate de un bien inmaterial o lógico (software) o bien material o físico (hardware), sin olvidar los servicios informáticos, lo importante es que estén relacionado con el fenómeno informático.

A partir de esta concepción amplia, el objeto de un contrato podría ser los siguientes: bienes informáticos el cual está compuesto por dos elementos: el físico o hardware y el lógico o software, sin olvidar a todos los servicios informáticos.

A modo de ejemplo y desde una concepción amplia del contrato informático, comprar un antivirus NOD32 (programa de pc) puede hacerse a través de una tienda física adquiriendo (CD con instalador y clave de licencia de uso); o a su vez, en la tienda virtual descargando directamente a nuestro ordenador. Según la concepción amplia, en ambos casos nos referimos a un contrato informático, ya que, el objeto del contrato está relacionado con el fenómeno informático. Si he decidido realizarlo a través de la tienda virtual, el contrato informático de compraventa del antivirus NOD32 se convierte a la vez, en un contrato electrónico, en base a que se han utilizado medio electrónico para su formación.

Del anterior ejemplo, podemos observar que para encontrarnos dentro la órbita de la contratación informática solamente se requiere que el objeto del contrato esté de alguna manera relacionado con la informática, dando como resultado un campo de acción muy amplio.

3.4.- Definición en sentido estricto del contrato informático.

Otro sector de la doctrina señala que la definición en sentido amplio aportada por la mayoría de la doctrina podría ser más concisa, la cual debería especificar la necesidad de materialidad o inmaterialidad del objeto del contrato, e incluso exigiendo que el contrato sea realizado por medios electrónicos y/o telemáticos. Sol Beatriz Calle, nos proporciona un concepto en sentido restringido del contrato informático para lo cual, nos propone excluir de la definición de contrato informático al elemento material o hardware del bien informático ya que, esto traería una confusión a la hora de definirlos.

Así pues, a contrario de lo que propone la mayoría de los doctrinarios, Sol Beatriz Calle señala que debe excluirse de la definición del contrato informático, a lo que se entiende como hardware o elementos material del bien informático, bajo el argumento de que como bienes materiales que son, pueden ser susceptibles de compraventa, suministro, permuta, arriendo, comodato, leasing, depósito, algunas de ellas figuras jurídica ya reguladas en los códigos civiles de cada país. Dicha autora afirma que “por el hecho de que estos contratos típicos y nominados por nuestra legislación contengan como objeto material un ordenador y/o sus periféricos, no significa que deban llamarse contratos

informáticos. Serán simplemente contratos nominados (compraventa) según tal o cual tipo de hardware o soporte físico se trate” (p.91).

Ejemplifica su postura al mencionar que, si consideramos al contrato informático como aquel que comprende bienes y servicios informáticos sin distinción alguna, llegaríamos al absurdo de pensar que comprar un simple computador constituye un contrato informático, debido a su especialidad como bien informático. Esto daría a entender que la compra de los primeros automóviles, bienes desconocidos y especiales en el inicio de su comercialización, constituirían una venta automovilística, lo cual, a su parecer, sería un despropósito. (Calle, 2002. p.94).

Dicho esto, Sol Beatriz Calle (2002) define al contrato informático como “aquel acuerdo de voluntades cuyas prestaciones entre las partes están referidas a bienes inmateriales susceptibles de digitalización y a los servicios conexos a éstos que puedan presentarse” (p. 96). Dentro de esta definición se incluyen los acuerdos respecto a: (1) las bases de datos y su creación, fabricación, acceso, entre otros; (2) los que tienen que ver con el software en sus distintas fases y aplicaciones: uso, creación, desarrollo, implementación, propiedad; (3) los relativos obras informáticas como las multimedia (audio y video) y todas sus implicaciones como: propiedad, descarga, uso, acceso, entre otros.

Así pues, la definición propuesta por dicha autora, se refiere específicamente a bienes incorpóreos susceptibles de traducirse a lenguaje máquina (binario) y ser tratados por sistemas informáticos.

3.5.- Objeto del contrato informático.

Apegándonos a la definición en sentido amplio del contrato informático, en este momento corresponde realizar algunas precisiones respecto a los bienes y servicios informáticos los cuales serán el objeto de la contratación informática:

- a) **Los bienes informáticos** los cuales están constituidos por dos partes: hardware y software. Así pues tenemos:

- **Elementos físicos o hardware de bien informático:** es el conjunto de dispositivos y elementos mecánicos, magnéticos, electrónicos y eléctricos del sistema informático. Nos referimos a la “unidad central de procesamiento de dispositivos electrónicos o sistema informático y de los aparatos electrónicos denominados “periféricos” como monitores, teclados, impresoras, escáner, parlantes, unidades de almacenamientos, micrófono, entre otros.

Desde un punto de vista del derecho, los elementos materiales de bien informáticos o hardware, por más sofisticada que sea su composición son “cosas”, en el sentido de que son objetos materiales susceptibles de valor económico. Por tanto, son susceptibles de actos como de compraventa, permuta, leasing, locación, donación y cualquier relación contractual que tenga por finalidad la transmisión del dominio, o del uso y goce temporal, o la constitución de derechos reales de garantía, como la prenda en sus distintas variedades.

- **Elemento lógico o software de bien informático:** son programas informáticos que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información que puede ser usadas directa o indirectamente sobre un sistema informático a fin de obtener un resultado determinado. Poseen las siguientes características: (1) son fruto o creación de la mente del ser humano; (2) es necesario plasmarlo en un soporte físico para que se haga perceptible en el mundo exterior; y (3) generalmente puede ser disfrutado simultáneamente por una pluralidad de personas. Estos deben ser vistos como verdaderas creaciones del intelecto humano susceptibles de protección y que, están enmarcados dentro de regímenes de la propiedad intelectual. Como software podemos mencionar algunos ejemplos como los siguientes: (1) bases de datos y (2) productos multimedia.

Según Sol Beatriz Calle (2002) advierte que la mayoría de los países latinoamericanos, se decidió no modificar sus leyes internas sobre derechos de autor en lo atinente con el tema del software y bienes afines, pues entendió que, dentro de la definición de obras literarias protegidas por el derecho de

autor, podía enmarcarse el concepto de programa de ordenador (p.99). En nuestro país, el Art. 104 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en su numeral 12, respecto a las obras susceptibles de protección por derechos de autor, dispone que precisamente el software será un objeto de protección.

b) Los servicios informáticos

Son todos aquellos que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática y guarda una relación directa con ella, tales como: el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema. Es decir, abarcan todos aquellos servicios que se relacionan y sirven de apoyo a la informática, debiendo limitarse el mismo, por su amplitud, a aquellos servicios propios o auxiliares de la informática que tengan, por su propia naturaleza, una identidad particular unida al tratamiento automático de la información.

3.6.- Características del contrato informático.

- a) **Es un contrato atípico:** pues carece de regulación propia y no suelen estar regidos por una normativa legal especial (Téllez, 2008. p.142). Es decir, no poseen una regulación expresa o específica en la legislación común y, por lo tanto, se lo coloca dentro del esquema del Derecho Civil como un contrato atípico siéndoles aplicables las normas relativas a la Teoría General del Contrato. Ello determina la necesidad de acudir a las normas previstas en el Código Civil por ser la norma que regula con carácter general los contratos, sin dejar a un lado, a lo dispuesto en el Código de Comercio, cuando de la contratación informática en cuestión constituya un acto de comercio entre un proveedor y cliente, lo cual casi siempre sucede.

- b) **Es consensual:** normalmente la forma de celebración es por adhesión, con cláusulas pre-redactadas (Téllez, 2008. p.142). En el entorno virtual es casi omnipresente el uso de los contratos de adhesión, en la cual el usuario o consumidor de bien o servicio informático solamente tiene la posibilidad de aceptar o negar de plano un contrato informático.

El uso indiscriminado de contratos de adhesión, trae a su vez serios problemas relativos a su interpretación y aplicación: el referido empleo de terminología ajena a nuestro sistema jurídico, la reiteración de cláusulas abusivas (muy especialmente las relativas a limitación o exclusión de responsabilidad), que afectan al derecho al consumidor o usuarios o por acciones u omisiones que pueden llegar a viciar el contrato.

Esta situación se agudiza porque el proveedor se encuentra en una posición privilegiada respecto a que posee el conocimiento del estado de la técnica, de la calidad del producto, de la utilidad o aplicación concreta de un bien o de un servicio informático que constituye un elemento clave para la negociación de cualquier tecnología. La redacción de contratación informática significó una notoria diferencia respecto a sus homólogos clásicos o tradicionales, ya que para su constitución no solamente se requieren de un profesional con conocimientos jurídicos (abogado) sino que además se requerirán de otro tipo de profesionales con conocimientos en informática (técnicos informáticos o tecnológicos).

