

El comercio electrónico en Ecuador: régimen jurídico y comentarios

Margarita Romero Rosales y

Teodomiro Ribadeneira

Molestina

Las transacciones electrónicas necesitan un ordenamiento jurídico claro. El comercio por esta vía se desarrolla a pasos agigantados y la legislación se ha quedado atrás.

El comercio electrónico es un tema desconocido en el Ecuador. A pesar de que últimamente hemos descubierto las grandes ventajas del correo electrónico, la navegación en el Internet -con toda la información que podemos encontrar al alcance de la mano- así como la oferta de productos y servicios a través de portales o páginas en la red (marketing virtual). Sin embargo, ésta es apenas la primera fase de un círculo que sólo estará completo cuando, además de acceder virtualmente a todas las tiendas del mundo, adquiramos artículos de todo tipo, variedad y uso, eventualmente paguemos nuestros impuestos y cuentas de teléfono y luz en la red, por ejemplo.

Se puede definir al comercio electrónico como "cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan electrónicamente en lugar de por intercambio o contacto físico directo". La anterior es una definición tal vez excesivamente amplia: el comercio electrónico basado en Internet abarca todo tipo de acceso a información comercial, intercambio de medios digitales de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencias electrónicas de fondos, comercio electrónico de valores, contratación pública, mercadotecnia, servicios posventa directos al consumidor, certificación de identidades y transacciones, cibertribunales y formas de resolución de conflictos. En general, todo lo relacionado a Internet, con implicaciones económicas y comerciales.

Al contrario de lo que muchos piensan, el comercio electrónico no es un sueño futurista. Todo lo contrario: tiene ya su acogida con un amplio espectro de consumidores que crece día a día como una ola gigante, imparable en todo el mundo. Sin perjuicio de que Estados Unidos, Japón y Europa están a la cabeza, el comercio electrónico es un fenómeno que ha ido globalizándose y seguirá haciéndolo sin límites.

Según el *Wall Street Journal*, el total del comercio electrónico en Latinoamérica asciende a US\$ 1.060 millones de dólares, y pese a que más de la mitad de los internautas son brasileños, los más entusiastas frente al comercio electrónico parecen ser los panameños, ecuatoria-

nos y venezolanos. Un 58%, 55% y 53%, respectivamente, considera a la red muy útil para las compras.

Algunas investigaciones a nivel local han arrojado cifras de alrededor de 50.000 usuarios del Internet en el Ecuador. Hay que aclarar que se trata de una cifra irreal, toda vez que dentro de los inscritos generalmente se cuentan personas jurídicas que engloban cientos y hasta miles de usuarios del Internet, bajo una sola inscripción. Lo importante es mencionar que siempre las perspectivas y estadísticas sobre usuarios de Internet van en aumento, si bien las cifras pueden no ser exactas, lo cierto es que siempre hay una progresión ascendente.

En la misma línea, la *International Data Corporation* (IDC) pronostica que los internautas de la región (América Latina) pasarán de 7.3 millones en 1999 a 19 millones en el 2003. Si bien es cierto que este número implica solamente el 3.7% de la población, los expertos indican que se trata del segmento con mayor poder de adquisición, que tiene acceso a tarjetas de crédito y que vive en zonas donde la distribución y entrega de productos no es difícil. Si a esto sumamos que están desapareciendo, cada vez más, los obstáculos materiales del comercio electrónico en América Latina, las telecomunicaciones están mejorando y los costos del Internet y del teléfono están bajando gradualmente, la conclusión final es que muy pronto el comercio electrónico será parte de la vida de todos nosotros, independientemente del lugar del mundo en el que nos encontremos.

El impacto del comercio electrónico consiste en que se trata de un mecanismo que rompe con todos los esquemas y paradigmas tradicionales de los mercados, creando unos nuevos, redefiniendo las expectativas de los clientes. Las posibilidades de oferta se abren absolutamente y las restricciones geográficas y de tiempo se borran. A manera de ejemplo, anteriormente los modelos de negocios se basaron en lo que se conoce como "try & buy" (prueba y compra), pero actualmente con la introducción de la carretera de la información -la red que nos vincula a todos en todos los lugares del mundo- el modelo de negocio ha sufrido un cambio radical: podemos encontrar que la ten-

dencia es dotar del servicio de Internet y acceso a la red gratis, incluso el ordenador o computadora es entregado sin costo al cliente, con la única obligación de acceder a la página en la red (*web site*) de la compañía promotora, a fin de que la visite regularmente, por el tiempo determinado en el contrato.

