



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:
EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO**

**AUTOR:
Carrasco Dávila, Luis Alfredo**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA**

**TUTOR:
Cuadros Añezco, Xavier Paúl**

Guayaquil, Ecuador

19 de febrero del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Carrasco Dávila, Luis Alfredo**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR

f. _____
Cuadros Añezco, Xavier Paúl

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 19 días del mes de febrero del año 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Carrasco Dávila, Luis Alfredo**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, “**El consentimiento en el contrato electrónico**” previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 19 días del mes de febrero del año 2018

EL AUTOR

f. _____
Carrasco Dávila, Luis Alfredo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrasco Dávila, Luis Alfredo**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El consentimiento en el contrato electrónico**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 19 días del mes de febrero del año 2018

EL AUTOR:

f. _____
Carrasco Dávila, Luis Alfredo

REPORTE URKUND

The screenshot shows the URKUND interface. On the left, there is a sidebar with the following items:

- Documento: [Tesis LUIS A. CARRASCO DÁVILA.docx \(035040174\)](#)
- Presentado: 2018-02-21 17:59 (-05:00)
- Presentado por: maritza.vrigh@paho.com
- Recibido: maritza.vrigh@paho.com
- Mensaje: Tesis Luis Carrasco Tutor Ab. Xavier Cuadros. [Mostrar el mensaje completo](#)

Below the message, there is a green bar indicating: **0%** de estas 11 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

On the right, there is a 'Lista de fuentes' (List of sources) section with a 'Bloques' (Blocks) tab. It contains a table with the following columns: 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'.

Categoría	Enlace/nombre de archivo
Fuentes alternativas	
Fuentes no usadas	

At the bottom of the interface, there is a navigation bar with icons for home, back, forward, and search, along with a toolbar containing 'Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

AUTOR

f. _____

Carrasco Dávila, Luis Alfredo

TUTOR

f. _____

Cuadros Añazco, Xavier Paúl

AGRADECIMIENTO

A Dios,

Por ser guía de mi vida y darme fuerza, sabiduría, valor e inteligencia durante toda esta etapa de estudios.

A mis padres Jesus y Eclin,

Quienes han dado su mejor esfuerzo para poder alcanzar esta meta, por su cariño y su apoyo incondicional, no hay forma de como agradecerles por todo esto, los amo.

A mi hermano Carlos,

Por sus consejos y por su compañía en esta etapa universitaria.

A mi amiga Emily Espinoza R;

Quien me apoyo y acompaño en momentos duros y difíciles, así como en momentos felices de la carrera universitaria.

Luis Carrasco Dávila

DEDICATORIA

A mis padres Jesus Dávila y Eclin Carrasco, por ser pilar fundamental en mi vida, por su apoyo, motivación y sobre todo el esfuerzo que han realizado para llegar a cumplir esta etapa de mi vida.

Luis Carrasco Dávila.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

María Isabel, Lynch Fernández
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

Maritza Ginette, Reynoso Gaute
COORDINADORA DEL AREA

f. _____

Ricky Jack, Benavides Verdesoto
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

CALIFICACIÓN

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE A-2017
Fecha: 19 de febrero del 2018

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “**EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO**”, elaborado por el estudiante **Carrasco Dávila Luis Alfredo**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicha estudiante ha obtenido la calificación de **10 (Diez)**, lo cual la califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN.***

Cuadros Añezco, Xavier Paúl
Docente Tutor

ÍNDICE

RESUMEN	XI
ABSTRACT.....	XII
INTRODUCCIÓN.....	13
CONTRATO ELECTRÓNICO.....	14
DIFERENCIA ENTRE CONTRATO ELECTRÓNICO Y EL CONTRATO INFORMÁTICO	16
NATURALEZA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	17
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	18
EL CONSENTIMIENTO.....	20
¿LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA CONTEMPLA EL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS?.....	20
Figura 1:	23
EL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ARGENTINA.....	24
VICIOS DEL CONSENTIMIENTO	25
ERROR	25
EL ERROR DE HECHO	26
FUERZA.....	27
DOLO.....	27
CONCLUSIONES.....	28
REFERENCIAS	29

RESUMEN

El contrato electrónico es una nueva forma de instrumentar un contrato mediante la utilización de un medio electrónico; El contrato electrónico tiene los mismos elementos de todo contrato capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita; En lo referente al consentimiento es necesario tener presente la forma en cómo se otorga mediante la utilización de un medio electrónico ya que pueden existir casos que puedan haber vicios del consentimiento que no van a permitir que el contrato se perfeccione; En el Ecuador la ley de comercio electrónico, firmas y mensaje de datos, no tiene una regulación como tal sobre el consentimiento otorgado mediante el uso de un medio electrónico si no que se remite al código de comercio, en el cual el consentimiento se da por la oferta y aceptación, esta forma es válida en los contratos electrónicos, pero hay otras formas de otorgar el consentimiento ya sea por Click and wrap agreements y Browse wrap, lo cual no se encuentra regulado por la legislación ecuatoriana.

