Universidad Del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

"La formación de los contratos por medios electrónicos: Análisis particular del consentimiento en este tipo de contratos."

Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República

Autor: Jaime Gustavo Coello Vásquez.

Director: Dr. Santiago Jara Reyes

Cuenca – Ecuador
2018

Dedicatoria

Para Dios, por permitirme vivir esta historia y darme la familia que tengo; a mis padres por haberme dado la vida y llenos de amor enseñarme a caminar por la vida; a mi hermano Santi, el mejor amigo que la vida me podia dar.

Agradecimientos

Para Dios, por darme la vida y la posibilidad de vivir todo esto que realmente es especial.

A mis padres Jaime y Ana María, por siempre haber estado para mi, por haberme formado y ayudado a ser quien la persona que soy. Son un ejemplo para mi y espero algun día poder devolverles todo lo que me han dado.

A mi hermano Santiago, ese mejor amigo con el que tanto congenio y me identifico, con el que he comprartido pasisiones y vivido grandes momentos.

A mis abuelos Jaime Humberto y Alex, que siempre con su apoyo, paciencia y enseñanzas me han enseñado a ser una mejor persona.

A mis abuelos Jaime Rigoberto y Gladys, no saben cuanto hubiese querido que estén fisicamente presentes, pero se que desde arriba me siguen guiando y están presentes con cada una de sus enseñanzas en mi vida. Les extraño mucho abuelos.

A mi henamorada Tefi, por siempre estar presente apoyandome, por todos y cada uno de esos buenos momentos que me das, sin duda son los mejores.

A mi maestro, jefe y sobre todo amigo Santiago Jara Reyes, por cada una de sus enseñanzas, por esa formación primero como humano y despúes como profesional. Gracias por la dirección de la tesis y enseñarme que se pueden hacer aún mejor las cosas y que siempre algo se puede mejorar.

A mis amigos Juan Martín, Ivanna, Coquis, Juan José y Mateo V, con quienes al inicio les tuve como compañeros pero en poco tiempo nos convertimos en grandes amigos, viviendo historias que seguramente recordaremos durante todas nuestras vidas.

A todo el equipo Sur Legal, que día a día me han permitido ser parte de esta familia y aprender mucho de cada uno de ustedes.

ÍNDICE

Dedicatoria ii

Agradecimientos iii

Resumen vi

Abstract vii

INTRODUCCIÓN 8

CAPITULO I: ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. 10

1.1 Las nuevas tecnologías y el comercio: La importancia actual del comercio electrónico. 10

1.2 Noción de comercio electrónico. 12

1.3 Referencia a los principales términos técnicos relacionados con el comercio electrónico. 16

1.4 Una visión sobre el origen, desarrollo y perspectivas del comercio electrónico. 20

1.5 Referencia a los tipos de comercio electrónico. 24

1.6 El comercio electrónico en el Ecuador: Referencia a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. 28

1.7 Estructura del negocio jurídico en los contratos celebrados por medios electrónicos: Análisis de los requisitos de existencia y validez. 30

1.8 Los distintos tipos de contratos que se pueden celebrar por medios electrónicos y la regulación que debe ser observada. 40

CAPÍTULO II: ANÁLISIS SOBRE LOS CONTRATOS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. 44

2.1 Características de los contratos celebrados por medios electrónicos. 45

2.2 Breve referencia sobre el proceso de formación de los contratos celebrados por medio de la vía electrónica. 47

2.3 Referencia a otros aspectos especiales que inciden en la formación de los contratos por vía electrónica (representación, capacidad, etc.). 51

2.4 El perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos. 55

2.5 Análisis de los problemas que plantea la contratación por medios electrónicos. 57

2.6 El consentimiento en este tipo de contratos. 61

2.7 Etapas de la formación del consentimiento electrónico. 69

2.8 La oferta electrónica. 71

2.9 La aceptación electrónica. 79

2.10 Condiciones para que se forme el consentimiento electrónico. 90

2.11 Análisis del consentimiento de acuerdo a las posibles partes que pueden celebrar los contratos por medios electrónicos. 90

2.12 Formas en las que puede expresarse el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos. 99
2.13 Cuando se debe entender que el consentimiento ha sido expresado en un contrato celebrado por medios electrónicos. 105
2.14 Momento en el que se entiende perfeccionado el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos. 108
CAPÍTULO III: LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 111
3.1 Manifestación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos en la legislación Colombiana: Momento cuando se entiende expresado. 111
3.2 Manifestación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos en la legislación Española: Momento cuando se entiende expresado. 114
3.3 Recomendación para la legislación ecuatoriana, respecto del consentimiento en los contratos electrónicos. 120
Bibliografía 126

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, siendo para esto necesario revisar los demás elementos que conforman este tipo de contratos. La formación del consentimiento requiere un importante análisis de la oferta y aceptación, debido a que estas son declaraciones de voluntad que cuando concurren se forma el consentimiento, siendo determinante conocer de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico en que momento se perfecciona el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos.

Palabras Claves: Comercio Electrónico; E-commerce; Consentimiento Electrónico, Contrato Celebrado Por Medios Electrónicos, Oferta Electrónica, Aceptación Electrónica.

ABSTRACT

The purpose of this work was to analyze the consent form in contracts made by electronic means. For this, it was necessary to review the other elements that make up this type of contract. The consent form required an important analysis of the offer and acceptance because these are declarations of will that demand consent. It was crucial to know, in accordance to the legal system of Ecuador, the time in which the consent is finalized in contracts made by electronic means.

Keywords: Electronic commerce, e-commerce, electronic consent, contract concluded by electronic means, electronic offer, electronic acceptance.

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
Dpto. Idiomas

Translated by:

Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico es un medio que puede contribuir en gran medida al comercio a nivel mundial, de hecho así lo está siendo desde hace varios años, sin embargo considero que en nuestro país aún no hemos explotado esta herramienta del comercio como se debería, sus beneficios son considerables y una fuente de oportunidades para comercializar de manera instantánea sin limitaciones geográficas y con costos mínimos.

Existen ciertos aspectos jurídicos relevantes respecto de esta materia que deben conocerse y analizarse, el más importante de ellos considero que es consentimiento ya que la mayoría de los contratos celebrados por medios electrónicos, son los denominados consensuales, es decir se perfeccionan con el consentimiento de las partes. Esto me llevo a reflexionar debido a que estos contratos son celebrados entre ausentes, por lo tanto, la voluntad tiene que ser expresada por medios electrónicos, pero al no estar presentes físicamente las partes al momento de su celebración es determinante conocer desde que momento existen las declaraciones de voluntad de las partes y el consentimiento se ha formado.

En tal sentido, el presente trabajo busca analizar el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, con el fin de poder determinar cuando y desde que momento existe oferta y aceptación electrónica, ya que las mismas son las declaraciones de voluntad de cada parte y al concurrir ambas, se perfecciona el consentimiento en este tipo de contratos. Para analizar esto, será necesario que revisemos también los elementos que deben contener los contratos celebrados por medios electrónicos para su existencia y validez, lo cual nos llevará a comprender estos contratos en su integridad

para posteriormente resolver los asuntos relacionados con el consentimiento de las partes.

De esta manera, el trabajo se encuentra dividido en tres capítulos; en un inicio se abordará los aspectos introductorios sobre la contratación electrónica; seguido de un análisis sobres los contratos que se celebran por medios electrónicos, sus características, proceso de formación, aspectos especiales que inciden en la formación de los contratos electrónicos, problemas que plantea esta contratación, para posteriormente centrarnos en las etapas de formación del consentimiento electrónico, la oferta y la aceptación electrónica, las condiciones para que se forme el consentimiento, analizar el consentimiento de acuerdo a las posibles partes que puedan celebrar estos contratos, formas de expresar el consentimiento, cuando se debe entender que este ha sido expresado y finalmente en esta parte, determinar el momento en el que se entiende perfeccionado el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos.

Una vez que hayamos revisado el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, concluiremos el trabajo con un análisis del momento en el que se entienden perfeccionados estos contratos de acuerdo a la legislación colombiana y española; y, una recomendación para la legislación ecuatoriana respecto del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos.

CAPITULO I

ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

1.1 Las nuevas tecnologías y el comercio: La importancia actual del comercio electrónico.

La tecnología tiene un gran avance, día a día evolucionan y producto de ello ha cambiado la vida de las personas, la forma de hacer empresa e incluso los mismos Estados. Parte de ello, es la contratación por medios electrónicos, teniendo como aspecto fundamental el descubrimiento del internet por los años ochentas, con este trascendental invento se pudo ofrecer productos por sitios web, sin embargo no es sino hasta el inicio de los años noventa, cuando se empezaron a realizar verdaderas transacciones por este medio.

Desde ese entonces, el comercio ha encontrado en el e-commerce un aliado muy especial que trascendió la forma tradicional de contratar. Sin duda el comercio electrónico rompió los paradigmas de la contratación; por ejemplo, la distancia geográfica ya no es un inconveniente para ofrecer y comprar productos o servicios; cierto es que ha tenido que superar ciertas dificultades, como en su momento fue la falta de impulso de los propios Estados, a las que logró imponerse, permitiéndonos hoy poder realizar transacciones con tan solo aplastar un botón, o más sorprendente aún, simplemente a través de un mensaje de WhatsApp.

Una virtud del comercio electrónico es que siempre va a la par de la tecnología, sus participes constantemente están innovando, ya sea para llegar a nuevos mercados o para facilitar cada vez más las transacciones por medios electrónicos. Hoy el e-commerce se

ha convertido en una de las herramientas principales del comercio en todo el mundo, pues es la nueva manera de hacer comercio y quien no está en ello, lastimosamente se queda en la precariedad, sacrificando su oportunidad de participar en el mercado.

Lo afirmado anteriormente se sustenta en los datos entregados por diferentes instituciones a nivel mundial como por ejemplo la Cámara de Comercio de Bogotá, indica que el año 2015 en Colombia, un 2,5% del Producto Interno Bruto (PIB) correspondió a las transacciones Online (comercio electrónico), con un crecimiento del 30% a comparación del año anterior (2014); para el año 2018, la Cámara de Comercio de Colombia estima que las transacciones por este medio asciendan y superen los 5.000 millones de dólares anuales (Cámara de Comercio de Bogota, 2016).

En España, según datos publicados en una nota de prensa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el año 2016 por transacciones vía comercio electrónico se tuvo una facturación de 5.948 millones de euros, provocando esto que en el segundo trimestre del 2016, se tenga un aumento del 20,30% respecto del primer trimestre. Indican además que, en el segundo trimestre del 2016, se registraron 92 millones de operaciones a través de medios electrónicos (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2017).

Ecuador no es la excepción, según el Ing. Eduardo Otatti, Presidente de la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico, en una entrevista brindada a diario "El Telégrafo", resalto que, el comercio electrónico en nuestro país, en 2015 generó ingresos por alrededor de 540 millones de dólares, con un crecimiento del 35% respecto del año 2014 (Diario El Telégrafo, 2016). De acuerdo con un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos: "En el año 2014, del total de compras realizadas por las empresas investigadas, el 29,5% de las compras en promedio fueron

realizadas por medio de internet; mientras que del total de ventas ejecutadas, el 35,9% en promedio fueron gestionadas por la misma vía. Según este estudio, el 45,2% de las empresas investigadas invirtieron en Tecnologías de la Información y Comunicación en el 2014, lo que representa 9,5 puntos más que el porcentaje de empresas registrado en el 2013" (Instituto Nacional de Estadisticas y Censos, 2016).

Por lo tanto, es evidente que el desarrollo tecnológico ha revolucionado la forma de hacer comercio, permitiéndonos que cada vez se faciliten y por lo tanto se incrementen las transacciones por medios electrónicos, siendo un aporte clave para el desarrollo de la actividad contractual en las personas, empresas y Estados.

Lo indicado anteriormente es un asunto al que se le tiene que prestar atención, no solo por quienes tienen el interés de comprar y vender productos o servicios por medios electrónicos, sino también los Estados, debido a que con la tecnología actual que contamos resultaría ilógico por ejemplo no poder pagar impuestos por medios electrónicos, favorablemente en Ecuador desde hace ya varios años se pueden realizar los pagos al Estado de esta manera.

1.2 Noción de comercio electrónico.

Es pertinente revisar algunos conceptos y definiciones que han sido planteadas por ciertos juristas, para lo cual me permito citar los que recoge la autora Raquel Álamo Cerillo, que en su obra denominada "La economía digital y el comercio electrónico su incidencia en el sistema tributario", en la que manifiesta:

"Una primera aproximación al concepto de comercio electrónico, es la propuesta por NGUDUP (2002) donde lo define como el medio que permite transacciones de bienes y servicios por vía electrónica, con la ayuda de una amplia gama de protocolos de comunicación como el correo electrónico, intranet, extranet o el sistema EDI5. Una

definición muy similar es la proporcionada por KALAKOTA y WHINSTON (1997) quienes consideran al comercio electrónico como "la compra y venta de información, productos y servicios a través de redes informáticas". Por su parte, ABRAMS y DOERNBERG (1997) definen al comercio electrónico como la utilización de las redes informáticas con el fin de facilitar las transacciones que comprenden la producción, la distribución, la venta y la entrega de bienes y servicios dentro del mercado. Se trata, también, de una definición amplía, al englobar las distintas actividades que conforman el comercio. TIMMERS (1999), también tiene una visión amplía de comercio electrónico, considerando que este incluye la negociación de mercancías físicas y de bienes intangibles, abarcando todos los pasos de la negociación, tales como la comercialización, pedido, pago, ayuda en línea y entrega. Considera que el comercio electrónico incluye la disposición electrónica de servicios y la colaboración electrónica entre empresas" (Alamo Cerrillo, 2016, pp. 33, 34).

En el citado texto podemos observar la definición de comercio electrónico planteada por NGUDUP, diciéndose que son transacciones de bienes o servicios por medios electrónicos; por su parte, KALAKOTA y WHINSTON, hablan no solo de compra de productos y servicios, sino que va más allá e incorpora la posibilidad que sea también comercializada la información, si bien es cierto que esto se considera un bien intangible y por ende un producto, es interesante por su frecuencia en las transacciones de comercio electrónico, que se manifieste de forma expresa desde un inicio en las definiciones tal posibilidad; ABRAMS y DOERNBERG, no definen que es lo que se comercializa por estos medios electrónicos, sin embargo sostienen que son transacciones facilitadas por redes de la información y describe las actividades que a su criterio comprende el e-commerce, siendo estas la producción, distribución; venta y entrega de bienes y servicios. El jurista TIMMERS, en cierta forma coincide con

Ngudup, Kalakota y Whinston, al decir que incluye la negociación de mercancías físicas y bienes intangibles, describe también a su criterio todos los pasos que comprende la negociación, siendo estos el pedido, pago, ayuda en línea y la entrega.

Por su parte, la Organización Mundial del Comercio, propone el siguiente concepto "se entiende por la expresión 'comercio electrónico' la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos (Organización Mundial del Comercio)"; consideramos que es un concepto amplio de lo que involucra el e-commerce, con la salvedad que a nuestro criterio debería incorporarse el termino transacción, ya que esto engloba los fines para los que es utilizado el comercio electrónico por las partes de un contrato.

El autor colombiano William David Hernández Martínez, en su obra "La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina", describe al comercio electrónico de una manera directa e innovadora, diciendo que "El E-commerce constituye una revolución en los negocios, pues trae un nuevo escenario de desarrollo de la actividad comercial, la configuración de un nuevo mercado en el cual los sujetos del tráfico mercantil llevan a cabo sus negocios y transacciones, la aceptación de un nuevo conjunto o bloque de objetos o materias transables y, adicionalmente, un nuevo soporte para las expresiones de voluntad de las partes intervinientes" (Hérnandez Martinez , 2012, p. 103); ante lo que destacamos la importancia que el autor brinda a la expresión de voluntad en las partes intervinientes, aspecto trascendental en la validez de los negocios jurídicos celebrados por este medio.

Como es obvio, nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, no propone una definición de comercio electrónico; sin embargo la

legislación Colombiana en su Ley de Comercio Electrónico, el Art. 2, literal b, indica cuál es el alcance que tiene el comercio electrónico, al respecto dice:

"Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera (Ley de Comercio Electrónico de Colombia , 1999).

Existen criterios interesantes que valen resaltar del Art. 2, literal b, de la citada ley colombiana, indicándose que no es necesario que haya contrato para que exista comercio electrónico sino basta que se de una relación comercial cualquiera que esta sea, siempre y cuando, se utilice uno o mas mensajes de datos o cualquier medio similar. Posteriormente describe algunas operaciones comerciales, sin embargo con el texto "sin limitarse a ellas", deja la posibilidad que existan más operaciones que no sean las allí descritas, lo cual a nuestro criterio es algo prudente y beneficioso para los efectos de la ley.

Una vez que hemos revisado varias definiciones de comercio electrónico, consecuentemente sostenemos que se debe entender por comercio electrónico como el medio por el cual las personas sean estas naturales o jurídicas, de carácter público o

privado, realizan diferentes tipos de contratos, generalmente respecto de productos o servicios, incluyendo la información, a través de la utilización de cualquier medio electrónico que permita ofrecer y aceptar la oferta, para cumplir con su fin.

Es importante tener presente, que la tecnología constantemente evoluciona, apareciendo cada vez nuevos dispositivos electrónicos que permiten a través de ellos, realizar operaciones comerciales, por lo que, debemos entender que el término "medios electrónicos" engloba todo dispositivo eléctrico presente o futuro que permita hacer actos de comercio.

1.3 Referencia a los principales términos técnicos relacionados con el comercio electrónico.

A lo largo de este trabajo vamos a utilizar con frecuencia algunos términos técnicos relacionados con el comercio electrónico, por lo que, para una mayor comprensión, es pertinente indicar que se debe entender por cada uno de ellos, siendo estos los siguientes:

E-commerce: Es un término anglosajón que se emplea para referirse a lo que nosotros conocemos en nuestro idioma como comercio electrónico; el cual por ser parte de esta investigación será abordado en todo este trabajo, razón por la que no hace falta indicar que debemos entender por ello.

Tecnología: Es la utilización de una técnica o destreza con el objetivo de buscar un aprovechamiento o desarrollo de cierto conocimiento, generalmente tiende a facilitar en ciertos aspectos cosas de la vida y permanentemente está evolucionando, es por esto que a diario tenemos nuevos y mejores servicios a nuestra disposición, lo cual contribuye al desarrollo del comercio electrónico.

Medios Electrónicos: Al respecto la abogada Barbara Montaner, nos dice que "Entendemos por medio electrónico cualquier mecanismo, instalación, equipamiento o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualquier red de comunicación abierta o restringida como Internet, telefonía fija y móvil o de otros" (Barbara Montaner, 2015). Debemos indicar que es un concepto con el que estamos de acuerdo por todo lo que puede englobar un medio electrónico, y es acertado no hacer descripciones a cuales son los medios electrónicos, debido a que de manera continua aparecen nuevos, por ello la definición podrá perdurar en el tiempo.

Aparatos Electrónicos: Consiste en una combinación de componentes electrónicos, los cuales están organizados en circuitos y tienen por objetivo partiendo de aprovechar las señales electrónicas, el controlar las mismas para generar cierta productividad para la que es creado. Es importante indicar que no es lo mismo un aparato electrónico que un aparato eléctrico, y su diferencia radica en que el eléctrico, transforma, interrumpe o reduce la corriente eléctrica en algo, por ejemplo una lámpara incandescente que transforma la energía en luz; en cambio, los aparatos electrónicos, permiten darle una función al aparato eléctrico, tomando el símil del ejemplo anterior consiste en cambio en una lámpara incandescente que se prenda y apague cada cierto tiempo.

Mensaje de datos: Nuestra Ley de Comercio Electrónico no indica que debemos entender por mensaje de datos, sin embargo en la ley colombiana podemos encontrar en el Art. 2, una concepción interesante y clara, que al respecto dice lo siguiente:

"La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax".

Es necesario resaltar que al referirse a medios electrónicos, expresa “como pudieran ser, ente otros”, por lo que a más de los allí descritos, deja abierta la posibilidad que sean otros o se sumen más.

Informática: Es un término utilizado en general para referirse a la utilización de técnicas, métodos y procesos que permiten transmitir, almacenar o compartir información o datos de manera digital, lo cual es un elemento indispensable que permite la realización de transacciones comerciales digitales.

Ordenador: Es la única herramienta con la que trabaja la informática, por ser un aparato que esta compuesto necesariamente por dos partes: el hardware y el software. La finalidad indispensable del ordenador es que se pueda programar, y su función es el ingreso de datos informáticos, procesarlos y generar una respuesta de acuerdo a las instrucciones que se hayan proporcionado en el programa previamente instalado.

Un hardware sin capacidad de ser programado simplemente no puede bajo ningún concepto ser considerado un ordenador.

Telemática: Consiste en la tecnología de la comunicación para el intercambio de la información entre equipos informáticos, la cual es clave para los fines del comercio electrónico, debe tenerse presente que la tecnología siempre está en constante evolución y aplica para los diferentes aparatos electrónicos que se pueden utilizar para intercambiar información.

Internet: Conocido como red de redes; debemos entender al internet como un sistema de redes informativas que están interconectadas por distintos medios de conexión, lográndose como resultado poder acceder a determinada plataforma informática

mediante el uso de este recurso, producto de ello la posibilidad de estar conectados entre usuarios de todo el mundo solamente por medio de un ordenador.

Web: La web, es también conocida como "WWW" por sus siglas en ingles que responde a los términos World Wide Web (red informática mundial), siendo un medio que permite acceder a páginas web que tienen diversos contenidos de texto, imágenes, videos, datos, etc…, todo esto a través del uso de internet. Estas páginas pueden contener ofertas y estar a disposición de los usuarios que visiten el sitio, de esta manera puede darse inicio a una contratación por medios electrónicos.

Es preciso aclara que muchas veces se confunde web con internet, lo cual es incorrecto debido a que la web utiliza al internet como medio que permite trasmitir su contenido, sin embargo el internet es más amplio que solamente brindar el servicio de conexión o acceso a la web, por ejemplo la utilización del correo electrónico, el cual nada tiene que ver con la web.

Consumidor: Conocido también como Consumers, que en definitiva son quienes ante determinada necesidad adquieren un bien o servicio, sin el fin de comercializarlo con un tercero sino es para satisfacer una carencia que se haya presentado, de esta manera observando el fin indicado anteriormente, puede ser consumidor tanto una persona natural o una organización.

Según nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su Art. 2, nos dice que para efectos de dicha ley, debemos entender al consumidor como "Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario."

Empresa: Denominada en el mundo del comercio electrónico, también como Buisness cuando se refieren a una de las partes intervinientes, y esto responde a que, la finalidad de las empresas es hacer negocios, por ello la utilización del término en idioma ingles. En definitiva, la empresa o buisness se refiere a diferentes organizaciones que tienen un fin comercial y por ello realizan transacciones a través del e-commerce.

Es relevante dejar claro que las empresas no necesariamente son personas jurídicas y pueden ser consideradas consumidores también como lo habíamos indicado, siempre y cuando esa transacción no la realicen con fines comerciales sino por una determinada necesidad.

Red informática Peer to Peer: Mundialmente conocida también por sus siglas como P2P, que se traduciría en español como par en par, y se refiere a una red informática entre iguales que no tiene servidores ni clientes fijos, su funcionamiento se da por medio de nodos (conexiones), los cuales se comportan como clientes o servidores respecto de los demás nodos, es decir, son usuarios que se encuentran conectados a un mismo lugar y entre ellos realizan sus propias transacciones.