OPCIONES DE COMERCIO

Las oportunidades del comercio electrónico se equiparan a las de la red misma en:

- Presencia y elección globalizada;
- Aumento de competitividad y calidad de servicios;
- Adecuación generalizada/productos y servicios personalizados;
- Cadenas de entrega más cortas o inexistentes;
- Respuesta inmediata a las necesidades;
- Reducción de precios;
- Nuevos negocios, productos o servicios, etc².

Ya desde una perspectiva jurídica algunas de las ventajas del comercio electrónico son:

- Homologación con documentos de formato tradicional.
- Legalidad de mensajes de datos o documentos electrónicos (mensajes de correo electrónico, órdenes de compra, etc.).
- Los certificados digitales que garantizan tecnológicamente la identidad inequívoca de su propietario (receptor o emisor).
- Se evita la suplantación, vía infraestructura tecnológica o a través del registro público de claves.
- Imposibilidad de revocación: afirmar eventualmente que no se recibió o no se envió el mensaje de datos, hecho que es fácilmente comprobable a través de tecnología.

No es exacta la apreciación de que el comercio electrónico solo sirve para operaciones de comercio exterior. Prueba de ello es el gran interés que varias empresas nacionales (en distintos sectores tienen en el tema), por la perspectiva de crecimiento de ventas y oportunidades que tienen dentro de nuestro país.

Sin embargo, la inseguridad jurídica que rodea al comercio electrónico ha impedido su desarrollo. La acogida que tiene lamentablemente se ha visto truncada, limitando así las transacciones en la red, al acceso a portales con fines informativos y compra o utilización de productos y servicios con compañías que operan desde Estados Unidos y que por tanto pueden acceder a la denominada "*merchant account*" que es la única vía posible para poder cobrar vía tarjeta de crédito las operaciones originadas en el Internet.

De ahí que el principal objetivo de una futura Ley de Comercio Electrónico sea precisamente:

- a. dotar de un marco jurídico a las transacciones y demás operaciones que tengan como escenario el Internet;
- b. proteger al consumidor o usuario de este servicio, que asegure tecnológicamente la identidad del aceptante y ofertante y en general que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comercio electrónico;
- c. homologar los documentos digitales, que en general son acuerdos de voluntades dentro de la red, con el mismo valor jurídico que los documentos o contratos tradicionales;

d. Introducir o modificar las infracciones, delitos y penas que pueden originarse de las operaciones virtuales dentro del comercio cibernético.

La Comisión Europea se ha pronunciado sobre ese punto en la Propuesta de Directiva sobre Comercio Electrónico, al establecer en el Art. 9 la obligación de los Estados de hacer posible los contratos por vía electrónica. A tal efecto, los Estados Miembros tienen la obligación de garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización de los contratos por vía electrónica ni se priven de efecto y validez en razón de la forma de celebración. Además, lo propio hace la Ley modelo de CNUDMI (UNCITRAL).

En su generalidad, las leyes que regulan el comercio electrónico no son tecnológicamente neutras. Por el contrario: no podrían existir sin el apoyo y afluencia de una infraestructura tecnológica con la que se funde, a tal punto que solamente a través de medios tecnológicos puede certificarse la integridad y autenticidad de una firma digital o de un documento digital, mecanismos éstos que día a día van perfeccionándose rezagando indiscriminadamente a la ley que los regula.

En el caso del Ecuador, al igual que Colombia y otros países con legislaciones sobre comercio electrónico como Italia, Alemania, España, se ha adoptado como esquema de seguridad la Infraestructura de Clave Pública (Public Key Infrastructure)³. Esto significa que la ley establece la existencia de entidades certificadoras, legalmente facultadas para generar firmas digitales, sobre la base de dos claves: una de conocimiento público y otra secreta, temas que analizaremos con mayor profundidad más adelante, con referencia específica a nuestro proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS DIGITALES Y MENSAJES DE DATOS DEL ECUADOR

Con el apoyo de CORPECE (Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico) creada para este efecto, y con la participación activa de varios sectores interesados, se impulsó el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Mensajes de Datos.