Palabras Claves: Contrato electrónico, consentimiento, medio electrónico, Ecuador, click and wrap agreements, browse wrap, oferta y aceptación.

ABSTRACT

The electronic contract is a new way of implementing a contract through the use of an electronic medium. The electronic contract has the same elements of any contract capacity, consent, object and legal cause. Regarding consent, it is necessary to bear in mind the way in which it is granted through the use of an electronic means, since there may be cases where there may be vices of consent that will not allow the contract to be perfected. In Ecuador the law of electronic commerce, signatures and data message, does not have a regulation as such on the consent granted through the use of an electronic medium, if not it refers to the commercial code, in which the consent is given by the offer and acceptance, this form is valid in electronic contracts, but there are other ways to grant consent either by Click and wrap agreements and Browse wrap, which is not regulated by Ecuadorian law.

Key words: electronic contract, consent, electronic means, Ecuador, click and wrap agreements, browse wrap, offer and acceptance.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo académico es un estudio sobre el consentimiento en un contrato electrónico ya que en la actualidad los constantes avances tecnológicos han tenido una gran incidencia en la vida cotidiana de las personas y en su forma de comunicación.

Estos avances tecnológicos tienen influencia en el derecho, especialmente sobre los contratos ya que se han ido creando situaciones jurídicas que deben estar reguladas. Los contratos tradicionalmente se han celebrado por escrito, pero con la tecnología se abre la posibilidad que los contratos pueden ser celebrados electrónicamente y en la cual se debe tener claro la forma en cómo se va a dar el consentimiento de las partes contratantes para de esta manera evitar que contrato adolezca de algún vicio que no permita su perfeccionamiento.

CONTRATO ELECTRÓNICO

Para dar una definición de contrato electrónico hay que tener presente lo que es un contrato, así tenemos en el código civil ecuatoriano define primeramente lo que es una obligación en el artículo 1453 “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...)” (Código Civil, 2005). De esto lo fundamental es la voluntad y así en el mismo código civil se define lo que es contrato en el artículo 1454 “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” (Código Civil, 2005).

Entonces contrato es el acuerdo de voluntades que van a crear una o varias obligaciones, cabe hacer una distinción entre contrato y convención siguiendo lo que el autor Alessandri menciona que convención es el acuerdo de voluntades que van a tener un efecto jurídico, pero que al no crear obligaciones no es contrato, por lo tanto convención sería el género y el contrato la especie ya que del acuerdo de voluntades se va a crear una o varias obligaciones. (Alessandri Rodríguez, 1988, págs. 5-6).

Por lo tanto se puede ir definiendo lo que es el contrato electrónico, como aquel que se realiza por medio de la utilización de equipos electrónicos y ya no de la forma tradicional como se realiza es decir mediante un documento escrito, así también lo menciona Davara Rodríguez “La contratación electrónica es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico que tiene o puede tener incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación futura del acuerdo” (Davara Rodríguez, 1997).

Para los autores Sequera y Navarrao “Se denomina contratación electrónica o por medios informáticos, a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o interpretación de un acuerdo” (Castillo Sequera & Navarro Huerga, 2015, pág. 242).

Otra definición de contrato electrónico nos da el autor Fernández “como aquellos que se celebran sin la presencia física simultánea de las partes, las cuales a tal fin

utilizan un medio de comunicación a distancia de índole tecnológica o con la intervención de redes de telecomunicación” (Fernández Fernández, 2013, pág. 42).

Contrato electrónico es aquel “Contrato celebrado a distancia en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medios electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones, cuyo objeto y ámbito vienen determinados por la ley” (Vega Vega , 2015, pág. 93).

Una particularidad de este tipo de contratos electrónicos es que se realizan sin que las dos partes estén necesariamente presentes para poder obligarse, por lo tanto se puede llegar a entender que son contratos a distancia, siendo así que se perfeccionan sin la presencia física de las partes que se están obligando, llegándose a considerar una característica propia de estos contratos. (Arias de Rincón, 2002, pág. 112).