1.4 Una visión sobre el origen, desarrollo y perspectivas del comercio electrónico.

El origen del comercio electrónico como ya lo habíamos mencionado, tiene relación directa con el descubrimiento del internet en la década de los ochenta, donde aparece esta red que permitió el uso del correo electrónico, así como la transferencia de datos o el servicio Gopher, que otorgaba la posibilidad de acceder a ciertos textos por medio del internet; estos servicios si bien eran un avance, su uso en un principio era complejo y limitante. Es entonces a inicio los años noventa cuando aparece un nuevo servicio, denominado “World Wide Web” conocido como el famoso WWW o Web, que generó una revolución el mundo del internet.

El servicio “World Wide Web”, consiste en un modelo Cliente-Servidor, es decir existe un servidor web que su función es guardar contenidos de las páginas web y solventa las múltiples demandas de los clientes; por su parte, el cliente web que es conocido como navegador, es simplemente una aplicación que permite conectar con un servidor web y producto de ello visualizar y realizar acciones en las paginas web, como por ejemplo comprar, pagar o negociar en línea.

Existe quienes sostienen que el comercio electrónico tuvo sus primeras apariciones en los años ochenta por medio del uso de correos electrónicos, sin embargo no existen mayores datos que demuestren aquello, por lo que compartimos la tesis de quienes dicen que el comercio electrónico realmente apareció en los años noventa, teniendo como uno de sus pioneros a Jeff Bezos, fundador de la compañía Amazon, cuya pagina web es www.amazon.com conocida por miles de millones de personas en todo el mundo, negocio que hizo su aparición de una manera interesante debido a que, Bezos trabajaba para una de las empresas de Wall Street, que se dedicaba a la aplicación de tecnología a las finanzas, según lo indica el portal denominado Libertad Digital (Libertad Digital, 2015) en eso Jeff consulto un sitio web que indicaba que el internet estaba creciendo un dos mil trecientos por ciento anual.

Pues esto le cambiaría la vida, debido a que comenzó a desarrollar su idea de vender libros por una especie de catalogo digital debido a la diversidad de gustos de los consumidores, resultando ideal ofrecerlos por internet; es por esto que Bezos, renuncia a su empleo y decide emprender en un medio desconocido, para lo cual con el objetivo de bajar costos, en junio de dos mil cuatro se mudó a Seattle (Estados Unidos) donde en la cochera de su casa, daría inicio al exitoso emprendimiento, el cual estuvo a disposición del público en julio de dos mil cinco, y en tan solo treinta días había conseguido vender libros en cincuenta estados de los Estados Unidos de América y cuarenta y cinco países,

para mil novecientos noventa y seis el sitio web tenia aproximadamente dos mil visitantes al día, llegando en mil novecientos noventa y siete a tener quinientos mil visitantes por día, hasta hoy lograr ser una de los diez sitios web más concurridos por día con millones de usuarios.

Es preciso indicar que, los historiadores no se han puesto de acuerdo en definir una fecha o momento especifico desde el cual se inicio el comercio electrónico, sin embargo lo que si esta claro, son los acontecimientos históricos que han contribuido a que crezca el comercio electrónico, por lo que tomando datos que han sido recogidos por Fresh Commerce (Fresh Commerce, 2014), se puede observar que a más de los logros conseguidos por Jeff Bezos con Amazon, la compañía de computadores Dell, en mil novecientos noventa y siete registró ya un millón de dólares de ventas en línea.

El cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho se funda Google; en diciembre de ese mismo año, se fundó PayPal, que es una empresa que permite hacer pagos en línea de manera segura, en ese mismo año el Servicio Postal de Estados Unidos (USPS) entra en el comercio electrónico para brindar sus servicios; en dos mil tres aparece la tienda de música iTunes; por la trascendencia actual que tiene Facebook en el comercio electrónico, debemos indicar que se fundó en Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos en febrero de dos mil cuatro; en dos mil siete sale al mercado el iphone, el cual es un teléfono móvil inteligente, y un año mas tarde, aparece ya consolidado el sistema operativo y plataforma software denominada Android, el cual es implementado en casi todos los teléfonos móviles inteligentes que no sean de la casa de Apple, ya que estos tienen su propio sistema operativo que se denomina IOS. Es importante tener en cuenta la aparición de los teléfonos móviles inteligentes en la historia de comercio electrónico ya que esto potencializó la utilización del e-commerce.

En julio de dos mil ocho, Apple lanzo la App Store, que permitía comprar y descargas aplicaciones para las computadoras, tablets y teléfonos móviles de la casa de Apple, logrando en dos mil trece, cuarenta mil millones de descargas. A lo largo del tiempo, han existido varios acontecimientos más que han contribuido de una manera especial al comercio electrónico generando avances trascendentales en las sociedades, y uno de ellos es la posibilidad que han dado los Estados al permitir el pago de impuestos por internet, lastimosamente a pesar de la investigación realizada para tener el dato sobre desde cuando se puede en Ecuador hacer uso de este servicio, no hemos encontrado esa información por lo que no podemos determinar con precisión aquello.

Es innegable que la mayoría de estados se benefician con el uso del comercio electrónico, ya que representa un interesante movimiento de dinero por este medio, es cierto también que genera ciertas dificultades, requiere de disposiciones normativas y gestión de control para evitar acontecimientos perjudiciales a los que serian los verdaderos ideales de los Estados, pero eso es parte de la evolución y sobre todo de las necesidades a las que tenemos que adaptarnos para estar acorde a la sociedad y mundo en general, esto en razón que no es posible aislarnos de esto.

Por lo tanto, podemos decir que el comercio electrónico una vez que apareció el internet, no ha parado de revolucionar la manera de contratar y las personas así lo han comprendido, pues han encontrado una fortaleza para realizar diferentes tipos de transacciones ya sean de bienes corporales o incorporales, así como de servicios. Su crecimiento se debe principalmente al uso dado por las personas, así logrando desarrollarse y establecerse en todo lugar donde se tenga acceso a internet, incluso los Estados han llegado a utilizarlo y normarlo según sus legislaciones, convirtiéndolo en un medio más seguro cada vez para realizar transacciones entre ausentes. Sin duda, el

internet cambió el mundo y producto de ello la forma de hacer comercio con la aparición del e-commerce, lo cual consideramos que es bastante positivo.

1.5 Referencia a los tipos de comercio electrónico.

Debemos partir indicando que, en Ecuador la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, así como su reglamento, a nuestro criterio son demasiado básicos en contenido y es más, nos atrevemos a sostener que un tanto desactualizado, en razón que el comercio electrónico evoluciona constantemente y la normativa especial al respecto debe estar actualizada a la par de su desarrollo.

Compartiendo el criterio del jurista mexicano David Calderón Medina, que en su obra denominada "Fundamentos del Comercio Electrónico", señala que pueden existir diferentes tipos de comercio electrónico, de acuerdo a los siguientes criterios:

1.- De acuerdo a los sujetos involucrados en la transacción; pueden darse negociaciones entre:

a) Empresas distintas, conocido también como Buisness to Business o B2B por sus siglas en ingles, el cual consiste en que diferentes empresas comercializan entre ellas productos o servicios, teniendo que ser empresas tanto la vendedora o prestadora del producto o servicio, como la adquiriente de ese producto o servicio para posteriormente comercializarlo, siguiendo de esa manera la cadena de comercio.

b) De empresa a consumidor, también conocida como Buisness to Consumers o B2C, consistiendo en el comercio que realiza una empresa con un consumidor, es pertinente dejar claro que por consumidor entendemos a una persona natural o jurídica que es la ultima en beneficiarse del producto o servicio en toda la cadena de comercio que puede

haber antes de ello, es importante hacerla para tener claro el concepto sobre todo para fines tributarios del consumidor.

c) De empresas a gobiernos o viceversa, conocido también como Business to Goverments o B2G, si bien el jurista David Calderón Medina en la referida obra denomina así a este tipo de usuarios del comercio electrónico, no compartimos del todo tal denominación ya que consideramos que se debería denominar "De personas a Gobierno" o viceversa, debido a que personas naturales o jurídicas pueden realizar estos actos de comercio o transacciones por medios electrónicos, debiendo rescatarse que, en Ecuador contamos con el portal de compras públicas (www.portal.compraspublicas.gob.ec), que es manejado por el Servicio Nacional de Compras Públicas (SERCOP) y se utiliza para distintas maneras de contratar u ofrecer productos o servicios requeridos por el Estado, siguiendo los procesos de validación según lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica (LOSNCP), así es importante dejar claro que si bien contamos con esta herramienta, en la mayoría de casos no se concreta por este medio un cien por ciento del proceso contractual, ya que es necesario cierto tramite de documentación física, sin embargo creemos que en poco tiempo más, esto va cambiar y posibilitarse el proceso contractual por medios electrónicos en su integridad.

Por otra parte es de gran ayuda para el Gobierno central y los diferentes Municipios, la posibilidad que tienen las personas de cancelar sus impuestos a través de medios electrónicos, lo cual en cuanto al tiempo y las facilidades, beneficia a las partes.

d) Usuarios en situación de igualdad, conocido como Peer to Peer o P2P, son transacciones de comercio entre usuarios que utilizan este medio electrónico para cubrir sus necesidades comerciales, siendo útil en este momento dejar claro que la diferencia

entre este tipo de e-commerce con el denominado “Empresas distintas”, conocido también como “Buisness to Business o B2B” es que en el primer tipo se trata de simples usuarios que se encuentran conectados a una red alimentada por ellos mismo y que su objetivo no es necesariamente dedicarse al comercio como actividad profesional, y en el segundo caso son empresas que, a más de utilizar la misma red informática, están constantemente ejecutando actos de comercio.

Esta acotación es importante, ya que en el primer caso en la mayoría de situaciones no se podría considerar a estos usuarios como comerciantes, sin embargo los segundos si son comerciantes, lo cual resulta interesante al momento de existir una controversia por las calidades que cada uno puede tener al momento de discutir el problema en concreto.

Es necesario conocerla calidad de cada uno de los sujetos que pueden estar involucrados, como por ejemplo, para efectos de expresión de voluntad, asuntos de competencia del juzgador o de materia probatoria una vez que se origine un conflicto, por enumerar algunos de ellos. Por las diferentes calidades que pueden tener estos sujetos y su intención o frecuencia en el comercio para el cumplimiento de su actividad u objeto según el caso, debemos recordar que siempre debemos ir más allá de simplemente visualizar las transacciones que se pueden llegar a dar por medio del comercio electrónico, sino prevenir y solventar conflictos o vicios que puedan surgir de los contratos, lo que va hacer que esta herramienta del comercio pueda crecer de manera solvente y segura para todos los usuarios.

2.- De acuerdo con los bienes o servicios comercializados por medios electrónicos; existen las siguientes posibilidades:

a) Venta de productos tangibles, esta es la actividad más común y se realiza a través de portales web, los sitios que prevalecen mundialmente son Amazon, Ebay, Alibaba y Mercadolibre.com. La operación consiste en adquirir un producto a través de estos sitios y posterior a realizar nuestra aceptación de compra, se debe indicar los datos requeridos y pagar, a su vez el producto físico va ser enviado a la dirección que proporcionemos, por medio de correo o empresas que realicen ese servicio. El envío muchas de las veces puede ser elegido por el comprador de acuerdo con el nivel de confianza que tenga en la empresa de transporte solicitada o formas de proceder del vendedor. En este caso, se da otra relación comercial entre el vendedor o comprador y el transportista, la cual no deja de ser un aspecto importante por los problemas que frecuentemente surgen entre ellos, sin embargo es un contrato de transporte de mercaderías que, por el tema que nos encontramos tratando, no abordaremos en detalle.

b) Venta de servicios y productos intangibles: este es considerado como el tipo de comercio electrónico que representa la esencia para la que fue creado el e-commerce, como se tratan de productos que no existen corporalmente, es decir no se pueden tocar, medir ni pesar, y en los servicios no existe limitaciones geográficas ni dificultades de transporte y por lo tal se permite realizar transacciones en tan solo segundos con cualquier parte del mundo, incluso pudiendo prestarse para realizar hechos que son ilícitos en un país y en otro no, es aquí cuando dejamos planteado un ejemplo que propone el jurista David Calderón Medina:

"Incluso, actividades que en la jurisdicción de un consumidor, pudieran ser ilegales como el juego y las apuestas, podrían ser realizadas a través de internet, sin ser del todo claro si con ello se violan las normas en cuestión, pues donde se estaría jugando: ¿en el lugar donde se encuentra el consumidor, en el sitio donde se encuentra el casino virtual o centro de apuestas o en alguna otra ubicación?" (Calderón Medina, 2010, p. 41).

Por lo tanto, es una interrogante compleja para el derecho internacional y más aún en caso de nuestro país debido a que se encuentran prohibido el funcionamiento de casa de apuestas y casinos. En este tipo de comercio electrónico, se encuentra la compra de programas para los dispositivos móviles, la descarga de canciones, juegos e incluso la compra de revistas y periódicos digitales, entre otros de contenido digital.

c) El acceso a internet: este es un servicio por el cual proveedores de acceso a internet a cambio de un valor, otorgan a sus clientes la posibilidad de comunicarse en línea para poder transmitir la información por la web, y a su vez los proveedores compran esta capacidad o ancho de banda a operadores primarios de las telecomunicaciones.

1.6 El comercio electrónico en el Ecuador: Referencia a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

El Dr. Carlos Vera fue quien impulso la elaboración de una ley que regule el comercio electrónico en Ecuador; así en 1999 se convocó a sesiones de trabajo a empresas y empresarios importantes del país, Cámaras de Comercio de Guayaquil, Cámaras de Comercio de Quito, diferentes instituciones del Estado como la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Banco Central del Ecuador, etc.., contándose con la participación de diferentes sectores que contribuyeron a la creación del proyecto de ley. La Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico (CORPECE), aportó en ello y cumplió el fin para que fue creada.

En septiembre de 1999 se presentó el proyecto de ley denominado “Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos” al Congreso Nacional, el cual realizó varias observaciones, por lo que se trabajó en estas correcciones, contándose esta vez con el aporte del Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL),

presentándose así el nuevo proyecto de ley con las respectivas depuraciones al Presidente del Congreso Nacional en ese entonces, Dr. José Cordero Acosta, el cual luego de discutirse fue aprobado en el año 2002; de esta manera se promulgó la ley No. 2002-67, denominada "Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos", publicada en el suplemento del Registro Oficial 557, de 17 de abril de 2002.

Posteriormente, mediante decreto ejecutivo No. 3496 del Presidente de la República, Dr. Gustavo Noboa Bejarano, expidió el "Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos", que fue publicado en el Registro Oficial 735 de 31 de diciembre de 2002. Su ultima modificación se realizó el 12 de septiembre de 2011.

El Art. 1 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece que su objeto es la regulación de los mensajes de datos, firmas electrónicas, servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas. Los cuales son aspectos importantes en el avance de la nueva era de la informática y que desde luego, requerían ser regulados por la ley para su optimo desarrollo.

Conforme lo habíamos manifestado, el contenido tanto de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, como de su reglamento, es demasiado básico y un tanto desactualizado, siendo momento de fundamentar el porque de esta aseveración, debemos decir que esta ley desde su creación no ha sido actualizada, por lo con el fin de cubrir los aspectos jurídicos y comerciales que la sociedad requiere para desarrollar el comercio electrónico de manera eficiente, tanto la ley como su reglamento necesitan ser actualizados.

Es preciso indicar que si bien más adelante en el análisis concreto del tema objeto de este trabajo, abordaremos el contenido de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, debemos decir que dicha ley consta con 57 artículos que están divididos en cinco títulos, regulándose así varios aspectos de la siguiente manera:

Título I, regula los aspectos relacionados con los mensajes de datos.

Título II, las firmas electrónicas, certificados de firma electrónica, entidades de certificación de información, organismos de promoción de los servicios electrónicos, regulación y control de las entidades de certificación acreditadas.

Título III, los servicios electrónicos, la contratación electrónica y telemática, los derechos de los usuarios e instrumentos públicos.

Título IV, trata sobre la prueba y notificaciones electrónicas.

Título V sobre de las infracciones informáticas.

El comercio electrónico en concreto, se encuentra regulado en el Título III, Capítulo II que trata sobre la contratación electrónica y telemática, sin embargo por su escaso contenido, necesariamente tendremos que apoyarnos en doctrina y normas supletorias de nuestro ordenamiento, para fundamentar los criterios que expresemos.

1.7 Estructura del negocio jurídico en los contratos celebrados por medios electrónicos: Análisis de los requisitos de existencia y validez.

1.7.1 Previo a tratar el asunto central de este punto, es conveniente que revisemos algunos temas relacionados, empezando por plantearnos las siguientes preguntas:

¿Qué es un Negocio Jurídico? Hernán Coello García, nos dice que "La raíz latina del sustantivo negocio, que proviene de "negotium", no es más que la actividad o la actuación que lleva a cabo quien ajusta su conducta al derecho.

Por esta razón debe desligarse del concepto de negocio jurídico todo acto contrario al Derecho, aunque tenga, como hemos expresado ya, un contenido jurídico, como ocurre con el delito. Que es nada menos que uno de los pilares fundamentales de todo el Derecho Penal que se consagra al estudio de la trilogía del delito, delincuente y efectos del delito y aunque provoque, además, la obligación civil de la reparación de los perjuicios económicos causados por la conducta reprochable que ha sido motivo de juzgamiento y sanción." (Coello García , 2006, p. 22).

Es claro lo que nos indica el autor, debiendo resaltar que "no es más que la actividad o actuación que lleva a cabo quien ajusta su conducta a derecho", lo cual para el análisis de los contratos celebrados por medios electrónicos, en su momento será un criterio de mucha valía y servirá como el punto de partida para el análisis.

En su obra el Dr. Hernán Coello García, recoge que el Art. 1461 del Código Civil, aborda los "contratos y declaraciones de voluntad", los cuales dan lugar al nacimiento, modificación o extinción de una relación de derecho, comentándose por el autor que aquellas actuaciones deben ser realizadas de manera voluntaria y licita por una persona, lo cual forma un negocio jurídico.

Una segunda pregunta que nos planteamos para el desarrollo de este punto sería ¿Qué es un contrato?, Gonzalo Bascur Retamar, nos dice: "El contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o varias personas. Es una especie de convención cuya finalidad es

únicamente crear derechos subjetivos y obligaciones correlativas.” (Bascur Retamar , 2010, p. 86).

Concepto del que podemos recoger que el contrato es un acto, el cual como lo indicábamos anteriormente, que deberá ser ajustado a derecho; existiendo dos o más partes que tienen la intención de obligarse.

Al referirse el autor a convención que tiene por objeto únicamente crear derechos subjetivos y obligaciones relativas, debemos entender que los derechos subjetivos, de acuerdo al Dr. Hernán Coello García, “no son mas que la facultad que la norma positiva u objetiva atribuye al sujeto de derechos para que pueda exigir la plena vigencia de las normas positivas que le acreditan como titular de tales derechos, o, en su caso, la consiguiente reparación, si ellos han sido violados.” (Coello Garcia, 2006, p. 1).

Por otra parte, por obligaciones correlativas debemos entender que son aquellas a las que las partes se comprometen en especifico en el contrato de acuerdo a sus intereses, es decir una persona se compromete a cumplir con algo, a cambio que otra también se comprometa a cumplir con algo. No esta por demás indicar que estas obligaciones deben ser licitas.

Por su parte, el Código Civil en el Art. 1454, define el contrato de la siguiente manera:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”

Definición similar a la indicada por Ganzalo Bascur Retamar. En la definición del Art. 1454, el legislador utiliza la palabra convención como sinónimo de contrato, lo cual resalta al elemento de la voluntad e indica que es un acto en el que las partes se obligan

para con otra, a dar, hacer o no hacer algo. Finalmente dice que cada parte puede ser una o varias personas.

El catedrático de la Universidad de Génova, Vicenzo Roppo, nos dice que "El contrato puede ser entendido como "acto" y como "relación": El "acto" se refiere a la unión de voluntades de los contratantes; y la "relación" tiene que ver con las consecuencias jurídicas que derivan del acto" (Roppo, 2004, p. 122). El autor es categórico en sostener que el contrato es un acto y que este crea una relación entre las partes, lo cual de acuerdo a nuestra legislación es así al obligarse una parte con la otra.

1.7.2 Pues bien, una vez tratado lo que debemos entender por negocio jurídico y que por contrato, es momento de analizar la estructura del negocio jurídico, debiendo manifestar que el contrato es un negocio jurídico y es largamente el más utilizado en el comercio electrónico.

El Código Civil en el Art. 1460, nos indica cuales son elementos del contrato, siendo estos los siguientes: a) Los esenciales: los cuales pueden ser comunes o específicos de acuerdo al negocio jurídico en el que nos encontremos; b) Los de la naturaleza; y, c) Los accidentales.

A continuación analizaremos cada uno de ellos.

1.- Los elementos esenciales comunes, son aquellos que no pueden faltar en el negocio jurídico, su ausencia produciría el efecto establecido en el Art. 1460 del Código Civil, esto es, que no surta efecto, ó degenere en un contrato diferente, en definitiva la inexistencia o la nulidad, aclarando que inexistencia y nulidad no son sinónimos sino efectos jurídicos completamente diferentes. Dentro de los elementos esenciales,

tenemos los comunes y los específicos. Los elementos esenciales comunes son aquellos que tienen que estar en todos los contratos.

Dentro de los elementos esenciales comunes a todos los contratos, tenemos los siguientes:

a) La capacidad, la cual es un atributo de la personalidad, que consiste en la aptitud para poder adquirir derechos y contraer obligaciones por si sola sin la necesidad de un representante o la autorización de otra persona, es decir debe tener capacidad legal para contratar, caso contrario el contrato podría existir pero no tendría tener validez .

Por ejemplo en una compraventa, si el comprador tiene 14 años y realiza actos de comercio por medios electrónicos, este contrato existe porque él tiene capacidad, pero al no contar con la capacidad legal por su edad, el contrato existiría pero no tendría validez.

b) El consentimiento, término que proviene del latín consensus, la cual deriva a su vez de cum (con) y sentire (sentir), es decir un sentimiento compartido en algo, que en este caso es en el deseo de obligarse entre las partes. El consentimiento dentro del contrato, consiste en la voluntad de las partes en celebrar determinado contrato, como por ejemplo lo es la compraventa. Para que el contrato exista debe haber voluntad, pero para que este sea válido, no debe tener vicios la voluntad.

Por ejemplo, en la compraventa, las partes deberán expresar su voluntad de estar de acuerdo con la cosa, el precio y todo lo demás contenido en el contrato, caso contrario generaría los efectos indicados del Art. 1460 del Código Civil.

c) El objeto, es aquello sobre lo que recae la declaración de voluntad que realizan las partes, por lo cual es necesario que el objeto sea licito y este plenamente determinado

por todos y cada uno de los contratantes, debiendo observarse lo establecido en el Código Civil, en el Art. 1477 que nos dice que pueden ser objeto de contratación las cosas que se espera que existan, siempre que estas sean comerciables y estén determinas por lo menos en cuanto a su género, pudiendo la cantidad ser incierta si en el contrato se establecen regalas o incluyen datos que sirvan para determinarla, y si es el objeto es un hecho necesariamente deberá ser física y moralmente posible su complimiento.