Para la elaboración y estructuración del Proyecto de Ley se invitó a una amplia base de sectores involucrados y se contó con la participación de importantes empresas del medio. Se partió de la revisión de la legislación ecuatoriana y junto con el apoyo de distintos proyectos de ley, sobre todo de la Ley Modelo propuesta por las Naciones Unidas a través de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Mercado Internacional); Directivas Europeas sobre comercio electrónico, firma digital -Directiva de Propuesta COM (1998) 586 final-98/0325 9COD) de 11 de Noviembre de 1998, modificada por la propuesta COM (1999) 427 final- 98/0325 (COD) sobre Comercio Electrónico, Directiva 97/7/CE contratos a distancia del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Directiva sobre Firma Electrónica modificada del Parlamento Europeo y del Consejo COM (1999) /95 final-98/0191 (COD), proyectos y anteproyectos de leyes de países europeos como Italia, España, Alemania, Luxemburgo, el Acta de Utah de los Estados Unidos de Norteamérica, estudios y proyectos latinoamericanos de

Chile, Argentina, Uruguay, Colombia y Perú, investigaciones y publicaciones sobre el derecho de las nuevas tecnologías principalmente de universidades, así como doctrina especializada.

Es importante mencionar que este proyecto de ley recoge, además del comercio electrónico, regulaciones sobre firmas digitales y mensajes de datos. Se trata de constituir un cuerpo legal de mayor alcance y aplicación práctica. En este punto se apega a la ley modelo de CNUDMI y, por contraste, se aparta de las Directivas de la Comunidad Europea que legislan exclusivamente el tema del documento electrónico y la firma digital, regulaciones éstas aplicables a toda clase de actos y entornos tecnológicos, aunque no tengan aplicación comercial o económica. Sin embargo vale mencionar que no se ha tratado en el Proyecto de Ley temas como: nombres de dominio, impuestos relacionados con el tema y publicidad virtual, por citar algunos ejemplos.

Al margen y a modo de dato informativo es importante mencionar que no existe una ley sobre nombres de dominio (*domain names*) en el Ecuador. Estos nombres no son equiparables bajo ningún punto de vista a las marcas o cualquier otro signo distintivo, y que la entidad que los tramita y regula en nuestro país es NIC ECUADOR, sin que esto implique que no podamos acceder al nombre de dominio de nuestra predilección directamente a través de INTERNIC, sociedad estadounidense encargada de la administración y regulación de los nombres de dominio a nivel mundial.

Por otro lado, y a modo de paréntesis, todavía están en discusión las opiniones de los especialistas respecto del cambio que impone el Internet en materia fiscal. En este sentido y sin adoptar una posición definida, lo que se ha considerado como más conveniente ha sido delimitar los principios de política fiscal en base a los cuales enfrentar los retos que supone el comercio electrónico, en tanto se instrumentan y perfeccionan soluciones prácticas. En definitiva: se deberá estimar y evaluar qué actos podrían tener una implicación fiscal antes de determinar y establecer la carga impositiva que deberá aplicarse sobre las operaciones realizadas en el ámbito del comercio electrónico.

Volviendo a materia, el proyecto de Ley de Comercio Electrónico fue presentado oficialmente en la Secretaría del Congreso Nacional con fecha 14 de septiembre de 1999. Desde entonces, y básicamente por la volatilidad política, se ha ido rezagando su discusión, debate y potencial aprobación. Sin embargo, en un dictamen preliminar ya fue declarada "conveniente y constitucionalmente viable" hecho importante y que ya significa que al menos se tiene la puerta abierta. Lo contrario simplemente hubiera significado esperar al menos que otro Congreso vuelva a conformarse, para un nuevo intento de que se la apruebe.

Los Diputados de la Comisión de lo Civil y Penal y sus asesores conocen el contenido del proyecto y se han hecho aclaraciones adicionales respecto del complemento y sustento tecnológico, que servirán para un mejor entendimiento y análisis.

El principal obstáculo encontrado es la dificultad para abandonar la conceptualización tradicional de los distintos instrumentos que regularía esta ley, como los mensajes de datos - documentos electrónicos -, firma digital o electrónica, certificados digitales, entre otros. De ahí en

adelante los cuestionamientos han girado más en cuanto a la forma que en lo que respecta al contenido.