Existe una similitud en las definiciones antes mencionadas las cuales siguen una determinada idea, por ende para definir al contrato electrónico se puede hacer una diferencia significativa con el contrato tradicional, esto es, si bien es cierto el contrato tradicional se viene realizando comúnmente desde hace varios siglos mediante un soporte físico es decir un documento escrito que constaba la voluntad de las partes, mientras que el contrato electrónico se realiza por la utilización de medios electrónicos es decir, el acuerdo de voluntades se da a través de un medio electrónico y ya no en forma física como el contrato tradicional, siendo esta una característica propia del contrato electrónico.

Otra diferencia entre el contrato tradicional y el contrato electrónico, dando así una segunda característica del contrato electrónico, es que en el contrato tradicional se celebra con la presencia de las partes las cuales expresan su voluntad en presencia de la otra parte y dicha voluntad queda plasmada en el documento escrito, en cambio el contrato electrónico las partes no están presentes físicamente y se pueden realizar contratos a distancia ya que la voluntad de las partes se manifiesta por medio de la utilización de un equipo electrónico y en el cual queda plasmada la voluntad de las partes.

Definiendo lo que es el contrato electrónico es aquel contrato en el cual mediante la utilización de un equipo electrónico las partes contratantes que físicamente no están cerca otorgan su consentimiento mediante la utilización de un medio electrónico.

DIFERENCIA ENTRE CONTRATO ELECTRÓNICO Y EL CONTRATO INFORMÁTICO

Para continuar hablando sobre el contrato electrónico hay que hacer una diferenciación entre lo que es el contrato electrónico y el contrato informático, ya que muchas de las veces se pueden llegar a confundir en que los dos contratos son los mismo y cosa que no es así, el concepto que presenta el autor Julio Tellez es muy claro:

“Los contratos informáticos tienen por objeto regular la creación y transmisión de derechos y obligaciones respecto de los bienes y servicios informáticos. Es decir, regir conforme a derecho aquellas relaciones contractuales con motivo de la compra o arrendamiento de un sistema, prestación de un servicio de mantenimiento, programación, capacitación, asesoría, etcétera.” (Tellez Valdez, 1987, pág. 258)

De esta manera se entiende que un bien informático comprende toda la parte física es decir la parte material y así también la parte de programación, entonces bien informático se trataría del hardware y el software, el uno que comprende los componentes electrónicos, es decir lo que forman parte de un sistema informático¹, y la parte de programación que le correspondería al Software esto vendría hacer bienes inmateriales ya que no tienen existencia física, pero esta parte es la que da el soporte lógico a un sistema informático el cual va a dar funcionamiento; Y Servicio informático comprendería todo tipo de servicio que se pueda dar en el ámbito tecnológico ya sea mantenimiento, asesoría, solución, capacitación, etc.

¹ “Sistema Informático: Es un conjunto de dispositivos con al menos una CPU o una unidad central de proceso, que estarán física y lógicamente conectados entre sí a través de canales, lo que se denomina modo local, o se comunicaran por medio de diversos dispositivos o medio de transporte, en el llamado modo remoto. Dichos elementos se integran por medio de una serie de componentes lógicos o software con los que pueden llegar a interaccionar uno o varios agentes externos, entre ellos el hombre” (Moreno Pérez & Serrano Pérez, 2014)

Teniendo en cuenta ya lo que es un contrato informático la diferencia sustancial con el contrato electrónico es que el objeto del contrato informático va ser un bien o servicio informático, mientras que el contrato electrónico su objeto no es un bien o servicio informático si no que es una nueva forma de realizar un contrato mediante la utilización de un medio electrónico.

Si bien los contratos electrónicos son mediante la utilización de medios electrónicos por los cuales se perfeccionan, un contrato informático puede ser a su vez realizado mediante un contrato electrónico o mediante el contrato tradicional que sería el escrito.

NATURALEZA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El contrato electrónico es algo novedoso, desconocido talvez por muchos, que requiere alta atención por la forma en cómo se realiza, pero no es que se ha creado una nueva institución jurídica en el ámbito del derecho, si no que sigue los mismos lineamientos de un contrato tradicional con la única diferencia es que sea realiza por la utilización de medios electrónicos que es una característica fundamental de estos, esto tiene relación con lo que dice el autor José Antonio Vega:

“no estamos en presencia de un contrato con perfil distinto, cuya naturaleza jurídica viniera dada por el medio electrónico, sino que se trata de un contrato caracterizado por la forma especial de concertar voluntades y que ofrece, ciertamente, novedades en algunos presupuestos y efectos del contrato, pero que en modo alguno hace nacer una nueva institución jurídica.” (Vega Vega , 2015, págs. 90-91)

Con lo mencionado por José Antonio Vega es que hace referencia a que la voluntad de las partes se expresa mediante la utilización de medios electrónicos.