- c) **Es oneroso:** Así mismo, dichos contratos serán a título oneroso, debido a que cada una de las partes sufre un empobrecimiento, compensado por una ventaja. (Téllez, 2008. p.142)

- d) **Generalmente son de obligaciones de resultado:** las posiciones de los contratantes son opuestas respecto al perfeccionamiento del contrato. En algunos casos, el usuario parte de su intención de contratar un resultado, frente a la opinión del proveedor que oferta un funcionamiento en abstracto. Por lo tanto, la perfección del contrato y la garantía absoluta de un resultado, se complican a medida que la solicitud es más compleja. Silvia Marcela Ibarguren (2006) “en materia informática las obligaciones del proveedor son por regla general obligaciones de resultado, dado que la falta de concreción de determinados objetivos funcionales equivale en la práctica a la completa inutilidad del sistema, el que queda privado de valor” (p.28)

- e) **Son de tipo complejo:** es frecuente la existencia de contratos informáticos que envuelven una pluralidad de prestaciones concatenadas en diferentes esquemas negociables (venta, asistencia técnica, entrenamiento de personal, mantenimiento). A modo de ejemplo, la compra de un ordenador hardware en la cual traiga implícito el mantenimiento del sistema y la asistencia técnica para satisfacer las exigencias específicas del usuario, como programas de antivirus, actualización de software. En síntesis, los contratos informáticos no se presentan con esquemas puros o simples, sino que, comprenden a la vez, prestaciones de variada naturaleza, lo cual lo constituyen como un contrato complejo o mixto.

3.7.- Las partes contractuales del contrato informático.

El contrato informático implica un acuerdo de voluntades de dos o más partes con el objetivo de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica y cuyo objeto del contrato debe estar relacionada en todo o parte al proceso informático. En ese orden de ideas, las partes contractuales caen bajo la categoría general de proveedor y usuario; ambas partes deberán cumplir con sus respectivas obligaciones o en su caso, exigir los derechos derivados de relación contractual. Así pues, tenemos:

- a) **Los proveedores:** son los sujetos activos de la relación contractual y los encargados de proporcionar un producto o servicio informático. Sus principales obligaciones básicamente son: (1) salvaguardar interés del usurario, y proporcionar consejo de toda la información; (2) cumplir con los términos de entrega de producto; (3) garantizar sus producto y servicios; (4) actuar con buena fe y probidad; (4) recibir el pago por la prestación realizada. (Aguilar, 2017. p.132)
- b) **Los usuarios:** son los sujetos pasivos de la relación contractual y son aquellos quienes reciben la prestación de dar o hacer, por parte de los proveedores. Sus principales obligaciones y deberes básicamente son: (1) informarse adecuadamente; (2) determinar de manera precisa sus necesidades susceptibles de automatización y sus efectos y objetivos; (3) aceptar o recibir la prestación debida bajo los parámetros preestablecidos; (4) pagar el precio convenido; (5) respetar

los lineamientos de proveedor respecto al modo de empleo del material o los softwares, entre otros. (Aguilar, 2017. p.132)

3.8.- Clasificación del contrato informático.

Consideramos importante mencionar o citar, aunque sea de forma enunciativa, algunas clasificaciones de los contratos informáticos, conforme criterios propuestos por dos autores. Así pues, tenemos:

Pablo Aguilar (2017) propone una clasificación general de los contratos informáticos en función del negocio jurídico en: de compraventa; de arrendamiento; de arrendamiento con opción a compra (leasing); prestación de servicios electrónicos (p. 131).

Según Julio Téllez Valdez (2008) nos propone la siguiente clasificación de los contratos informáticos según los siguientes parámetros:

a) Por grupos:

- **Contratos referidos al hardware.** A la vez, lo sub-clasifican en: compraventa de hardware; arrendamientos de hardware; leasing de hardware; mantenimiento de hardware.
- **Contratos referidos al software.** A la vez, lo sub-clasifican en: licencia de uso de software; licencia de uso de código fuente; desarrollo de software; mantenimiento de software; escrow.
- **Contratos referidos a servicios informáticos.** A la vez, lo sub-clasifican en: formación y capacitación de usuarios; albergue de páginas web (hosting); de copia temporal (caching); motores de búsqueda de contenido y páginas web (linking); diseño de páginas web; publicidad en internet; consultoría; auditoría informática, de seguridad y calidad; instalación y actualización periódica de antivirus; certificación de transacciones electrónicas; teletrabajo.
- **Contratos relativos a base de datos.** A la vez, lo sub-clasifican en: compraventa de base de datos, suministro de información;

- **Contratos informáticos mixtos.** A la vez, lo sub-clasifican en: outsourcing; franquicia; llave en mano; gestión de redes; implantación de plan de seguridad; implementación y mantenimiento de Internet; firma digital

b) Relativos a Internet:

A la vez los sub-clasifica en: proveedor de acceso a Internet; operador de sistema en Internet; suministro de información; edición en Internet; renta de espacio en línea y servicios relacionados; publicidad en línea; renta en línea de espacio publicitario; desarrollo de productos multimedia en línea; estudios de mercado en línea; desarrollo y mantenimiento de una página web; investigación en línea; cabildeo y mercadotecnia en línea; participantes en un foro en línea; acceso a base de datos en línea (Aguilar, 2017. p. 153-154).

Hasta aquí llega el análisis de la contratación informática. En la última parte de la investigación, corresponde analizar concretamente al “contrato comercial de servicios electrónico”, conforme lo dispone el Art. 76 de Código de Comercio.

CAPITULO III

1.- EL CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

A lo largo de la presente investigación, hemos destacado la importancia del uso de las “plataformas electrónicas” o “plataformas en línea” para el desarrollo del comercio electrónico en la actualidad. Hemos señalado que estas se dividen en dos tipos: las tiendas virtuales y las marketplaces. Nos referimos a las tiendas virtuales cuando el proveedor ha “adquirido” una plataforma de comercio electrónico donde ofrece y vender allí sus productos y servicios. Nos referimos a las marketplaces cuando el proveedor se “afilia” a una plataforma de comercio electrónico que le pertenece a un tercero para ofrecer y vender allí sus productos y servicios vía internet.

Todo usuario quien pretenda usar o acceder a una plataforma de comercio electrónico, ya sea tienda virtual o marketplaces, deberá previamente registrarse y aceptar los “Términos o Condiciones de uso” impuestas por el dueño de las plataformas, caso contrario no podrá acceder al mismo. Es importante aclarar que nosotros no tomamos en cuenta para nuestro análisis los “Términos o Condiciones de uso” de las tiendas virtuales sino solamente nos enfocamos al caso de las marketplaces. Esto debido a que en el caso de las tiendas virtuales no surge mayores problemas respecto a la relación contractual entre: proveedor y cliente; plataforma – proveedor; y plataforma – cliente puesto que, el proveedor del producto o servicios será a la vez, el prestador de servicios electrónicos o dueño de la plataforma en línea. Por su parte, en el caso de las marketplaces si surge dificultades respecto a las relaciones contractuales entre: proveedor – cliente; plataformas – proveedor; y plataformas – cliente, ya que, en este caso, el proveedor del producto o servicio ha usado una plataforma que le pertenece a un tercero, surgiendo una relación contractual tripartita.

Por ello, hemos manifestado que cuando el acto de consumo se da a través del uso de una marketplace surge relación contractual “tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de compraventa de producto o servicios celebrado por el vendedor y comprador vía electrónica; y por otro lado, un contrato de prestación de servicios electrónicos celebrado

entre el dueño de la plataforma con sus usuarios registrados ya sea que, actúen en calidad de vendedores o compradores.

Podría decirse que los “Términos y Condiciones de uso” de las marketplace es el acuerdo de voluntades que vincula al dueño de la plataforma de comercio electrónico con todos sus usuarios registrados (proveedores o clientes). Observamos, que la celebración de este contrato lo hacemos de forma electrónica, al hacer clic y aceptar “Los Términos o Condiciones” generados en una página web o aplicación móvil.

Con este antecedente, podemos señalar que el legislador ecuatoriano consiente de que todos los usuarios quienes deseen utilizar o acceder a una marketplace, deberán aceptar los “Términos y condiciones de uso” impuestas por el dueño de dichas plataformas, incorpora en el ordenamiento jurídico un contrato sui generis denominado “contrato comercial de servicios electrónicos”, al cual se lo debe identificar precisamente con los “Términos o Condiciones de uso”, “T&C”, “Aviso legal”, “TERMS” o los denominados “contrato de acceso” según Matilde Cuenca Casas.

En el Ecuador, con entrada en vigencia del renovado Código de Comercio en el año 2019, los “Términos y Condiciones de uso” de las plataformas de comercio electrónico como Mercado libre, EBay o OLX, constituyen un contratos típicos, puesto que el legislador ha pre-determinado cuáles son sus características fundamentales, origen y ejecución en la ley positiva, aunque se trate de una regulación breve o parcial, que requiera ser completada en diferentes aspectos con las normas las normas generales sobre los contratos.

Se entiende incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, un tipo de contratación especial que difiere de la forma tradicional de celebrarlos y de ejecutarlos denominado “contrato comercial de servicios electrónico” y que el Art. 76 del Código de Comercio, lo describe de la siguiente manera:

Es el acuerdo de voluntades entre un prestador y un usuario para la habilitación de un sistema o plataforma electrónica que permita la realización de cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicio a ser provistos por el mismo proveedor o un tercero (Asamblea Nacional, 2019).

Obviamente las plataformas electrónicas a las que se refieren el Art. 76 ibídem, son exclusivamente a las plataformas de comercio electrónico y no otros tipos de

plataformas que existen en el entorno virtual. Nos referimos a plataformas como: Mercado Libre, EBay, OLX, Alibaba, Deremate, entre otras, no por nada, a este contrato sui generis dentro del Código de Comercio se lo ubica en el Libro II, de Personas e Instrumentos del Comercio; Título III del Comercio Electrónico.