CONTENIDO BÁSICO DEL PROYECTO

El proyecto de Ley de Comercio Electrónico se compone de tres Títulos, más un Título preliminar que contiene un Glosario de términos que sirve de introducción a un tema de alto contenido tecnológico, como es el comercio electrónico. No se trata de hacer una exposición larga y detallada de todo el contenido de los distintos artículos, que se explican por sí solos tras la simple lectura del proyecto. Sin embargo, es importante poner énfasis en los siguientes aspectos del proyecto legal:

Mensajes de Datos

El proyecto los define como "aquellos documentos en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio". Conceptualizando esta definición podemos afirmar que se trata de un término genérico que engloba a: documentos electrónicos, correo electrónico, páginas web, telegrama, telex, fax, facsímil e intercambio electrónico de datos (más conocido como EDI - *electronic data interchange*). A decir de algunos juristas especializados, "son el punto central de toda la tecnología de la información dedicada a soportar las operaciones comerciales electrónicas". La relación de los mensajes de datos con documentos electrónicos está dada porque se trata de información (con soporte digital o no) generada o transmitida por medios electrónicos. También se los llama documentos digitales: digital, el soporte, electrónico, el medio de transmisión.

Es innegable que, gracias a los medios informáticos, se ha sustituido los documentos tradicionales vinculados necesariamente con el papel y la firma manuscrita con documentos en nuevos soportes. El tratadista Davara Rodríguez, opina que "el documento puede ser tal, tanto si se encuentra sobre un papel o sobre cualquier otro soporte apto según su naturaleza. No se debe identificar documento con escritura, en un sentido estricto atendiendo solamente a la tradicional escritura realizada por el hombre, que en un primer análisis y debido a la costumbre generalizada, lleva al concepto papel".

En el mismo sentido Álvarez Cienfuegos, opina que el documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ni con el papel como soporte ni con la escritura como unidad de significación⁶.

El documento electrónico se concibe como un medio de expresión de voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática y telemática.

Lo fundamental es que el Proyecto de Ley, siguiendo las tendencias legislativas internacionales en este tema, así como la Ley Modelo de CNUDMI (Art. 5) garantiza el "principio de equivalencia funcional", que se refiere a que el contenido de un documento electrónico surte los mismos efectos que el contenido de un documento en soporte papel. La equivalencia funcional significa aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas.

Así dispone el proyecto: "Art. 3.- Efectos de la Ley: Se reconoce la fuerza jurídica y la validez de los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, así como la información que éstos contengan. Los mensajes de datos, su información y contenido tendrán igual valor jurídico que los instrumentos públicos y privados, y su eficacia y valoración se someterán al cumplimiento de lo establecido en esta ley".

Respecto de que el documento deba constar por escrito, el Art. 7 del proyecto de ley dispone: "Cuando las leyes requieran que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta" En definitiva, lo importante en la equiparación legal de los documentos tradicionales con los documentos electrónicos es la posibilidad de recuperación del mensaje para que su contenido sea accesible posteriormente y reconocido por las partes o terceros. Esto significa su permanencia en el tiempo. Incluso se ha introducido en el Artículo 9, específicamente la conservación de los mensajes de datos.

A este respecto el proyecto de ley dedica el noveno artículo. "Art. 9.- Conservación de los mensajes de datos.- Cuando la Ley requiera que ciertos documentos, registros, o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta;
- Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida; y
- Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.

Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar o verificar los requisitos señalados en este artículo".

De otro lado, la Ley de Comercio Electrónico en materia de prueba, establecería que "el mensaje de datos cualquiera sea su procedencia o generación, será considerado como medio de prueba con todos los efectos legales que tienen los principios probatorios determinados en las leyes que regulan la materia" (Art. 48 y SS.)

Finalmente cabe destacar, que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, incorporaría en su articulado regulaciones sobre los documentos públicos electrónicos o copias electrónicas auténticas, que son aquellos "documentos escritos que se transformen en documentos electrónicos en presencia de un Notario y a la inversa" (Art. 44)

Firma electrónica o digital

Esta figura está definida por el proyecto de ley como "dato en formato electrónico asignado a un documento electrónico o mensaje de datos por el autor del mismo"

La firma digital es indispensable dentro de las redes abiertas de información, como Internet y el comercio electrónico. Solamente a través de ella se genera un entorno seguro en relación con la autenticación digital vital para su

desarrollo y expansión. El fin que persigue la firma digital es el mismo de la firma ológrafa: dar asentimiento y compromiso con el documento firmado.