El objeto deberá necesariamente ser licito, entendiéndose por ello que no debe contravenir el orden público, así lo determina el Art. 1478 del mencionado cuerpo normativo y por su parte el Art. 1480, nos dice que existe objeto ilícito cuando se produce la enajenación de i) Cosas que no están en el comercio. ii) De derechos o privilegios que no pueden transmitirse a otra persona. iii) Las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor lo consienta.

Por ejemplo de objeto licito es la compraventa de una casa, lo cual es planamente posible si no estamos frente a lo establecido en el tercer caso del Art. 1480 del Código Civil. En cuanto, a objeto ilícito podríamos proponer como ejemplo la compraventa de órganos humanos, puesto esto no seria posible ya que contravendría el orden público.

d) La causa licita, es aquel propósito que conlleva a las partes a celebrar ese negocio jurídico en concreto, es decir que se genere una obligación en la otra sin importar que haya motivado a cada una de las partes para decidirse a buscar generar esa obligación.

Es trascendental que realicemos la aclaración de un problema que generalmente ocurre en la aplicación del concepto de causa licita, y esto es que, comúnmente se entiende como causa a la motivación o finalidad por la que cada una de las partes realiza aquel negocio jurídico, cuando realmente la causa es el propósito inmediato de todo acto o contrato, con el ejemplo que propone el Dr. Hernán Coello García,

seguramente se aclarará la situación, siendo así nos dice que “En la compraventa, por ejemplo, la causa será siempre, para el comprador, la obligación que contrae el vendedor de transferirle la propiedad de lo que le vende; y para el comprador, la que contrae de pagar el precio acordado; todo independientemente del motivo que haya guiado a cada una de las partes para comprar y vender el objeto” (Coello García , 2006, p. 122)

Ejemplo de compraventa que sirva para entender de manera correcta lo que es la causa licita, destacándose también la aclaración final que realiza el autor, cuando indica que el objeto licito es independiente del motivo que haya guiado a una de las partes a comprar y vender el objeto, cerrando así la posibilidad de confundir que la motivación final de las partes sea la causa por la que celebran el negocio jurídico.

Otro ejemplo de causa licita, es la compraventa de una pistola, pues el señor A desea comprar una pistola y el señor B desea vender una, por lo tanto al contratar el uno quedará obligado a comprar y el otro a vender, encontrándose allí justamente la causa licita del contrato. Para los efectos de la causa licita, no importa la motivación del señor A y B para comprar y vender la pistola respectivamente, pues el primero puede querer incluso comprar esta arma para asaltar un banco, sin embargo no es esa motivación la que determina el objeto licito.

2.- Los elementos esenciales específicos, no pueden ser enumerados ya que son diferentes para cada contrato, sin embargo no debemos olvidar que la inobservancia o ausencia de estos, producen los efectos señalados en el Art. 1460 del Código Civil, esto es la nulidad (o inexistencia) o que degenere en un contrato diferente según sea el caso.

Los elementos esenciales específicos, pueden ser las formalidades, las solemnidades o contar con ciertos elementos que exige cada contrato para tener validez, por ejemplo

en la compraventa de bienes muebles es la cosa y el precio; por su parte, en la compraventa de inmuebles a más de la cosa y el precio, se deberá realizar mediante escritura pública.

3.- Los elementos de la naturaleza en la estructura del negocio jurídico, son aquellos que la ley incorpora a los actos o contratos que sean celebrados válidamente, sin que sea necesario que las partes expresamente lo indiquen sino solamente basta que la ley se encuentre vigente al momento de la celebración del contrato para que se entienda incorporado al mismo, aunque las partes desconozcan la existencia de tal contenido legal, debiéndose tener presente lo establecido en el Art. 7 numeral 18 del Código Civil, que nos dice que "En todo contrato se entenderán incorporadas la leyes vigentes al tiempo de su celebración…"

A manera de ejemplo, podemos decir que en el contrato de compraventa, no hace falta que se incluya una cláusula de saneamiento por vicios ocultos sino que por ley se entiende incorporado a tal contrato. Los vicios por evicción y redhibitorios que trata el Art. 1777, estableciéndose que en saneamiento por evicción consiste en el amparo al comprador en el dominio y posesión pacifica de la cosa vendida. Por su parte, respecto de los vicios redhibitorios consiste en responder de los defectos ocultos de la cosa vendida. El Art. 1797, nos dice que "Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios"

4.- Los elementos accidentales, de acuerdo al Art. 1460 del Código Civil, son aquellos que ni esencial, ni naturalmente le pertenecen a los contratos que se celebran y que son incorporados mediante clausulas especiales, ante lo cual, el Dr. Hernán Coello García dice "Estas clausulas especiales están llamadas a modificar la existencia o el

ejercicio de los derechos que surjan de los negocios jurídicos que correspondan y a influir en su extinción" (Coello García , 2006, p. 150); y pueden consistir en condición, plazo o modo, por lo tanto las partes tienen libertad de incorporar las clausulas que consideren pertinentes para generar efectos distintos a los típicos contenidos en cada contrato, lo cual es de gran importancia ya que generalmente las negociaciones y acuerdos alcanzados son distintos, por lo tanto con estos elementos se puede modificar su contenido.

Siendo así, estos pueden someterse a tres modalidades, las cuales enunciaremos a continuación: a) Las condicionales; b) Las de plazo; y, c) Los negocios jurídicos modales, que son aquellos a los que, el objeto de la obligación esta sometida a un modo (gravamen o carga), el cual a su vez vincula al cumplimiento de la obligación por parte de quien la haya contraído.

1.7.3 Una vez tratado lo relacionado a una noción del contrato como negocio jurídico y la estructura de este, revisemos los contratos típicos y atípicos que se pueden celebrar por medios electrónicos, siendo pertinente recordar que el comercio electrónico se encuentra en una constante evolución en la forma de contratar; los contratos típicos o contratos nominados, son los expresamente regulados en la ley, contándose con una amplia cantidad de este tipo de contratos como por ejemplo los de compraventa, permuta, cesión de derechos.

Los contratos atípicos o innominados, por su parte son los que no se encuentran regulados en la ley y por lo tanto no existen condiciones especiales que se deban cumplir para que existan como tales, estos contratos hacen uso de la facultad de libertad de contratación y autonomía de la voluntad, pues en nuestro sistema, en el derecho

privado está permitido todo lo que no esté expresamente prohibido, por lo que estos contratos son plenamente validos y más aún en el comercio electrónico.

En general para el pleno entendimiento de lo que significan los contratos típicos y atípicos, a más de lo dicho anteriormente, debemos indicar que los contratos típicos tienen que cumplir con una mayor cantidad de condiciones, en cambio los atípicos con una cantidad menor, concretamente solo con los elementos esenciales comunes para que existan, puesto que no están reglados en la norma y por ello su característica de innominado.

Los contratos sean típicos o atípicos, deben cumplir con los elementos esenciales (salvo en los contratos atípicos que no requiere de los elementos esenciales específicos) para que existan y tengan validez, sin embargo en los contratos celebrados por medios electrónicos existe una verdadera dificultad en poder tener la seguridad de que aquello se cumpla, lo cual genera lo que la doctrina ha denominado una crisis en los contratos, debido a que existen problemas prácticos que son una realidad como los relacionados con el consentimiento o la capacidad.

Respecto del consentimiento, por ejemplo una persona puede estar contratando con otra que esté siendo forzada a vender mercaderías a un precio menor del que seria su voluntad, sin embargo la primera parte compra desde el otro lado con total buena fe, pero este contrato ya tendría vicios en el consentimiento; lo cual genera una dificultad por la imposibilidad física que tienen las partes al poder observar cualquier anormalidad al momento de contratar en este sentido.

Un problema que también complica al comercio electrónico, es el relacionado con la capacidad de los contratantes, por ejemplo podemos estar contratando con un menor de

edad, el cual, al actuar por medio de aparatos electrónicos puede encubrir su incapacidad, ocurriendo lo mismo con las personas que puedan ser interdictos.

Es sin duda estos y algunos tantos más, los principales obstáculos que presenta el comercio electrónico, pues si bien es cierto que la mayoría de veces por su deseo de mantener el contrato como válido por los usuarios del e-commerce, no se demanda la nulidad de los mismos, sin embargo ello no puede ocultar el verdadero inconveniente que tienen los contratos celebrados por medios electrónicos a nivel mundial, siendo este un asunto complejo que merece tomar las debidas precauciones.

A manera de conclusión de lo desarrollado en este punto del trabajo, por la importancia de su contenido en el tema que se está tratando, podemos indicar que todo contrato que se celebre por medios electrónicos deberá cumplir con los requisitos de la estructura del negocio jurídico en general recogidos en el Art. 1460 del Código Civil, para ser concretos específicamente con los siguientes elementos: a) Los esenciales: comunes y específicos; b) Los de la naturaleza; y, c) Los accidentales. Esto debido a que, si no se cumplen los requisitos necesarios el contrato no existirá ni tendrá validez y se generarán los efectos de nulidad o inexistencia según sea el caso. Por otra parte tenemos que los contratos celebrados por medios electrónicos podrán ser típicos o atípicos, y finalmente las dificultades prácticas que pueden tener este tipo de contratos, lo cual genera una crisis en el contrato.

1.8 Los distintos tipos de contratos que se pueden celebrar por medios electrónicos y la regulación que debe ser observada.

Los contratos celebrados por medios electrónicos, generalmente están basados en el principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual y la buena fe de las partes. En tal sentido, se cuenta con una libertad contractual muy amplia que podría

ocasionar un abuso por las partes al creer que pueden celebrar cualquier tipo de contrato sin obstáculo ni limite, lo cual no es así. Pues deben observar ciertas regulaciones, caso contrario estos contratos no existirían o serian validos, según sea el caso.

Vicenzo Roppo, respecto de la libertad contractual dice "En concreto, y en sentido positivo, la libertad contractual es la libertad de decidir si el contrato se celebra o no, de elegir a la contraparte, de elegir el contenido, de escoger la forma, de decidir la ley aplicable al contrato, de elegir las modalidades de resolución de las controversias emergentes del contrato. En sentido negativo, significa que las partes puedes actuar libremente, dentro de los limites establecidos por el ordenamiento." (Roppo, 2004, p. 139)

El autor define a la libertad contractual de una manera clara, sin embargo la mayoría de contratos celebrados por medios electrónicos tienen clausulas predispuestas, lo cual no permite discutir del contenido de las mismas ya quien recibe la propuesta solamente puede aceptar o rechazar la oferta realizada, lo cual en sentido estricto se podría pensar que es una limitación a la libertad contractual del aceptante.

Conforme lo habíamos anticipado, se pueden celebrar contratos nominados e innominados, lo cual brinda apertura a una amplia gama de contratos a poder celebrarse, sobre todo en los innominados ya que sus requisitos para que sea valido y existente, son menores y la demanda del mundo de hoy, aún más con el contexto del mercado mundial, son bastante variables apareciendo innovadoras intenciones de obligarse, lo cual genera nuevos tipos de contratos.

En el E-commerce a diario se celebran millones de contratos a nivel mundial entre partes que tienen características distintas y por ende estos contratos nominados o innominados, pueden variar un tanto a la forma de contratar en si pero siempre deberán

observar los requisitos del negocio jurídico para que sean validos y existan, por lo que sería importante revisar cuales pueden ser los tipos de partes entre los que se celebran los contratos de comercio electrónico más frecuentemente, siendo estas las siguientes:

a) Entre empresas distintas, en el mercado mundial conocido también como Buisness to Business o B2B, el cual consiste en que diferentes empresas comercializan entre ellas productos o servicios, teniendo necesariamente que ser empresas tanto la vendedora o prestadora del producto o servicio, así como la adquiriente de ese producto o servicio para posteriormente comercializarlo, siguiendo de esa manera la cadena de comercio hasta que finalmente va ser comercializado a algún consumidor. Un ejemplo real, puede ser las compras de producto que por ejemplo realiza vía electrónica Supermaxi a Coca Cola.

b) De empresa a consumidor, también conocida en el mercado mundial como Buisness to Consumers o B2C, consistiendo en el comercio que lo realiza una empresa con un consumidor, siendo pertinente recordar que por consumidor debemos entender que es la ultima persona en beneficiarse del producto o servicio en toda la cadena de comercio, pudiendo ser esta una persona natural o jurídica. Un ejemplo real, puede ser en cambio la venta que realice vía electrónica Supermaxi de una o varias Coca Colas a cualquier persona que lo compra para consumir el producto.

c) De empresas a gobiernos o viceversa, conocido también como Business to Governments o B2G, recordando la observación que hacíamos anteriormente, respecto de que de se debería denominar “De personas a Gobierno o viceversa”, debido a que tanto personas naturales o jurídicas pueden realizar estos actos de comercio o transacciones por medios electrónicos.

En fin, esto consiste en las transacciones que pueden realizarse por medios electrónicos entre las empresas y el Estado o las compras que puede realizar este ultimo a las personas, las cuales necesariamente deberán tener un Registro Único de Proveedores (RUP) para poder vender productos o servicios al Estado, siguiendo todos los procesos legalmente establecido para los diferentes casos. Por su parte, un ejemplo real, puede ser en cambio la venta de servicios de limpieza que realice vía internet la empresa Dimplos al Gobierno Nacional, para las labores de limpieza de las oficinas de la Gobernación del Azuay.

En este punto, debemos destacar a su vez las diferentes transacciones que se dan entre el Estado y los diferentes Municipios, que permiten que impuestos y pagos de servicios básicos se realicen por parte de las personas y empresas por medios electrónicos, lo cual genera una posibilidad que facilita mucho a las partes realizar estas transacciones y cumplir con sus obligaciones de pagar y recaudar respectivamente.

d) Entre usuarios en situación de igualdad, conocido mundialmente como Peer to Peer o P2P, los cuales realizan actos de comercio entre usuarios que utilizan este medio electrónico para cubrir sus necesidades comerciales, siendo pertinente recordar que la diferencia entre este tipo de e-commerce con el denominado “Empresas distintas”, conocido también como “Buisness to Business o B2B” es que en el primer caso se trata de usuarios simples que se encuentran conectados a una red alimentada por ellos mismo y que su objetivo no es necesariamente dedicarse al comercio, y en el segundo caso son empresas que, a más de utilizar la misma red informática, están constantemente ejecutando actos de comercio. Un ejemplo real, puede ser en cambio la venta que realice la persona A, por medio del portal web www.mercadolibre.com.ec, a la persona B, por aquel sitio web el señor A le vende al señor B, un computador de uso personal.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS SOBRE LOS CONTRATOS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

Previo analizar los contratos en el comercio electrónico y su naturaleza jurídica, es necesario ubicar el tema, entre aquello que corresponde a la Informática Jurídica y el Derecho Informático.

Hasta antes de la década de los 90, contábamos con lo que conocemos como informática jurídica, señalando generalmente que la informática jurídica surge cuando se aplican los instrumentos informáticos a los fenómenos de derecho, pero con la finalidad de prestar auxilio y servicio a las tantas actividades relacionadas con el derecho. Así se ha dicho que la informática jurídica es la ciencia que permite el tratamiento automático de la información o tratamiento de datos jurídicos, con lo cual nos ha permitido manejar grandes volúmenes de información relacionadas con el derecho.

No obstante, con el Internet y su desarrollo surge una nueva rama del derecho (aún en desarrollo y para algunos no plenamente autónoma) que busca ayudar a la tecnología, a la información y a la comunicación, para regular los productos y servicios que se ofrecen por ellos, este es el Derecho Informático, que se relacionaría con tres elementos, interrelacionados entre sí: la información, la tecnología y la comunicación (los TIC).

Con el antecedente expuesto podemos dejar sentado lo que es la contratación informática y la contratación telemática.

La contratación informática, como contrato es aquel que tiene como objeto un bien o un servicio informático, así la contratación versará sobre los siguientes bienes: el

hardware (parte física de la computadora y es conceptualizado como una cosa, y los contratos que pueden recaer sobre él se relacionan con la compraventa, arrendamiento, mantenimiento, etc .); el Software (programas de computación, esto es elementos que identifican y analizan un problema con la finalidad de resolverlos por el computador; se discute si puede considerarse como una cosa. Los contratos que se relaciona con el software son el derecho de uso, propiedad intelectual, mantenimiento); y, la información automatizada (es la información tratada por los medios informáticos).

Ahora la contratación telemática –que aparece con el Internet- son las transacciones que se realizan en línea a través de los conocidos TIC, es decir tecnología, información y contratación, para realizar intercambios de bienes y servicios sin límite.

Así, la contratación realizada por medios electrónicos la debemos ubicar dentro de la contratación telemática, ya que éste tipo de contratación se la realiza gracias a la tecnología, información y comunicación; y, la contratación telemática está íntimamente relacionada con lo que hemos definido como comercio electrónico.

El comercio electrónico se sirve de la contratación por medios electrónicos para el cumplimiento de su fin, estos contratos son más conocidos como contratos electrónicos.

2.1 Características de los contratos celebrados por medios electrónicos.

El Comercio Electrónico es una de las formas modernas de hacer negocios, por la cual generalmente las empresas, gracias al uso de la tecnología, pueden llegar a reducir costos, es un concepto amplio por el cual las partes involucradas en el negocio llegan a realizar transacciones gracias a una interacción por medios electrónicos, dejando atrás o de lado los mecanismos tradicionales que implicaban un trato físico directo o personal.

Para determinar de manera clara las características de los contratos celebrados por medios electrónicos, cabe citar a Juan Manuel Farina, que al respecto nos dice:

"Los contratos celebrados empleando este sistema presentan ciertas características destacables:

La falta de documento escrito

No existe una relación directa entre contratantes.

Esta circunstancia puede producir dificultades relativas a la individualización de la persona del contratante (para eliminar este inconveniente deberá excluirse todo tipo de contrataciones en las que asume relevancia la persona del contratante).

c) En los contratos así celebrados la oferta deberá limitarse a bienes fungibles, inequívocamente individualizados mediante una descripción a distancia de su especie y calidad." (Farina , 2005, p. 135)

La falta de documento escrito, es característica de la esencia misma en este tipo de contratación; entendemos al documento escrito como el documento material, pues en la contratación electrónica tendremos documentos digitales o electrónicos que son aquellos en los que su contenido está en códigos digitales que pueden ser leídos, interpretados o reproducidos por medio de detectores magnéticos, es decir físicamente no existen. Es también una característica esencial en la contratación electrónica que los contratantes no tengan una relación directa, entendido esto como aquel vinculo personal que motiva a la celebración del contrato, sino lo que importa es el negocio jurídico que se está celebrando entre las partes, para nosotros esta es la característica más significativa, por lo que se puede denominar como contratos celebrados entre ausentes, lo cual requiere que ciertos elementos y consecuencias sean analizadas; por ejemplo

sobre la capacidad, o si puede o no puede existir representación, o la forma en la que se puede expresar o entender expresada la voluntad, entre otros aspectos.

Sobre la tercera característica señalada por Farina, podemos decir que, la oferta adquiere trascendental importancia en la contratación electrónica, pues la misma va estar relaciona e influir en el consentimiento de los contratantes ya que será la proposición que hace el oferente al destinatario para celebrar determinado negocio jurídico, debiendo indicarse los bienes o servicios que se ofrecen.

Podemos proponer también como una característica, que las formas en la que se expresa el consentimiento en este tipo de contratos, pueden ser amplias e inclusive cada vez más innovadoras, a diferencia de los contratos celebrados entre personas presentes físicamente; por lo que, en los contratos celebrados por medios electrónicos, se debe prestar principal atención al momento en que se da la declaración del consentimiento, pues determinadas expresiones no siempre serán suficientes para perfeccionar un contrato de carácter consensual, y en otras ocasiones, deberemos analizar si efectivamente una expresión puede ser considerada como valida para manifestar el consentimiento.

Es importante dejar claro que, a nuestro entender estas son las características más relevantes pero no las únicas, pudiendo indicarse algunas más que no resultarían necesarias dada su poca importancia.

2.2 Breve referencia sobre el proceso de formación de los contratos celebrados por medio de la vía electrónica.

Entre los principales aspectos que se plantean en el tema de la contratación electrónica, están los relacionados con las fases de la contratación, el consentimiento, el lugar de celebración, el perfeccionamiento del contrato, etc., muchos de los cuales no

tienen aún una solución efectiva desde el punto de vista de las ciencias jurídicas, mismos que trataremos en este trabajo, no sin antes recalcar que la contratación electrónica se lleva a cabo desde la etapa de formación del contrato hasta la ejecución del mismo.

Partamos de la siguiente idea, lo que precede al perfeccionamiento de un contrato, es lo que se conoce como etapa precontractual o lo que la doctrina conoce como las tratativas preliminares entre las partes; ésta es una etapa en la que se forma la oferta y posteriormente el contrato.

El jurista Alejandro Borda, sostiene que:

> "Se puede decir que cuando se trata de estudiar el contrato hay básicamente dos etapas: la primera, que abarca todos los actos que pueden realizarse durante el periodo previo a la celebración del contrato, que llamaremos las tratativas preliminares; y, la segunda, que comienza con la celebración del contrato y llega hasta su plena ejecución.
>
> En la etapa anterior a la celebración del contrato, pueden distinguirse, a su vez, dos periodos. Uno que va desde el inicio de las tratativas hasta la oferta y en el que las partes discuten e intercambian ideas, buscan información, proyectan y analizan clausulas que pueden incluirse en el futuro del contrato; otro, a partir de la oferta, en adelante." (Borda, 2014, pp. 58,59)

Es interesante lo dicho por el autor respecto de las tratativas preliminares a la celebración del contrato, marcando un primer momento en el que se podrá discutir e intercambiar ciertas ideas, información y contenido, que puede ser determinante para en base de ello elaborar la oferta. Una vez enviada la oferta, estaríamos en la segunda etapa

de la tratativa para la celebración de un contrato, puesto a que esta es una declaración de voluntad mediante la cual, el oferente propone al destinatario la celebración de un determinado negocio jurídico.

En el comercio electrónico, no es obligatorio que exista esta primera etapa de la tratativa, puesto que no siempre es necesario tener este periodo de negociación, por ejemplo cuando se pretende comprar un libro o una entrada a un concierto a través de un medio electrónico. Esta etapa de tratativa preliminar es frecuente en contratos que tienen una mayor relevancia económica o en los efectos que cause el mismo, por ejemplo en un contrato de servicios que vaya tener una larga duración o en un contrato de licencia de marca; durante esta etapa las partes deben actuar con buena fe, mantener el secreto de lo considerado confidencial, proporcionar la información necesaria y no abandonar el diálogo de manera inesperada y sin causa, caso contrario se podría determinar una responsabilidad precontractual.

El proceso de formación de los contratos celebrados por medios electrónicos siempre va comenzar con la oferta que una de las partes hace a la otra para proponerle la celebración de un determinado contrato, recibiendo esta persona el nombre de oferente o proponente (posteriormente veremos que los calificativos se pueden invertir). Esta se dirige a un destinatario, que es quien recibe la oferta o propuesta y tiene la facultad de aceptarla o rechazarla.

Una opción que puede ocurrir en la contratación, aunque en la mayoría de contratos celebrados por medios electrónicos no sea tan común por tratarse de contratos de adhesión, es que se pueden invertir los papeles iniciales, y el oferente se puede volver destinario o aceptante; esto ocurre cuando se realiza una contra oferta por medio del cual “B” (destinatario inicial) le hace una nueva propuesta u oferta a “A” (oferente

inicial), consecuentemente siendo “A” quien deberá aceptar, rechazar o contra ofertar nuevamente a “B”.