Del análisis de los elementos constitutivos de tipo contractual según el Art. 76 ibídem, se señala que las plataformas electrónicas deben permitir realizar cualquier actividad, transacciones mercantiles, financieras o de servicios informáticos o electrónicos, todas ellas tendientes en hacer posible los actos de consumo a distancia. Al respecto se pueden hacer las siguientes precisiones:

- a) **Respecto a las transacciones mercantiles o comerciales:** las plataformas en línea dentro del ámbito de las transacciones comerciales electrónicas, permiten la liberación de tiempo y evitan el traslado físico de las personas para celebrar el contrato, siendo la oferta electrónica y su aceptación también. A través de la contratación electrónica es posible formalizar los actos de consumo.
- b) **Sobre las transacciones financieras:** generalmente las plataformas de comercio electrónico tienen terminales de pago en línea (tarjetas de débito, tarjetas de crédito, la billetera móvil y transacciones por internet – banca electrónica), y se caracterizan por la facilidad, flexibilidad y seguridad para realizar transacciones. Sin embargo, los usuarios deben conocer cuáles son las ventajas y desventajas de cada medio de pago y analizar qué opción le conviene usar.
- c) **En lo relacionado, a las transacciones de servicios electrónicos:** las plataformas en línea no solamente permiten que el “encuentro” entre clientes y proveedores, sino que brindan otra serie de servicios complementarios. Todos ellos, deberán estar enfocados en hacer posible el acto de consumo a distancia y vía internet.

Ahora bien, el legislador ecuatoriano en el momento de describir al tipo contractual del Art. 76 ibídem, señala que: es el acuerdo de voluntades entre un “**prestador**” y un “**usuario**” para la habilitación de un sistema o plataforma electrónica [...] a ser provistos por el “**mismo proveedor**” o “**un tercero**” (resaltado propio) lo cual podría llegar a confundir al intérprete. A nuestro entender, con el uso de los términos “prestador”,

“usuario”, “proveedor”, “tercero” el legislador ecuatoriano acertadamente describe lo que hemos planteado acerca de los tipos de plataformas de comercio electrónico: las tiendas virtuales y las marketplaces. Situación que puede ser explicada de la siguiente manera:

- a) Cuando el “proveedor” usa su propia plataforma de comercio electrónico (tienda virtual) para ofrecer y vender allí sus productos y servicios vía internet, se convierte a la vez, en un “prestador” de servicios electrónicos. Ya que la plataforma habilitada para realizar cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicio ha sido provista por el mismo proveedor (Art. 76 ibídem). Como hemos advertido, existe una relación directa entre proveedor y cliente, a través de una plataforma que le pertenece al mismo proveedor.

- b) Cuando el “proveedor” usa una plataforma de comercio electrónico que le pertenece a un tercero (marketplace) para ofrecer y vender allí sus productos y servicios vía internet, en este caso, el “proveedor” ya no se presenta, a la vez, como un “prestador” de servicios electrónicos. Ya que la plataforma habilitada para realizar cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicio ha sido provista por un tercero (Art. 76 ibídem). En este contexto, surge esa relación contractual tripartita: proveedor-cliente; plataforma-proveedor; plataforma-cliente.

Como hemos reseñado Matilde Cuenca Casas (2020) señala que al “contrato de acceso” o “Términos y Condiciones de uso” o el “contrato comercial de servicios electrónicos” es posible asimilarlo con el homólogo tradicional, el contrato de prestación de servicios. En ese sentido, dicha autora sostiene que la prestación del servicio será de carácter netamente técnico, con el cual el dueño de la plataforma pone a disposición de sus usuarios un software cuyas funcionalidades facilitan las transacciones comerciales dentro de una comunidad virtual, todo ello a cambio de una comisión a favor de la plataforma en línea. (Cuenca, 2020, p.331).

Pero Matilde Cuenca Casas, también señala que al “contrato de acceso” o “Términos y Condiciones de uso” o el “contrato comercial de servicios electrónicos” es posible asimilarlo con el homólogo tradicional, el contrato de mediación o corretaje. En ese sentido, dicha autora sostiene que los servicios prestados por las plataformas en línea cumplen con la misma función que el contrato de mediación, por cuanto facilita la

interacción de los usuarios, sin intervenir en el contrato principal, devengándose el derecho al cobro de la comisión cuando se perfeccione el contrato entre proveedor y cliente (Cuenca, 2020, p.332).

Del análisis del Art. 76 del Código de Comercio, se puede observar que el legislador ecuatoriano adopta la primera postura, propuesta por Matilde Cuenca Casas, asimilándolo el “contrato comercial de servicios electrónicos” con su homólogo tradicional, el contrato de prestación de servicios. En ese orden de ideas, las partes contractuales caen bajo la categoría general de “prestadores de servicios informáticos” y “usuario de servicios informáticos” y ambas partes deberán cumplir con sus respectivas obligaciones o en su caso, exigir los derechos derivados de dicha relación contractual. Nótese que este contrato *sui generis*, tiene por objeto de contrato: la prestación de un tipo de servicios electrónicos o informáticos enfocados en hacer posible los actos de consumo a distancia y por vía electrónica.

Nuestro ordenamiento jurídico casi nada dice acerca de la prestación de servicios electrónicos, al respecto solamente tenemos lo siguiente: En el Glosario de Términos de la LCEFEYMD, define a los servicios electrónicos como “toda actividad realizada a través de redes electrónicas de información” (Asamblea Nacional, 2002). El Art. 44 *ibidem* en donde se dispone que cualquier actividad, incluido los servicios electrónicos realizados a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rija, en todo lo que fuere aplicable. Por su parte, el Art. 75 del Código de Comercio dispone en lo referente a la prestación de servicios electrónicos que estos se regularán de acuerdo con lo dispuesto en la LCEFEYMD y demás leyes que regulan estas materias.

Para finalmente concluir corresponde recordar que nos hemos propuesto como objetivo de la presente investigación analizar el “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio desde un punto de vista dogmático para calificarlo como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico.

Por lo tanto, a lo largo de la presente investigación se ha podido corroborar que, en el entorno virtual, han surgido nuevos tipos de negocios y por ende, han surgido nuevas tipologías de contratos que se desarrollan exclusivamente en escenarios virtuales, como

precisamente sucede en el caso del uso de las plataformas de comercio electrónico y los denominados “Términos y Condiciones de uso”. A estos nuevos tipos de contratos, la doctrina los denominada genéricamente como “contratos informáticos” o “contratos web” como aquellos acuerdos de voluntades entre dos o más partes con el objetivo de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica y cuyo objeto del contrato está relacionado con bienes y/o servicio de carácter informático o al menos está relacionado al fenómeno informático.

Además, hemos advertido de que al “contrato comercial de servicios electrónicos del Art. 76 de Código de Comercio se lo debe identificar precisamente con los “Términos y Condiciones de uso” de las plataformas de comercio electrónico. En conclusión, a este contrato sui generis del ordenamiento jurídico ecuatoriano debe ser visto como especie o tipo un “contrato informático” de los múltiples que existen en el entorno virtual. Nos encontramos ante una forma de celebrar y ejecutar un contrato que difiere de la forma tradicional.

CONCLUSIONES

I

- Se conoce como “derecho informático” a los conceptos, instituciones, normas y principios que regulan los efectos jurídicos nacidos de la informática y del uso de las tecnologías de información y comunicación (Tics). Es decir, la rama del “derecho informático” surge a partir de los cambios producidos en la estructura social, cultural, económica, y por ende jurídica derivados del uso de las Tics, de la sociedad actual. Dentro de esta área del derecho se deben ubicar conceptos jurídicos como: el comercio electrónico, la contratación electrónica, contratación informática, prestación de servicios electrónicos, entre otros. En función del comercio electrónico algunos postulados del “derecho informático” han sido acogidos en la LCEFEYMD en el año 2012 (y su reglamento) y de forma muy reducida o parcial, por el Código de Comercio en el año 2019.
- El comercio electrónico es aquella actividad económica que permite el comercio de productos y servicios a partir del uso de las Tics (medios digitales, como páginas web, aplicaciones móviles y redes sociales). Las plataformas en línea constituyen la herramienta fundamental del comercio electrónico actual.
- Las tiendas virtuales y las marketplaces son tipos de plataformas de comercio electrónicos que vienen a modernizar, actualizar, dinamizar, viabilizar los actos de consumo a distancia y vía internet. Nos encontramos ante una “tienda virtual” cuando la plataforma en línea le pertenece al propio vendedor y ofrece allí sus productos y servicios. Por su parte, cuando el vendedor ha usado una plataforma en línea que pertenece a un tercero para ofrecer sus productos y/o servicios en la red, se las denomina “marketplaces”.
- Cuando el acto de consumo se realiza a través una marketplace surge una relación contractual “tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: un contrato de compra-venta celebrado electrónicamente entre proveedor-cliente; y un contrato de prestación de servicios electrónicos celebrado entre plataforma-proveedor y plataforma-cliente, cuando aceptamos los “Términos y Condiciones de uso” de las plataformas en línea. La

celebración de este contrato se da una forma electrónica, al momento de registrarse y acceder a una plataforma como de Mercado libre, EBay o Amazon.