Como afirman Arce y Días Lannes, abogados argentinos especialistas en el tema, a diferencia de la firma manuscrita, que es un trazo sobre el papel, la firma digital consiste en un apéndice al texto original. Este apéndice sería la firma digital

El mecanismo utilizado para la firma digital debe ser criptográfico (arte de proteger la información en lo que respecta a su privacidad y a su integridad), de modo que este mecanismo utiliza dos claves diferentes: una para cifrar y otra para descifrar.

Una clave es pública, esto es, de conocimiento general; otra, denominada clave privada, que se mantiene en total reserva, toda vez que no existe motivo para que nadie aparte de su autor necesite conocerla (punto medular de la seguridad del sistema criptográfico). Ambas claves son generadas al mismo tiempo con un algoritmo matemático y guardan una relación tal entre ellas que la información que es encriptada con la clave pública solo puede ser descifrada con la clave privada⁷. Algunas legislaciones la denominan firma digital avanzada.

Para clarificar de mejor manera el concepto de firma electrónica, vale mencionar que la firma digital está íntimamente ligada al documento digital que la origina y que, junto a este documento y al certificado de clave pública correspondiente, permiten en conjunto, y de manera autosuficiente, verificar la integridad del documento y la identidad del creador de la firma.

Las características fundamentales de la firma digital o electrónica son: integridad, inalterabilidad y perdurabilidad. Están recogidas en el Art. 14 del Proyecto de Ley: "La firma electrónica en un mensaje de datos debe ser parte integrante del mensaje de datos, enviarse en un mismo acto y ser inalterable, de tal forma que si se cambia el documento o la firma, ésta se invalide. Cumplidos los requisitos de seguridad e inalterabilidad, se presumirá la integridad del mensaje de datos..."

- Integridad, significa que no ha sido modificada o que no carece de ninguna de sus partes integrantes. La firma digital a través de medios tecnológicos es capaz de detectar la integridad de la información que fuera firmada, en forma independiente al medio de su almacenamiento.
- Inalterabilidad, significa que la información no podrá ser adulterada cuando sea almacenada. La firma digital no impide que la información se altere sino que detecta si ésta ha sido alterada.
- Perdurabilidad, significa que la información perdura o se mantiene en el tiempo y es a la vez, una cualidad del medio de almacenamiento de la información.

Para tener validez jurídica las firmas deben permitir verificar tanto la identidad del autor, como comprobar que dichos datos no han sufrido alteración desde que fueron firmados; en otras palabras, garantizar la autenticidad e integridad del documento. Para que la firma electrónica sea legalmente viable, debe recoger los siguientes requisitos:

- Ser única de la persona que la usa,
- Susceptible de ser verificada inequívocamente,
- Permanecer bajo exclusivo control de quien la usa,
- Estar ligada indefectiblemente a la información del mensaje de datos.

Así lo establece el Proyecto de Ley en su Art. 13. "Requisitos de la firma electrónica: Para tener validez, la firma electrónica reunirá como mínimo los siguientes requisitos:

- a. Ser individual, única o vinculada exclusivamente a su titular, y capaz de ser mantenida bajo el estricto control de la persona a quien pertenece y usa.
 - b. Disponer de las seguridades necesarias que garanticen su integridad.
 - c. Ser verificable inequívocamente mediante mecanismos técnicos de comprobación, establecidos por la Ley, los Reglamentos o el acuerdo de las partes.
- Cualquier requisito adicional a los aquí señalados, deberá constar expresamente en un acuerdo suscrito por las partes".

El Proyecto de Ley dentro de su objetivo de permitir y fomentar el uso de firmas digitales o electrónicas contempla aspectos como:

- Equiparación de la firma digital a la firma manuscrita (Art. 12)
- Obligaciones vinculadas con la firma electrónica (Art. 15)
- Obligaciones del titular de la firma electrónica (Art. 16)
- Revocación, cancelación y suspensión de la firma digital (Art. 18 y 19)
- Como ventajas de la firma electrónica en nuestro sistema legal están las de garantizar fehacientemente la autenticidad e integridad de un documento, imposibilidad de falsificación y el uso de terceros sólo con consentimiento.

Servicios de Certificación

Los proveedores de estos servicios están definidos por el mismo Glosario de la ley, como: "La persona natural o jurídica que está legalmente en capacidad de emitir certificados de identidad y proporcionar servicios relacionados con el comercio electrónico y la firma electrónica y para lo cual debe cumplir con los requisitos determinados en esta Ley y sus Reglamentos".