Si esta modalidad de contratación electrónica se la enmarcaría como una nueva institución jurídica, se tendría que establecer varios tipos de contratos, es decir habría la obligación de crear un contrato electrónico de arrendamiento, contrato electrónico de compraventa etc. Pero no es este el caso ya que en el contrato electrónico es una nueva forma de instrumentar los contratos y así tenemos que en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y mensajes de datos en su artículo 45 dice

“Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, 2002)

La ley manifiesta que un contrato electrónico debe ser instrumentado por medio de mensaje de datos y en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos en el artículo 2 nos dice que “Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, 2002). Es pertinente dar una definición de lo que es un mensaje de datos la cual es tomada de la legislación colombiana en la Ley 527 de 1999 la cual dice “Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”

Entonces al existir similitud entre el contrato tradicional y el contrato electrónico se distingue que los elementos en los contratos electrónicos son los mismos que se existen en los contratos tradicionales y son Capacidad, Consentimiento, Objeto Lícito y Causa, así mismo tampoco sufre alguna alteración sobre estos elementos, pero hay que dar una atención esencial sobre el consentimiento ya que en la legislación ecuatoriana no existe norma expresa que regule el consentimiento en los contratos electrónicos si no que se sigue las reglas establecidas en el código civil y en el código de comercio.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Siguiendo que el contrato electrónico tiene su misma esencia de los contratos tradicionales entonces se entiende que un contrato se considera perfecto por el consentimiento de las partes, en los contratos electrónicos la doctrina menciona cuatro teorías para poder determinar el momento en el cual se perfecciona un contrato electrónico, teniendo presente que el contrato electrónico es considerado por la mayoría de los autores antes mencionados como un contrato entre ausentes ya que no se encuentran físicamente en el lugar de celebración del contrato, de esta

manera este contrato se puede celebrar internacionalmente, así tenemos las cuatro teorías:

Teoría de emisión de la declaración o manifestación, siguiendo esta teoría se llega a determinar que el contrato electrónico se considera perfecto desde que la persona que acepta el contrato manifiesta su voluntad, como menciona el autor Rodolfo Fernández, no bastaría que dicha aceptación del contrato este solo en la mente del aceptante y se llegare a considerar que la voluntad del aceptante está formada y que el contrato es perfecto, si no que dicha voluntad debe ser expresada, exteriorizada en forma completa para así poder llegar a determinar que el contrato se perfecciona, una crítica a esta teoría sería que la manifestación del aceptante no es remitida al oferente.

Teoría de la expedición, comunicación o remisión, esta teoría explica que el consentimiento que es dado por el aceptante en el contrato electrónico debe ser comunicado al oferente, para que así de esta manera tenga conocimiento de la voluntad del aceptante, el aceptante debe hacer todo lo posible para remitir su aceptación del contrato al oferente, esta teoría se diferencia de la teoría de la emisión ya que en dicha teoría solo se manifiesta la voluntad y no se remite al oferente.

Teoría de la recepción, entendiendo esta teoría se llega a determinar que el contrato electrónico se perfecciona desde “el momento en que recibe la aceptación” (Arias de Rincón, 2002, pág. 120), se entiende que la manifestación de la voluntad hecha por parte del aceptante ha llegado al oferente sin necesariamente que tenga conocimiento de esta, basta con el hecho de que este en su ámbito de interés.

Teoría de la cognición o conocimiento, esta teoría explica que no basta que la declaración de la voluntad sea manifestada o sea remitida al oferente, si no que para considerar que el contrato se perfeccione es necesario que el oferente a más de haber recibido la manifestación de la voluntad este la conozca y se llega a considerar que existe una manifestación mutua.

EL CONSENTIMIENTO

Ya se ha dicho que el contrato electrónico no es una nueva rama jurídica que se ha creado y alterado el fondo de los contratos, si no que sigue la misma esencia de los contratos tradicionales, siendo esto así el consentimiento un elemento esencial dentro de un contrato, sin el cual no podría existir el contrato, además de los otros elementos como son la capacidad, objeto y causa.

Como se ha mencionado en el contrato electrónico debe existir el acuerdo de voluntades por lo que vendría hacer un contrato consensual, por lo tanto el consentimiento es el acuerdo de voluntades que van a dar vida al contrato electrónico siguiendo la idea de lo que es el consentimiento que da Arturo Alessandri “el acuerdo de las voluntades de dos o más personas con un objeto jurídico” (Alessandri Rodríguez, 1988, pág. 16).