II

La contratación electrónica y la contratación informática son dos conceptos jurídicos diferentes:

- Por un lado, estamos ante un contrato electrónico cuando los medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato. Se parte de la pretensión de sustituir el uso de los documentos en papel y firmas ológrafas por el uso de documentos electrónicos y firmas electrónicas y otras figuras jurídicas afines para el desenvolvimiento de relaciones negócias vía internet y a distancia. Nos referimos simplemente a una nueva forma legal de celebrar un contrato, dando validez jurídica al uso de mensajes de datos, firmas electrónicas, acuses de recibos, certificados de firma electrónica, para la formación del mismo.
- Por otro lado, la contratación informática guarda relación carácter informático del objeto del contrato. La doctrina señala que un “contrato informático” es todo aquel que tiene por objeto del contrato, un bien y/o servicio de carácter informático, diferenciándose así del resto de contratos. Es decir, es la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen obligaciones y que recaen sobre bienes y/o servicios informáticos.

III

- El “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 de Código Comercial es un contrato sui generis dentro el ordenamiento jurídico, con el cual, el legislador ecuatoriano pretende “habilitar” el uso de las plataformas de comercio electrónico. El objeto de este contrato, es la prestación de servicios electrónicos o informáticos de las plataformas electrónicas tendientes a hacer posible los actos de consumo a distancia y vía internet. Por ello dentro del Código de Comercio se lo ubica en el Libro II, de Personas e Instrumentos del Comercio; Título III del Comercio Electrónico.

- Al “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio se lo debe identificar con los “Términos y Condiciones de uso”, “Aviso legal”, “TyC”, “Legal” que posee cada plataforma de comercio electrónico.
- Doctrinariamente, todo aquel contrato que tienen por objeto del mismo, un bien y/o servicio informático se los denomina como “contratos informáticos”. Por lo tanto, al “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio se lo debe considerar o calificar como un contrato informático.

,

RECOMENDACIONES

I

- La LCEFEYMD fue redactada en el año 2002 y desde su publicación no ha sido revisada, es decir, no han existido reformas normativas importantes o sustanciales en dicha ley. Si bien en el año 2019, con la entrada en vigencia del Código de Comercio el legislador ecuatoriano incorporó nuevas normas en relación al comercio electrónico, sin embargo, dicha actualización normativa es insuficiente frente a los múltiples problemas jurídicos que nos plantea la realidad actual. Por ello, se recomienda establecer periodos fijos de revisión y reforma de las disposiciones de la LCEFEYMD así como de su reglamento, con el objetivo de contar con una legislación actualizada en la materia.
- Respecto al comercio electrónico se sugiere; crear instituciones públicas y privados; formación de jueces especializados; simplificar el uso de registros electrónicos; firmar convenios o tratados internacionales para fomentar el comercio electrónico; promover el desarrollo de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en las transacciones comerciales internacionales; entre otros.
- Respecto a las plataformas de comercio electrónico estimamos que es necesario que se establezca un concepto legal de las mismas, a fin de aclarar cuando actúa como una tienda virtual (plataformas unilateral o propia) o como una marketplace (plataformas multilateral o de terceros). Es decir, a fin de aclarar su naturaleza jurídica y el régimen de responsabilidad contractual.
- Respecto a la relación contractual tripartita que surge al realizar actos de consumo a través de marketplaces como Mercado libre, Ebay, OLX, es necesario realizar una intervención legislativa que aborde de manera específica la problemática que encierra la relación contractual; proveedor-cliente; plataforma-proveedor; y plataforma-cliente.

II

- Respecto a la figura jurídica del contrato electrónico podemos señalar que su regulación muy escasa y con grandes vacíos normativos. Por ello, se recomienda crear una normas más específicas entorno al tema en cuestión, por ejemplo respecto a las técnicas “click wrap” o “browser wrap” de manifestar el consentimiento; acuses de recibo; diferencia entre firma electrónica y firma digital, entre otras, lo que nos plantea la doctrina actual.
- Es necesario reconocer la importancia de la regulación de los contratos informáticos como fuente de derecho, ya que poseen características muy particulares que los diferencian de cualquier otro contrato actualmente regulado en nuestra ley civil. Nos referimos a nuevos tipos contractuales que difiere de la forma tradicional de celebrar y ejecutar contratos. Por ello, se sugiere establecer un concepto legal dentro de nuestro sistema jurídico.

III

- Al “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio es necesario calificarlo como un tipo de contrato informático. Nos referimos a un contrato sui generis dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano por lo que se recomienda tomar como base el derecho comparado y la doctrina para su respectivo análisis.
- Se insta identificar al “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio con los “Términos y Condiciones de uso”, “T&C”, “Legal”, “Aviso legal” que usan todas las plataformas de comercio electrónico.
- En general, se recomienda al jurista (abogados, jueces, estudiantes) continuar con los estudios sobre los temas planteados a lo largo de la presente investigación, puesto que en Ecuador no ha existido un avance normativo sobre la materia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, P. (2015). ¿Derecho informático o informática jurídica? *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información (RITI) de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*. (3), 22-27. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/323812152>
- Aguilar, P. (2017). Los contratos informáticos. *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información (RITI) de la Universidad Autónoma de Sinaloa* (5), 129-133. Disponible en: https://www.academia.edu/40261817/Los_contratos_inform%C3%A1ticos
- Bast, M. (2016). La firma electrónica en el Ecuador: Los estándares internacionales de firma electrónica y el principio de neutralidad tecnológica (Trabajo de Titulación de Título de Abogada) Universidad de las Américas (UDLA). Quito – Ecuador. Disponible en: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/5702/1/UDLA-EC-TAB-2016-44.pdf>
- Basantes, A. et al. (2016). *Comercio Electrónico*. Universidad Técnica del Norte (Ibarra – Ecuador). Disponible en: <http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/6793>
- Calle, B. (2002). Contratación informática: una visión crítica de la perspectiva española. *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín* (2). 91-112. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1301/1529>
- Cárdenas, O. (2016). Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con *bitcoins* en Colombia. *Revista Academia & Derecho de la Universidad Libre Seccional Cúcuta* (13), 265-308. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/310/247>
- Castro, J. (2015). Los portales de comercio electrónico. [Versión electrónica]. *esi.uclm.es* de la Universidad de Castilla-La Mancha: Escuela Superior de Informática de Ciudad Real. Acceso 07/10/2020. Disponible en: <https://www.esi.uclm.es /www/jjcastro/coe/emar ketplaces.html>
- Chicoma, D. (2020). ¿Tienda virtual o marketplace? Cómo vender en línea. [Versión electrónica] *esan.edu.pe*. Acceso 07/10/2020. Disponible en: <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2020/02/21/tienda-virtual-o-marketplace-como-vender-en-linea/>
- Código Civil [CC] 24 de junio 2005 (Ecuador).
- Código de Comercio [CCO] 29 de mayo 2019 (Ecuador).
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación [COESCI] 09 de diciembre 2016 (Ecuador)

- “Condiciones de Uso y Venta” de Amazon (Última actualización del 17 de marzo de 2014)
- Cuenca, M. (2020) *La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*. Cuadernos de Derecho Transnacional, (2). 283-348. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612/4024>
- Fernández, P (2010). Tipos y Clasificación de Contratos Electrónicos [Versión electrónica] <https://www.pablofb.com/> Acceso 07/10/2020. Disponible en: <https://www.pablofb.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/>
- Gonzales, E. (2017). Las obligaciones civiles y sus fuentes. *Revista Sur Academia de La Facultad Jurídica, Social y Administrativa* de la Universidad Nacional de Loja (7), 59-64. Disponible en: <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/view/479>
- Ibarguren, S. (2006) Contratos informáticos. *Cuadernos de la Facultad de Ingeniería e Informática de la UCS, Universidad de Buenos Aires* (1), p. 19-42. Disponible en: <https://www.ucasal.edu.ar/htm/ingenieria/cuadernos/archivos/1-p19-ibarguren.pdf>
- Jacir, L. (2012). *El marketing a través de Facebook y el comercio electrónico como ventaja competitiva para la PYME argentina*. (Posgrado en Dirección y Gestión de Marketing y Estrategia Competitiva). Universidad de Buenos Aires. Disponible en: http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/tpos/document/1502-0842_LyzLJ
- Larriva, F. (2006). *El derecho informático en la legislación ecuatoriana*. (Monografía). Universidad Andina Simón Bolívar y Universidad del Azuay – Ecuador. Disponible en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4144>
- Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónicas y Mensajes de datos [LCEFEYMD] 17 de abril 2002 (Ecuador).
- Mora, A (2017). *Especialidades de la contratación electrónica a través de plataforma de intermediarios en línea*. (Trabajo fin de grado) Universidad de la Rioja – España. Disponible en: <https://docplayer.es/92761699-Trabajo-fin-de-grado-especialidades-de-la-contratacion-electronica-a-traves-de-plataformas-de-intermediarios-en-linea.html>
- Monsalve, V. (2014). Análisis del contrato electrónico y la información pre y post contractual en Colombia a propósito de la legislación comunitaria y extranjera. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* (I), 17-48. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v18n35/v18n35a02.pdf>