En definitiva son aquellas entidades que dan fe de que una determinada clave pública corresponde a un sujeto específico mediante la expedición de un certificado. La importancia del certificado está dada por constituir el aval o respaldo de la firma digital: no existe legalmente el uno sin la otra. Como analogía podemos tomar las tarjetas índices del Registro Civil, con las que se corrobora si la firma manuscrita de la cédula de identidad es la misma de la tarjeta índice correspondiente.

La Ley ha otorgado a la Superintendencia de Telecomunicaciones las funciones de control de estos proveedores, salvo que se trate de proveedores de servicios de certificación relacionados con el sistema financiero nacional, caso en el cual será la Superintendencia de Bancos quien ejercerá estas funciones de control. (Art. 24)

De otro lado, y siguiendo la guía de la ley modelo de CNUDMI, la ley ecuatoriana de comercio electrónico establece varios requisitos que deberán cumplir todos aquellos que quieran ser considerados proveedores de servicios de certificación.

Estos son de distinta índole, desde requisitos de carácter técnico, de probidad, económicos y de operabilidad en las funciones que han de prestar a la comunidad. (Art. 25) Así mismo se establece claramente una serie de obligaciones y responsabilidades que asumen los proveedores de los ya mencionados servicios de certificación. (Art. 26)

Por la importancia de los servicios que prestan (en relación con la información que por su actividad tienen acceso los proveedores de servicios de certificación), la Ley ha puesto especial énfasis en que dichas personas naturales o jurídicas:

- Garanticen la privacidad, protección y confidencialidad de la información.
- Obtengan la información que requieran únicamente con el consentimiento y voluntad de la persona relacionada.
- Se abstengan de divulgar por cualquier medio la información a la que tuvieren acceso.
- Protejan la información y demás datos obtenidos, frente a terceros.
- Se sancione expresamente la recopilación, cesión ilegal de datos, así como las violaciones al derecho a la confidencialidad y protección de datos. (Art. 27)

Contratos electrónicos

Para Davara Rodríguez, el contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando éste tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de la interpretación futura del acuerdo⁸.

En este sentido, el comercio electrónico no es sino una nueva modalidad para la formación del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos. Aunque al amparo de nuestro Código Civil (Art. 1588 C.C.) sobre la base de autonomía de la voluntad de las partes, existe respaldo legal para los contratos electrónicos, la potencial Ley de Comercio Electrónico, en el Art. 28, establece que "la elaboración, envío y aceptación de un contrato podrá ser efectuada mediante mensaje de datos. Estos mensajes gozarán de completa validez y fuerza jurídica, sea que se trate de una oferta, la aceptación de la misma o cualquier otra forma que genere obligaciones entre las partes".

En lo que respecta al perfeccionamiento de los contratos electrónicos y siempre que estas disposiciones no sean modificadas por las partes, el proyecto de Ley de Comercio Electrónico señala:

- Perfeccionamiento: está dado cuando la declaración de voluntad del aceptante llegue a conocimiento del oferente.
- Lugar de perfeccionamiento: el que acordaren las partes, o el lugar de la aceptación del mensaje de datos.
- Aceptación: puede estipularse como requisito la aceptación legal de un documento electrónico, o la confirmación de recepción.
- Tiempo de validez: si no se ha señalado tiempo de validez por parte del emisor de un mensaje de datos condicionado a confirmación de recepción o aceptación, éste tendrá una validez de 5 días hábiles.
- Tiempo envío y recepción: expedido, cuando entra en un sistema de información que no esté bajo control del emisor; recibido, cuando ingresa al sistema de información señalado por el destinatario.
- Lugar de envío y recepción: el señalado por las partes, o el que conste en el certificado electrónico. Si no se puede determinar, el lugar de trabajo o donde se desarrolle el giro principal de los negocios o del negocio relacionado con el mensaje de datos.
- Duplicación: cada mensaje de datos se presume diferente.

Asimismo, el proyecto de ley también trata sobre el contrato de adhesión: "En los contratos en los cuales las condiciones se encuentren preestablecidas, bastará que el suscriptor cumpla con las instrucciones de adhesión establecidas en el mensaje de datos para crear obligaciones entre emisor y suscriptor".

Protección a los usuarios del comercio electrónico

Como hemos mencionado, el éxito del comercio electrónico dependerá en gran parte del interés y la confianza de los consumidores.