Pues bien, una vez que exista una oferta que sea clara y se la formule a alguien, en el proceso de formación del contrato celebrado por medios electrónicos, prosigue la aceptación de la oferta final, la cual, deberá necesariamente ser manifestada y dirigida al oferente por cualquier medio electrónico para que sea considerado como un contrato celebrado por medios electrónicos, caso contrario no estaríamos frente a éste tipo de contratación; con el fin de dejar claro lo dicho, podríamos ejemplificar a través el siguiente caso: El Sr. “A” oferta al público en general a través de un canal de televisión una computadora para lo cual indica que en caso de desear adquirir tal bien, se comuniquen al 1-800-300-234. A pesar de ello, el Sr. “B” (destinatario de esa oferta general) no llama al número entregado sino que por conocer las oficinas de “A” realizada la compra directamente en dicha oficina del producto ofertado en televisión. Dicho contrato no podría ser considerado como electrónico, debido a que el perfeccionamiento de voluntades no se dio entre ausentes, ni se utilizó ningún medio electrónico para expresar la voluntad del señor “B”.

Una vez que hemos citado como momentos del proceso de la formación de los contratos celebrados por medios electrónicos a la oferta y su aceptación, debemos señalar que existe una interesante discusión jurídica al momento de decidir en que momento se considera celebrado el contrato, y es que si bien existe una manifestación de la voluntad en cuanto a la aceptación de la oferta, como lo señala Vincenzo Roppo “Un acuerdo podría considerarse perfeccionado (y el contrato se podría considerar celebrado) cuando el destinario de la oferta toma conocimiento de ésta, y expresa su sentimiento a ésta (principio de emisión)” (Roppo, Estudios sobre el contrato en general, 2004, pp. 184, 185). Dicho autor también establece como posibilidades de

considerar perfeccionado el acuerdo de voluntades el momento de expedición de la aceptación, la recepción de la misma ó el conocimiento de está, lo cual será tratado y analizado más adelante cuando corresponda.

Es relevante manifestar que básicamente la oferta y aceptación son las fases que comprende la etapa de formación de los contratos celebrados por medios electrónicos, posteriormente cada contrato se tendrá que perfeccionar según corresponda (consensuales, reales o solemnes) ya sea, sólo con el consentimiento de las partes, la entrega de la cosa, o la celebración bajo las solemnidades que se requieran para cada contrato; sin embargo, de manera general, existen aspectos especiales que pueden incidir de manera particular en la formación de los contratos celebrados por medios electrónicos, como por ejemplo la capacidad, representación, etc.., los cuales como lo advertimos pueden acarrear la nulidad o la inexistencia de los negocios jurídicos realizados por este medio, o causar otros efectos.

2.3 Referencia a otros aspectos especiales que inciden en la formación de los contratos por vía electrónica (representación, capacidad, etc.).

Existen ciertos aspectos especiales que pueden incidir directamente en la formación de los contratos celebrados por medios electrónicos, como por ejemplo los principales que serían la capacidad de las partes, la representación, pago de tributos, entrega de datos personales, entre otros, pudiendo ser su ámbito de incidencia muy amplio y, a la vez, en razón de la constante innovación del mundo, aparecer nuevos aspectos; por lo que, haremos referencia a los cinco aspectos especiales que consideramos relevantes en cuanto a la incidencia que puedan tener en la formación de los contratos celebrados por vía electrónica, siendo estos los siguientes:

El primero de ellos es la capacidad de las partes, la cual es un punto critico en el e-commerce, pues la ausencia de las partes no permite identificar de manera personal y directa a la contraparte, pudiendo dar lugar a que estemos contratando con alguien que no tiene capacidad para contratar; por ejemplo, resulta casi imposible el poder verificar con certeza que no se esté contratando con un menor de edad, podría ser un adolescente (o un niño) quien realiza la oferta de determinado producto o la aceptación, sin embargo estos contratos se celebran a diario y subsisten, lo que si bien genera cierta inseguridad al momento de negociar electrónicamente y por ende contratar, no ha sido un obstáculo que haya impedido el desarrollo de las contrataciones por este medio.

Un segundo aspecto, es la representación que puede existir de las partes en la contratación, esto es, para el caso de este tipo de contratación, para enviar ofertas, aceptaciones o contra ofertas; es muy común que, por ejemplo, en caso que una persona requiera productos o servicios, y conocer de una oferta, envíe un email a determinada dirección de correo electrónico y esta esté programada para responder inmediatamente lo solicitado, en caso de recibir una contra oferta poder aceptarla o rechazarla automáticamente ó en ciertos casos incluso, podemos estar contratando con robots, lo cual por más futurista que hubiese podido sonar hace tiempo atrás, hoy es una realidad en el mundo entero y cada vez más utilizada. En estos casos esta claro que podría entenderse que los ordenadores o robots actúan en base a instrucciones que han sido previamente establecidas o programadas y que estas han sido realizadas en base a la voluntad del oferente o aceptante, sin embargo existen aspectos de fondo jurídico como por ejemplo la validez de esa declaración de voluntad, la capacidad de representación, la posibilidad de que el sistema sea hackeado, entre otros que podrían ser determinantes al momento de una discusión. Es importante también señalar que en caso que una persona deliberadamente esté actuando a nombre de otra, por lo general en muchas de las

contrataciones no se exigen los documentos que avalen legalmente tal representación, sino que ni siquiera se presta atención a aquello, lo cual es bastante serio al momento que se presente un conflicto.

Otro aspecto, puede ser la contratación de algo que esté prohibido en el país de los contratantes, por ejemplo en Ecuador el caso de los casinos, salas de juegos, casa de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar; mediante consulta popular realizada por el Gobierno ecuatoriano, el 07 de mayo de 2011, la ciudadanía votó por que no sigan existiendo este tipo de negocios, producto de ello, el Art. 234 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) tipifico como delito el funcionamiento de estos servicios, sin embargo, el comercio electrónico por sus características, mismas podría dar lugar a que virtualmente se lleve a cabo dichas actividades en el país sin que tal vez autoridades se den cuenta o puedan tener mayor control del asunto, debiendo resaltarse que jurídicamente esta contratación que en un inicio se podría dar sin mayor problema adolecería de objeto y causa ilícita, independientemente de las responsabilidades penales tipificadas para este actuar.

La evasión tributaria, es un aspecto que podría incidir en la formación de los contratos celebrados por vía electrónica, por su reducción en el costo final del producto o servicio, causando un perjuicio al fisco y de esta forma haciendo más atractiva su oferta al proponente, quien también en base a esa reducción, podría verse tentado a la celebración del contrato que se está formando en base a la oferta, utilizando medios electrónicos para que sea más sencillo el fraude tributario.

De tal forma, el tratar de evitar el pago de impuestos, puede generar en relación a ciertos productos o servicios un mercado informal e incluso ilegal.

En todo el mundo una de las principales motivaciones de los compradores para decidirse por determinada opción del mercado es el precio, resultando hoy en día muy simple, ingresar a un portal web y promocionar productos o servicios, y al momento que se realice la transacción no emitir factura, lo cual si bien es una evasión tributaria sancionada por la ley, en la práctica se da con frecuencia en el comercio electrónico por la falta de control en las transacciones realizadas por éstos medios.

Uno de los aspectos preocupantes en el e-commerce a nivel mundial al momento de la formación de los contratos celebrados por vía electrónica, es la entrega de datos irreales por las partes, actuar que se encuentra principalmente en la parte aceptante o destinaria de la oferta. El problema principal en este punto, radica en la desconfianza de entregar los datos personales por el mal uso que se pueda dar a los mismos, y no solo hablamos del temor al momento de pagar el precio sino de todos los datos en general, lo cual genera que al momento de recibir el oferente los datos por parte del aceptante o destinatario sean estos falsos y dicho contrato sea realizado con esos datos, lo cual si bien jurídicamente podríamos discutir si causa o no efectos con el verdadero contratante, es sin duda un aspecto que influye al momento de la formación de los contratos celebrados vía electrónica.

En éstos casos, y otros que quizá se puedan incluir, el efecto es que se puede afectar a la validez del negocio jurídico, en la mayoría de los casos generando como efecto la nulidad; sin embargo, cuando la contratación se refiere a productos y servicios de escaso valor, como generalmente ocurre en las relaciones de consumo, los estados no se preocuparán en establecer mayores controles.

2.4 El perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos.

En virtud de la clasificación de los contratos según la forma como se perfeccionan, estos pueden ser consensuales, reales y solemnes. Así lo establece el Código Civil, en el Art. 1459 que al respecto nos dice:

> "Art. 1459.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

De tal forma, si los contratos son consensuales bastará para su perfeccionamiento el acuerdo de las partes; por ejemplo, conforme se desprende del artículo 1740 del Código Civil la compraventa por regla general es un contrato consensual, cuando la norma establece que la venta se reporta perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones establecidas en el mismo código, como el caso de la compraventa de bienes inmuebles, que es un contrato solemne.

Los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa; podemos citar como ejemplos de este tipo de contratos al comodato y al mutuo. El artículo 2077 del Código Civil, cuando define al comodato o préstamo de uso establece que es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso, señalando de forma expresa la norma que este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa. Por su parte, el artículo 2099 del mismo cuerpo normativo señala que el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del

mismo género y calidad; determinando en el artículo 2100 que este contrato no se perfecciona sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

Los contratos solemnes son aquellos que para su perfeccionamiento requieren la observancia de determinadas formalidades, como es el caso de la compraventa de inmuebles, la hipoteca, la cesión de participaciones, etc,

En este contexto, cabe recordar que de los contratos generalmente nacen derechos de carácter personal.

Así, considerando la forma de cómo se perfecciona los contratos, debemos entender que no todos los contratos pueden ser celebrados por medios electrónicos, al menos en nuestro país; concretamente nos referimos a los contratos solemnes y en cuanto a los contratos reales podrán ser celebrados por medios electrónicos pero no podrán llegar a perfeccionarse si no se da la entrega de la cosa. Hemos indagado que, la tendencia mundial es modificar las normas de las legislaciones, tomando las respectivas medidas de control, para que se puedan realizar contratos casi que de cualquier tipo por medios electrónicos..

Como puede advertirse, la mayor cantidad de contratos que se celebren por medios electrónicos son los contratos consensuales.

Por otra parte, existen ciertos contratos mercantiles que tienen determinadas particularidades propias de acuerdo con el Código de Comercio; en cuanto a los de compraventa mercantil, que como indicamos son los más utilizados dentro del comercio electrónico, tenemos los siguientes: a) Venta de una cosa a la vista, lo cual consiste en que el comprador podrá o no reservarse el derecho a observar el producto que compra dependiendo si dicha transacción la realiza en razón de su especie y de la

calidad o no de está. En nuestro Código de Comercio, este tipo de contrato se encuentra normado a partir del Art. 170. b) La compra por orden, podrá ser realizada de acuerdo a la especie o por su especie y calidad, lo cual de acuerdo con el Art. 174 del Código de Comercio, el comprador en caso que la cosa sea comprada solamente por su especie podrá resolver el contrato si no fuera sana y de regular calidad, por su parte si es comprada por su especie y calidad, tendrá la facultad también de resolverlo si la cosa no fuera de la calidad estipulada. c) Cuando la compra fuera pactada sobre muestras, llevara implícita la condición de resolver el contrato, si la mercadería no resulta conforme con la muestra entregada, por lo que deberá estarse a lo establecido en el Art. 175 y Art. 176 del Código de Comercio. d) Finalmente, la venta de mercaderías que se encuentran en viaje, para lo cual será importante conocer si se realiza o no la designación de la nave que lo transporta o debe transportar la mercadería, así como también si existe o no un plazo para hacerlo, para lo cual se deberá observar lo que señala nuestro Código de Comercio en el Art. 177 y siguientes. Por lo tanto, No vemos inconveniente para que estas modalidades de venta mercantil sean celebradas por medios electrónicos.

2.5 Análisis de los problemas que plantea la contratación por medios electrónicos.

Conforme lo habíamos advertido anteriormente, así como existen muchas cosas positivas que rescatar de la contratación por medios electrónicos, también existen ciertos problemas o dificultades, algunas ya superadas y otras aún sin resolverse, sin duda que, por la proyección que está teniendo el comercio electrónico desde varios años, la tendencia es buscar una solución a estos problemas por más complicados que fueren y esto responde a una simple razón, el e-commerce no va detenerse ni se lo puede hacer, hoy es un fenómeno mundial.

Si bien los problemas conforme va evolucionando el comercio electrónico y la tecnología, pueden ir apareciendo o desapareciendo, podemos revisar algunos que a la fecha existen, como los siguientes:

a) La imposibilidad de verificar de manera real y precisa la capacidad de las partes; como hemos señalado la contratación por medios electrónicos se da en ausencia de las partes, lo cual puede dar lugar a que estemos contratando con alguien que no tiene capacidad para contratar.

b) La imposibilidad de verificar de manera real y precisa la facultad de representar a alguna entidad jurídica o a otra persona; en actuaciones relacionadas con la formulación de ofertas, aceptaciones o contra ofertas al momento de contratar. Es común, por ejemplo, que una persona para conocer la oferta de un producto, envíe un email a determinada dirección y esta esté programada para responder inmediatamente lo solicitado, en caso de recibir una contra oferta poder aceptarla o rechazarla automáticamente ó en ciertos casos incluso, podemos estar contratando con robots, o, existe la posibilidad que una persona deliberadamente esté actuando a nombre de otra, y es que por lo general en muchas de las contrataciones no se exigen los documentos que avalen legalmente tal representación, sino que generalmente ni siquiera se presta atención a aquello, lo cual es una mala practica pero que ocurre frecuentemente.

c) La contratación de cosas ilícitas u objetos ilícitos, que afecten la validez del contrato por estar prohibido en algún país.

d) La evasión tributaria, es una de las complicaciones más serias que tienen los estados sobre todo respecto de la contratación electrónica que se realice por parte de sus ciudadanos, pues una de las principales motivaciones de los compradores en todo el mundo para decidirse por determinada opción del mercado es el precio, por lo que

ligado a ello vienen dos problemas, el primero es la venta de productos importados que no han pagado los respectivos impuestos, y la segunda es la venta de bienes o servicios sin entregar una factura.

e) La entrega de datos irreales por las partes, en algunas ocasiones por la desconfianza al no saber o poder ver físicamente con quien se está contratando y el mal uso que se puede dar a estos datos, y en otras ocasiones por la mala intención de las partes, se entregan datos falsos o incorrectos que muy difícilmente pueden ser comprobados al momento de realizar un contrato electrónico, lo cual genera también un problema al momento de contratar por esta vía.

f) El pago, es algo que genera un problema en el comercio electrónico, si bien existen diferentes formas de hacerlo, ya sea mediante deposito bancario, transferencia bancaria, tarjeta de crédito, entre otros; la desconfianza es parte de los contratantes y más aún cuando la otra parte no cuenta con una certificación de confianza o reputación positiva, es por eso que muchas personas se abstienen de contratar electrónicamente, sin embargo hay gente que se atreve y utiliza este medio de comercio. En Ecuador, la Universidad Espíritu Santo (UESS) con su departamento de observación del Comercio Electrónico, en conjunto con la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico, llevaron a cabo el primer estudio de comercio electrónico en el país, el cual fue presentado en noviembre de 2017 durante la séptima cita del e-comerce day Ecuador, en el cual se indicó que del resultado de las encuestas realizadas, se evidencia que un 30% de las personas no compran por internet debido a la desconfianza en la forma de pago, y que "La forma más popular de pagar es a través de tarjetas de crédito. Un 61 por ciento de los participantes del estudio realizan sus compras con Mastercard, Visa, Diners, etc. Un 17 por ciento utilizan su tarjeta de débito para pagar. Solo un 8 por ciento paga vía depósito o en efectivo." (Robert Korntheuer, 2017). En razón de los valores indicados

podemos evidenciar que es alto el porcentaje de personas que se abstiene de contratar por medios electrónicos por la desconfianza en la forma de pago y que la gran tendencia es la utilización de tarjetas, a lo que podríamos añadir por nuestra parte que muchas de estas tarjetas cuentan con seguro para realizar compras sin temor por parte del consumidor mediante vía electrónica.

g) El miedo a ser engañados o estafados, si bien este problema puede ser un tanto general y está relacionado a los problemas indicados anteriormente, a ellos se suman algunos vinculados con un actuar fraudulento, y es que quien lleva la parte más segura de este lado va ser siempre el vendedor respecto de las seguridades y garantías que puede exigir antes de entregar el producto o servicio, en cambio la parte débil, es decir el comprador, tiene un verdadero reto al atreverse a comprar por medios electrónicos, ya sea por que nunca le llegue lo adquirido, esté defectuoso o simplemente sea diferente a como lo vio en el catálogo, es un inconveniente serio al momento de contratar, y así podríamos enumerar una serie de posibilidades que asustan al comprador como por ejemplo que su tarjeta de crédito sea clonada, que en el transporte se pierdan las mercaderías, el retraso en la entrega del producto, los reclamos de garantía por deficiencia del producto, etc…

h) Problemas de comunicación, este al parecer podría resultar un tanto ilógico hoy en día por la tecnología que existe, sin embargo se presenta con frecuencia cuando las partes por determinada situación han perdido el medio de comunicación y el único medio de contacto ha dado inconvenientes. Para ser claros en esto, vamos a suponer que el señor A realiza una oferta al señor B, y la manera que tenían para comunicarse era por email, y el señor B realiza la aceptación de la compra respondiendo el correo electrónico al señor A con su aceptación, sin embargo el señor A pierde su cuenta de email y no puede ver la aceptación de la oferta que envió el señor B. Lo indicado, es

solamente un ejemplo de algo simple que puede ocurrir y que generaría un inconveniente entre las partes; otro problema respecto de la comunicación es la posibilidad de que la otra parte no pueda observar o enterarse de la oferta o su aceptación a tiempo. Es por esto que pueden suscitarse un sinnúmero de problemas por asuntos relacionados a la comunicación y que representan un obstáculo al momento de contratar por medios electrónicos.

Estos son algunos de los problemas más considerables que tiene el comercio electrónico hoy en día pero no son todos ya que puede existir una infinidad de situaciones que dan lugar a problemas con este medio de contratación, sin embargo resultaría vago enumerar cada uno de ellos y desviarnos del asunto central que es motivo de análisis en este trabajo.

2.6 El consentimiento en este tipo de contratos.

2.6.1 Como lo hemos dicho el contrato celebrado por medios electrónicos ha de regirse a las normas generales del derecho en cuanto regulan los negocios jurídicos, por ello se han de estructurar observando los elementos esenciales, los de la naturaleza de cada contrato y los accidentales; sin embargo, merece una referencia especial el consentimiento -como acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico-, considerando que para que exista éste deben concurrir dos momentos: el de la oferta y la demanda; como se ha dicho el contrato electrónico es un contrato celebrado entre partes que están distantes en el espacio, sin embargo los medios utilizados (internet) neutralizan esa distancia.

Comencemos nuestro análisis citando a Arturo Alessandri Rodríguez, que en su libro titulado “De los Contratos”, señala que para que el contrato se forme, no basta la voluntad de cada parte manifestada en alguna de las formas señaladas, es necesario que

ambas voluntades concurran en un mismo momento y sean concordantes, es decir, que haya consentimiento, esto es conforme el citado autor, un acuerdo de voluntades sobre un objeto jurídico.

Para el citado Arturo Alessandri Rodríguez "el consentimiento es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico" (Alessandri Rodriguez, 2011, p. 66); resalta el autor que es este acuerdo el que constituye contrato, sin el cual no podría existir. Por ello comprendemos que el contrato es un acto esencialmente bilateral.

Por otra parte, en el diccionario jurídico de Mabel Goldstein al definir el consentimiento nos da varias acepciones del término; empezando por su significado general señala que es la "Adhesión Voluntaria y libre de uno a la voluntad de otro"; por otra parte señala que el consentimiento contractual es la "Manifestación de ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptación de la otra"; y, finalmente al consentimiento entre ausentes lo define como la "Manifestación de voluntad mediante agentes o correspondencia epistolar" (Mabel Goldstein, 2010).

Ahora bien, revisemos lo que nos dicen algunos doctrinarios. Gonzalo Bascur Retamar, manifiesta lo siguiente:

> "La palabra consentimiento proviene del latín consentire; de cum, que significa compañía, y sentiré, que significa sentir. Da la idea, pues de querer dos o más personas la misma cosa, de ponerse de acuerdo.
>
> El consentimiento se define como el concurso real de voluntades de las partes en un acto jurídico bilateral, necesario para darle vida. El consentimiento en lo jurídico es

como los polos positivo y negativo de la electricidad, cuando se juntan surge la chispa, necesaria para dar vida al acto jurídico.” (Bascur Retamar, 2010, p. 105)

Definición e incluso comparación que resulta muy clara de lo que es el consentimiento en los contratos, pudiendo de nuestra parte destacar que el autor habla de que dos o más personas al querer la misma cosa, debe existir un concurso real de voluntades de ambas partes, es decir que se haya expresado su intención de manera real en el acto jurídico bilateral, y que es este concurso de voluntades el que da vida al negocio jurídico.

Para aclarar lo manifestado podemos citar a Luis Claro Solar que sostiene “el consentimiento es necesariamente un acto bilateral, a diferencia de la voluntad que es un acto unilateral” (Claro Solar, 2013, p. 53).

En este punto, regresemos a lo que enseña el citado Arturo Alessandri Rodríguez. Para este autor es necesario el consentimiento de todas las partes que intervienen en el acto y no sólo el de aquella que se obliga, señalando que la voluntad manifestada por las partes debe cumplir con los siguientes requisitos: primero, que sea seria, esto es emitida con la intención de crear un vínculo jurídico; y, segundo, que se exteriorice, esto es que se dé a conocer por cualquier medio externo.

2.6.2 Ahora bien, el Art. 1461 del Código Civil, nos dice que para que una persona se obligue con otra en virtud de un acto o declaración de voluntad, es necesario que tenga capacidad, que recaiga sobre objeto licito, que tenga una causa licita, que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio, por lo que, para que el contrato exista o sea valido debe existir consentimiento libre de vicios.

En tal sentido, según lo previsto en el Art. 1467 del Código Civil, el consentimiento puede adolecer de tres vicios, que son los siguientes:

a) El error, este puede ser de derecho o de hecho, el primero no vicia el consentimiento, en cambio de acuerdo con el Art. 1469 y siguientes de dicho código, el segundo si vicia el consentimiento. Existen varios tipos de error de hecho, y estos pueden ser:

1) Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra (ejemplo: Cuando en un contrato celebrado por un medio electrónico, una parte cree que es un contrato de compraventa y la otra que es una donación);

2) Cuando existe un error en la cosa especifica de la que se trata (ejemplo: Si se realiza un contrato de compraventa por medio de correo electrónico, y la una parte cree que se trata de un vehículo y la otra piensa que es una motocicleta);

3) Cuando se trate de un error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto que se contrata es diferente de la que se cree. Esto es muy importante en el comercio electrónico, ya que como se lo indicará más adelante, la oferta deberá contener información real y verídica del producto o servicio que se ofrece para evitar caer en este error de hecho que puede viciar el consentimiento (ejemplo: En una compra realizada por una página web, en la que descripción del producto no le corresponde al mismo y el comprador, lo adquiere en base a esa descripción).