- Nieto, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual. *Revista Foro Jurídico*, (15). 54 – 76. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/foro_juridico/article/view/19835
- Navarrete, M. (1999). *Contratos electrónicos*. Granada – España. Editorial: Derecho Civil Hoy. Disponible en: https://www.academia.edu/34353822/CONTRATOS_ELECTR%C3%93NICOS
- Polanco, H. (2017). *Derecho uniforme del comercio electrónico: La eficacia de las leyes modelo como elemento armonizador en la Comunidad Andina*. (Tesis doctoral en derecho). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito - Ecuador. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6063/1/TD097-DDE-Polanco-erecho.pdf>
- Ramos, L. (2013). *Los nuevos contratos electrónicos y sus efectos en la Teoría general de los contratos*. (Tesis de grado). Universidad de Costa Rica. Disponible en: <http://repositoriosiidca.csuca.org/Record/RepoKERWA16382/Details>
- Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónicas y Mensajes de datos [RLCE] 31 de diciembre 2002 (Ecuador).
- Resolución Administrativa No. BCEGG- 104 - 2019 del Banco Central del Ecuador
- Téllez, J. (2008). *Derecho Informático*. (Cuarta edición) México DF – México. Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://clauditha2017.files.wordpress.com/2017/09/derecho-informatico-cuarta-edicion-julio-tc3a9llez-valdc3a9z.pdf>
- Torres, A. (2010). Principios de la contratación electrónica. *Revista Principia Iuris* (13), 15-32. Disponible en: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/principios-contratacion-electronica-319544903>
- Vega, V. (2016) Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (32) 2-28. Disponible en: http://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11056/1/0213-988X_32_15.pdf

Anexos

Cuenca, 01 de julio del 2021

**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada por el estudiante **VILLA AYALA ESTEBAN FERNANDO** con número de cédula **0105116750**, titulado **"ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL "CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS" SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO UN CONTRATO INFORMÁTICO, EN LOS ACTOS DE CONSUMO REALIZADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO."**, indica un 2% de índice de similitud, 2% de fuentes de internet, 0% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

Actualmente, es común el uso de las plataformas de comercio electrónico como Mercado libre, Ebay, OLX para realizar actos de consumo a distancia y vía internet. Todos los usuarios que pretendan usar estas plataformas en línea obligatoriamente deberán registrarse y aceptar los "Términos y Condiciones de uso" que le impone el dueño de las plataformas.

En ese contexto, el legislador ecuatoriano ha incorporado en el ordenamiento jurídico el denominado "contrato comercial de servicios electrónicos" del Art. 76 del Código de Comercio, con el cual se pretende habilitar el uso de estas plataformas en línea. Por ello, la presente investigación analiza a este contrato *sui generis* de nuestro ordenamiento jurídico desde un punto de vista dogmático para calificarlo como un contrato informático. Doctrinariamente, todo contrato que tengan por objeto del mismo, un bien y/o servicio de carácter informático se lo reconocen como contratos informáticos.

PALABRAS CLAVE: COMERCIO ELECTRÓNICO, PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO, CONTRATO ELECTRÓNICO, CONTRATO INFORMÁTICO



CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

At present, it is common to use e-commerce platforms, such as Mercado Libre, eBay, and OLX to consume at a distance and via the Internet. All users who intend to utilize these online platforms must register and accept the "Terms and Conditions of Use" imposed by the owner of the platforms. In this context, the Ecuadorian legislator has incorporated in the legal system the so-called "commercial contract of electronic services" of Article 76 of the Code of Commerce, which is intended to enable the use of these online platforms. Therefore, this research analyzes this sui generis contract of our legal system from a dogmatic point of view to qualify it as a computer contract. Doctrinally, all contracts whose object is a good and/or service of an IT nature are recognized as IT contracts.



KEYWORDS: ELECTRONIC COMMERCE, ELECTRONIC COMMERCE PLATFORMS, ELECTRONIC CONTRACT, COMPUTER CONTRACT

Cuenca, 09 de abril de 2021

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



**Dr. Wladimir Quinche Orellana Msc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**



Cuenca, 02 de septiembre del 2021

Señor Doctor
Ernesto Robalino Peña
DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
Su despacho

De mis Consideraciones

CESAR PATRICIO PALACIOS VINTIMILLA docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante **VILLA AYALA ESTEBAN FERNANDO**, con número de cédula 0105116750, quien ha realizado su Trabajo de Titulación denominado "ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL "CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS" SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO UN CONTRATO INFORMÁTICO, EN LOS ACTOS DE CONSUMO REALIZADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO", debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:



**DR. CESAR PATRICIO PALACIOS VINTIMILLA, MGS.
DOCENTE TUTOR**



Esteban Fernando Villa Ayala portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0105116750. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación “Análisis dogmático del contrato comercial de servicios electrónicos según el Art. 76 del Código de Comercio como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico” de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 10 de septiembre de 2021

F:

Esteban Fernando Villa Ayala

C.I. 0105116750

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

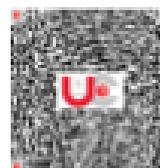
Que, **VILLA AYALA ESTEBAN FERNANDO C.C. 0105116750**, de la carrera de **DERECHO**, presento su diseño de Trabajo de Titulación con el Título **“ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL “CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS” SEGÚN EL ART. 76 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO UN CONTRATO INFORMÁTICO, EN LOS ACTOS DE CONSUMO REALIZADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO”**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **28 de diciembre de 2020**, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 09 de septiembre de 2021.

AB. XAVIER ÑIGUEZ VIVAR, MGS

Elaborado por:	Ing. Paola Campoverde, Mgs
Revisado por:	Ab. Xavier Ñiguez Vivar, Mgs
Autorizado por:	Ab. Xavier Ñiguez Vivar, Mgs



AB. XAVIER ÑIGUEZ VIVAR
Documento certificado
digitalmente por Emergencia
Sanitaria en Ecuador por
COVID-19
Cuenca - Ecuador
2021-09-09 18:58:05:00



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.**

TÍTULO:

Análisis dogmático del "contrato comercial de servicios electrónicos" según el Art. 76 del Código de Comercio como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico.

AUTORES:

ESTEBAN FERNANDO VILLA AYALA

TUTOR:

DR. CÉSAR PATRICIO PALACIOS VINTIMILLA

ECUADOR

2020

1) TEMA:

La prestación de servicios electrónicos, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico.

2) TÍTULO DEL PROYECTO:

Análisis dogmático del "contrato comercial de servicios electrónicos" según el Art. 76 del Código de Comercio como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico.

3) MARCO CONTEXTUAL.

Hoy en día, la mayoría de los actos de consumo se realizan a través de las denominadas plataformas de comercio electrónico piénsese: Mercado libre, Amazon, OLX, Alibaba, Facebook. Dichas plataformas constituyen un nuevo modelo de negocio que se desarrolla en un entorno virtual que en los últimos años ha ganado preferencia de uso entre los comerciantes y consumidores, siendo capaz de producir grandes réditos económicos a escala mundial.

Han sido tecnológicamente diseñadas para hacer posible, el acto de consumo a distancia, ya que con su intervención es posible celebrar contratos electrónicos, tener perfil comercial, historial de compras, publicidad, medios de pago electrónico, entre otros. Además ofrece a sus usuarios otros tipos servicios complementarios como: el transporte de mercadería entre países y formas de mediación en caso de pleitos o reclamos. Por lo tanto, aumentan o mejoran la eficiencia y la competitividad de la industria, en un entorno virtual.

A las plataformas de comercio electrónico se puede denominar "tienda virtual" cuando dicha plataforma le pertenece al propio vendedor y ofrece allí sus productos y servicios, generalmente se asocian al comercio electrónico de tipo B2C (*business to consumers*). Por su parte, cuando vendedor y comprador han usado una plataforma que pertenece a un tercero para hacer posible la venta a distancia, se la puede denominar *marketplaces*. Estas generalmente se asocian con el comercio electrónico de tipo C2C (*consumers to consumers*). Es necesario aclarar que algunas pueden ser a la vez, una tienda virtual y un marketplace, por ejemplo en el caso de Amazon, pero no el caso de Mercado libre, que solamente sería una marketplace.

Es de nuestro interés, cuando el acto de consumo se realiza a través de plataformas de comercio electrónico que le pertenecen a un tercero, (*marketplaces*), ya que en este caso, tanto comprador como vendedor deberán celebrar individualmente un contrato con un tercero. Por ello, se dice que estamos ante relación contractual

“tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de compraventa de producto o servicios celebrado por el vendedor y comprador vía electrónica; y por otro lado, un contrato de prestación de servicios electrónicos celebrado individualmente entre ambas partes (tanto comprador como vendedor) con la plataforma.

Bajo ese marco, si bien la relación jurídica principal se da entre el vendedor y el comprador, no se puede desconocer la intervención de este tercero, que generalmente son empresas con gran prestigio a nivel internacional, quienes ponen a disposición de sus usuarios, una plataforma que permite la comercialización de productos y servicios a distancia y vía internet. Obviamente, todo ello con un fin lucrativo, ya que, dado el caso que el vendedor logró efectuar su venta a distancia usando una marketplace, dicha plataforma cobrará al vendedor una comisión por su intervención, situación que no sucede con las tiendas virtuales.