En este tipo de contratos el consentimiento es otorgado por un medio electrónico como menciona José Vega “supone una materialización de la emisión del consentimiento que va más allá de la mera expresión oral” (Vega Vega , 2015, pág. 30).

¿LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA CONTEMPLA EL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS?

Para poder realizar un análisis se debe que tener en cuenta el principio de equivalencia funcional esto es que todo contrato que se realice por medio de mensaje de datos tendrá igual valor que aquel contrato que se ha celebrado por los medios tradicionales así esta mencionado en el artículo 2 de la ley de Comercio electrónico, firmas y mensajes de datos “Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, 2002)

En el Ecuador el contrato electrónico se encuentra regulado por la ley de Comercio Electrónico, Firma y Mensaje de Datos pero esta ley no altera la esencia de los contratos tradicionales y su artículo 46 en el inciso primero dice “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” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, 2002). Por lo tanto claramente la ley deriva a otras leyes para la perfección del contrato electrónico, se puede mencionar las leyes como son el Código Civil y el Código de Comercio.

El código civil ecuatoriano si bien no tiene reglas que regulen la formación del consentimiento pero menciona en el artículo 1461 que el consentimiento no debe adolecer de ningún vicio, pero este código no menciona como se va a formar, por lo tanto hay que remitirse al Código de comercio en el artículo 141 expresa que “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” (Codigo de Comercio, 1960). El mismo código en el artículo 142 dice que la propuesta también puede ser por escrito, entendiéndose así que el consentimiento se forma por la oferta y aceptación ya sea verbal o escrita.

Como menciona Alessandri la oferta “es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un determinado contrato” (Alessandri Rodríguez, 1988, pág. 17). Entendiéndose así que la aceptación es el acto en el cual la persona que ha recibido la oferta la acepta.

El plazo para poder aceptar la oferta se establece en el código de comercio en el artículo 142 manifiesta que:

“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” (Codigo de Comercio, 1960).

En este artículo se establece un tiempo para que la oferta sea aceptada por lo tanto dicho plazo se acogería a los contratos electrónicos ya que como se ha establecido se realiza entre personas ausentes físicamente, pero el artículo antes mencionado establece que la oferta es realizada en forma escrita, para que esto surta efecto en el contrato electrónico se debe aplicar el principio de equivalencia funcional como ya

se ha mencionado, así que la oferta puede ser expresada por medio de la utilización de medios electrónicos.

Hay que tener presente que la oferta y la aceptación dentro de un contrato electrónico se va a realizar por la utilización de medios electrónicos, de esta manera la oferta debe estar contenida en un mensaje de datos y la aceptación de igual manera, al hacer mención de medios electrónicos la doctrina ha manifestado que “engloba todo tipo de redes, tanto abiertas como cerradas, así como el uso de todo tipo de aplicaciones” (Arias de Rincón, 2002, pág. 112).

La ley además menciona que un mensaje de datos debe estar adjuntada la firma electrónica para poder identificar a la persona que ha otorgado el mensaje de datos.

La ley no menciona que hacer cuando una persona no tiene firma electrónica y desea hacer un contrato electrónico, pero en la actualidad aparecen los contratos de adhesión en los cuales también hay aceptación a una oferta utilizando un medio electrónico.

La mayoría de la doctrina ha expresado que el consentimiento en los contratos electrónicos se da por medio de la oferta y aceptación a través de la utilización de un medio electrónico, pero siguiendo esto se puede llegar a considerar que un contrato electrónico sería de adhesión siendo esto que el aceptante no puede modificar ninguna parte del contrato si no que solo lo que debe hacer es aceptar y así existen los contratos denominados *Click and Wrap Agreements*.

En dichos contratos *Click and Wrap agreements* el consentimiento se otorga por medio del click que se hace a través de la computadora utilizando el mouse o en otros casos por medio del pulsar sobre la palabra acepto cuando se trata de dispositivos táctiles, en este caso se estaría suscribiendo al contrato tal como lo menciona Luciana Scotti citando a Brizzio “cuando el usuario cliquea sobre el botón acepto, se entiende que suscribe el contrato aceptando todas las condiciones generales de contratación predispuestas por el otro co-contratante” (Scotti, 2012, pág. 74).

La siguiente figura es un ejemplo de cómo otorgar el consentimiento utilizando el mouse y haciendo click, en la figura se puede dar cuenta que para poder hacer uso

de la aplicación se tiene que hacer Click en registrarte y por medio del cual se está aceptando las condiciones ya establecidas.