4) Cuando existe error respecto de la persona con quien se tiene la intención de contratar, esto vicia el consentimiento solo cuando la consideración a la persona con la que se tiene la intención de contratar, es la causa principal del contrato (ejemplo: si por medio de una aplicación web aparentemente se contrata a una persona reconocida en el

mundo del arte, para que pinte un cuadro según sus instrucciones, sin embargo posterior a esto el contratante llega a conocer que no se trata del artista reconocido sino de un homónimo y por lo tal la voluntad su voluntad no es que él pinte el cuadro) . En este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado tiene derecho a ser indemnizada de los perjuicios que haya sufrido por la nulidad del contrato, siempre que exista buena fe.

b) La fuerza, para esta viciar el consentimiento debe ser capaz de causar una impresión fuerte en una persona con sano juicio, para lo cual se tendrá en cuanta la edad, sexo y condición. Esta fuerza puede ser infundida para causar temor de un mal irreparable y grave en la persona, su cónyuge, alguno de sus ascendientes o descendientes. En cuanto a quien ejerce la fuerza, para que vicie el consentimiento no es necesario que sea ejercida por quien se beneficiará de ella sino que por cualquier persona con el fin de obtener el consentimiento (ejemplo: El señor A envió una oferta por mail al señor B, sin embargo este a pocas horas de cumplirse el plazo para aceptar la propuesta aún no ha contestado debido a que no tiene interés en esa oferta, sin embargo el señor B recibe una llamada indicándole que si no contesta aceptando la oferta dentro del plazo, se publicarán fotos intimas de él que afectaran sobremanera a su honra y por lo tanto el señor B, ante este temor acepta la oferta); y,

c) El dolo, esta es la actuación deliberada de una de las partes con el fin de causar seducción o engaño, sin embargo para que cause vicio en el consentimiento es necesario que sea cometido por una de las partes y que sin él no hubieren contratado (ejemplo: El señor Pedro M, envía una oferta a la compañía WY para en base a su experiencia profesional, crear una aplicación web exclusiva para la compañía, enviando como documento adjunto a la oferta, una aplicación creada por él como muestra de lo que podría hacer. La compañía en base a esto, decide contratar al señor Pedro M, sin

embargo se llega a enterar que la aplicación enviada como muestra, nunca fue elaborada por Pedro M).

Consecuentemente, en los contratos celebrados por medios electrónicos, consideramos que en lo que se refiere al error y a la fuerza pensamos que debemos estar a las reglas del derecho común, de igual manera con el dolo, sin embargo hemos de señalar que la doctrina establece que la intención de causar un perjuicio al otro suele materializarse en la publicidad engañosa del oferente.

2.6.3 Es importante también tener presente el contenido del Art. 1476 del Código Civil, que nos dice: "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", lo cual para efectos del consentimiento es necesario tener en cuanta al momento de hacer un análisis respecto de si existe o no consentimiento de las partes para resolver un conflicto que se llegase a presentar.

2.6.4 En los contratos celebrados por medios electrónicos, el consentimiento tiene un papel principal y más aún cuando el mayor número de contratos celebrados por este medio son los consensuales, por lo que es imperioso determinar cuando existe consentimiento entre las partes en los contratos celebrados por medios electrónicos. Para analizar este punto es necesario referirnos al Art. 46 de la ley de Comercio Electrónico, que dice lo siguiente:

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

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

En razón de su contenido, es necesario remitirnos a otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico, siendo este el motivo por el que anteriormente revisamos ciertas disposiciones concretamente del Código Civil respecto del consentimiento, pues esta es la norma general en nuestro ordenamiento jurídico que trata sobre el consentimiento, ya que lo señalado en el Código de Comercio y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señalan aspectos más específicos.

Consecuentemente, cabe preguntarnos cuando se perfecciona el contrato electrónico, desde el momento de la declaración de aceptación, su emisión, su recepción o su conocimiento por el oferente.

Como se ha hecho referencia en un punto anterior, la doctrina ha señalado algunos criterios para establecer cuando un contrato es celebrado entre ausentes o entre presentes. Así, se dice que si las personas no están presentes físicamente se requiere un tiempo para que el contrato se perfeccione, como cuando las negociaciones se realizan vía carta; por otro lado se ha dicho que no importa la distancia entre las partes o su falta de presencia física, si su comunicación es instantánea, como por ejemplo cuando se utiliza el teléfono, se considera un vinculo entre presentes, pero si éstas personas están en países distintos, se aplican normas del derecho internacional privado y se considera el vínculo como de ausentes, y cuando se utiliza la contratación electrónica y hay diálogos interactivos que importan actos instantáneos se ha dicho que la celebración es entre presentes.

Recordemos que por regla general el contrato mercantil se perfecciona en el momento en que se contestase aceptando la oferta.

Por su parte la Ley de Comercio española al respecto señala que: "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato" y señala también que "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

¿Qué sucede en nuestra legislación?. Lamentablemente –a nuestro criterio- el legislador no dio una solución clara y concreta al problema, ya que el artículo 46 de la Ley de Comercio Electrónico prácticamente nos remite a las leyes que pudieran regular los contratos, lo cual consideramos insuficiente, pues por lo menos se debió tratar de determinar principios generales que nos permitan solucionar el problema.

Como la norma nos remite a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes, entendemos que debemos tratar de solucionar el problema del perfeccionamiento con las normas establecidas en nuestro Código de Comercio, Ley Orgánica de defensa del Consumidor y subsidiariamente con las del Código Civil.

Así en términos generales hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 145 del Código de Comercio, esto es dada la contestación a la oferta –es decir si se la aprueba pura y simplemente- el contrato se perfecciona y surte los efectos legales llamados a que está llamado a surtir; si se hacen modificaciones a la oferta o se realiza una aceptación condicional, se tendrá como una contra propuesta (Art. 146 Código de Comercio). Normas que debemos confesar nos parecen insuficientes para los problemas que pueden surgir en la contratación electrónica.

La doctrina ha señalado que cuando la negociación se realiza por Internet, como las partes no pueden consentir en un mismo momento, la aceptación a de entenderse perfecta cuando el oferente la recibe efectivamente, esto es cuando el mensaje de datos

ingresa al servidor del oferente, y no se entiende perfecta cuando el comprador expide su consentimiento o cuando la envía al oferente, ya que éstos actos no implican necesariamente la recepción por parte del destinatario, caso contrario sería grave para el oferente cuando se extravió en la red dicho mensaje.

Una disposición importante es la del artículo 174 del Código de Comercio, que regula la compra por orden, según el cual comprador tiene derecho a resolver el contrato si la cosa que le envía en vendedor no fuere sana y de regular calidad, similares normas encontramos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

2.7 Etapas de la formación del consentimiento electrónico.

Uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico es el consentimiento como hemos indicado, el cual tiene cierta particularidad en el comercio electrónico ya que los contratos se celebran entre ausentes, lo cual genera un cambio en la manera clásica de expresar el consentimiento.

Podríamos decir que existen dos etapas en la formación del consentimiento electrónico, sin embargo es posible que en ciertos casos aparezca una especie de tercera etapa; la primera etapa siempre va a consistir en el envió de una oferta a un destinatario que podrá ser una o varias personas, el cual al recibirla considerará si le interesa o no participar en ese negocio jurídico, sin embargo la intención del ofertante ya está dada para celebrar el contrato. Es entonces momento de la segunda etapa, la cual consiste en el pronunciamiento que hace el receptor, aceptando o negando la oferta.

Existe quienes sostienen que se puede dar una especie de tercera etapa o momento, el cual consiste en el caso que el receptor al haber recibido una oferta, realiza una contra oferta o nueva propuesta al ofertante inicial, lo cual genera que esté a su cargo indicar si acepta o no la nueva oferta, sin embargo podrá volver a realizar una nueva propuesta al

receptor inicial y así formarse una cadena de propuestas. A nuestro criterio, consideramos que debería existir solamente dos etapas, la oferta y la aceptación, ya que si existiese una contra oferta esta simplemente consistiría en una nueva oferta y se generaría una inversión de papeles respecto de quien es la parte que ofreció y la que recibió.

Al hablar de consentimiento electrónico, se entendería que dichas etapas corresponden efectivamente en su totalidad a la oferta y aceptación realizadas por medios electrónicos, sin embargo existe la posibilidad que una de estas etapas no se la realice electrónicamente y la otra si, lo cual podría generar una discusión respecto de si sería o no un consentimiento electrónico, debiéndose indicar que hay legislaciones que si considerarían comercio electrónico si la aceptación se realiza por medios electrónicos sin importar como se haya hecho la oferta, y existen también legislaciones que tienen el criterio que para ser considerado consentimiento electrónico tiene que ser realizado por este medio tanto la oferta como la aceptación.

Por tal motivo, existe variedad de criterios; revisemos a continuación en que consiste la oferta y la aceptación respecto del consentimiento, no sin antes citar lo que dice Vicenzo Roppo respecto de formar el consentimiento: "Es común entender que la oferta y la aceptación no constituyen actos negociales, porque no producen, por si mismas, efectos jurídicos, es decir, vínculos para sus autores en el plano del derecho: ellas estarían destinadas, únicamente, a hacer posible la celebración del contrato. Sin embargo, por tratarse de futuros elementos formativos del contrato, ambas deberán estar sustentadas en la capacidad de contratar y en el libre consentimiento." (Roppo, 2004, p. 187)

2.8 La oferta electrónica.

El primer momento para formar el consentimiento electrónico es con la oferta, ella da inicio a una negociación concreta sobre determinado bien o servicio (objeto jurídico), por lo que debemos entender y analizar que es y cuando es válida, para ello revisaremos algunos conceptos y también el contenido de nuestras normas.

Al respecto, Hernán Coello García manifiesta "A la oferta se debe considerar como el acto jurídico en virtud del cual cada una de las partes propone a la otra la celebración de un contrato, en términos tales, que, para que el contrato se perfeccione, basta simplemente que la otra parte acepte o convenga en dicho contrato" (Coello García, 2006, p. 65) siendo claro lo que nos dice el autor, debemos destacar que la oferta es un acto jurídico, y que es propuesta por una parte debiendo hacerlo en ciertos términos que revisaremos más adelante para que sea valida, sin embargo por el momento debemos concluir que esos términos deberán ser suficientes como para que con la sola aceptación del receptor, el negocio jurídico quede perfeccionado.

Gonzalo Bascur Retamar, nos dice "La oferta o policitación constituye un acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra la celebración de un determinado acto jurídico o contrato. Aquella persona que efectúa la oferta adopta el nombre de oferente, proponente o policitante. La policitación puede ser verbal o escrita, expresa o tacita. Para que la oferta forme el consentimiento ella debe ser completa" (Bascur Retamar, 2010, p. 107). El autor se refiere a oferta desde una visión clásica en general, lo cual se aplica también a la oferta electrónica; lo que puede variar es el medio por el cual se la propone, destacándose que la oferta es un acto jurídico unilateral por la cual el ofertante expresa su voluntad de celebrar un contrato, claro está que lo hace bajo las condiciones propuestas y por ello es necesario que sea completa, quedando

supeditada a la aceptación o negación de tal oferta por el receptor para que se forme el consentimiento.

Por su parte Vicenzo Roppo, al conceptualizar la oferta y aceptación indica "La oferta y la aceptación son declaraciones receptivas, en tanto están dirigidas a una persona determinada. La oferta es recepticia por definición, porque esta destinada a solicitar la adhesión de otro sujeto. Y la aceptación, al menos la contractual, también lo es, porque sin su conocimiento (y/o la conocibilidad) por parte del oferente, este último no podría comportarse como fluye el compromiso, ni dar ejecución al contrato." (Roppo, 2004, p. 187). Resulta interesante lo dicho por Vicenzo Roppo, en cuanto señala que la oferta es una declaración, la cual será receptiva y como es obvio deberá conocerla el destinatario a quien está dirigida, aunque debemos decir que para nosotros tal oferta no deberá estar necesariamente dirigida a una persona determinada, como cuando hablamos de relaciones de masa, se lo podrá hacer respecto de un público en general, por ejemplo, una oferta que se la realiza por televisión, se entiende que cualquier persona podrá hacer uso de lo propuesto y aceptar la oferta.

Lo dicho anteriormente encuentra su sustento en lo que nos dice Juan Manuel Farina, que respecto de la oferta manifiesta lo siguiente "Para que haya contrato debe haber una oferta y una aceptación. Lo común en las contrataciones mercantiles es que la oferta sea dirigida al público" continua el autor más adelante en el mismo texto y señala que "Quien se propone celebrar un contrato puede dirigir su oferta o propuesta a una persona determinada o bien al público en general (in incertam personam). En el derecho comparado no hallamos criterios uniformes sobre la cuestión de la oferta al público. Desde el punto de vista doctrinal tampoco se manifiestan concordes las opiniones. El concepto de oferta en las contrataciones mercantiles constituye, en realidad, una de las cuestiones más criticas, porque generalmente se dirige al público."

(Farina J. M., 2005, p. 245). Estamos de acuerdo con lo que sostiene el autor, en adelante adoptaremos y sostendremos tal teoría de que la oferta puede ser también dirigida a un publico en general.

Esto lo afirma también Luis Caro Solar, al sostener que la oferta puede enviarse a una persona determinada o al público en general cuando dice: "La oferta puede hacerse determinadamente a una o muchas personas, o indeterminadamente a cualquier persona; y puede ser expresa o tácita.

La oferta a persona determinada es la que se hace a una persona cierta que el proponente conoce o con quien desea contratar, y es la ordinaria y corriente.

La oferta a persona indeterminada, es la que se hace al público en general y que se contiene en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra especie de avisos o anuncios impresos, persona que en el momento del contrato pasa a ser determinada" (Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado (Volumen V) De las Obligaciones, 2013, p. 55).

Respecto de lo señalado por el autor, en el comercio electrónico existe una variación respecto de a quien se dirigen la mayoría de ofertas, siendo estas las que se realizan a personas indeterminadas, como por ejemplo cuando se ofrece un producto por página web.

Por su parte, nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumido en su Art. 2, define a la oferta como "Práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor"; lo cual es bastante básico y si bien esta enfocada en la relación proveedor-consumidor, no es discorde con los conceptos generales de oferta que hemos citado.

La oferta para que sea valida y suficiente como para considerarse una declaración de la voluntad por parte del oferente, debe cumplir con ciertos requisitos mínimos, caso contrario no se podrá considerar como tal, al respecto Gonzalo Bascur Retamar hace una interesante acotación al afirmar que:

> "Para que la oferta forme el consentimiento, ella debe ser completa.
>
> Se considera que la policitación es completa cuando se formula en términos tales, que basta con la simple aquiescencia de la persona a quien la oferta se ha dirigido para que la convención propuesta se perfeccione.
>
> Por ejemplo, es completa la oferta que hace A a B de venderle un caballo en $ 100, pues en la propuesta se contienen los elementos esenciales del contrato de compraventa: cosa y precio.
>
> Las ofertas que no señalan los elementos esenciales de la convención que se propone celebrar, de modo que no basta con la aceptación del destinatario para que la convención se perfeccione, se llaman ofertas incompletas. Por ejemplo, es incompleta la oferta que hace A a B de venderle un caballo en un precio "módico o razonable"." (Bascur Retamar, 2010, p. 107).

Lo dicho nos lleva a la conclusión de que la oferta tiene que ser completa para que sea considerada como tal y por lo tanto es necesario que si la oferta cuenta con todos los elementos mínimos necesarios como para formar un contrato, esto tiene lógica, ya que el destinatario podrá aceptar o rechazar la oferta, y en caso de aceptarla se entiende perfeccionado el contrato, si se trata de un contrato consensual.

Respecto a los requisitos que debe contener la oferta, por ejemplo en materia de consumidores nuestro ordenamiento jurídico, en el Art. 46 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, nos dice lo siguiente:

> "Art. 46.- Promociones y Ofertas.- Toda promoción u oferta especial deberá señalar, además del tiempo de duración de la misma, el precio anterior del bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendría el consumidor, en caso de aceptarla.
>
> Cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquellos, el plazo y el lugar donde se podrán reclamar. El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente el resultado de los concursos o sorteos."

Podemos destacar que en un inicio se hace alusión a promociones u ofertas especiales, sin embargo al no existir una regulación para la promoción u oferta normal, en materia de consumidores debemos por lo menos cumplir con las señaladas en el Art. 46 como especiales, teniendo por consiguiente que señalarse el tiempo de duración y el precio del bien o servicio.

En cuanto al primer requisito, doctrinariamente existe una discusión interesante sobre si la oferta puede o no ser revocable por parte del oferente, indicándose al respecto por Vicenzo Roppo lo siguiente:

> "Así pues, el efecto del compromiso del oferente para mantener firme la oferta por cierto tiempo no constituye, técnicamente, la asunción de una obligación (que siempre sería susceptible de ser incumplida), sino la perdida de la facultad de

> revocación (y este es el llamado "efecto real" de la oferta irrevocable). Cuando el oferente haya renunciado a dicha facultad, si siquiera la muerte o la sobrevenida incapacidad quitan eficacia a la oferta.
>
> Un tema de discusión es la naturaleza de la oferta irrevocable, es decir, si ésta es negocial o no. La opinión más convincente es que como efecto, justamente, de la renuncia a la facultad de revocación, la oferta asume un carácter firme y obligatorio, porque hasta el vencimiento del plazo por el cual el oferente se ha comprometido a mantener firme su oferta, él estará "sujeto" a la voluntad del destinatario, de aceptar o no la oferta; de tal forma, el oferente queda condicionado en su capacidad de contratación (con referencia, naturalmente, al objeto de la oferta). De aquí se deduce que la oferta irrevocable tiene naturaleza negocial, y son negociales, del mismo modo, y como máxima, las declaraciones de voluntad destinadas, de cualquier manera, a comprometer a sus autores". (Roppo, 2004, p. 189)

Por lo tanto, de lo analizado por el referido autor podemos decir que existen ofertas que pueden ser revocables o no, para lo cual se deberá observar la normativa del lugar donde se oferta y va contratar, por ejemplo para los sistemas jurídicos que se inspiran en el modelo francés, la oferta tiene un carácter no obligatorio, es decir existe la posibilidad de revocar la oferta, sin embargo el modelo alemán siempre la oferta es obligatoria de cumplimiento, es decir no revocable.

En consecuencia, en nuestro ordenamiento por lo dispuesto en el Art. 46 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, al exigir que se debe señalar un tiempo de duración de la oferta, deducimos que en materia de consumidores estamos frente a un sistema jurídico que no acepta que la oferta pueda ser revocada, ya que si se establece

un tiempo de validez de la oferta por parte del oferente, esta implícita la renuncia a modificar lo propuesto durante el plazo señalado.

En cuanto al segundo requisito de la oferta de acuerdo al citado articulo, es el precio sin el cual no se configurará una oferta, lo cual es lógico y no merece mayor discusión al respecto, ya que sin conocer aquello el destinatario no podrá formar su voluntad integra de si desea o no celebrar aquel contrato.

Como la habíamos indicado, la oferta necesariamente deberá contener los elementos suficientes como para con la simple aceptación del receptor se perfeccione el consentimiento y en los contratos consensuales incluso perfeccionarse el contrato mismo, estos elementos son aquellos requisitos para la validez y existencia del negocio jurídico, por lo que deberá dicha oferta ser clara, precisa y concreta respecto del objeto, causa, precio de lo que se propone contratar por parte del oferente.

Ahora bien, para que sea considerada electrónica se deberá enviar por cualquier medio electrónico que lo decida el oferente, sin embargo una oferta se la podrá entregar físicamente al receptor y para que sea considerado como contrato celebrado por medios electrónicos, bastará que el receptor acepte dicha oferta necesariamente por un medio electrónico al oferente.

Existe criterios respecto de que si no se da toda la cadena de negociación por medios electrónicos, es decir desde la oferta inicial por esta vía, no se puede considerar como un contrato celebrado por medio electrónico, criterio con el cual discrepamos ya que en un primer paso se podrá y de hecho habitualmente se lo realiza físicamente, sin embargo en ocasiones la única forma que el oferente indica al receptor para que acepte la voluntad es por medios electrónicos, por lo tanto, la declaración de voluntad del aceptante se da por un medio electrónico, es decir entre ausentes y esa precisamente es

la escénica del comercio electrónico, caso contrario si dicha negociación se da al revés, es decir se envía la oferta electrónicamente pero la aceptación el destinatario la realiza físicamente en presencia del oferente, no estaríamos ya dentro del comercio electrónico.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidad sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en el ámbito de su aplicación para lo que fuera pertinente, respecto de la oferta en su Art. 14, nos dice que se llamará oferta a la propuesta de celebrar un contrato y que esta sea dirigida a una o varias personas, si esta es suficientemente precisa e indica su intención de quedar obligado en caso de aceptación, indicándose también que por suficientemente precisa debemos entender cuando se indica las mercaderías y de manera expresa o tácita señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinar. Respecto de la discusión sobre si la oferta puede ser dirigida a un público en general, en el segundo numeral del Art. 14 de la mencionada convención, nos indica que en caso que no se dirija la propuesta a una o varias personas determinadas, se considerará como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que el oferente en la propuesta indique claramente lo contrario.

La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario y aún cuando esta tenga el carácter de irrevocable, se podrá retirar por parte del oferente si esta llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. En el siguiente artículo, se establece que la oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocatoria llega al destinatario antes de su aceptación, sin embargo no podrá revocarse si se indica un plazo para la aceptación o de otro modo que es irrevocable, así como también si el destinatario de la oferta podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado basándose en esa oferta. En su Art. 17 se dice que la oferta, aún cuando sea irrevocable quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente, lo cual es

lógico debido a que la oferta ha sido rechazada y por ende mal podría el oferente seguir comprometido.

La oferta sin importar si es de carácter civil o mercantil, para ser considerada como tal deberá contener todos los elementos necesarios para que el contrato sea valido con la simple aceptación de la otra parte; así lo afirma Arturo Alessandri Rodríguez, cuando dice "Solo hay oferta cuando la declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente" (Alessandri Rodríguez, De los Contratos, p. 88)

2.9 La aceptación electrónica.

Sin duda es la parte más importante de la formación del consentimiento, siguiendo el esquema mantenido en la parte anterior, revisemos lo dicho por Hernán Coello García, quien sostiene lo siguiente "La aceptación por su parte, es el acto jurídico por el cual una persona, a la que va dirigida directa o indirectamente la oferta, manifestó, expresa o tácitamente, al proponente, su conformidad con aquella" (Coello García, 2006, p. 65). De lo dicho puede resaltarse que la aceptación también es un acto jurídico, y que debe ser manifestada al proponente ya sea de manera expresa o tácita, lo cual como concepto general de aceptación aplica plenamente para el ámbito de la contratación por medios electrónicos.

Por su parte, Gonzalo Bascur Retamar nos dice que "Es aquel acto jurídico unilateral por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella. La persona que acepta se llama aceptante. La aceptación, al igual que la oferta puede ser expresa o tácita" (Bascur Retamar, 2010, p. 108). Al igual que en el concepto de oferta, el autor es claro al indicar que es un acto jurídico unilateral por el cual el destinatario

acepta o rechaza la oferta. Su importancia radica en que de aceptarse la misma, se formaría ya el consentimiento debido a que con la oferta realizada por el oferente existe una declaración de voluntad para celebrar un contrato en los términos propuestos, lo cual concuerda con lo indicado por Luis Claro Solar, que respecto de la aceptación sostiene que: "El acto en que la persona a quien se hace la oferta expresa su conformidad con ella, constituye la aceptación" (Claro Solar, 2013, p. 53).