En síntesis para llevar a cabo el negocio principal o acto de consumo a través de una marketplace se requiere de la celebración de tres contratos:

- **Entre comprador y vendedor;** un contrato de compraventa de productos y servicios vía internet. (relación jurídica principal). Nos referimos a la celebración de un contrato electrónico de compraventa entre proveedor y cliente.
- **Entre la plataforma y vendedor;** un contrato de prestación de servicios electrónicos (relación jurídica secundaria). La celebración de este contrato generalmente lo hacemos electrónicamente, el momento de registrarnos en la plataformas en línea y aceptamos a través de un clic “Los Términos o Condiciones” o “Aviso legal”, “T&C”, “Legal”, generados en una página web.
- **Entre plataforma y comprador;** de igual manera que la anterior.

El legislador ecuatoriano, a través del Art. 45 de Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Mensajes de datos (a partir de ahora LCEFEYMD) y del Art. 76 del Código de Comercio, en cierto modo, ha normado los actos de consumo a través de plataformas de comercio electrónico, ya que reconoce dos tipos de contratos: el contrato electrónico y el denominado “contrato comercial de servicios electrónicos”. Este último es de nuestro interés de estudio, ya que nos referimos a un contrato *sui generis* en nuestro ordenamiento jurídico. A los contratos que tienen por objeto bienes y/o servicios de carácter informático, la doctrina los ha denominado genéricamente como “contratos informáticos”. Se entiende incorporado en nuestro ordenamiento jurídico un tipo de contratación especial que difiere de la forma tradicional, razón por la cual, nos hemos propuesto realizar un estudio en sede teórica del “contrato comercial de servicios electrónicos” para calificarlo como un tipo de contrato informático.

4) **PROBLEMA**

¿Puede el contrato comercial de servicios electrónico del Art. 76 del Código de Comercio ser considerado como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico?

5) OBJETO DE ESTUDIO:

La naturaleza jurídica del “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 de Código de Comercio y su aceptación como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico, mediante un análisis dogmático - jurídico.

6) CAMPO DE ACCIÓN:

El presente trabajo de titulación tiene la siguiente normativa como campo de acción:

- Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónicas y Mensajes de datos o LCEFEYMD y su respectivo reglamento.
- Reglamento para acreditación de servicios de comercio electrónico.
- Código de Comercio.
- Código Civil.
- Ley Orgánica de Defensa al Consumidor y su reglamento.
- Constitución de la República del Ecuador.

7) LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE LA CARRERA:

Derecho Procesal.

8) OBJETIVO GENERAL

Analizar el “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio desde un punto de vista dogmático para calificarlo como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico.

9) OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Describir al comercio electrónico y el uso de plataformas de comercio electrónico.
- b) Diferenciar a la contratación informática de la contratación electrónica.
- c) Determinar que el “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 del Código de Comercio es un tipo de contrato informático.

10) TIPO DE INVESTIGACIÓN

El enfoque de la presente investigación será de tipo cualitativo ya que el análisis dogmático - jurídico del “contrato comercial de servicios electrónicos” según Art. 76 de Código de Comercio como un “contrato informático” exige la revisión documental y bibliografía artículos científicos, leyes, libros electrónicos, informático en línea, acerca de tema en cuestión. El tipo de investigación será de tipo descriptivo – explicativa que requiere llevar a cabo una descripción acerca de intervención de las plataformas de comercio electrónico en los actos de consumo a distancia y vía internet. Además requiere de un análisis de la denominada “contratación informática” como aquella que tiene por objeto del mismo, un bien y / o servicio de carácter informático o electrónico. A partir de allí, podemos establecer una relación causa - efecto, y considerar al “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 de Código de Comercio como un tipo de contrato informático.

11) MARCO TEÓRICO:

Comercio Electrónico

El comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales. Es decir, incluye todas las negociaciones previas o posteriores que directamente están relacionados con la compraventa a distancia (ofertas contractuales, contra ofertas, pago electrónico). Si bien el comercio electrónico tiene como base a la contratación electrónica y se interrelacionan entre sí, sin embargo, se tratan de dos conceptos totalmente distintos.

Moreno Navarrete (1999) aclara este escenario manifestado lo siguiente: “el término comercio electrónico, en su significado original, era sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías de la World Wide Web” (p. 8). Por lo tanto, el comercio electrónico es un concepto mucho más amplio que involucra tanto la compraventa productos o servicios por internet, como el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector de mercado, o la de similares características realizadas por medios electrónicos (Polanco, 2017, p.133).

El vigente Código de Comercio en el Art. 75 la define como “toda transacción comercial de bienes o servicios digitales o no, realizada en parte o en su totalidad a través de sistemas de información o medios electrónicos, considerando los tipos de relaciones existentes”. Por su parte, Andrea Basantes y *et al.* (2016) al respecto de las actividades que están inmersas dentro del comercio electrónico señala las siguientes:

Comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea (online-sourcing),

contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa (p.19-20).

De la clasificación del comercio electrónico

1) Según la ejecución de comercio electrónico: directo o indirecto.

c) Directo:

Según Polanco (2017) el comercio electrónico directo “se conforma por contratos que permiten su ejecución a través de medios electrónicos, sin la necesidad de realizar actos complementarios por la partes” (p.143). Es decir, cuando el objeto del contrato electrónico es un bien intangible (formato digital) y permite la ejecución del contrato a través del mismo medio electrónico, por el cual fue celebrado. Piénsese en: videojuegos, asesorías, consultoría, cursos académicos, fotografías, videos, música, *software* (programas computador), entre otros.

d) Indirecto:

Según Polanco (2017), en el comercio electrónico indirecto “se celebran contratos que no permiten su ejecución a través de medios electrónicos siendo necesario la realización de actos complementarios por las partes contratantes” (p.143). Nos referimos al caso de adquirir un bien tangible por vías electrónicas, debido a la naturaleza del objeto, obviamente requiere de la entrega material del mismo al comprador, para que el contrato quede perfeccionado. Es decir, los medios electrónicos se limitan a ser, meros instrumentos de comunicación entre las partes contractuales.

2) Según intervinientes de la actividad comercial: *b2b*, *b2g*, *b2c*, *c2c*.

d) B2B (*business to business*):

Consiste en que una empresa ofrezca sus servicios a otra, esta es la relación comercial más antigua de comercio electrónico puesto que sus intervinientes contaban con los recursos económicos necesarios para acceder a estos instrumentos tecnológicos. Los sectores de la economía como: el financiero, industrial, comercial, médico y administrativo, están relacionados con este tipo de comercio desde sus inicios y son los pioneros del desarrollo del comercio electrónico a nivel mundial. Obviamente este tipo de relaciones tenían como fin hacer sus relaciones negociables más ágiles y menos costosas sus transacciones. (Polanco, 2017, p. 144).

e) B2C (*business to consumers*):

Hacen referencia a la relación comercial entre empresas y particulares, por ello responde a las siglas B2C. Al respecto Polanco (2017) señala lo siguiente: “se suele identificar las relaciones de consumo con la adquisición de bienes o servicios para la satisfacción de

necesidades personales, diferenciándola de las profesionales” (p.144). Piénsese el caso de: amazon.com, netflix.com, spotify.com (todos los servicios vía *streaming*).

f) C2C (*consumer to consumer*):

Nos referimos generalmente a la relación comercial entre particulares, de consumidor a consumidor por ello responde a las siglas C2C. Al respecto Polanco (2017) señala lo siguiente:

Las relaciones inmediatas entre consumidor son posibles por el desarrollo de las plataformas tecnológicas que permite aglutinar a un número importante de individuos en torno a elementos comunes [...] Estas complejas formas de agrupación se conocen como comunidades virtuales, muestra de ello son: ebay.com, deremate.com y mercadolibre.com (p.145).

3) Según alcance de efectos de la actividad comercial: nacional e internacional

c) Nacional:

Básicamente es el que “se desarrolla dentro de las fronteras de un estado específico” (Polanco, 2017, p.146). Por esta razón, la relación jurídica se regula conforme a las normas del derecho interno del estado. En nuestro caso, el derecho aplicable será Derecho Civil, Ley Organiza de Defensa al Consumidor, Constitución de la República del Ecuador, COGEP entre otros.

d) Internacional.

Nos referimos al comercio electrónico transfronterizo, en donde las operaciones comerciales estarán acompañadas de elementos extranjeros, como cuando las partes se encuentran en diferentes países, en este caso, el derecho aplicable y la jurisdicción competente no están claramente definidos. (Polanco, 2017, p.146).

Plataformas de comercio electrónico

Plataformas en línea de comercio electrónico pueden definirse como un sistema informático o *software* complejo creado específicamente para la comercialización de productos y servicios en la red. Son desarrolladas por compañías cuyo negocio radica en poner a disposición de sus clientes (en sus roles de compradores y vendedores) la infraestructura tecnológica y los servicios necesarios para poder comprar y vender todo tipo de productos y servicios vía internet. Se los conoce también como “portales web”, “aplicaciones móviles” o “plataformas en línea”.