Han existido gran cantidad de mecanismos para promover la protección del consumidor en el mercado tradicional, muchos de los cuales continuarán siendo útiles en el mercado electrónico. Sin embargo, en el ambiente digital existen nuevos retos para el consumidor y se requiere de nuevas estrategias que le den confianza en ese contexto.

En relación a lo anterior es importante anotar que la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo (OCED) ha tenido un papel preponderante y ha ayudado en gran medida a crear procedimientos y mecanismos para proteger los derechos de los consumidores y usuarios del comercio electrónico con su publicación de la "Guía de Protección al Consumidor en el Mercado Electrónico". En este documento se han considerado como partes integrales de la protección al consumidor: la contratación electrónica, privacidad, seguridad y autenticación, fraude en línea, resarcimiento al consumidor, educación del consumidor y veracidad en publicidad. Estos temas, aunque pueden variar ligeramente, son en la generalidad importantes dentro de la protección al consumidor en lo que concierne a resarcimiento.

Las anteriores guías de la OECD trataban de resolver los antedichos temas mediante auto-regulaciones y soluciones tecnológicas, que han sido acogidas por un gran número de gobiernos y la industria. Por otro lado la OECD ha examinado y colaborado con la CNUDMI (UNCITRAL) en la creación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, que como ya se anotó es la base del Proyecto de Ley de Comercio Electrónico ecuatoriano.

Cabe anotar que también ha existido una enorme cantidad de trabajos en torno al tema, realizados por organizaciones internacionales en el sector privado, como Cámara Internacional de Comercio (ICC) y la Alianza para Negocios Globales (Alliance for Global Business AGB), además de iniciativas y planes de la Unión Europea, Gobierno de los Estados Unidos de América, OMPI, entre otros.

La Ley de Comercio Electrónico garantizará los derechos de los usuarios de servicios de certificación y de quienes actúen intercambiando mensajes de datos, o efectuando transacciones de cualquier tipo relacionadas con el acceso a Internet, comercio electrónico, otros medios de comunicación y tecnologías de información. (Art. 39)

En el mismo sentido, el proyecto dispone que la oferta de información en el Internet o en redes abiertas, deberá ser objetiva, oportuna, veraz y detallada. La publicidad virtual deberá someterse al ordenamiento jurídico ecuatoriano o a los códigos de ética en esta materia. Como parte de la protección al usuario/consumidor, la ley le otorgará la facultad de desistir del contrato de consumo 24 horas después de suscrito.

Punto fundamental es la consagración del derecho a la intimidad y el derecho a no recibir información o mensajes

de datos no solicitados. En el mismo sentido, si una vez se ha rechazado una oferta electrónica por parte del destinatario, el oferente no podrá seguir enviando mensajes. Cualquier violación a estos principios faculta al usuario para hacer valer a su favor todas las acciones que le concede la ley

Infracciones electrónicas

Uno de los puntos medulares dentro de la aplicación y salvaguarda del comercio electrónico es lo referente a las infracciones electrónicas y a sus correspondientes sanciones. Únicamente con el establecimiento de este tipo de normas la protección al comercio electrónico tiene razón de ser, y por lo tanto el excluirlas produciría que todas las demás disposiciones quedarían sin ningún efecto o aplicación práctica, perdiendo de esta forma las leyes de comercio electrónico uno de sus mayores objetivos: brindar seguridad y confianza a los usuarios, consumidores y oferentes en la red. Por lo tanto, al hablar de firma digital y de documentos electrónicos debemos incorporar a nuestro Derecho Penal una nueva categoría que no se encuentra establecida actualmente.

LOS DESAFÍOS LEGISLATIVOS

Como es lógico suponer la incorporación de estas nuevas normas al Código Penal traería infinidad de problemas e inconvenientes, por lo que a criterio de algunos tratadistas únicamente se debería partir de una reforma a los conceptos tradicionales de firma, documento, instrumento privado, instrumento público, y asimilarlos a la firma digital o electrónica y al documento electrónico, evitándose de esta forma que se generen vacíos por falta de normas es decir por atipicidad de delitos e infracciones en la red

Otra de las formas es incorporar modificaciones y establecer sanciones a los infractores cibernéticos en el respectivo Código Penal. Este procedimiento es el que ha seguido el proyecto de Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, lo cual, como establecimos anteriormente, podría ocasionar vacíos o ausencia de tipicidad. Es importante anotar que se siguió este procedimiento en vista de la demora y falta de celeridad por parte de los legisladores en el Ecuador, y entendemos que se consideró más ágil añadir artículos que regulen las distintas infracciones y violaciones al comercio electrónico que reformar los conceptos de las principales figuras del comercio tradicional.