El jurista chileno y catedrático en la Universidad de Talca, Ruperto Pinochet Olave respecto de la aceptación electrónica nos dice lo siguiente: "La aceptación, el segundo y más importante elemento para la formación del consentimiento electrónico y, por tanto, del negocio jurídico electrónico deberá necesariamente -a diferencia de la oferta- haberse formulado por medios electrónicos para poder situarnos dentro del ámbito propio del consentimiento electrónico y, en consecuencia, del negocio jurídico electrónico" (Pinochet Olave, 2005) Ante lo que debemos indicar que estamos plenamente de acuerdo con lo indicado por el autor, pues como ya lo habíamos indicado, la oferta si podría hacerse por medios no electrónicos y formar parte de un contrato celebrado por medios electrónicos siempre que la aceptación se la realice por este medio, caso contrario no estaríamos frente a la contratación electrónica.

Una vez revisados los conceptos de la aceptación electrónica, estamos claros que para ser considerado comercio electrónico, sin importar si la oferta fue enviada o no vía electrónica, la aceptación obligatoriamente deberá ser expresada por algún medio electrónico. Existen ciertos requisitos esenciales que deben cumplirse para que la aceptación electrónica sea valida, Arturo Alessandri Rodriguez al respecto sostiene lo siguiente:

"Para que la aceptación genere el contrato, es menester:

1º Que se produzca estando pendiente la oferta;

2º Que sea oportuna; y

3º Que sea pura y simple.” (Alessandri Rodriguez A. , 2011, p. 92)

Pues bien, revisemos cada uno de ellos en el ámbito del comercio electrónico.

Que se produzca estando pendiente la oferta, Arturo Alessandri Rodríguez nos dice que “la aceptación debe producirse mientras la oferta persista. El contrato nace del acuerdo de las voluntades de las partes; este acuerdo sólo existe cuando esas voluntades se encuentran. Si la aceptación se da después de que la oferta se ha extinguido, no hay contrato, aunque la aceptación haya sido oportuna y pura y simple; no se habría producido la concurrencia de voluntades” (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 93). El autor dice que la aceptación debe producirse mientras la oferta esté vigente, caso contrario no habrá contrato así se cumpla con los demás requisitos, ante lo que debemos tener presente que la oferta tiene el carácter de revocable, salvo que se haya indicado en ella un tiempo de duración.

La oferta se puede extinguirse por dos causas, la primera es la retractación del oferente (cuando el oferente la revoca o deja sin efecto) y la segunda es por la caducidad (cuando el oferente muere, le sobreviene alguna incapacidad legal o cuando termina el plazo para aceptar la oferta). Si la aceptación ha sida expresada antes de la retractación o caducidad de la oferta, esta será valida.

Que sea oportuna, la aceptación tiene que ser recibida por el oferente dentro de los plazos establecidos, Luis Caro Solar nos dice “La aceptación dada dentro de estos plazos es temporánea y válida; la aceptación dada después de estos plazos es extemporánea y no tiene valor” (Claro Solar, 2013, p. 62).

El mismo autor respecto de la aceptación extemporánea, indica que "no puede producir el consentimiento y la perfección consiguiente del contrato, desde que vencidos esos plazos la propuesta se tiene por no hecha, y si no hay propuesta hecha, no puede haber aceptación" (Claro Solar, 2013, p. 62).

En el comercio electrónico, dados los avances tecnológicos es poco probable que por alguna causa la aceptación no llegue de inmediato al dominio del oferente, pues ahora la comunicación por medios electrónicos es casi instantánea sin embargo en un supuesto que esto ocurra, debemos tener presente que la aceptación para que cause efectos en contrato entre ausentes debe llegar al dominio del oferente en el plazo establecido, independiente del momento en el que el aceptante la haya manifestado.

Propongamos un ejemplo para aclarar lo dicho: El señor A envía una oferta al señor B para venderle un bien, indicándole que la oferta estará vigente hasta las 15h00, ante lo cual el señor B conoce y acepta la misma, sin embargo envía el correo electrónico a las 14h58 y esta llega al correo del señor B, a las 15h05. Por lo que el señor A, llegadas las 15h00 sin tener respuesta del señor B, vende el bien a otra persona.

Nos preguntamos entonces, ¿El señor A, podría estar obligado con algo que desconocia? Consideramos que de ninguna manera, pues la aceptación no arribó a la esfera del conocimiento del oferente en el plazo dado, por lo que el señor A no tenía posibilidad de conocer la aceptación y por lo tanto, sería ilógico que este presuma aceptada la oferta.

Es posible también que la aceptación que sea expresada fuera del plazo establecido en la oferta, sea convalidada por el oferente en razón que éste siga interesado en la celebración del negocio jurídico, pues siendo así se entenderá formado el consentimiento para los fines pertinentes del contrato.

Respecto de aquello existen dos criterios doctrinarios que dada su relevancia lo enunciaremos, el primero dice que a pesar del retraso se podría considerar la eventual aceptación como eficaz; y la segunda considera que es una contraoferta y que por lo tal necesita una nueva aceptación, que estaría dada esta vez por el oferente inicial, quien en caso de no estar dispuesto a validar la aceptación o aceptar la nueva oferta, deberá dar pronto aviso de su negativa al aceptante inicial ya que este puede interpretar el silencio del proponente como voluntad de mantener su oferta, tal omisión le podrá volver responsable de los perjuicios que se cause al aceptante inicial.

Nuestro Código de Comercio, respecto del tiempo para que se pronuncie el destinatario, nos indica lo siguiente:

"Art. 141.- Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre."

Este artículo hace mención a la oferta verbal, ante la cual el destinatario deberá pronunciarse de inmediato y si no lo hace queda libre el oferente, teniendo por consiguiente a la falta de pronunciamiento como negativa a la oferta, la norma dice que "el proponente queda libre", lo cual es bastante discutible ya que en ocasiones el destinatario necesita analizar la propuesta realizada y en pocas ocasiones esté pide que ante la necesidad de tiempo para reflexionar, que la propuesta se la realice por escrito para acogerse a la protección respecto de la propuesta escrita.

El Art. 142 del Código de Comercio, por su parte trata la propuesta hecha por escrito, diciéndonos lo siguiente:

"Art. 142.- La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza y, si en distintas, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.

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

La primera parte del contenido de este artículo denota la antigüedad de la norma, sin embargo no nos compete criticar aquello sino indicar que para efectos del comercio electrónico se deberá considerar como si las partes residieran en distintas plazas, pues en muchas de las ocasiones en el comercio electrónico al momento de negociar no conocemos la ubicación de la otra parte, por lo que el sentido de la norma debe ser general y no restrictivo, a nuestro criterio se debe considerar como si residieran en plazas distintas, en su segunda parte indica que una vez vencidos estos plazos la oferta se entenderá como no realizada pero el oferente deberá dar aviso al aceptante de que su oferta es extemporánea o caso contrario validar la oferta y perfeccionar así el consentimiento.

Sin embargo, de acuerdo con el Art. 46 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el oferente en materia de consumidores al realizar su oferta deberá señalar el tiempo de duración de la misma.

Por otra parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en el numeral segundo del Art. 18, nos dice que la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento que está llegue al oferente y que no surtirá efecto si no llega dentro del plazo que se haya fijado en la oferta o en

caso de no haberse señalado un plazo, si no llega hasta que el oferente dentro de un plazo razonable para lo cual se tomará en cuenta la rapidez de los medios de comunicaron empleados por el oferente, con lo que nuevamente debemos insistir que al decirse plazos razonables podemos caer en la subjetividad. En cuanto a las ofertas verbales, se indica que deberá expresarse de inmediato, sin embargo a diferencia de lo establecido en el Art. 141 del Código de Comercio, se da la posibilidad de cierta flexibilidad al incluirse en su contenido "a menos que de las circunstancias resulte otra cosa".

Que sea pura y simple, La aceptación debe ser pura y simple, consistiendo ello según Arturo Alessandri Rodríguez en "Coincidir exactamente con la oferta tanto en cuanto a las personas, como a la cosa a que se refiere y a todas las demás circunstancias o modalidades que contenga (cantidad, precio, plazo, etc.)" (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 100).

Por su parte, de no ocurrir aquello, Ruperto Pinochet Olave nos dice que "si la aceptación es condicionada se entenderá como una nueva oferta, o contraoferta, realizada esta vez al primer oferente, que será considerado nuevo destinatario de la segunda" (Pinochet Olave, 2005), lo cual es importante ya que de ocurrir un condicionamiento, el pronunciamiento no es coincidente con la oferta realizada y estaríamos frente a otra oferta que deberá ser aceptada o rechazada por el oferente incial.

El Código de Comercio, en su Art. 145 dice lo siguiente:

"Art. 145.- Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o

incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios."

El indicado artículo es claro respecto de que la contestación para ser considerada como aceptación deberá realizarse de manera pura y simple, e incluso va más allá y de su interpretación se desprende que la oferta puede ser retractada hasta antes que el receptor pronuncie su aceptación, lo cual es importante tener en cuenta para futuras discusiones. Por su parte, en el Art. 146 del Código, se dice que "La aceptación condicional o las modificaciones a la propuesta, se tendrán como propuesta" lo cual, concuerda plenamente con lo antes indicado respecto de las consecuencias de que la aceptación no sea pura y simple respecto de la oferta.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en su Art. 19 nos dice lo siguiente:

"1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de

la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta."

Lo dicho en el primer numeral del artículo transcrito, no varia respecto de las consecuencias de la aceptación que no sea pura y simple, sin embargo en el segundo numeral prevé la situación de que si la contestación parece ser una aceptación y contiene elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente la oferta si constituirá aceptación a menos que el oferente sin demora injustificada objete lo dicho por el aceptante, lo cual de cierto modo puede resultar algo relativo ya que podría ser discutible cuando es una demora justificada o no. En caso que no exista pronunciamiento contrario por el oferente al recibir la aceptación con elementos adicionales o diferentes, formará parte del contrato la oferta y las modificaciones propuestas por el aceptante.

En el tercer numeral se indica en que consistirá una alteración sustancial a la oferta, siendo estas las relativas al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias.

Lo dicho anteriormente debemos tener en cuanta que aplica para la compraventa de mercaderías internaciones en el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidad sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Por otra parte, la aceptación de la oferta que fue enviada a una persona determinada, deberá ser aceptada por ella y no por otra, pues la aceptación en principio debe emanar del destinatario de la oferta. Por su parte, Luis Claro Solar respecto de si la oferta es hecha por una persona a varias o viceversa nos dice lo siguiente:

> “Si la oferta es hecha por varias personas a una sola, esta deberá aceptarla respecto de todos los proponentes y no únicamente respecto de algunos, salvo que en la oferta misma se le autorice para ello.
>
> Si la oferta es dirigida a varias personas a la vez y solo una o más la aceptan, pero no todas ellas, es evidente que el contrato no puede formarse respecto de las que no la han aceptado; pero ¿puede formarse respecto de la persona o personas que la aceptan?
>
> Generalmente, el contrato no se formará, sino con la aceptación de todas las personas a quienes se ha hecho la oferta, en especial si el proponente entiende que todas ellas deben concurrir, como ocurrirá por ejemplo, si la oferta es hecha bajo la condición de la solidaridad de parte de aquellas a quienes es hecha, o bajo alguna otra condición que requiera la aceptación de todas. Pero si aquel o aquellos que han hecho la oferta y aquel o aquellos que la han aceptado han entendido admitir aceptaciones separadas; si acaso ni la naturaleza del contrato, ni el fin perseguido por las partes, ni las modalidades contempladas en la oferta, se oponen a la aceptación particular de uno o más, el contrato se formara entre el proponente y los que han aceptado, sin tomar en cuenta a los demás. Se trata, por lo tanto, de una cuestión que debe resolverse consultando la intención de las partes, de acuerdo con las circunstancias de cada caso” (Claro Solar, 2013, p. 58)

Lo señalado por el Claro Solar, en el comercio electrónico es importante tenerlo presente ya que por lo general esto puede darse en ciertas ofertas significativas, teniendo de tal manera una respuesta concreta para el caso.

Una vez que hemos revisado los requisitos para que la aceptación sea valida, debemos indicar que esta contendrá una voluntad de contratar seria y definitiva, ya que

una vez que se entiende que la voluntad ha sido expresada por el aceptante, se perfecciona el consentimiento por lo que deberá ser contundente y definitiva, caso contrario podríamos considerar que es una nueva oferta o contraoferta y que estamos aún en proceso de negociación. No se podrá entender como aceptación cualquier respuesta o pronunciamiento que haga el receptor, como por ejemplo, un acuse de recibida la oferta o que la oferta le interesa y en general cualquier otro pronunciamiento que signifique que continua abierto el proceso de negociación. .

La aceptación puede ser expresa o tácita, Ruperto Pinochet Olave respecto de esta última nos dice que "Para que exista aceptación tácita, se requiere que los actos del destinatario de la oferta, en su consideración objetiva o social, signifiquen conformidad con la oferta" (Pinochet Olave, 2005). Lo cual es probable que ocurra en la practica por lo que estamos de acuerdo con lo señalado por el autor y de darse aquello, esto sería considerado como comercio electrónico ya que si se envió la oferta por cualquier medio electrónico y el receptor lo acepto de manera tácita lo más lógico sería que se considere como una transacción hecha por este medio. Respecto de la aceptación expresa, no hace falta que nos pronunciemos, ya que es la materia que nos ocupa en este momento.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en su numeral tercero del Art. 18, nos dice que cabe la posibilidad de una aceptación tácita, la cual se considerará desde el momento en el que se la ha expresado y será valida si se lo ha realizado dentro del tiempo establecido para hacerlo, incluso pone como ejemplo de aceptación tácita si el receptor una vez recibida la oferta paga el precio al oferente.

2.10 Condiciones para que se forme el consentimiento electrónico.

Para que se forme el consentimiento es necesario que existan dos condiciones fundamentales; la primera, que se realice una oferta, y la segunda, que por parte del destinatario se acepte. Es importante en este punto recordar que puede existir por parte del destinatario de la oferta (cuando la negociación lo permita), una contra oferta y por lo tanto seria el oferente inicial quien debería aceptar la nueva propuesta y de ello suceder, se incluirá o modificará lo nuevo que se haya propuesto en la contra oferta.

De lo analizado anteriormente, la oferta y la aceptación tienen ciertos requisitos mínimos que cumplir para ser consideradas como tales y poder surgir los efectos legales propios de cada uno, es decir para que se tengan en cuanta como una declaración de voluntad de cada uno de las partes según corresponda para que después al unirse estas se perfeccione el contrato celebrado por medios electrónicos, sin embargo no está por demás advertir que en las transacciones realizadas por esta vía, la voluntad de las partes no deberá estar viciada o caso contrario por más que se haya expresado la misma cumpliendo con los requisitos mínimos antes señalados y el contrato en un inicio nazca, este adolecerá de nulidad y se deberá estar a lo previsto en cada ordenamiento jurídico al respecto de los contratos nulos.

2.11 Análisis del consentimiento de acuerdo a las posibles partes que pueden celebrar los contratos por medios electrónicos.

Conforme lo habíamos indicado, pueden existir diferentes tipos de partes que pueden celebrar un contrato por medios electrónicos, siendo principalmente las siguientes: a) Entre empresas distintas, conocido también como Buisness to Business o B2B por sus siglas en ingles; b) De empresa a consumidor, también conocida como Buisness to Consumers o B2C; c) De empresas a gobiernos o viceversa, conocido también como

Business to Governments o B2G; d) Usuarios en situación de igualdad, conocido como Peer to Peer o P2P.

Realicemos el análisis del consentimiento en cada una de ellas ya que pueden o de hecho tienen connotaciones distintas, no sin antes dejar claro que pueden presentarse más tipos de contratos, sin embargo en la actualidad estas son las principales y más frecuentes partes que contratan por medios electrónicos, así también advertir que si bien a continuación el tema que nos ocupa es el consentimiento, este se encuentra en algunas ocasiones bastante vinculado con la capacidad de las partes por lo que en parte deberemos analizar dichas capacidades.

El primer tipo de contrato según las partes intervinientes que analizaremos, es el de usuarios en situación de igualdad, conectándose a una red alimentada por ellos mismo y su objetivo no es necesariamente dedicarse al comercio, ocupando así este medio electrónico para conectarse y realizar transacciones entre usuarios. Teniendo de esta manera, un medio que les permite poner en conocimiento de las demás personas su oferta, y del otro lado están usuarios que al interesarse y aceptar esta oferta, se convierten en aceptantes.

Los usuarios que utilicen estos medios para contratar electrónicamente, habitualmente tienen que registrarse con un nombre de usuario y una clave, aceptando los términos y condiciones impuestas por el portal web, y como resultado de ello, son responsables de los datos que se entreguen (capacidad) y de la correcta utilización de lo que representa tener una cuenta en dicho sitio.

En los contratos celebrados por medios electrónicos entre usuarios en igualdad de condiciones, por lo general no suelen existir problemas aparte de los propios del comercio electrónico, ya que son ellos mismos quienes realizan una oferta abierta al

público, esto es posible conforme lo indicado por Juan M. Farina, cuando se refiere al oferente como "Quien se propone celebrar un contrato puede dirigir su oferta o propuesta a una persona determinada o bien al público en general (in incertam personam)" (Farina J. M., 2005, p. 245); y, de otra parte esta el usuario en general que puede informarse de la oferta que realiza el oferente y en caso de estar de acuerdo exprese su aceptación respecto de dicha oferta. Es importante dejar claro que por lo general en algunas páginas web se puede realizar subastas, las cuales en caso de cumplir los requisitos propuestos, al vencimiento de la misma, se tendrá por expresado el consentimiento y por lo tanto aceptada la propuesta; puede existir la posibilidad de que el usuario realice una contraoferta, generalmente en cuanto a la cantidad, precio o garantía, ante lo cual el primer oferente será quien tenga que expresar su aceptación y en aquel momento quedará declarado su consentimiento, recordando que no todo interés o consulta de cierto negocio se considera como una aceptación o contraoferta, pues esta tiene que cumplir con los requisitos antes indicados.

Las paginas web, generalmente se deslindan de responsabilidades respecto de los contratos que se celebren por aquel medio ya que sostienen que solamente son un punto de encuentro entre los usuarios, así lo expresa el portal web www.mercadolibre.com.ec al indicar en sus términos y condiciones lo siguiente:

> "Dado que MercadoLibre es un punto de encuentro entre comprador y vendedor y no participa de las operaciones que se realizan entre ellos, el Vendedor será responsable por todas las obligaciones y cargas impositivas que correspondan por la venta de sus artículos, sin que pudiera imputársele a MercadoLibre algún tipo de responsabilidad por incumplimientos en tal sentido." (Mercadolibre, 2018)

Por lo tanto, estos negocios jurídicos de una u otra manera sin importar el medio electrónico que utilicen, son celebrados “directamente” y por lo tanto son ellos mismo quienes se obligan en las condiciones acordadas o aceptadas.

Uno de los principales problemas del consentimiento en los contratos celebrados entre usuarios de igualdad de condiciones, es la capacidad que tengan para contratar, pues al tratarse de negocios jurídicos celebrados entre ausentes es muy difícil conocer si la otra persona tiene capacidad de discernimiento o no para contratar y por lo tanto su voluntad puede estar viciada, lo cual no quita que la otra parte este actuando de buena fe pero el contrato podría ser nulo. Así también otro problema de este tipo de contratos, es la entrega de datos falsos, lo cual si bien para un asunto de responsabilidades tendría que responder quien falseó esa información, el consentimiento en ciertos contratos podría verse viciado.

Estos problemas en el comercio electrónico pueden ser más habituales de lo imaginado, sin embargo dado que se presentan generalmente en contratos de poca relevancia ya que en los de gran importancia es habitual que las partes tomen más precauciones, no son reclamados por las partes una vez que tienen conocimiento de lo ocurrido.

Un segundo tipo de contrato según las partes intervinientes, son los celebrados entre empresas y consumidores, los cuales consisten en que de una parte está una empresa que puede contar con una reputación o marca y de la otra un consumidor, son de cierta forma considerados más seguros que los contratos celebrados entre usuarios de igual situación, debido a que se contrata con una empresa por lo que el usuario en cierta forma podría tener más opción de averiguar o conocer con quien está contratando a pesar que se lo haga a distancia y por parte de la empresa, al no conocer al usuario con

quien contrata, es habitual tomar cierto tipo de precauciones propias de la relación comercial a distancia, siendo importante indicar que generalmente en este tipo de contratos, no existe la posibilidad de negociar ya que son de cláusulas no negociables, es decir que se impone su contenido y por lo tal, el usuario tiene que limitarse a aceptar o rechazar lo propuesto.

Es necesario indicar que por empresa entendemos, aquel negocio que está destinado a ejercer actos de comercio, pudiendo ser compañía o no, siendo relevante esto ya que las compañías por una parte tienen que estar registradas y están sujetas a organismos de control, en el nuestro lo ejerce la "Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros" y por otra, las compañías son consideradas incapaces relativas, por lo tanto tienen que actuar a través de su representante legal. El nombre de la clasificación se origina de la traducción de "Buisness to Consumers o B2C", que es un término utilizado en los países que tienen como idioma oficial el ingles, para referirse a quienes realizan negocios en general, por lo que en ello están involucradas las compañías y quienes tienen calidad de comerciantes.

Una vez aclarado aquello, si bien de cierta forma se considera que existe más seguridad al momento de contratar, sigue presente la posibilidad de que el usuario no tenga capacidad para contratar o que se entreguen datos falsos a la empresa, sin embargo a más de decir que la empresa (comerciante o compañía) puede ser considerada una de las llamadas fantasmas, es decir que no exista, aparece también algo interesante en este punto y es que quien realiza la declaración de voluntad a nombre de una compañía por medios electrónicos, no tenga la autorización para hacerlo.

Esto es algo bastante serio, pues las compañías de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico son consideras incapaces relativos y por lo cual deben actuar por medio de su

representante legal, es decir debe ser el quien celebre estos contratos por medios electrónicos, pero también existe la posibilidad que personal de las empresas (comerciantes o compañías) actúen mediante autorización expresamente conferida por el representante legal de la compañía o el comerciante según sea el caso, es decir en representación de la empresa en general. El problema radica cuando las personas actúen en nombre de las empresas sin la autorización necesaria para hacerlo, y aquí en el comercio electrónico tenemos que ir aún más allá de lo señalado anteriormente debido a que quien expresa la voluntad pueda ser un ordenar que previamente haya sido programado para que en caso de verificarse ciertos particulares, automáticamente se envié una respuesta y por lo tal se declaré la voluntad a nombre de la empresa de contratar o no.

Ante esto debemos concluir que para que una empresa (comerciante individual o compañía) exprese su declaratoria de voluntad mediante oferta o aceptación de un negocio jurídico, según sea el caso, deberá contar con la autorización para hacerlo, caso contrario el negocio jurídico en algunos casos podría adolecer de inexistencia o nulidad, debiéndose tener presente que no se podrá afectar por ello a terceros de buena fe, Sin embargo, se podrá subsanar esto por parte del representante legal o comerciante y validar el negocio jurídico de manera expresa o tácita ejecutando el contrato. Las responsabilidades por parte de quien contrata a nombre de la compañía o comerciante sin tener la autorización para ello son diversas, pudiendo ejercerse acciones tanto por parte de la empresa, así como del usuario que se ve afectado con su accionar. Por parte del destinatario de la oferta y consiguientemente aceptante de ella, deberá existir un actuar diligente al verificar que esté contratando con la empresa o comerciante o por lo menos con alguien que aparentemente lo represente, caso contrario su declaratoria de voluntad se puede ver viciada, siendo importante recalcar que se deberá tener la

precaución de expresar la aceptación por parte del aceptante ante quien represente la empresa o por lo menos de manera notaria se entienda que tiene la autorización para hacerlo.