Figura 1:

Ejemplo de Consentimiento otorgado por medio de *Click and Wrap Agreements*, captura de pantalla realizada por el autor, de la página web: <https://www.instagram.com/accounts/login/?hl=es-la>

En estos contratos de adhesión la voluntad del aceptante es clara de querer obligarse y así poder formar el contrato, esta forma de dar el consentimiento es válida ya que existe la oferta de una parte que no puede ser modificada ni alterada, el aceptante solo se adhiere, si bien la ley de comercio electrónico no regula esto por lo tanto existen vacíos en la ley que pueden llegar afectar a una parte, incluso pueden haber vicios en el consentimiento que van a impedir que el contrato sea perfecto.

También hay otra forma de dar el consentimiento y es por medio de los contratos denominados *Browse wrap*, consiste en que el consentimiento se otorga por el hecho de navegar en una página web sin tener que dar un click como se mencionó en el *Click and Wrap Agreements*, para Juan Villalba son una forma nueva forma de otorgar el consentimiento y nos dice:

“Los contratos browse wrap son los más nuevos, el consentimiento sobre la aceptación de las condiciones de uso de un programa lo expresa un usuario

por el hecho de navegar y bajar el programa de un sitio en el cual aparecen, no siempre de manera visible, las condiciones generales de licenciamiento” (Villalba Cuellar, 2008, pág. 97).

Como menciona Villalba pueden estar visibles o no las condiciones de uso, pero el usuario puede seguir navegando en la página web sin si quiera haber leído los términos y condiciones en este tipo de contratos es difícil determinar cuándo se accede a los términos y condiciones como mencionan los autores Behar Quiñones y Yáñez Figueroa:

“Es difícil entender en que momento el usuario accede a los términos y condiciones cuando la página web o móvil solo le notifica al usuario final que debe entrar a revisar los términos y condiciones para continuar usando los contenidos de la página web y esta no muestra ningún tipo de restricción por el uso de los contenidos” (Behar Quiñonez & Yáñez Figueroa, 2014, pág. 75).

En estos contratos *browse wrap*, al no tener claros los términos y condiciones o en algunos casos ni si quiera son tomados en cuenta por el usuario o por llamarlo de mejor manera aceptante, el consentimiento otorgado por el simple hecho de navegar puede sufrir algún vicio así como también pueden existir cláusulas abusivas que pueden impedir que el contrato se perfeccione.

EL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ARGENTINA

En España la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, regula esta modalidad de contratación en la cual en el artículo 23 numeral primero menciona que “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez” (Ley de Servicios de la Sociedad de la información y del comercio electrónico, 2002). Siendo así el consentimiento lo principal en el contrato electrónico, además en el mismo numeral menciona que también se estará sujeto a las demás leyes vigentes, tanto el código civil y el código de comercio en igual similitud que en Ecuador.

Lo interesante en esta ley es que en el artículo 25 menciona la intervención de terceros de confianza quienes van a archivar las declaraciones de voluntad de los contratantes, con ciertas características que debe estar la fecha y hora en que se han dado las comunicaciones de los contratantes, este tercero quien es acordado por las partes debe archivar estas declaraciones en un soporte informático por un tiempo mínimo de 5 años; Lo mencionado aquí se puede llegar a considerar como una garantía que van a tener las partes ya que el tercero puede corroborar que el consentimiento no puede adolecer de algún vicio que impida el perfeccionamiento del contrato.

En Argentina está la ley 26.994 que es el Código civil y Comercial de la nación, este código regula la contratación a través de medios electrónicos y así tenemos que en el artículo 971 menciona que el consentimiento se otorga por medio de la oferta y la aceptación, en la misma ley en el artículo 1105 menciona que son contratos a distancia los que se realizan mediante la utilización de un medio electrónico, esta ley en el artículo 288 establece que la declaración de la voluntad expresada se prueba mediante la firma y cuando se usa un medio electrónico la voluntad se prueba por la utilización de firma digital.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Los vicios del consentimiento se encuentran establecidos en el código civil y estos son error, fuerza y dolo. En el contrato electrónico el consentimiento también debe estar exento de estos vicios para que se perfeccione y tampoco afecte la voluntad de las partes contratantes, Luciana Scotti menciona que es complejo poder determinar si existe la voluntad de las partes de querer obligarse igual manera es complejo determinar en este tipo de contratos cuando existe algún tipo de vicio del consentimiento (Scotti, 2012, pág. 88).

ERROR

En la legislación ecuatoriana el error como vicio del consentimiento se encuentra estipulado en el código civil y en el cual establece dos formas que se da el error puede ser: error de derecho y error de hecho.