Nos referimos a verdaderos "**centros comerciales virtuales**" que sirve para facilitar los actos de consumo en internet al punto de que es posible concretarlos con solo pulsar o dar clic sobre un botón “comprar” en el portal web o aplicación móvil (app) sin que las personas tengan que trasladarse físicamente a la tienda para efectuar la compraventa, sino

que desde la comodidad de su hogar y mediante el uso de sistemas informáticos (ordenadores, tabletas y celulares inteligentes) puedan adquirirlos electrónicamente.

Es necesario establecer la diferencia entre las plataformas de comercio electrónicos de propios y de terceros. Para ello, nos remitimos a la clasificación según los preceptos de Aitor Mora quien señala dos tipos de “plataformas intermediarias” de comercio electrónico, atendiendo a la interacción entre usuarios:

- **Plataformas unilaterales (*one-side platforms*)** son aquellas que se presenta directamente como proveedor ante el cliente. Es decir, el proveedor de producto o servicios usará su propia plataforma en línea para ofrecer y comercializar allí sus productos en internet (Mora, 2017, p.9).
- **Plataformas multilaterales (*multi-side platforms*)** denominadas también “plataforma intermediarias” como aquellas que sirven específicamente como medio para poner contacto al proveedor con el cliente (Mora, 2017, p.9).

A partir de esta distinción entre plataformas unilaterales y multilaterales propuesta por Aitor Mora es posible diferenciar a “tiendas virtuales” y las “*marketplaces*”. El denominador común de todas ellas es que permiten la interacción *online* entre usuarios mediante internet, ofertándose todo tipo de bienes y servicios.

Respecto a las plataformas multilaterales (*multi-side platforms*) o *marketplaces* que son de nuestro interés de estudio, existen algunos doctrinarios aseguran que existen dos tipos de las plataformas multilaterales o plataformas intermediarias: (1) las propiamente dichas, es decir la cuales ponen en contacto a proveedores con cliente y cobran una comisión por este servicio y (2) las revendedores o quienes buscan y agrupan clientes y proveedores manteniéndolos por separados durante el negocio jurídico, compran el producto a los proveedores a un precio bajo y lo revenden a los clientes a un precio superior al adquirido, quedándose con la diferencia. En este último caso, realmente nos enfrentaríamos a una plataforma unilateral ya que se ofrecen bienes, contenidos o servicios que le pertenecen al dueño de la plataforma, pues lo han adquirido con anterioridad. Dicho esto, solamente habrá un único tipo de plataformas de intermediarios, las plataformas multilaterales propiamente dichas (Mora, 2017, p.10).

Podemos definir a un marketplace online como una plataforma digital, con versiones en páginas web y aplicaciones móviles, donde varios vendedores y distribuidores ofrecen productos en vía internet a cambio de unas tarifas o comisiones a favor del marketplace. Al respecto, Matilde Cuenca Casas (2020) señala:

las plataformas ponen en contacto a dos grupos de usuario; clientes y proveedores de bienes y servicios, proporcionado una infraestructura tecnológica que permite la contratación [...] Características de la actividad

de las plataformas es la obtención de una comisión por parte de uno de los grupos de usuarios o por ambos (p.328).

Es decir, el uso de una marketplace implica que todos los usuarios, ya sea que actúen en calidad de vendedores y compradores deberán “afiliarse” a una plataforma de comercio electrónico, que le pertenece a un tercero, y así lograr efectuar una venta a distancia. Dada su intervención se constituye en un intermediario entre comprador y vendedor, quien tendrá la capacidad dar testimonio de los datos y fechas en relación a la información transmitida (tercero de confianza) entre las partes, protegiendo sus derechos y además tendrán responsabilidad respecto a la protección de datos personales de sus usuarios.

En ese marco, estamos ante relación contractual “tripartita o triangular” debido a la coexistencia y/o codependencia entre dos tipos de contratos: por un lado, un contrato de compraventa de producto o servicios celebrado por el vendedor y comprador vía electrónica; y por otro lado, un contrato de prestación de servicios electrónicos celebrado individualmente entre ambas partes (tanto comprador como vendedor) con la plataforma, que les permite el acceso a la misma y a los servicios que allí se ofrece. Matilde Cuenca Casas (2020) señala lo siguiente:

Las plataformas intermediarias en línea constituyen un mercado multilateral lo que significa que permite que el lado de la oferta (los proveedores) satisfaga el lado de la demanda (los clientes), creando una estructura triangular que se basa en las relaciones entre: (1) plataformas y el proveedor (2) plataforma y consumidor y (3) proveedor y cliente. Desde un punto de vista jurídico, esta estructura triangular es el aspecto fundamental de las plataformas y lo que más problemas plantea (p.295).

Contrato electrónico.

El advenimiento de la contratación electrónica se debe a la aparición y desarrollo de los sistemas informáticos o del desarrollo de las TICs, pues gracias a ellas las partes pueden contratar fácilmente desde los lugares lejanos del planeta logrando, de esta manera, unir al mundo en segundos. El contrato electrónico es la columna vertebral que sustenta el comercio electrónico y es la herramienta fundamental a través de la cual es posible formalizar los actos de consumo a distancia. Al respecto de la importancia del contrato electrónico señala Yanine Niño (2017) lo siguiente:

La importancia de estos contratos radica en que son los más utilizados en internet y en la proliferación del comercio electrónico, ya sea que estos tengan la finalidad de crear transacciones con bienes tangibles o intangibles, que se entreguen por canales tradicionales o para hacer uso virtual de ellos (p.11).

El concepto de contrato electrónico está vinculado al medio tecnológico que se emplea en la formación del contrato. Por lo tanto, lo que se regula es la forma en cómo se realiza el contrato, ya sea, mediante el uso de mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos, acuses de recibo, certificados de firmas electrónicas, entre otros. Al respecto señala Liliana Ramos (2013) señala lo siguiente: “los contratos electrónicos no son un tipo de contrato especial ni son contratos referidos a bienes o servicios tecnológicos, es el contrato tradicional celebrado a través de medios electrónicos”. En ese sentido, cualquier contrato típico o ya regulado (salvo ciertos casos) podrá ser realizado a través de medios electrónicos.

Acerca de la definición del contrato electrónico podemos encontrar ante una definición genérica y estricta del contrato electrónico. La primera señala que los contratos electrónicos son aquellos en donde las partes utilizan medios de comunicación electrónicos para su conformación. Esta definición es criticada debido a que posee un campo de acción o aplicación muy amplio, en el cual se incluyen todos instrumentos tecnológicos en general, como teléfono, telégrafo, telefax, fax. La segunda definición en sentido estricto, solamente hace referencia a que un contrato electrónico será aquel que ha sido realiza por medios electrónicos de carácter netamente telemático, en donde existen ordenadores interconectados a internet y transmisión de información digitalizada, excluyéndose a otros instrumentos electrónicos. (Polanco, 2017, p.132).

Dicho esto, un contrato de compraventa de productos y servicios realizados vía internet conserva su naturaleza jurídica de ser un vínculo mediante el cual se pacta la prestación de dar o transferir el dominio de un determinado derecho real a cambio de un precio. Es decir, una persona denominada vendedor se obliga a dar una cosa a otra persona denominada comprador quien se obliga a pagarla en dinero, solamente que ahora, la formación del contrato se realizará mediante el uso de equipos tecnológicos con conexión a internet (ordenador, tabletas, celular inteligente), así como del intercambio de mensajes de datos (información digitalizada) y transacciones económicas electrónicas, como el dinero electrónico o tarjetas de crédito. Al respecto de la validez de los contratos electrónicos el Art. 45 de la LCEFEYMD señala lo siguiente: “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”.

La diferencia entre la contratación electrónica y la contratación informática, radica en que el primero se vincula a la forma en la cual se manifiesta el consentimiento, a través de sistemas informáticos (ordenadores, tabletas electrónicas, celular inteligente), dando validez jurídica al uso de mensajes de datos, firmas electrónicas, acuses de recibos, certificados de firma electrónica, para la formación del mismo. Por su parte, la contratación informática se vincula con el objeto del contrato el cual debe tener una naturaleza informática para que sea calificado como tal, diferenciándose así del resto de contratos.

Contrato informático.

El contrato informático debe ser entendido como esa figura jurídica que nace como consecuencia del desarrollo tecnológico, del internet y de los sistemas computarizados conformados por el *hardware* y *software*. Es decir, producto del desarrollo informático y tecnológico han surgido nuevas figuras dentro del derecho, provenientes del entorno virtual, las cuales cuentan con características particulares, muchas de las cuales no permiten encuadrarlas dentro de las figuras tipificadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Juan Pablo Aguilar (2017) define el contrato informático como “un acuerdo de voluntades que establece relaciones jurídicas entre las partes, que tiene por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones derivados de los bienes y servicios informáticos” (p.130). En otras palabras, un contrato informático constituye el acuerdo de voluntades de dos o más personas que convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, en el cual el objeto de la prestación está relacionada con elementos propios de los sistemas de información automatizados, proporcionar *hardware* o *software* o cualquier actividad relacionada con los insumos informáticos

La mayoría de la doctrina que tenemos hasta la actualidad, sostiene que el contrato informático abarca en él, todo fenómeno que tenga que ver o esté relacionado con la informática. Es decir señala que no importa que el objeto del contrato se trate de un bien inmaterial o lógico (software) o bien material o físico (hardware), sin olvidar los servicios informáticos, lo importante es que estén relacionado con el fenómeno informático. Al respecto, Carlos Alberto Soto (2002) siguiendo a Altmark los define como” los procesos negociales que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada” (p.70). Por lo tanto, el objeto de un contrato informático podrían ser los siguientes:

- **Bienes informáticos.** Nos referimos tanto a los elementos materiales o físico como los elementos inmateriales o lógicos del bien informático. Al primero se lo reconoce como *hardware* ya sea que se trate de la unidad central de procesamiento, periféricos o complementos de un sistema informático. Al segundo se lo reconoce como *software* y son aquellos programas informáticos los cuales proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información.