Dentro de esta situación, el comercio electrónico tiene un punto positivo y es que si el aceptante recibe la oferta a nombre de una empresa y expresa su aceptación al negocio jurídico propuesto por el mismo medio electrónico o el requerido por el oferente, este se exime de responsabilidad ya que cumplió con las condiciones impuestas por el oferente y no podría ser responsable de la capacidad de representación del oferente y por lo tal se entenderá que contrató de buena fe.

Algo que también puede suceder, es cuando por el monto o la cantidad que se ofrezca vender, el representante legal debió obtener previamente la autorización de la junta general de socios o accionistas para obligar a la compañía en esos términos, ante lo cual concluimos que el contrato celebrado será valido ya que el Art. 12 de la Ley de Compañías, indica que será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas.

Un tercer tipo de contrato según los intervinientes, son los celebrados entre empresas, conocidos como Buisness to Business o B2B, por sus términos y siglas en ingles, los cuales consisten en contratos celebrados por medios electrónicos sin importar cuales fueren siempre que sea celebrados entre empresas debiendo entenderse incluidas en aquel término las compañías y los comerciantes por lo indicado anteriormente, pues bien, en el caso de la compañías en esta ocasión serian las dos partes quienes deberán actuar por medio de sus representantes o personal autorizado para ello, incluso en el comercio electrónico podríamos decir que deberán actuar por los medios electrónicos

que el representante legal haya autorizado para enviar ofertas u aceptaciones, es decir declarar su voluntad de contratar según sea el caso.

Sería vago de nuestra parte repetir lo dicho anteriormente respecto de las empresas cuando analizábamos el consentimiento en los contratos celebrados entre empresas y consumidores, respecto de cuando se entiende que ha existido autorización para actuar a nombre de la compañía por parte del representante legal, por lo que sostenemos que aquello se mantiene de igual forma en estos contratos.

Debemos considerar que se pueden celebrar una infinidad de contratos cada vez que las partes así lo decidan, obviamente en cada una de ellas se generaría un contrato, sin embargo se puede haber suscrito entre las partes electrónica o físicamente un contrato que regule las relaciones comerciales entre ellas, ante lo cual para poder considerar una declaración de voluntad de cualquiera de ellas se deba cumplir ciertos supuestos, lo cual modifica lo que serian las reglas generales de la contratación por medios electrónicos, sobre todo en el tema que nos ocupa estos momentos, en la oferta y aceptación, es decir el consentimiento.

Un cuarto tipo de comercio electrónico según los intervinientes, seria de *empresas a gobiernos o viceversa (Business to Governments o B2G),* recordando la observación que hacíamos anteriormente, respecto de denominar "De personas a Gobierno o viceversa", consiste en las transacciones que pueden realizarse por medios electrónicos entre las empresas y el Estado o las compras que puede realizar este último a las personas, las cuales necesariamente deberán tener un Registro Único de Proveedores (RUP) para poder vender productos o servicios al Estado, siguiendo todos los procesos legalmente establecidos para los diferentes casos. En este asunto por el poder de la información que tienen los Estados y mecanismos de control, debemos decir que existe menos o es

casi nula la posibilidad de que no exista capacidad para contratar por parte de las personas para con el estado, pues este tiene alcance a las bases de datos de cada uno y previamente podrá verificar la información entregada, incluso de acuerdo a nuestra normativa para el tema de las compras públicas, se exige que quien oferte, cumpla con ciertos requisitos y uno de ellos previamente es contar con el Registro Único de Proveedores, siendo necesario para su obtención presentar toda la información y por ende confirmado su capacidad.

Por otra parte, para que la declaración de la voluntad expresada por cualquier entidad estatal sea valida, deberá haberse realizado internamente el procedimiento previsto para contar con la autorización de realizar el negocio jurídico. El problema en nuestra legislación radica en que, hasta ahora, no es posible que se celebren contratos entre ausentes por medios electrónicos con entidades estatales, lo cual viene dado por las solemnidades que se requieren y estas solamente se pueden cumplir con los contratos celebrados entre presentes, siendo imperativo recordar que si bien se puede ofertar electrónicamente al Estado, incluso proporcionándose el portal web de compras publicas, la declaratoria de voluntad del estado de aceptar determinada oferta, no se da por medios electrónicos. Si bien en este momento no nos ocupa el perfeccionamiento de los contratos celebrados entre personas y el Estado, debemos advertir que este tipo de contratos generalmente son aquellos considerados solemnes, por lo que se deberá cumplir con cierta formalidad para que sea valido el contrato, lo cual es una complicación para el comercio electrónico.

Existen ciertas transacciones electrónicas que se realizan por parte de las personas hacia entidades estatales, principalmente esto es el pago de impuestos y contribuciones, lo cual consiste en que una obligación ya establecida se paga a través de transferencia o

convenio de debito bancario por el cual únicamente lo que se hace es pagar las obligaciones pero no existe como tal una contratación electrónica con el Estado.

En consecuencia de lo analizado podemos concluir respecto de este punto que el consentimiento esta formado principalmente por dos etapas, la oferta y la aceptación, cada una de ellas debe ser formada sin vicios del consentimiento, no importa cual sea la parte con la que celebra el contrato, cada una de ellas requiere cumplir con ciertos requisitos especiales para que sea valido su consentimiento, por lo que es fundamental cuando se vaya a celebrar un negocio jurídico por medios electrónicos fijarse en primer lugar con quien se está negociando y segundo, en base a ello cerciorarse que este cumpla con todos los requisitos para posteriormente no verse involucrado en un negocio jurídico nulo o inexistente por problemas con los elementos que lo conforman.

2.12 Formas en las que puede expresarse el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos.

El consentimiento en el comercio electrónico puede expresarse de manera expresa o tácita; en cuanto a la primera, Ruperto Pinochet Olave manifiesta lo siguiente "Para que exista aceptación tácita, se requiere que los actos del destinatario de la oferta, en su consideración objetiva o social, signifiquen conformidad con la oferta" (Pinochet Olave, 2005), lo cual es una realidad en el comercio electrónico, para que sea considerado como un negocio jurídico realizado por esta vía con una aceptación tácita la oferta deberá obligatoriamente enviarse por cualquier medio electrónico, y el receptor lo acepte de manera tácita, como por ejemplo pagando el precio, ejecutando el contrato, o enviando documentos requeridos por el oferente.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidad sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en el tercer numeral del Art. 18, nos dice

que cabe la posibilidad de una aceptación tácita, la cual se considerará desde el momento en el que se la ha expresado y será valida si se lo ha realizado dentro del tiempo establecido para hacerlo, incluso pone como ejemplo de aceptación tácita si el receptor una vez recibida la oferta paga el precio al oferente.

Por su parte la declaración de voluntad podrá ser de manera expresa, siendo esta más utilizada que la aceptación tácita, pues parte de la seguridad que tanto oferente como aceptante por lo general guardan al momento de contratar. Forman parte del consentimiento manifestado expresamente la declaración que hace tanto el oferente como el aceptante, sin embargo para que sea considerado como un contrato celebrado por medios electrónicos, no hace falta que la oferta haya sido entregada por vía electrónica, sin embargo la aceptación obligatoriamente debe ser expresada por medios electrónicos. En tal sentido, es preciso insistir en que la tecnología constantemente evoluciona, apareciendo cada vez nuevos dispositivos electrónicos que permiten a través de ellos, realizar operaciones comerciales, por lo que debemos entender que el término "medios electrónicos" engloba todo dispositivo eléctrónico presente o futuro que permita hacer actos de comercio. Los medios electrónicos mas utilizados para expresar el consentimiento son los siguientes:

a) El correo electrónico, es un medio electrónico que se utiliza desde hace algunas décadas para realizar actos de comercio y es precisamente esta característica la que hace que los contratos celebrados por este medio sean considerados de comercio electrónico. En el caso del correo ordinario, se pueden celebrar contratos entre ausentes pero estos de ninguna manera podrían ser considerados como aquellos celebrados por medios electrónicos. Este tipo de comunicación tiene algunas bondades, pues tanto el oferente como el aceptante, pueden expresar de una manera bastante rápida su voluntad y enviar información mediante letras, audios, videos, imágenes, links de conexión a paginas de

internet o un teléfono en caso que se desee obtener más información o simplemente expresar su voluntad por aquella vía lo puedan realizar.

A nuestro entender, esta es una herramienta ideal para la comunicación desde hace varias décadas sobre todo para el oferente, ya que este aparte de todo lo indicado anteriormente puede ser un mecanismo de comunicación masiva.

b) El chat, utilizaremos este término para referirnos a todos los programas o aplicaciones móviles que nos permitan comunicarnos instantáneamente con alguna persona, entiéndase dentro de ellos los tan conocidos hoy en día como el whatsapp, wechat, Facebook, instagram, e incluso el ya casi olvidado Messenger, entre otros, los cuales fueron creados en su tiempo con un mismo objetivo, facilitar la comunicación entre las personas. El comercio electrónico tan pronto como aparecieron estas herramientas saco provecho de sus condiciones para enviar ofertas y recibir aceptaciones por esta vía, permitiendo una comunicación instantánea con la posibilidad de enviar mensajes de texto, fotos, videos e incluso audios, es por ello que algunos doctrinarios ya ni siquiera discuten si los negocios jurídicos celebrados por estos medios son válidos o no, pues la respuesta es que si, siempre que se cumplan con todos los requisitos con los que debe contar la oferta y la aceptación para que sean validos, más bien hoy en día existen quienes sostienen que por la rapidez y amplitud de comunicación estos contratos no deberían ser considerados entre ausentes sino entre presentes, con lo cual discutimos ya que la velocidad de la comunicación no puede suplir la presencia física de las partes en un lugar para celebrar un negocio jurídico, lo que si es una virtud, es que el consentimiento puede formarse de mejor manera ya que por medio de este chat las partes cuentan con la facilidad de interactuar entre si hasta convencerse de aceptar o rechazar una oferta.

Sin duda este es el medio de comunicación electrónica que ha revolucionado el mundo e incluso al mismo comercio electrónico.

c) Página web, este es otro de los mecanismos más utilizados en el mundo para mostrar las ofertas al publico en general, permite al oferente previamente cargar todos los datos de su propuesta, incluso con fotos, videos, audios, catálogos, descripciones y todo lo que informáticamente se desee por parte del oferente para dejar a consideración de quien observe su contenido interesarse, revisar y aceptar la propuesta, sin embargo si bien por lo general la aceptación se expresa en este medio a través de aplastar un botón, existen ciertas prevenciones que se deben considerar como cerciorarse que el aceptante haya leído y aceptado los términos y condiciones previo a declarar su voluntad de celebrar el negocio jurídico, en muchas de las ocasiones se encargan de que no se pueda evadir aquello ya que para visualizar la pagina previamente se debe haber indicado que conoce los términos y condiciones que impone la página web.

Pero bien, también está de otra parte los mecanismos de protección a los destinatarios o usuarios de la página web, la principal de ellas respecto de la declaración el consentimiento siendo que, así como se tiene la opción de aceptar la oferta, también se tenga la opción de rechazar la misma sin importar que se hayan avanzado con ciertos pasos previos, así también que el mensaje en la pantalla claramente debe indicar que de aplastarse el botón el negocio jurídico se realizará automáticamente, con el fin que el aceptante pueda no verse forzado a solamente tener que aceptar la oferta en el momento clave.

d) La telefonía, esta es otra de las herramientas consideradas como clásicas del comercio electrónico, aunque si bien en determinado momento fue muy criticada por los problemas que generaba debido a no poder probar en el contenido de la conservación,

los términos acordados por las partes al celebrar el negocio jurídico, esto se ha visto superado desde hace varios años atrás por la tecnología ya que ahora es posible grabar y conservar las conversaciones de una manera simple, lo cual a reanimado a utilizar sin miedo esta importante herramienta del comercio electrónico.

e) La video conferencia, este es uno de los mejores medios que nos ha brindado la tecnología para celebrar contratos por medios electrónicos, el mismo nos permite una comunicación inmediata con la posibilidad de observar lo que hace la otra persona y escucharla en vivo y directo, permitiendo el dialogo entre las partes, incluso se podrá mostrar y exhibir en vivo el producto que va ser objeto del negocio jurídico que se negocia, lo cual es sin duda fantástico para poder aparte de conocer con quien y que estamos negociando, formar el consentimiento reduciendo al mínimo la posibilidad de que el consentimiento pueda estar viciado o se modifiquen los términos acordados ya que a más de todas las bondades expuestas y que conocemos ya de antemano, esta video conferencia puede ser grabada y su archivo quedará guardado por las partes para su seguridad.

Sin embargo, tanto en la telefonía como en la video conferencia, no existe un intercambio de mensaje de datos entre el oferente y el aceptante, contraponiéndose a lo establecido en materia civil, ya que el Art. 1726 del Código Civil, nos dice que deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.

Ante lo señalado, debemos tener presente que el Art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, que dice: “Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos”, pues aquí al no existir de por medio mensajes de datos, en materia probatoria se podría tener complicaciones si

no se toma medidas al respecto, como por ejemplo que se envíe un mensaje de datos indicando los acuerdos alcanzados, esto a pesar que el consentimiento y el contrato se perfeccionó en la video conferencia o la llamada telefónica.

El titulo IV, capitulo I de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, respecto de los medios de prueba en el Art. 52 dice lo siguiente:

> "Art. 52.- Medios de prueba.- Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil."

Lo cual debemos tener presente para los contratos que se celebren por video conferencia o teléfono y su valor supere los ochenta dólares de los Estados Unidos de América (de acuerdo con el Art. 1726 del Código Civil), será necesario contar con alguna prueba de las obligaciones por escrito, lo cual se podría suplirse con un mensaje de datos de acuerdo con lo establecido en el Art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Estos son los principales medios que hoy en día tenemos para expresar la voluntad, sin embargo no son ni serán los únicos debido a que la tecnología se encuentra en constante evolución y el comercio electrónico gira en torno a ella. En fin, tanto el oferente y sobre todo el aceptante deberá utilizar cualquier medio electrónico para realizar su declaración de voluntad, la cual formará el consentimiento y posteriormente lo perfeccione de ser el caso.

2.13 Cuando se debe entender que el consentimiento ha sido expresado en un contrato celebrado por medios electrónicos.

Si bien antes habíamos revisado la oferta, la aceptación e incluso la contraoferta, revisemos cuando se debe entender que el consentimiento ha sido expresado en un contrato celebrado por medios electrónicos, sin importar cual haya sido la vía utilizada podemos decir que debemos analizar en un primer momento la expresión del consentimiento en cuanto a la oferta y posteriormente respecto de la aceptación.

La oferta, es la propuesta que hace el oferente al receptor para celebrar cierto contrato, esta puede ser enviada o no por un medio electrónico, debido a que para un contrato ser celebrado por medios electrónicos basta que el receptor de la oferta realice su declaración, por un medio electrónico al oferente.

Nuestro ordenamiento jurídico no prevé el momento en el que se entiende declarada la voluntad del oferente, el Código de Comercio en el Art. 143 nos dice:

> "El proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume"

La norma se refiere a la retracción de la voluntad del oferente respecto de celebrar cierto contrato, sin embargo no se refiere a la declaración como tal.

Arturo Alessandri Rodríguez al respecto manifiesta que "No basta tener la voluntad de contratar; es menester que esta voluntad se exteriorice, que se declare. Mientras la voluntad es un acto psicológico interno, carece de toda significación jurídica. Lo que le da su fuerza creadora es su exteriorización. Esta exteriorización o manifestación externa

es lo que se denomina declaración de la voluntad" (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 69). Por lo tanto, ante la falta de norma expresa para determinar el momento en el que se entiende manifestada la voluntad del oferente, de acuerdo con la doctrina concluimos que es desde que este exteriorice su oferta, pues allí se ha declarado su voluntad dándose inicio a la formación del consentimiento en un contrato celebrado por medios electrónicos.

Por su parte, la aceptación es la declaración de voluntad que realiza el destinatario respecto de la oferta realizada por el oferente para celebrar determinado contrato, y para que este contrato sea considerado electrónico deberá obligatoriamente expresarse a través de un medio electrónico, caso contrario estaremos frente a un contrato común.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil no regula en que momento se entiende que la aceptación ha sido manifestada, sin embargo el Código de Comercio, nos dice en su Art. 145 lo siguiente:

> "Art. 145.- Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios."

En un análisis del texto de la norma, Luis Claro Solar respecto del termino "dada la contestación" manifiesta: "El legislador ha querido y entendido decir, únicamente: Aceptada pura y simplemente la propuesta, el consentimiento queda en el acto perfeccionado: la aceptación pura y simple es la idea dominante de la disposición y es esta aceptación lo que determina el perfeccionamiento del contrato en el acto de producirse y que hace que el contrato se entienda celebrado, no en el lugar de la

residencia del proponente, sino en la residencia del que hubiese aceptado la propuesta" (Claro Solar, 2013, p. 73).

Lo dicho por el autor corresponde a la teoría clásica del consentimiento cuando las partes se encuentran presentes al momento de la celebración del contrato, sin embargo el contrato entre ausentes no puede tener la misma tratativa respecto del momento en el que la aceptación suerte efectos. En los contratos entre ausentes, si bien el consentimiento existe desde que se acepta la oferta, causará efectos cuando arribe a la dirección del oferente, lo cual deviene de una simple lógica, si esta declaración de voluntad del aceptante no llega a la esfera del conocimiento de quien oferta, no tendría este posibilidad de conocer la aceptación o rechazo a la misma y por lo tanto sería ilógico que oferente presuma aceptada su oferta y ejecute el contrato en los términos acordados.

De tal manera tenemos que nuestra legislación en el Código de Comercio, ha optado por que la aceptación se entienda manifestada desde su declaración, sin embargo en los contratos celebrados por medios electrónicos (por ser contratos entre ausentes), esta declaración de voluntad causará efectos jurídicos desde que ha sido recibida por el oferente, por lo tanto en este momento concurren plenamente las dos voluntades (oferente y aceptante) y se perfecciona el consentimiento de los contratos celebrados por medios electrónicos. Esto aplica para la aceptación expresa y tácita.

En el caso de los contratos consensuales, desde aquel momento se perfecciona también el contrato.

Por su parte debemos tener presente que para asuntos de compraventa internacional de mercaderías, el numeral segundo del Art. 18 de la Convención de las Naciones Unidad sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, textualmente

dice “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en el que la indicación del asentimiento llegue al oferente…”, tomando dicha convención el criterio de la recepción de la aceptación por parte del oferente, para que la declaración de voluntad cause efectos.

2.14 Momento en el que se entiende perfeccionado el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos.

Existen cuatro momentos en los que se puede entender perfeccionado el consentimiento en un contrato celebrado por medios electrónicos, revisemos lo manifestado Vicenzo Roppo, al respecto: “Podría considerarse perfeccionado (y el contrato se podría considerar celebrado) cuando el destinatario de la oferta toma conocimiento de ésta, y expresa su asentimiento a esta (principio de la emisión). En tal caso se tendría en cuanta, principalmente, el interés del aceptante, que pretende lograr una certeza sobre la celebración del contrato para regularse conforme a este. Otra posibilidad sería entender que el contrato se celebra en el momento en que el aceptante expide su propia declaración de aceptación, es decir, el momento en el que la remite (principios de la expedición). Una ulterior hipótesis es tener por celebrado el contrato en el momento en que la aceptación arriba a la dirección del oferente (principio de la recepción); en este caso se brinda una garantía al oferente, en lo relativo a la oportunidad de la aceptación (cfr.art.2:205 S 1 de los principios del derecho contractual europeo). También es posible, en fin, entender que el contrato se celebra en el momento en que el oferente toma conocimiento efectivo de la aceptación de la otra parte (principio del conocimiento).” (Roppo, 2010, pp. 184, 185). En consecuencia, existen cuatro principios para determinar el momento de la perfección del consentimiento, que son: a) El de emisión de la aceptación; b) El de expedición de la aceptación; c) El de la recepción de la aceptación; y, d) El de conocimiento de la aceptación

Pues bien, una vez revisados estos principios y analizado en el punto anterior en que momento el consentimiento se entiende expresado en la oferta y la aceptación, nos corresponde determinar cuando se perfecciona el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, siendo necesario ponernos de acuerdo en que si bien los negocios jurídicos celebrados por esta vía pueden intervenir diferentes tipos de partes, el perfeccionamiento del consentimiento va ser el mismo ya que todas ellas sin importar quien fuere, deberá expresar su consentimiento para celebrar determinado contrato cumpliendo con los requisitos previstos por la ley.

En el Art. 46 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos dispone que "El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes". El Código de Comercio, en el Art. 145 regula cuando queda perfeccionado el contrato y surte todos los efectos legales, siendo aquel momento para los contratos celebrados por medios electrónicos cuando la aceptación llegue a la dirección o dominio del oferente. Es decir toma el principio de recepción de la aceptación.

Luis Claro Solar, manifiesta "El consentimiento, en su sentido etimológico (cum sentiré), es el acuerdo de dos o de muchas personas en el contrato proyectado, la resultante de las voluntades que se unen, o sea la uniformidad de opiniones, duorum pluriumve, indem placitum consensus" (Claro Solar, 2013, p. 53), consistiendo entonces en que exista acuerdo entre las partes y que las voluntades se unan. Por su parte, Arturo Alessandri Rodríguez, señala que "El consentimiento es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico. Es este acuerdo el que constituye el contrato" (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 66) de tal manera indicándose también que el consentimiento es un acuerdo de voluntades de dos o más personas.

En tal sentido, tenemos que la declaración de voluntad del oferente se ha manifestado desde que realizó (exteriorizó) la oferta y para el aceptante, desde que la aceptación sea recibida por el oferente. Es en este momento cuando existe concurso de voluntades y por lo tanto se perfecciona el consentimiento.

Por su parte respecto de la compraventa internacional de mercaderías, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en su Art. 18 nos dice:

> "Art. 18.- 1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por si solos, no constituirán aceptación.
>
> 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.
>
> 3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente."

Lo establecido en el numeral uno, concuerda plenamente con lo normado en el Art. 46 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, que en su segundo párrafo dice "La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.", una vez resaltado aquello, podemos observar claramente que en el segundo numeral del Art. 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de manera expresa se refiere al momento en el que, la aceptación surte efecto, siendo este cuando el asentimiento llegue al oferente.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS.

3.1 Manifestación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos en la legislación Colombiana: Momento cuando se entiende expresado.

En un contrato celebrado por medios electrónicos debe existir el consentimiento de las dos partes, por lo que es necesario contar con la declaración de voluntad del oferente y del aceptante. La Ley 527 de 1999 de Colombia dice, en su primera parte, que por ella "se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones"; dicho cuerpo normativo, en su contenido, no determina cuando se entiende que el consentimiento ha sido expresado en un contrato celebrado por medios electrónicos, por lo que, debemos remitirnos al Código de Comercio Colombiano, que respecto de la oferta en su Art. 845 nos dice:

> "Art. 845 Oferta. Elementos esenciales. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacer conocer al destinatario."

La norma define a la oferta o propuesta como un proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, y continua la norma señalando que deberá contener los elementos esenciales del negocio jurídico, esto como lo hemos indicado es requisito esencial de la oferta y se expresa en todas las legislaciones, de tal manera la persona a quien va dirigida la oferta tiene la posibilidad de que, tan solo con su aceptación, simple o tácita de la oferta, quede perfeccionado el negocio jurídico propuesto, sin que exista duda, en lo posterior, problema alguno relacionado con el contenido y alcance del contrato. En definitiva, la legislación colombiana esta acorde con las conclusiones de la doctrina respecto de que es lo que debe contener una oferta.