El error de hecho como menciona el artículo 1468 no vicia el consentimiento ya que en el mismo código se establece que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna, de esta manera nos damos cuenta que en los contratos electrónicos al ser realizado por personas ausentes se puede llegar a dar el caso que se desconozca la ley y por lo tanto la doctrina considera que si se puede anular el contrato por este error así como lo menciona Lorenzetti:

“en la contratación electrónica pueden plantearse numerosas situaciones, ya que las partes se relacionan sin saber el lugar donde operan y pueden desconocer, efectivamente, el derecho aplicable o la existencia de una norma, o, con mayor frecuencia, la interpretación que hacen los jueces del lugar.”
(Lorenzetti, 2001, pág. 184)

EL ERROR DE HECHO

El error de hecho puede recaer sobre una cosa o sobre una persona, para este tipo de error vicia el consentimiento no debe ser realizado por culpa de alguna de las partes contratantes, la doctrina lo ha clasificado en error esencial, error sustancial y error en la persona

Así el código civil expresa en el artículo 1469 que el error de hecho es esencial cuando recae sobre la especie de acto o contrato y así mismo cuando recae sobre la identidad de la cosa, en los contratos electrónicos este error se puede dar ya que las partes están distanciadas y le corresponder a cada parte analizar la especie de contrato que se está realizando, esto podría ser que el ofertante este haciendo un contrato de arrendamiento y el aceptante crea que es un contrato de compraventa.

El error sustancial se expresa en el artículo 1470 del código civil cuando la sustancia de la cosa es diferente a la que se cree, en los contratos electrónicos este error se puede presenciar o manifestar muchas veces ya que al ser un contrato entre ausentes la parte aceptante no presencia la cosa que va adquirir en caso de un contrato de compraventa sino hasta el momento en que la cosa llega al aceptante.

El error en la persona como expresa el código civil en el artículo 1471 no vicia el consentimiento al menos que la consideración de esa persona sea la causa del principal del contrato, en los contratos electrónicos como ha manifestado la ley de

comercio electrónico se necesita de una firma electrónica para poder determinar al titular de dicha firma, por lo tanto se puede llegar a considerar muy poco probable que pueda existir error en la persona, pero hay que mencionar que puede haber error en la persona cuando se dan los contratos *Click and Wrap Agreements*.

FUERZA

Alessandri define a la fuerza como “la presión ejercida sobre la voluntad de una persona por medio de amenazas o violencia material para determinarla a contratar” (Alessandri Rodríguez, 1988, págs. 26-27). La fuerza vicia el consentimiento como menciona el artículo 1472 cuando se da una impresión fuerte en una persona de sano juicio teniendo en cuenta su edad, sexo y condición.

El artículo expresa fuerza sobre la persona y en el contrato electrónico si se puede dar ya que la persona al momento de dar su voluntad por la utilización de un medio electrónico no se puede verificar a ciencia cierta que el contratante no ha sido coerciéndose de alguna manera.

DOLO

El dolo como vicio del consentimiento se da cuando es efectuado por una de las partes y que sin el cual no se haya dado el contrato esto está mencionado en el artículo 1474, en la contratación electrónica la doctrina menciona que el dolo se puede manifestar en sitios en internet donde “se presentan bienes para vender que tienen características falsas, imposibles constatar por el comprador” (Lorenzetti, 2001, pág. 185).

A demás el dolo se puede dar en el medio electrónico afectando su funcionamiento ya que este puede ser infectado con algún virus o yendo más allá puede ser intervenido por algún hacker que no va a dejar realizar un contrato de una manera correcta o inclusive realizando contratos que puedan afectar a una parte contratante.

CONCLUSIONES

- El contrato electrónico es aquel que se celebra por la utilización de medios electrónicos en el cual los contratantes no están presentes en el mismo lugar de celebración del contrato.
- Este tipo de contratos no es una nueva rama del derecho ya que sigue las mismas reglas del contrato tradicional, ya que solo es una nueva forma de realizarse un contrato.
- Se puede llegar a considerar al contrato electrónico como un contrato de adhesión ya que existe la oferta y aceptación, se puede dar por lo tanto los contrato denominados *Click and Wrap Agreements*.
- Existe una gran diferencia entre el contrato electrónico y el contrato informático dicha diferenciación considero que debe estar también en la ley de Comercio Electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de datos, para evitar unas futuras confusiones.
- En el Ecuador existe una ley que regula al contrato electrónico pero faltan normas que regulen ciertos aspectos de este contrato ya que la oferta y la aceptación siguen reglas que están estipuladas en el código de comercio si bien no están alejadas de la contratación electrónica pero deberían establecerse reglas un poco más acordes a esta nueva modalidad de contratación en la ley de comercio electrónico.
- El consentimiento en el contrato electrónico se da mediante la utilización de un medio electrónico además siguiendo la normativa ecuatoriana se da por medio de la aceptación que debe estar contemplada en un mensaje de datos.
- Para que un mensaje de datos tenga validez debe contener la firma electrónica para así poder determinar al titular y saber quién es la persona que está realizando el contrato electrónico.

REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A. (1988). *Derecho Civil "De los Contratos"*. Santiago: Ediar-Conosur Ltda.
- Arias de Rincón, M. I. (2002). La Formación y Perfección del contrato por Internet. *Revista Chilena de Derecho*, 111-129.
- Behar Quiñonez, G., & Yáñez Figueroa, A. (2014). *Introducción a los contratos tecnológicos*. Guadalajara: ITESO.
- Castillo Sequera, J. L., & Navarro Hueriga, M. Á. (2015). *Comercio Electrónico y aspectos pragmaticos de implementación con Magento*. España: Servicio den Publicaciones. Universidad de Alcalá.
- Código Civil*. (2005). Quito: Registro Oficial Suplemento No. 46.
- Codigo Civil y Comercial de la Nación*. (2014). Buenos Aires: Dirección Nacional del Registro Oficial, Decreto 1795/2014.
- Codigo de Comercio*. (1960). Quito: Registro Oficial Suplemento No. 1202.
- Davara Rodríguez, M. A. (1997). *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi.
- Fernández Fernández, R. (2013). *El contrato electrónico: Formación y cumplimiento*. España: J.M BOSCH EDITOR.
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos*. (2002). Quito: Registro Oficial Suplemento No. 557.
- Ley de Servicios de la Sociedad de la información y del comercio electrónico*. (2002). Madrid: Boletín Oficial del Estado Num. 166.
- Lorenzetti, R. (2001). *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Moreno Pérez, J. C., & Serrano Pérez, J. (2014). *Fundamentos del Hardware*. RA-MA EDITORIAL.
- Scotti, L. (2012). *Contratos Electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino*. Buenos Aires: Eudeba.
- Tellez Valdez, J. (1987). Contratos Informáticos. *Anuario Jurídico*(14), 257-274. Recuperado el 01 de Febrero de 2018, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2105/11.pdf>
- Vega Vega , J. A. (2015). *Derecho Mercantil Electrónico*. Madrid: Editorial Reus.

Villalba Cuellar, J. C. (2008). CONTRATOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. Aspectos sustanciales y procesales. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XI, 85-108. Recuperado el 16 de Febrero de 2018, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602207>

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrasco Dávila, Luis Alfredo**, con C.C: # **1104456908** autor del trabajo de titulación: **El consentimiento en el contrato electrónico** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la república** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 19 de febrero del 2018

f. _____

Carrasco Dávila, Luis Alfredo

C.C: 1104456908

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
TEMA Y SUBTEMA:	El consentimiento en el Contrato Electrónico		
AUTOR(ES)	Luis Alfredo, Carrasco Dávila		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Xavier Paúl, Cuadros Añazco		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	19 de febrero de 2018	No. DE PÁGINAS:	32
ÁREAS TEMÁTICAS:	DERECHO DE INFORMÁTICO		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Contrato electrónico, consentimiento, medio electrónico, Ecuador, click and wrap agreements, browse wrap, oferta y aceptación.		
RESUMEN/ABSTRACT: El contrato electrónico es una nueva forma de instrumentar un contrato mediante la utilización de un medio electrónico; El contrato electrónico tiene los mismos elementos de todo contrato capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita; En lo referente al consentimiento es necesario tener presente la forma en cómo se otorga mediante la utilización de un medio electrónico ya que pueden existir casos que puedan haber vicios del consentimiento que no van a permitir que el contrato se perfeccione; En el Ecuador la ley de comercio electrónico, firmas y mensaje de datos, no tiene una regulación como tal sobre el consentimiento otorgado mediante el uso de un medio electrónico si no que se remite al código de comercio, en el cual el consentimiento se da por la oferta y aceptación, esta forma es válida en los contratos electrónicos, pero hay otras formas de otorgar el consentimiento ya sea por <i>Click and wrap agreements</i> y <i>Browse wrap</i> , lo cual no se encuentra regulado por la legislación ecuatoriana.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593980584244	E-mail: lucho94cd@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			