El *software* como un bien intangible presenta peculiaridades que lo diferencian de los bienes tangibles, sin embargo, en ambos casos puede ser susceptibles de comercio, así como de aprehensión, pérdida o robo y poseen las siguientes características: (1) son fruto o creación de la mente del ser humano; (2) es necesario plasmarlo en un soporte físico para que se haga perceptible en el mundo exterior; y (3) generalmente puede ser disfrutado simultáneamente por una pluralidad de persona.

- **Servicios informáticos:** respecto a aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento de la actividad informática (servicios de mantenimiento de equipos y programas, instrucción para el uso de programas, actualización de información, limpieza de virus, entre otros). Es decir, “abarcan todos aquellos servicios que se estén directa o indirectamente relacionados con los bienes informático” (Soto, 2004, p.73), debiendo limitarse el mismo, por su amplitud, a aquellos servicios propios o auxiliares de la informática que tengan, por su propia naturaleza, una identidad particular unida al tratamiento automático de la información. Al respecto el Glosario de términos de LCEFEYMD define a los servicios electrónicos “como toda actividad realizada a través de redes electrónicas de información”.

Dicho esto, es necesario mencionar que las características particulares e innatas de los bienes o servicios informáticos hacen que los mismos estén sujetos a una serie de normas que los protegen. Sin embargo, definir un régimen jurídico, no es una tarea fácil, ya que son bienes o servicios especiales que no encuadran verdaderamente en ninguna de las figuras típicas o nominadas que conocemos o que están reguladas en nuestro vigente Código Civil, ni tampoco en la LCEFEYMD, ni sus afines. Bajo ese contexto, son todos ellos bienes extraños a nuestro derecho privado y pueden ser entendidas como verdaderas creaciones del intelecto humano susceptibles de protección. Al respecto de lo mencionado, Sol Beatriz Calle (2002) siguiendo a Davara señala lo siguiente:

Los contratos informáticos, hoy en día, carecen de jurisprudencia y carecen de costumbre. La doctrina se mueve en un estado de total anarquía, caracterizada por la incertidumbre del hombre medio frente al problema informático, con la consecuencia, para los sistemas jurídicos, de la falta de seguridad y la falta de certeza (p.96)

12) HIPÓTESIS.

El contrato comercial de servicios electrónicos puede ser considerado como un contrato informático, en los actos de consumo realizados a través de plataformas de comercio electrónico.

13) MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.

- a) Para la fundamentación teórica y el diagnóstico de la situación será necesario el uso del **método analítico – sintético** con el cual es posible recoger, estructurar y sintetizar información. A través de este método será posible describir cómo se dan los actos de consumo a través de plataforma de comercio electrónico y establecer la diferencia entre la contratación electrónica y la contratación informática.
- b) Para la propuesta será necesario el uso del **método deductivo – inductivo** mediante el cual es posible organizar hechos conocidos y extraer conclusiones,

lo cual se logra mediante una serie de enunciados que reciben el nombre de silogismos. Si partimos de que los contratos informáticos son todos aquellos que tienen por objeto un bien y/o servicio informático y de tomar en consideración que el objeto del “contrato comercial de servicios electrónicos” del Art. 76 de Código de Comercio tiene una naturaleza informática, podemos deducir que, dicho contrato puede ser calificado como un tipo de contrato informático. Por lo tanto, se entiende incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, una nueva figura contractual que difiere de la forma tradicional de contratación.

14) POBLACIÓN Y LA MUESTRA.

La presente investigación no requiere de este lineamiento, al tratarse de una investigación de carácter cualitativo.

15) CRONOGRAMA DE TAREAS.

ACTIVIDAD/MESES	M1	M2	M3	M4	M5	M6	M7	M8	M9	M10	M11	M12
Elaboración y aprobación del proyecto	X											
Recopilación de bibliografía		X										
Recolección de información y elaboración del primer capítulo			X									
Recolección de información y elaboración del segundo capítulo				X								
Recolección de información y elaboración del tercer capítulo					X	X						
Recolección de información y elaboración del cuarto capítulo							X	X				
Recolección de información y elaboración del quinto capítulo									X	X		
Presentación de la totalidad del trabajo de investigación											X	
Defensa												X

16) FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

- Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónicas y Mensajes de datos o LCEFEYMD.
- Código de Comercio.
- Código Civil.
- Navarrete, M. (1999). *Contratos electrónicos*. Granada – España. Editorial: Derecho Civil Hoy. Disponible en: https://www.academia.edu/34353822/CONTRATOS_ELECTR%C3%93NICOS

- Téllez, J. (2008). *Derecho Informático*. (Cuarta edición) México DF – México. Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://clauditha2017.files.wordpress.com/2017/09/derecho-informatico-cuarta-edicion-julio-tc3a9llez-valdc3a9z.pdf>
- Cortés R. (2005). *El Code Napoléon, la Teoría general del contrato y el contrato informático*. Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Mexico DF – México. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4592/15.pdf>
- Polanco, H. (2017). *Derecho uniforme del comercio electrónico: La eficacia de las leyes modelo como elemento armonizador en la Comunidad Andina*. (Tesis doctoral en derecho). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito - Ecuador. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6063/1/TD097-DDE-Polanco-Derecho.pdf>
- Aguilar, P. (2017). Los contratos informáticos. *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información (RITI) de la Universidad Autónoma de Sinaloa* (5), 129-133. Disponible en: https://www.academia.edu/40261817/Los_contratos_inform%C3%A1ticos
- Virginia, V. (2016) Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (32) 2-28. Disponible en: http://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11056/1/0213-988X_32_15.pdf
- Larriva, F. (2006). *El derecho informático en la legislación ecuatoriana*. (Monografía). Universidad Andina Simón Bolívar y Universidad del Azuay – Ecuador. Disponible en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4144>
- Aguilar, P. (2015). ¿Derecho informático o informática jurídica? *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información (RITI) de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*. (3), 22-27. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/323812152>
- Del Peso, E. (1995). Contratos informáticos. Análisis jurídico desde una perspectiva informática *Revista Actualidad Informática Aranzadi*. (14). Disponible en: <http://www.onnet.es/06062001.htm>
- Ibarguren, S. (2006) Contratos informáticos. *Cuadernos de la Facultad de Ingeniería e Informática de la UCS, Universidad de Buenos Aires* (1), p. 19-42. Disponible en: <https://www.ucasal.edu.ar/hfm/ingenieria/cuadernos/archivos/1-p19-ibarguren.pdf>
- Jacir, L. (2012). *El marketing a través de Facebook y el comercio electrónico como ventaja competitiva para la PYME argentina*. (Posgrado en Dirección y Gestión de Marketing y Estrategia Competitiva). Universidad de Buenos Aires. Disponible en: http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/tpos/document/1502-0842_LyzLJ
- Ramos, L. (2013). *Los nuevos contratos electrónicos y sus efectos en la Teoría general de los contratos*. (Tesis de grado). Universidad de Costa Rica. Disponible en: <http://repositoriosiidca.csuca.org/Record/RepoKERWA16382/Details>
- Soto C. (2002). La contratación electrónica: los supuestos «contratos informáticos» y los contratos celebrados a través de medios electrónicos. *Revista de Derecho Pontificia*

Universidad Católica del Perú. (55), 181-221. Disponible en:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6539>

- Torres, A. (2010). Principios de la contratación electrónica. *Revista Principia Iuris* (13), 15-32. Disponible en: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/principios-contratacion-electronica-319544903>
- Rodríguez, E. (1998). Contratación Informática. *Revista iberoamericana de derecho informático.* (19) p.345-446. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=248226>
- Niño, Y. (2017). *Wrap contracts: Manifestación de la voluntad por medios electrónicos* (Tesis de Grado) Universidad Santo Tomás, Bogotá – Colombia. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4848/Ni%C3%B1oYanine2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Calle, B. (2002). Contratación informática: una visión crítica de la perspectiva española. *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín* (2). 91-112. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1301/1529>
- Nieto, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual. *Revista Foro Jurídico*, (15). 54 – 76. Disponible:
http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/foro_juridico/article/view/19835
- Cuenca, M. (2020) *La contratación a través de plataformas intermediarias en línea.* Cuadernos de Derecho Transnacional, (2). 283-348. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612/4024>
- Basantes, A. Gallegos, M, et al. (2016). *Comercio Electrónico.* Universidad Técnica del Norte (Ibarra – Ecuador). Disponible en: <http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/6793>

Esteban Fernando Villa Ayala
INVESTIGADOR

Dr. César Patricio Palacios Vintimilla
TUTOR

Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.

TUTOR RESPONSABLE DE LA UNIDAD DE TITULACIÓN

Fecha.

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha:

Asesor Jurídico: _____

Unidad Académica de Ciencias Sociales