Posteriormente, la norma dice que la oferta deberá ser "comunicada", es decir adopta el principio de recepción y por si no quedase esto claro, el artículo expresamente señala que se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacer conocer al destinatario.

Recalcamos, la Ley colombiana ha asumido el principio de recepción cuando señala que la oferta debe ser comunicada al destinatario; resultando determinante para esta conclusión, la última parte del texto de la referida norma que dice: "Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacer conocer al destinatario".

En cuanto a la aceptación, el citado Código de Comercio colombiano, lo regula en el Art. 864, que trata del contrato en general, y dice lo siguiente:

> "Art. 864 Definición.- El contrato es un acuerdo de dos o más partes para construir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la recepción de la propuesta.
>
> Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851."

El referido artículo trata del momento en que el contrato se entenderá celebrado, determinándose que esto ocurre cuando "el proponente reciba la recepción de la propuesta", es decir, cuando exista la declaración de voluntad del aceptante, tomando también para el efecto el principio de recepción.

Debemos tener presente que el consentimiento se forma en el instante que se han expresado las voluntades tanto del oferente como del aceptante, siendo en el tiempo –obviamente- la del aceptante la ultima en llegar.

Por otra parte, respecto de la aceptación, de acuerdo con el Art. 855 del mismo Código, la aceptación condicional o extemporánea "será considerada como una nueva propuesta", por lo tanto, para que se perfeccione el contrato en base de la oferta inicial, se tiene que aceptar la misma sin condiciones y, además, dentro de su plazo de vigencia, caso contrario de hacerlo a destiempo la declaración de voluntad no obligará al ofertante, a no ser que sea aceptada por éste, situación que implicaría una inversión de los papeles de oferente y aceptante, lo cual es de mucha importancia por sus efectos, como el de determinar el lugar de celebración del contrato (que, de acuerdo con el Art.

864 del Código de Comercio colombiano, se entiende que se lo hizo en el lugar de residencia del ofertante, salvo pacto en contrario).

Una vez revisado cuando se entiende que las declaraciones de voluntad del oferente y aceptante han sido expresadas en un contrato celebrado por medios electrónicos según la legislación colombiana, concluimos que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 864 del Código de Comercio, el consentimiento se forma cuando el oferente recibe la aceptación a su propuesta, puesto que en ese momento existe el concurso de voluntades de los contratantes

3.2 Manifestación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos en la legislación Española: Momento cuando se entiende expresado.

La manifestación del consentimiento en la legislación española está marcada por un antes y un después de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónica (conocida por sus siglas LSSICE); antes de la promulgación de ésta ley, el Código Civil español, en el Art. I262, sobre la formación del consentimiento optaba –a nuestro criterio- por la teoría de la recepción, señalando lo siguiente en relación a la aceptación hecha por carta:

> "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que lo hizo la oferta sino desde que llego a su conocimiento".

De tal forma, el citado artículo dice que el consentimiento se presta respecto de la cosa y la causa que han de constituir el contrato, lo cual es diferente a lo establecido en nuestro Código, ya que se consiente respecto de todo el contrato en sí, debiendo existir entre otros elementos una causa licita para que sea válido.

Por otro lado, respecto del consentimiento entre presentes (en la citada norma española) no se prevé el momento en el que la voluntad se entiende expresada, esto seguramente a que al tiempo de su promulgación no se visualizó la posibilidad de una contratación entre ausentes, sin embargo es contundente respecto de la aceptación que se haya realizado por carta, indicándose que esta no obliga al ofertante sino desde que esta llegó a su conocimiento, inclinándose de tal manera por la teoría de la recepción de la aceptación.

Ahora, por su parte, el Código de Comercio español en su Art. 54 antes de la promulgación de la LSSICE acogía para los contratos mercantiles la teoría de la emisión, al respecto decía:

> "Los contratos que se contesten por correspondencia quedaran perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere fuera modificada"

Existiendo de tal manera una evidente contradicción entre estas disposiciones; para la jurista Gabriela Obregón Siegmund, esto se debe a que:

> "Se pretendía justificar con el argumento de la celeridad que era necesaria en el tráfico mercantil contraponiéndolo a la seguridad que debía predominar en el tráfico civil.
>
> Pese a esta disparidad en ambos cuerpos normativos. La doctrina y la jurisprudencia se decantaron por la teoría del conocimiento que acogía el antiguo Art. I262 del Código Civil. Junto a ello se aplicaron también criterios de la teoría de la recepción para superar los inconvenientes de la cognición, que dejaba al arbitrio del oferente el

momento de perfección del contrato en clara contradicción con el Art. I256" (Obregón Siegmund, 2012, p. 76).

Lo dicho en la primera parte por la autora, responde a la distinción de la materia civil y mercantil, sin embargo no debería existir tal variación normativa para un mismo asunto. En una segunda parte, indica que a más de la doctrina, la jurisprudencia española acogió en su momento la teoría del conocimiento, así como también la de la recepción con el objetivo de evitar arbitrariedades del oferente para determinar el momento de la perfección del contrato y por ende del consentimiento, lo cual consideramos que no era conveniente ya que debería existir uniformidad en la aplicación de criterios.

Ahora hagamos referencia a lo sucedido luego de la promulgación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónica, que marca un segundo momento sobre el consentimiento en los contratos, debido a que se unificó la norma tanto para el ámbito civil como mercantil, de tal manera modificándose tanto el Art. I262 del Código Civil, así como el Art. 54 del Código de Comercio, quedando para las dos normas, el texto de la siguiente manera:

"El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación."

Pudiéndose observar que el primer párrafo, se mantiene igual a lo que establecía el Art. I262 del Código Civil, al decir que el concurso de la oferta y la aceptación respecto de la cosa y la causa que constituyen el contrato, forman el consentimiento. Mientras que en el segundo párrafo existe un cambio, estableciéndose para los contratos entre ausentes que existe consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, es decir toma la teoría del conocimiento.

Las criticas a esta teoría en el comercio electrónico, se sustentan en que la formación del consentimiento podría verse supeditada a la voluntad del oferente para conocer la aceptación cuando se le antoje, sin embargo la misma norma se encarga de regular tal situación al decir que se aplicará la teoría del conocimiento siempre que exista buena fe por el oferente para no ignorar la declaración de voluntad del aceptante, caso contrario se perfeccionará el consentimiento en el momento que se remite la aceptación.

Por su parte, el tercer párrafo indica que para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, existe conocimiento desde la emisión de la aceptación. Esto ha generado mucha discusión debido a que, en dicha ley no se establece que debemos entender por contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, por lo tanto no se conoce con exactitud que contratos son los concluidos por este medio, generándose así una falta de certeza sobre que teoría a aplicarse para determinar el momento en que se perfecciona un contrato celebrado por medios electrónicos.

Quien si se encargo de aquello fue el Consejo de Estado Español que, al emitir un dictamen señaló lo siguiente:

"Los supuestos en los que la aceptación de un contrato se manifiesta mediante un dispositivo automático instalado en la página web del oferente que puede ser accionado por el aceptante son análogos a las ventas automáticas ya conocidas en nuestro ordenamiento"

Al respecto debemos indicar que este dictamen inicia hablando de supuestos, posteriormente dándonos a entender que los dispositivos automáticos se encuentran en las páginas web del oferente, ya que este dispositivo automático es posible instarlo en ellas, pudiendo de tal manera ser accionado por el aceptante para expresar su voluntad. Finalmente, se dice que estos dispositivos automáticos son similares a las ventas automáticas que ya son conocidas en el ordenamiento jurídico español, encontrándose en el Art. 49 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), el concepto de tales ventas, diciéndose lo siguiente:

"Art. 49. Concepto

1) Es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe.

2) Los distintos modelos de máquinas para la venta automática deberán cumplir con la normativa técnica que les sea de aplicación."

De tal forma, el Consejo de Estado de España, asume que son similares las maneras de expresar la voluntad por parte del aceptante en las ventas automáticas y los dispositivos automáticos.

Existen quienes están de acuerdo con lo indicado por el Consejo de Estado, acogiendo que toda aceptación realizada a través de la página web del ofertante es

mediante dispositivo automático y por lo tal, el consentimiento operaría de acuerdo a la teoría de la emisión de la aceptación. Sin embargo, existen criticas a ello, sin que hasta el momento se logre un entendimiento sobre lo que debe entenderse por dispositivo automático.

Entre las principales teorías de oposición está la de quienes sostienen que no debe solo considerarse a las páginas web, sino a toda contratación realizada por medios electrónicos con el fin de unificar la interpretación del término de la norma. Por otra parte están aquellos que manifiestan que no solo los contratos realizados por paginas web deben considerarse como realizados a través de dispositivos automáticos, sino también cuando el oferente actúe por medio de agentes inteligentes o electrónicos, los cuales procesan de forma automática los pedidos de los clientes y habitualmente incluso están programados para enviar inmediatamente un mensaje de confirmación al aceptante con la recepción de su aceptación. Al respecto, se dice que de acogerse esta teoría se debería exigir al oferente que incluya un sello que indique al aceptante que está contratando con alguien que actúa por medio de agentes inteligentes o electrónicos y que por lo tal en caso de darse clic en la opción aceptar el consentimiento se perfeccionará desde aquel instante (teoría de la emisión).

De tal manera, no existe un acuerdo de criterios respecto de lo que se debe entender por dispositivos automáticos, sin embargo consideramos que el dictamen emitido por el Consejo de Estado debe ser aplicado, así no estemos de acuerdo con tal criterio, hasta que exista una modificación de la ley o un nuevo dictamen.

Por otra parte, es importante tener presente que el Art. 28 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónica, establece que el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación, lo cual es una obligación pos

contractual y nada tiene que ver con la formación del consentimiento, peor aún con la formación del contrato, razón por la cual no merece mayor análisis dicho artículo.

3.3 Recomendación para la legislación ecuatoriana, respecto del consentimiento en los contratos electrónicos.

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo la regulación contenida en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, sobre la contratación electrónica nos parece escueta; considerando además que la ley se remite a otros cuerpos normativos como el Código Civil y el Código de Comercio, debemos reflexionar sobre lo siguiente, ¿la regulación actual, en la legislación ecuatoriana, sobre la contratación mercantil es suficiente para solventar los problemas que está plantea hoy en día?, y por otra parte ¿los problemas que plantea el consentimiento en materia de contratación electrónica pueden ser solventados con las normas actuales?.

A nuestro criterio, por lo que hemos analizado en este trabajo, el marco regulatorio actual resulta insuficiente para solventar los problemas que actualmente la contratación electrónica plantea; no debemos perder de vista que la ley de comercio electrónico fue dictada ya hace algunos años y que el mundo virtual se ha vuelto cada vez más complejo, por otra parte, las normas generales del Código Civil y del Código de Comercio, en especial aquellas relacionadas con la formación de los contratos, pueden resultar insuficientes para casos complejos que representa la contratación electrónica.

Lo anterior toma un matiz diferente, cuando observamos que los contratos electrónicos mayoritariamente hoy en día tienen por objeto relaciones de masa, muchos de los cuales son de adhesión; o, por ejemplo, por la movilidad misma de las personas y la facilidad de la comunicación, en varias circunstancias no sabríamos en qué lugar se

manifestó la voluntad y perfeccionar el contrato. Todo esto hace visible la necesidad de normas más modernas y completas.

Para reflexionar sobre la problemática supongamos dos ejemplos. El señor A y el señor B tienen su domicilio en Cuenca; el señor A oferta para venderle un bien al señor B, que por determinada circunstancia se encuentra en Guayaquil y expresa desde aquel lugar su aceptación por medio de un mensaje de whatsapp. Los contratantes no han establecido de mutuo acuerdo un lugar de perfeccionamiento del contrato, en consecuencia ¿en dónde se entiende perfeccionado el contrato?, y ¿es relevante en el presente caso saber en dónde se perfeccionó el contrato?.

Frente a este supuesto, propongamos un segundo caso. El señor A tienen su domicilio en Cuenca y el señor B en la ciudad de Lima; A realiza una oferta a B, quien por asuntos de trabajo ha viajado a Medellin - Colombia, y expresa desde el hotel la contestación del correo electrónico con la aceptación a la oferta, ¿dónde se entiende celebrado el contrato?, y ¿es relevante en el presente caso saber en dónde se perfeccionó el contrato?. Las partes no han indicado el lugar en el cual se ha perfeccionado el contrato.

A la luz de éstas interrogantes consideremos que el Art. 46 de la Ley regula el perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos, diciendo que el perfeccionamiento de estos contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes. En los casos supuestos al no haberse acordado el lugar en donde debe entenderse perfeccionado el contrato, se genera inconvenientes graves, en especial en el segundo caso; analicemos la problemática.

Pues en los citados ejemplos, si las partes no han acordado donde se celebra el contrato, resulta difícil resolver en donde se entiende perfeccionado el contrato de acuerdo con el Art. 46 de la Ley de Comercio Electrónico. Sin embargo para solucionar este inconveniente debemos remitirnos al Art. 147 del Código de Comercio que nos indica que se debe entender que el contrato se perfecciona en el lugar de la residencia del que hubiese aceptado la propuesta.

Esto nos lleva a tener que interpretar el concepto de residencia según nuestra normativa, la misma que regula a la residencia de un individuo como un factor accidental que no es suficiente ni siquiera para determinar el domicilio de una persona, debido a que para ello se requiere el animo de permanecer en un lugar. El Art. 49 del Código Civil, corrobora lo dicho anteriormente, y por su parte el Art. 48 del mismo cuerpo normativo, indica que el domicilio civil de una persona será el lugar donde un individuo está de asiento o ejerce habitualmente su profesión.

Por lo tanto, en el contexto de los contratos celebrados por medios electrónicos, considerar a la simple residencia de quien acepte la oferta como el lugar donde se debe entender perfeccionado el contrato podría resultar un tanto ilógico puesto que la naturaleza del e-commerce posibilita realizar transacciones por medios electrónicos en cualquier momento sin importar donde se encuentren las partes presentes.

No se debería dejar esto sin una regulación clara, es determinante el lugar donde se perfecciona el consentimiento y por ende perfeccionados los contratos consensuales, para conocer por ejemplo las normas que se incorporan al contrato, competencia concurrente, pago de impuestos, donde debo demandar asuntos relacionados con el contrato.

Con relación a la aceptación, tampoco se dice nada cuando existe aceptación, solamente aclarara que la recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.

De lo analizado en este trabajo, podemos ver la importancia de la aceptación y los aspectos relacionados con ella, por lo que se debería desarrollar más su contenido respecto por ejemplo de en que momento se considera que la aceptación ha sido manifestada.

De tal forma el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, es un asunto fundamental que a nuestro criterio debería tener una regulación especial en la Ley de Comercio electrónico; pues, en este tipo de contratos existen situaciones respecto del consentimiento que merecen ser observadas y reguladas de manera especial con el fin de tener un ordenamiento jurídico claro y que su contenido genere una seguridad a quienes celebren contratos por medios electrónicos.

CONCLUSIONES:

El e-commerce es una forma de hacer comercio sin importar donde se encuentren las partes, lo que permite una expansión del comercio y los negocios sin limitaciones geográficas, por lo que ésta es una herramienta hoy en día fundamental para la internacionalización de las empresas.

Los Estados han incluido en sus ordenamientos jurídicos regulaciones al comercio electrónico. Desde hace algún tiempo los Estados han regulado el comercio electrónico y los contratos celebrados por medios electrónicos; nuestro país cuenta con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, norma que a nuestro criterio, debe ser modificada debido a que su contenido no regula todos los aspectos

relacionados con el comercio electrónico y las normas a las que se remite tampoco lo hacen, más aún cuando el mundo virtual se ha tornado cada vez más complejo.

En los contratos celebrados por medios electrónicos, no existe variación en los requisitos de existencia y validez entre los contratos entre presentes y los celebrados este medio. En caso que el contrato no cumpla con los requisitos necesarios, será inexistente o no tendrá validez según sea el caso.

Los contratos celebrados por medios electrónicos, generalmente están basados en el principio de la autonomía de la voluntad y buena fe de las partes. De acuerdo con lo indagado, los contratos consensuales son los mayoritariamente celebrados por medios electrónicos.

La formación de los contratos celebrados por medios electrónicos comienza con la oferta y termina con la aceptación, cuando esto ocurra se contará con las declaraciones de voluntad tanto del oferente como del aceptante y por lo tanto perfeccionado el consentimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos existe desde que el oferente recibe la aceptación, esto debido a que por tratarse de contratación entre ausentes, en aquel momento la aceptación surte efectos legales, por lo tanto las declaraciones de voluntad del oferente y aceptante han concurrido. En la legislación colombiana, existe desde que la aceptación es recibida por el oferente; y finalmente en la legislación española hay consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos desde que la aceptación es conocida por el oferente cuando exista buena fe en él, caso contrario se entenderá expresada desde que la aceptación haya sido remitida.

Sin embargo en España, para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos (aceptación expresada en la página web del oferente, mediante pulsación de la opción aceptar o sus similares), existirá consentimiento desde la manifestación de la aceptación.

El problema del consentimiento es que tiene diversas interpretaciones sobre un mismo punto, algunas legislaciones cuentan con normas acordes a las realidades del tema, sin embargo el contenido de otras legislaciones resulta insuficiente. En tal sentido, existen importantes discusiones al respecto, una de ellas es que la contratación por medios electrónicos, debido a la inmediata recepción de los mensajes de datos, no consiste en una contratación entre ausentes sino entre presentes; posición con la que no estamos de acuerdo ya que las partes en estricto sentido no se encuentran presentes en un mismo lugar, lo cual es una ausencia.

Existen diferentes teorías respecto del momento en el que se entiende perfeccionado el consentimiento, siendo estas las siguientes: a) Emisión de la aceptación; b) Remisión de la aceptación; c) Recepción de la aceptación; y, d) conocimiento de la aceptación. La más acogida tanto por las legislaciones como por la doctrina, para los contratos celebrados por medios electrónicos, es la teoría de la recepción de la aceptación, esto en razón que se trata de contratos entre ausentes y no puede tener en cuanto al consentimiento idéntico trato que la contratación entre presentes.

Bibliografía

Cámara de Comercio de Bogota. (septiembre de 2016). *Cámara de Comercio de Bogota*. Recuperado el 21 de agosto de 2017, de www.ccb.org.co

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (04 de Enero de 2017). *Comision Nacional de los Mercados y la Competencia.* Recuperado el 01 de Octubre de 2017, de www.cnmc.ec

Diario El Telégrafo. (26 de Junio de 2016). El comercio electrónico en el páis va por la senda del crecimiento. *El Telégrafo* .

Instituto Nacional de Estadisticas y Censos. (21 de Diciembre de 2016). *Instituto Nacional de Estadisticas y Censos.* Recuperado el 01 de Octubre de 2017, de www.ecuadorencifras.gob.ec

Alamo Cerrillo, R. (2016). La economía digital y el comercio electrónico su incidencia en el sistema tributario. En R. Alamo Cerrillo, *La economia digital y el comercio electrónico su incidendia en el sistema tributario* (págs. 33,34). Madrid: Dykinson, S.L.

Organización Mundial del Comercio. (s.f.). *Organizacón Mundial del Comercio*. Obtenido de www.wto.org

Hérnandez Martinez , W. (2012). La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la comunidad andina. En W. Hérnandez Martinez, *La formación del contrato a tráves de medios electrónicos en el marco de la comunidad andina* (pág. 103). Bogota: Universidad Sergio Arboleda.

Ley de Comercio Electrónico de Colombia . (1999). *Ley 527.* Colombia.

Barbara Montaner. (2015). *Derecho.com*. Obtenido de www.derecho.com/c/Medio_electrónico

Libertad Digital. (2015). Obtenido de www.libertaddigital.com

Fresh Commerce. (2014). Obtenido de freshcommerce.com

Calderón Medina, D. (2010). *Fundamentos del comercio electrónico.* Mexico D.F.: Instito Mexicano de Contadores Públicos.

Coello García , H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico.* Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay.

Bascur Retamar , G. (2010). *Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico.* Chile: Universidad de talca.

Coello Garcia, H. (2006). *Teoría del Negocio Juridico.* Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay.

Roppo, V. (2004). *Estudios sobre el contato en general.* Perú.

Coello García , H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico.* Cuenca, Ecuador.

Coello García , H. (2006). *Teoria del Negocio Jurídico.* Cuenca, Ecuador.

Roppo, V. (2004). *Estudios sobre el contrato en general.* Perú: ARA Editores.

Farina , J. (2005). *Contratos Comerciales Modernos.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Borda, A. (2014). *Scielo*. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-90602014000200003

Roppo, V. (2004). *Estudios sobre el contrato en general.* Perú: ARA editores.

Robert Korntheuer. (noviembre de 2017). *seo-quito.com*. Obtenido de https://seo-quito.com/estudio-comercio-electronico-ecuador/

Alessandri Rodriguez, A. (2011). *De los contratos.* Temis S.A.

Mabel Goldstein. (2010). *Diccionario Jurídico Consultor Magno.* Uruguay: Cadiex Internacional S.A.

Bascur Retamar, G. (2010). *Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico.* Chile: Universidad de Talca.

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno t Comparado.* Santiago, Chile: Jurídica de Chile.

Roppo, V. (2004). *Estudios sobre el contrato en general.* Perú: ARA Editores.

Coello García, H. (2006). *Tería del Neogicio Jurídico.* Cuenca: Universidad del Azuay.

Bascur Retamar, G. (2010). *Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico.* Chile: Universidad de Talca.

Roppo, V. (2004). *Estudios sobre el contrato en general.* Perú: ARA Editores.

Farina, J. M. (2005). *Contratos Comerciales Modernos.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado (Volumen V) De las Obligaciones.* Chile: Jurídica de Chile.

Bascur Retamar, G. (2010). *Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico.* Chile: Universidad de Talca.

Roppo, V. (2004). *Estudios sobre el contrato en general.* Perú: Ara Editores.

Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los Contratos.* Bogota, Colombia: Temis S.A.

Coello García, H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico.* Cuenca: Universidad del Azuay.

Bascur Retamar, G. (2010). *Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico.* Chile: Universidad de Talca.

Pinochet Olave, R. (2005). *Scielo*. Recuperado el 2018, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005001000004&Ing=en&nrm=iso&tlng=es

Alessandri Rodriguez, A. (2011). *De los Contratos.* Bogota: Temis S.A.

Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los Contratos.* Bogota : Temis S.A.

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, De las Obligaciones.* Chile: Jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los Contratos.* Bogota: Temis S.A.

Pinochet Olave, R. (2005). *scielo.com*. Obtenido de http:/www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100004&Ing=en&nrm=iso&tlng=es

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, De las Obligaciones.* Chile: Jurídica de Chile.

Pinochet Olave, R. (2005). *Scielo.com*. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100004&Ing=en&nrm=iso&tlng=es

Mercadolibre. (2018). *Mercadolibre.com.ec*. Obtenido de http://www.mercadolibre.com.ec/org-img/html/MEC/seguro_terminos.html

Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los Contratos.* Bogota: Temis S.A.

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, De las Obligaciones.* Chile: Jurídica de Chile.

Roppo, V. (2010). *Estudio sobre el contrato en general.* Perú.

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo v, De las Obligaciones.* Chile : Jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los Contratos* . Bogotá : Temis S.A.

Obregón Siegmund, G. (2012). La perfeccion del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia a las páginas web. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Politica* , 76.