Tanto en la ley modelo de la UNCITRAL, como en la ley modelo de la cual nacen algunas de las leyes que existen actualmente, se deja a criterio de cada país el tema de las sanciones o infracciones. Por ejemplo en la ley No. 527 de 1999, de la República de Colombia no se establece infracciones ni sanciones, por lo que entendemos que fue reformado el Código Penal en forma independiente.

Volviendo al caso del Ecuador, en el proyecto de la Ley de Comercio Electrónico se ha planteado una reforma al Código Penal, a partir del Título X, que contempla la inclusión de 6 artículos que regulan el tema. Dentro de los cuales se encuentran como principales infracciones o delitos electrónicos o cibernéticos los siguientes:

- Delito de fraude informático: las personas que valiéndose de cualquier método o modo alteren, manipulen o modifiquen el funcionamiento de un programa infor-

mático, sistema informático, telemático o un sistema de datos para procurarse la transferencia no consentida de los bienes, valores, derechos o patrimonio de otra persona en perjuicio de ésta o de un tercero.

- Delito de daño informático: las personas que de cualquier modo o utilizando cualquier método destruyan, alteren, utilicen, supriman o dañen los programas, datos, bases de datos, información, o cualquier mensaje de datos contenido en un soporte lógico, sistema de información o telemático.

- Delito de falsificación electrónica: las personas que con ánimo de lucro, o bien para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio, alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático, ya sea:

1. Alterando un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial.
2. Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en el acto, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
4. Alterando o falsificando un instrumento electrónico público o privado, de acuerdo a lo determinado por el Código Penal.

- Delito de intromisión indebida a los sistemas de información o telemáticos: las personas que por cualquier medio y con cualquier fin, con ánimo de conocer, apoderarse de la información contenida en dichos sistemas o descubrir los secretos comerciales o personales, o

vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento interfieran, interrumpen, o se apoderen de cualquier mensaje de datos.

UN COMENTARIO FINAL

Para concluir, es importante anotar que el objeto de este artículo es resaltar la importancia que tiene el comercio electrónico a nivel mundial, y lo fundamental que es crear la legislación adecuada que le permita desarrollarse y crecer en Ecuador.

De la información recopilada, podemos concluir que en la actualidad existe gran cantidad de empresas extranjeras y ecuatorianas que se encuentran interesadas en realizar ofertas de bienes y servicios en el Ecuador, ayudando de esta forma en gran parte al crecimiento económico del país.

Por otro lado creemos que los esfuerzos que hasta la fecha se han hecho en el Ecuador para aprobar esta ley son importantes y confiamos que próximamente contemos ya con una Ley de Comercio Electrónico, para de esta forma no quedarnos rezagados en relación con los países desarrollados y hasta con países vecinos, como Colombia y Perú, que ya cuentan con leyes aprobadas y en vigencia sobre comercio electrónico, mensajes de datos y firmas electrónicas.

De la misma forma es importante anotar que es muy difícil y casi imposible medir el avance de la tecnología y lo que hoy por hoy nos parece una innovación, probablemente en el corto tiempo quede obsoleta y nos veamos obligados a crear, modificar o ampliar la Ley de Comercio Electrónico.

NOTAS

1. Boletín Informativo del IPCE (Instituto Peruano de Comercio Electrónico) Pagina de Derecho e Informática.
2. *ibid*
3. Gutiérrez Alvaro, Colombia: El comercio electrónico en el derecho comparado, R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi.
4. *Ibid*.
5. Rico Carrillo Marilliana: Validez y Regulación legal del documento y la contratación electrónica.. R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi., quien a su vez cita a Davara Rodríguez.
6. *Ibid*, cita a Alvarez Cienfuegos.
7. Arce Alfonso José; Díaz Lannes Federico Santiago: La Firma Digital. Aspectos Jurídicos. Su aplicación a las comunicaciones previstas por la Ley 22. 172: R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi.
8. Rico Carrillo Marilliana: Validez y Regulación legal del documento y la contratación electrónica.. R.E.D.I. (revista electrónica de derecho informático) derecho.org/redi Error! Bookmark not defined.. derecho.org/redi., quien a su vez cita a Davara Rodríguez
9. Estos datos se encuentran basados en la información obtenida y recopilada de las siguientes páginas web: