



Facultad de Derecho

Tema:

**CONTRATOS TELEMÁTICOS Y FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL
CONTEXTO GLOBALIZADO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES**

Trabajo de titulación para la obtención del título de Abogado

Presentado por:

Diego Antonio del Hierro Talbot

Tutor:

Gabriel Galán Melo

Quito, Enero de 2023

RESUMEN

En el presente siglo, los avances tecnológicos han permitido a la sociedad evolucionar a niveles no esperados. En este contexto, el derecho también ha evolucionado al ritmo de la tecnología, manteniendo sus principios pero incorporando nuevos elementos que han facilitado la contratación, por ejemplo, a través de plataformas digitales. Esto abre innumerables puertas al tráfico jurídico, pero conlleva a su vez desafíos y preguntas. El presente texto repasa los elementos básicos de la contratación y hace énfasis en la etapa de la manifestación de la voluntad. En los últimos años, y en especial a causa de la pandemia del COVID-19, la necesidad de la implementación de manera generalizada de los diversos medios telemáticos para la contratación pasó de ser una propuesta novedosa, a una necesidad urgente para continuar con las actividades económicas.

Palabras clave: Manifestación De La Voluntad, Formación De La Voluntad, Contratación Por Medios Telemáticos, Voluntad, Firma Electrónica, Interacción Por Medio De Aplicativos

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y

DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido de esta investigación ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Diego Antonio del Hierro Talbot

C.I. 0924232986

DEDICATORIA

A mi familia. A los profesores Mario y Pablo, por ser guía a lo largo de mi carrera estudiantil, al Profesor Xabier por enseñarme el valor del esfuerzo y estudio. A mis amigos, que saben bien quienes son, por siempre estar. A todo el que haya tenido un impacto, positivo o negativo, puesto que nosotros no definimos el camino, sino que lo recorremos.

ÍNDICE

RESUMEN	1
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS	2
DEDICATORIA	3
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN	7
LA VOLUNTAD.....	7
PROCESOS DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD	11
CONTRATOS TELEMATICOS, MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD Y CONTRATACIÓN POR MEDIOS TELEMÁTICOS: CASO PRÁCTICO	17
CONCLUSIÓNES Y RECOMENDACIONES	23
BIBLIOGRAFÍA	25

CONTRATOS TELEMÁTICOS Y FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL CONTEXTO GLOBALIZADO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES.

Autor: Diego Antonio del Hierro Talbot

Correo: dadelhierrot@estudiantes.uhemisferios.edu.ec

Resumen

En el presente siglo, los avances tecnológicos han permitido a la sociedad evolucionar a niveles no esperados. En este contexto, el derecho también ha evolucionado al ritmo de la tecnología, manteniendo sus principios pero incorporando nuevos elementos que han facilitado la contratación, por ejemplo, a través de plataformas digitales. Esto abre innumerables puertas al tráfico jurídico, pero conlleva a su vez desafíos y preguntas. El presente texto repasa los elementos básicos de la contratación y hace énfasis en la etapa de la manifestación de la voluntad. En los últimos años, y en especial a causa de la pandemia del COVID-19, la necesidad de la implementación de manera generalizada de los diversos medios telemáticos para la contratación pasó de ser una propuesta novedosa, a una necesidad urgente para continuar con las actividades económicas.

Palabras clave: Manifestación De La Voluntad, Formación De La Voluntad, Contratación Por Medios Telemáticos, Voluntad, Firma Electrónica, Interacción Por Medio De Aplicativo.

Abstract

Today, technological advances have allowed society to evolve in an impressive way. Because of this, the legal field, hand in hand with the information society, has progressed, maintaining its principles but incorporating new elements that have facilitated the formation of contracts, which today we can call telematic contracts or contracts through digital platforms, although this situation opens several doors to legal traffic, it also entails

challenges and questions. This text reviews the basic elements of the contracts and places special emphasis on the stage of expressing the will. In recent years, and especially due to the COVID-19 pandemic, the context regarding the need for the widespread implementation of the various telematic means for contracts has gone from being a novel proposal to an urgent need to continue with economic activities.

Key words: Manifestation of the Will, Formation of the Will, Recruitment by Telematic Means, Will, Electronic Signature, Interaction Through Applications Manifestation of the Will, Formation of the Will, Recruitment by Telematic Means, Will, Electronic Signature, Interaction Through Applications

INTRODUCCIÓN

La contratación por medios telemáticos, a causa de diversos fenómenos tales como la globalización o la denominada pandemia, causada por la enfermedad que tiene como origen el Coronavirus (COVID-19) ha derivado en diversas preguntas. La pandemia obligó al trabajo desde casa, es decir, a laborar en forma no presencial. Este cambio de modalidad motivó como alternativa de adaptación al nuevo esquema, la contratación por medios telemáticos. Es importante recordar que las restricciones de movilidad que se tomaron como medidas para evitar la propagación del virus SARS cambió la rutina de trabajo, es así que instituciones e industrias continuaron desarrollando sus actividades en una modalidad diferente. En este contexto se destaca el ejemplo de una institución bancaria en especial, que emprendió un plan a favor de la transformación digital.

LA VOLUNTAD

En derecho, los acuerdos de voluntades expresados en concordancia con las normas son esenciales en la formalización de los actos y contratos. Estos actos y acuerdos de voluntades tienen que celebrarse conforme a derecho para que sean válidos y originen obligaciones para las partes que los celebran, de acuerdo a lo determinado en el código civil ecuatoriano (en adelante “CC”) (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.) y las demás normas que apliquen.

Antes de entrar a profundizar sobre el concepto del contrato, sus formas y sus manifestaciones, para luego entrar a analizar un caso práctico, debemos definir qué es la voluntad. Lo mencionado anteriormente es esencial puesto que las acciones humanas son actos de voluntad, actos libres, sin presiones, cuyos efectos jurídicos se encuentran regulados en las normas, leyes, reglamentos, entre otros. Esto ocurre en todos los ámbitos, sean estos públicos o privados. La observancia o inobservancia de las mismas al momento de celebrar

actos y contratos tienen consecuencias diferentes que dependen de las personas involucradas en los mismos.

De acuerdo al proceso para analizar dicha formación de voluntad debemos proceder al estudio de la cognición, -capacidad del ser humano y de los seres vivos de recabar información de su entorno a través de los sentidos, misma que es procesada por la corteza cerebral que la interpreta dándole un significado- luego de la cual tendremos la valoración de la realidad como se ha explicado (Carrá, 2008). Siendo en un primer momento la cognición muy importante para el proceso de formación de la voluntad (Llanos, 1944), debido a que es el punto de partida hacia el conocimiento, con el fin de percibir la realidad y entender los cambios que se den con un efecto o consecuencias en el orden jurídico o legal.

Una vez realizado el proceso cognitivo, se hace un análisis más profundo sobre la situación, que acarrea diferentes interrogantes, como por ejemplo: si se cuenta o no con los recursos o medios para realizar la conducta requerida que tendrá un efecto en el ámbito jurídico, esto a la conducta influir de manera importante en el derecho (Ulen, 2016).

Realizado el mencionado análisis a profundidad viene la determinación, esta se da una vez que se conoce y valora de forma afirmativa la realidad circundante, ya que caso contrario se concluye el proceso de formación de la voluntad. Si la determinación, lleva el camino afirmativo, se procede, ya que el sujeto tendrá un conocimiento pleno y valorado, así como este sabrá los efectos y consecuencias en la esfera jurídica de sus actos, ya que si no se cuenta con esta determinación se carece de una causa, y careciendo de la misma estuviéramos ante una situación poco clara. Ya que de acuerdo a lo mencionado anteriormente otras razones pudieran ser ocasionadas por un tercero, que entre diversos elementos pudiera ejercer violencia, amenazas o fuerza para ocasionar la determinación de manera irregular, lo que afecta en sí directamente al tráfico jurídico como es mencionado en

el art.1472 y 1483 CC (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.). Esto en conjunto por lo observado por González que determinó que:

“La decisión del gobernante entraña dos cosas fundamentales: una ordenación o dirección y un impulso. Lo primero, corresponde al entendimiento, y lo segundo, a la voluntad. En otras palabras: si bien todo acto de determinación supone un movimiento previo de voluntad, la ley misma es esencialmente un acto de la razón, por cuanto ordena hacia un fin y ordenar hacia el fin es propio de la razón.” (Gonzales Citado por Contreras, 2013)

Finalmente, y una vez se cuenta con la cognición, valoración y determinación, procede la última etapa del proceso de formación de la voluntad (Llanos, 1944) que es la expresión. Este sale del fuero interno del sujeto y sus actos tienen, normalmente, efectos jurídicos, con la expresión de la voluntad del sujeto, obviamente respetando las formas y solemnidades de determinados actos o negocios jurídicos, esa decisión que toma el sujeto pasara a tener efectos en el derecho, y consecuencias para las partes intervinientes. Teniendo los actos jurídicos válidos, necesariamente que ser una expresión de la voluntad del sujeto, voluntad que tendrá que pasar el proceso interno antes descrito, lo mencionado anteriormente con el objetivo que este acarre un acto jurídico legítimo.

Una que vez hemos analizado la voluntad como tal, debemos entrar a profundizar sobre la capacidad jurídica que requieren los sujetos para poder realizar actos enmarcados en la ley. De acuerdo al Art. 1461 del CCse requiere capacidad legal para que una persona pueda obligarse por sí misma y sin autorización de un tercero. El consentimiento debe estar libre de vicio, tener un objeto lícito y una causa lícita. El Art. 1462 del CC, asume que todas las personas son capaces salvo las que la ley declara incapaces, como lo señala el Art. 1463 del CC :

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones

naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Así como la ley también establece diversas situaciones en las que la norma faculta o permite por medio de diversos mecanismos, a obligar a terceros, situación que es delimitada y estudiada a profundidad en el ámbito del derecho como por ejemplo el mandato, determinado en el Art. 2020 del CC I (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.).

Desde dicha perspectiva, cabe mencionar a Spota, quien considera que el consentimiento es la “declaración o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes; y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común.” (Spota, 2009). Situación que debe coincidir tanto en el fuero interno de la persona, por el proceso de formación de la voluntad (Llanos, 1944) siendo este un flujo, así como el fuero externo que se representa por medio de la manifestación de la voluntad que previo a la misma acarrea todo un proceso cognitivo, situación que Tomas de Aquino describe de la siguiente manera:

“A veces el acto de la razón precede al de la voluntad y viceversa. Y como la influencia del primer acto se prolonga en el siguiente, con frecuencia ocurre que un acto es de la voluntad, pero conservando virtualmente algo del acto de la razón, como se ha dicho del uso y de la elección. Y, a la inversa, puede ser acto de la razón y permanecer en él virtualmente el acto previo de la voluntad.” (Tomas de Aquino Citado por Contreras, 2013)

La voluntad es esencial para las obligaciones, actos y contratos, puesto que, si no contamos con una manifestación de voluntad, que debe de seguir un proceso de formación,

así como cumplir determinados requisitos en algunos casos, no tendremos como consecuencia un efecto jurídico.

Sobre esto Bullard y Mac Lean consideraron lo siguiente:

“El acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina el sistema de Derecho Civil que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.” (Bullard & Mac Lean, 2009)

Adicionalmente y de acuerdo a Betti, “la voluntad es, una vez recabada del aspecto práctico mediante la interpretación, el resultado del proceso hermenéutico.” (Emilio Betti citado por Piconto Novales, 1992), por ello es importante tener presente que la manifestación de voluntad es la que crea obligaciones de acuerdo a la norma.

PROCESOS DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD

Como ya fue delimitado de manera previa, la voluntad es el elemento básico de cualquier negocio jurídico y su formación es un proceso que debe encontrarse debidamente motivado, y cumplir un orden. Ahora se procederá con el análisis de los siguientes conceptos: la oferta, la aceptación, el ámbito teórico y su marco regulatorio.

La oferta en sí es un acto jurídico con todo rigor, y si bien no se menciona en la normativa que regula las relaciones contractuales y obligaciones en el CC, sí se encuentra regulada en el Código de Comercio (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019). Siendo así que en esta norma mencionada anteriormente en el Art. 225 del Código de Comercio, dispone:

“La oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra u otras personas determinadas. 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 hacerla conocer del destinatario.

Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas, será considerada como una simple invitación a cualquier persona a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.” (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019)

En conjunto con lo mencionado anteriormente, Alessandri expuso lo siguiente:

“La oferta, llamada también propuesta o policitud, es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas. Su autor se denomina proponente, solicitante u oferente. 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. En esto se diferencia de las proposiciones o pourparlers.” (Alessandri Rodríguez, 2004)

Cabe recalcar, que no en todos los casos un ofrecimiento es una oferta en el sentido estricto, sino una invitación a la realización de una oferta que cumpla con los parámetros y lineamientos requeridos, así como se pone en práctica la normativa aplicable de derecho privado. Lo mencionado anteriormente, demuestra que la oferta de derecho privado tiene particularidades, establecidas en el Art. 225 del Código de Comercio, y son:

- “1. La formulación;
2. El que Ofrece y Destinatario;
3. Los elementos esenciales del contrato y la carencia de vicios;
4. La comunicación;

5. La irrevocabilidad; y

6. La obligatoriedad.” (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019)

La oferta, de acuerdo a Melo, debe contar con los siguientes elementos:

“1. Precisión;

2. Firmeza; y

3. Acierto” (Jorge Suescún Melo citado por Cantillo Vargas, 2021).

Esto merece un análisis más riguroso y debemos distinguir las ofertas en sentido estricto y las aparentes ofertas, debido a que, si es una oferta en sentido estricto que cumple todas las particularidades que exigen las normas, creará un negocio jurídico que vinculará a las partes, situación que no se repite en el caso de la aparente oferta, de acuerdo a lo determinado en el Código de Comercio (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019). Importante papel toma en este caso las declaraciones recepticias de voluntad y declaraciones no recepticias de la voluntad, siendo las primeras las que se dirigen a alguien en específico, a un destinatario en concreto o destinatarios y las segundas que vinculan únicamente a su declarante cuando son alrededor de sí, ejemplo en el testamento (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.).

Es muy importante mencionar que una oferta en sentido estricto acarrea consecuencias, siendo esta la existencia de una responsabilidad por daños y perjuicios frente al oferente en caso de no cumplir con lo ofrecido y comunicado al aceptante. Situación regulada por el Art. 230 del Código de Comercio de la siguiente manera:

“La propuesta será irrevocable mientras no haya vencido el plazo para su aceptación. Por lo tanto, una vez comunicada, no podrá ser retractada por el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios

que con su revocatoria cause al destinatario, sin perjuicio de las acciones que por derecho de la competencia sean pertinentes.” (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019)

De acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio ecuatoriano, las ofertas que no requieran formalidades ni solemnidades o procesos determinados por normativa especial, pueden ser: verbales, escritas sea por medios físicos o telemáticos y telefónicas; situación última en la que se hace énfasis en la comunicación oral inmediata, como por ejemplo una video llamada, todas las ofertas realizadas por este medio han de entenderse como entre presentes. La oferta entre presentes tiene importantes connotaciones puesto que se acepta o rechaza, pudiendo ser ambas de forma expresa o tácita. En cambio, si es realizado por otro medio, la normativa da un plazo para su respuesta, en el Art. 227 del Código de Comercio, de tres días, salvo que el oferente haya establecido un plazo diferente.

Una vez analizada la oferta, procederemos a analizar la aceptación. El Código de Comercio la regula en su Art. 228:

“Con la aceptación total de la oferta el contrato queda perfeccionado en el acto, y surte todos sus efectos legales, salvo la muerte o incapacidad legal del proponente. El silencio o la inacción, por sí solos, constituirán negativa a las propuestas efectuadas. La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro del plazo para la aceptación.” (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019.)

Una vez que la aceptación es manifestada se ha producido un proceso de formación de voluntad en el que la otra parte puede presuponer que que la otra parte ha aceptado de acuerdo a lo mencionado anteriormente en el Art. 228 del Código de Comercio (Código de Comercio, Registro Oficial No. Suplemento 497, del 29 de Mayo de 2019.). Una vez aceptada la oferta, siempre que se hayan cumplido todos los parámetros, estos quedan

vinculados bajo una relación jurídica. Situación que como mencionamos anteriormente, el tráfico jurídico respeta, puesto que se ha cumplido con la voluntad de los intervinientes, así como con el ordenamiento jurídico, acarreado por ella las consecuencias y remedios que el mismo ordenamiento jurídico otorga y prevé.

Acápite aparte requieren determinados actos, contratos y diligencias que requieren de determinadas solemnidades y formalidades como menciona por ejemplo el Art. 695 del CC, que dice: “Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio”, (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.), situación que la tradición romanista en países tales como el Ecuador, mantiene hoy en día. Un ejemplo de esta situación es el caso de una compraventa de un bien inmueble, ya que de manera previa, a la llegada al registro de la propiedad del cantón donde se encuentre domiciliado el bien inmueble y su inscripción, las partes ya han determinado una voluntad, han llegado a un acuerdo, han manifestado la voluntad por medio de la firma de la escritura pública del contrato de compraventa, han pagado impuestos tales como plusvalía y alcabalas, y hasta en la mayoría de los casos pagado el precio pactado. La mencionada situación para el derecho ecuatoriano, hasta que la escritura pública de compraventa del bien inmueble no se encuentre inscrita, la voluntad de las partes de vender y comprar es indiferente para el traslado del dominio del bien, puesto que permanecerá a nombre del vendedor hasta el cumplimiento de la *traditio* de acuerdo a lo determinado en el ya mencionado Art. 695 del CC (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.).

Lo mencionado anteriormente en comparación con el derecho italiano, que prevé en uno de los casos de la *vendita reale* que la manifestación de voluntad, por medio de la suscripción del contrato traslativo de dominio, es suficiente para que al comprador se le traslade el dominio del bien inmueble por el acuerdo de las voluntades (Oviedo, 2004). Así como en el derecho francés y su especial fervor hacia el consensualismo en el cual, la simple

formación de voluntad y manifestación de esta sin requerir la firma de las partes basta para el traslado del dominio del bien, puesto que busca proteger la voluntad formada por los sujetos de manera oportuna, siendo este perfecto por el principio *solus consensus obligat*. (Oviedo, 2004).

En el ámbito internacional toma relevancia la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (UNCITRAL, 1980) y la convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (UNCITRAL, 2005). El primero, creando un régimen uniforme sobre la contratación internacional, que si bien no menciona de manera expresa la contratación por medios electrónicos o telemáticos, sienta las bases sobre los principios que la contratación internacional por medios electrónicos debe regirse y desarrollarse, que son implementados de manera oportuna en la convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Es importante recalcar la importancia de los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, en especial en la convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que establece entre sus preceptos lo siguiente:

“Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes” (UNCITRAL, 2005)

El precepto permite dar un paso hacia delante en el uso de los medios electrónicos para contratar, ya que el objetivo del de la Convención UNCITRAL, antes mencionada, busca dar igual validez a la firma, sea manuscrita o sea realizada por medio de una firma electrónica. Así como también establece de manera acertada, que por el simple hecho que

una comunicación sea realizada de manera electrónica no se negará su validez, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la convención en cuestión, en especial los relacionados al Art. 9 de la misma (UNCITRAL, 2005).

CONTRATOS TELEMATICOS, MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD Y CONTRATACIÓN POR MEDIOS TELEMÁTICOS: CASO PRÁCTICO

Un tema que merece un poco de reflexión en cuanto a la voluntad, es la parte final de esta, su manifestación. La manifestación de la voluntad es un tema interesante puesto que depende de las condiciones de cada acto para su validez, teniendo en ciertas ocasiones que revestirse de formalidades y solemnidades para poder considerarse acorde a derecho. La aceptación de la oferta puede manifestarse de diversas maneras como hemos mencionado, y puede ser de forma presencial o a distancia, verbal o escrita, expresa o tácita, siendo esta última en la cual la conducta que realizamos posterior al acuerdo de voluntades las que determina la aceptación y mas no una actuación tajante que afirma el compromiso alcanzado. Ejemplos de la manifestación de la voluntad pueden ser las siguientes: un apretón de manos entre las partes, la sumilla de la documentación, un acepto de manera verbal o, entrando al tema que nos interesa la manifestación de la aceptación por medio de una firma electrónica o la interacción con una plataforma telemática, como procederemos a analizar a continuación en el caso del Banco de Guayaquil S.A.

Previo a proceder al análisis del caso a exponerse, debemos delimitar qué es lo que consideramos como un contrato telemático, Chang Ocampo lo define la siguiente manera:

“Aquellos cuya celebración se realiza utilizando medios informáticos. Esto es, cuando los contratantes se valen de la tecnología informática para crear, regular, modificar o extinguir obligaciones de cualquier naturaleza. Siendo entre estos aquellos contratos celebrados mediante transferencias

electrónicas de información como el E.D.I o aquellas utilizadas en las transacciones comerciales, los fondos bancarios, las mensajerías, etc.” (Chang Ocampo, 2000)

Nos encontraremos ante una situación contractual en el cual se utilizan medios telemáticos, cuando contemos con los elementos necesarios de los contratos siendo estos: capacidad, consentimiento libre de vicio, causa lícita, objeto lícito. Estos, en conjunto con la utilización medios de tecnología de la informática para su formación, regulación, extinción entre otras posibilidades sobre las relaciones contractuales derivadas de los acuerdos de voluntades.

Es factible la posibilidad que una relación contractual, a lo largo de su duración, pueda estar sometida a elementos de contratación telemática como por ejemplo el empleo de una firma electrónica para una adenda del contrato o también puede ser el caso que un contrato telemático, en algún momento pueda sufrir una adenda que sea suscrita mediante firma manuscrita.

Banco de Guayaquil S.A., comercialmente conocido como simplemente Banco Guayaquil, es sinónimo de innovación en el sistema bancario del país, destacando como primera gran innovación, la implementación del conocido “Banco del Barrio”, el cual es un proyecto emblemático que consiste es un sistema barrial que permite la prestación de servicios bancarios a lo largo del país (CENTRAL, 2018). Con dicho contexto, desde el año dos mil dieciocho el banco ha emprendido la ejecución del “Proyecto Céntrico”, proyecto que consiste en “alinear todas las estrategias de negocios, conceptualización, desarrollo y comercialización de nuestros productos y servicios, teniendo siempre como centro al CLIENTE” (Banco Guayaquil S.A., 2018), y que tiene como uno de sus pilares la implementación de políticas y estrategias a favor de la transformación digital. En virtud de lo mencionado anteriormente, fue desarrollada una aplicación amigable con el usuario, es

así como se procedió a implementar “Neocontratación” , que ha permitido al Banco estar a la vanguardia de la innovación. (GlobalRatings Calificadora de Riesgos S.A., 30)

Neocontratación es la base sobre el cual el presente caso se procederá a analizar, debido a que este proyecto abrió diversas puertas a los potenciales clientes del Banco, así como a los clientes que este ya contaba, al implementar un portal de productos y servicios que podían ser contratados de manera telemática. La mencionada implementación permite a sus usuarios realizar algunas de las acciones para las que de manera previa se requería ir de manera presencial al Banco, siendo estas, pero no limitándose a: apertura de cuentas de ahorros/corriente, solicitud de tarjetas de crédito, solicitud de créditos en línea de diversos tipos, entre otras acciones. La mencionada institución, para recoger la firma de los mencionados contratos telemáticos, utiliza firmas electrónicas de la compañía Security Data seguridad en datos y firma digital S.A., que es una de las entidades de certificación de información y servicios relacionados acreditados y terceros vinculados, debidamente acreditadas ante la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Registro Oficial No. Suplemento 557, del 17 de Abril de 2002.).

De acuerdo al Vicepresidente Ejecutivo de Banco Guayaquil, Julio Mackliff :

“En el 2020, la banca en línea (virtual y móvil) alcanzó un aumento en la captación de varios productos. La apertura de cuentas de ahorro en digital pasó de un 35% en 2019 a un 57% en 2020. De las 160 mil cuentas de ahorro que se abrieron en el último año, 91 mil se hicieron mediante vía digital. La colocación de cuentas corrientes llegó al 71% en el período 2020, significa que del total de las 21 mil cuentas, 15.500 se procesaron en digital. Además, el 88% de la captación de nuevas pólizas a plazo, se realizó en línea, así mismo, se procesó el 35% de las tarjetas de crédito y el 32% del segmento multicrédito también en línea.” (Mackliff Elizalde, 2021)

Con dicho antecedente, procederemos plantear las siguientes preguntas sobre la aplicación móvil del Banco y la contratación de servicios financieros realizados a través de Neocontratación, que son las siguientes: 1.- ¿Es válida la contratación de servicios financieros por medio de plataformas telemáticas? y ¿cuál es la forma en la cual la voluntad debe de ser manifestada?, 2.- ¿La utilización de medios telemáticos puede ocasionar exclusiones y/o discriminaciones a sus usuarios?

1.- Como fue mencionado anteriormente, nos encontramos ante un contrato telemático cuando se cumplen los requisitos de los contratos ya mencionados en conjunto con la utilización de medios de tecnología de la informática para su formación, regulación, extinción entre otras posibilidades sobre las relaciones contractuales derivadas de los acuerdos de voluntades. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, dispone en su Art. 2, lo siguiente: “Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos.” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Registro Oficial No. Suplemento 557, del 17 de Abril de 2002.). Posteriormente, en la ya mencionada Ley, sus Arts. 45 y 46, determinan que los contratos podrán ser instrumentados mediante los mensajes de datos y a su vez esta remite a los requisitos y solemnidades a las leyes pertinentes en materia de contratación. Se ha estableciendo una plena equivalencia entre la contratación por medios digitales y la contratación tradicional.

Una vez que se ha determinado que la contratación por medio de las plataformas telemáticas es válida, se debe de estudiar la manifestación de dicha voluntad, puesto que esta difiere de las formas de manifestación tradicionales. La manifestación de la voluntad por medios telemáticos acarrea diversas dudas en el ordenamiento jurídico. En el Ecuador, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos provee algunos conceptos que pueden servir para aclarar tales dudas.

Entre los problemas concernientes a la manifestación de la voluntad por medio de plataformas telemáticas, podemos mencionar las preguntas relativas al valor probatorio de los documentos, así como los contratos suscritos por medio telemáticos, algo que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos responde, así como el CC. La Ley hace mención a la firma electrónica de la siguiente manera:

“Art. 16.- La firma electrónica en un mensaje de datos. - Cuando se fijare la firma electrónica en un mensaje de datos, aquélla deberá enviarse en un mismo acto como parte integrante del mensaje de datos o lógicamente asociada a éste. Se presumirá legalmente que el mensaje de datos firmado electrónicamente conlleva la voluntad del emisor, quien se someterá al cumplimiento de las obligaciones contenidas, en dicho mensaje de datos, de acuerdo a lo determinado en la ley.” (Código Civil, Registro Oficial No. Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.)

La firma electrónica puede estar respaldada por un certificado, emitido por una entidad que evalúe procesos y verifique los el cumplimiento con los parámetros legales. También intervienen la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (“ARCOTEL”), y el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, las cuales buscan la implementación y ejecución de políticas que aseguren el avance hacia una sociedad de la información (Presidencia de la Republica del Ecuador, 2009). De acuerdo al texto de la Ley se le otorga a la firma electronica certificada la siguiente presunción, que no se le da a la firma electrónica simple, cuya validez deberá ser probada y demostrada por quien lo manifieste, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente que dice:

“Art. 53.- Presunción. - Cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que ésta reúne los requisitos determinados en la ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma electrónica pertenece al signatario.” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Registro Oficial No. Suplemento 557, del 17 de Abril de 2002.)

Podemos concluir que la manifestación de la voluntad puede ser prestada de igual manera, tanto por el uso de la denominada firma electrónica simple o certificada, como por el uso de la firma ológrafa. Debemos recalcar que la firma electrónica simple al no tener determinados requisitos establecidos en la ley es válida, pero esta no conlleva una presunción de validez, como es el caso de la firma electrónica certificada. En caso de que Banco Guayaquil, haya implementado en su portal de Neocontratación la firma electrónica certificada protege sus intereses y los de sus clientes, al tener estos la presunción de validez de sus actos y contratos de servicios financieros, con la mencionada institución. Esta situación ha podido ser verificada tras la contratación de un crédito por este autor con la mencionada institución en la cual efectivamente se utilizó una firma electrónica de la compañía SECURITY DATA SEGURIDAD EN DATOS Y FIRMA DIGITAL S.A.

2.- La utilización de medios telemáticos para la prestación de servicios nos puede llevar a encontrarnos ante un reto importante. El uso exclusivo de los contratos telemáticos, en detrimento de otras formas contractuales de contratación, podría ser excluyente y discriminatorio en pleno siglo XXI, ya que nos encontramos en un contexto de pobreza generalizada, en donde una parte importante de la población no cuenta con los dispositivos requeridos para poder manifestar su voluntad por medios telemáticos. Este fue como el caso de Carlos Campazono, el cliente más viejo del Banco Guayaquil, que por su avanzada edad, como es el caso de miles de ecuatorianos que pueden llegar a contar con los recursos para poder aprender a manejar las plataformas digitales, y llegar a realizar contratos por medio de estas, a causa de su edad y falta de educación en el ámbito tecnológico pueden llegarse a ver privados y excluidos del tráfico jurídico, atentando contra el numeral 2 del Art.11 de la Constitución de la República que establece: “2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.” (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, del 20 de Octubre de 2008.).

En conclusión, la transformación digital por parte del Banco Guayaquil, es muy positiva en el ámbito de prestación de servicios, puesto que permite a sus clientes mantener por un lado la seguridad jurídica en la contratación por un canal legalmente válido, de acuerdo a lo estudiado. En caso que este se preste como un canal adicional no exclusivo para la prestación de sus servicios a sus usuarios, permite a estos contar con una alternativa válida por la cual no tienen que asistir de manera presencial a las sucursales bancarias de la institución financiera, haciendo la prestación de servicios bancarios de forma más ágil y permitiendo facilitar la obtención de los servicios prestados por el Banco, sin discriminar a ninguno de sus usuarios, pasan a tener como alternativas la posibilidad de asistir a las sucursales, o solicitar los servicios por medio de los canales digitales, sin sacrificar en ningún momento la seguridad e integridad de las transacciones que estos decidan realizar por medio de los canales digitales.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.-. Se debe buscar la implementación de reformas pertinentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que permitan expandir y dotar a los mecanismos de contratación digital de mayor sencillez y seguridad jurídica, en especial a lo concerniente a los actos y contratos sujetos formalidades y solemnidades, que si bien en la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial, en 2020, reformo la Ley Notarial e implementó ciertos mecanismos, dicha reforma a la Ley Notarial, quedó lejos de llevar a una aplicación práctica para la suscripción de contratos y actos por medio de herramientas telemáticas en casos concretos tales como la compraventa de bienes inmuebles, entre otros. Se debe de considerar que determinadas actividades económicas tales como automotriz o inmobiliaria, que requieren de estas formalidades y solemnidades sin alternativas a la suscripción por medios tradicionales, no pudieran acceder a alternativas previstas en el ordenamiento.

2.- Se deben crear mecanismos de educación con el objetivo de que se expanda la contratación por medio de plataformas digitales, a la vez que los usuarios y consumidores, conozcan las obligaciones en las que se verán inmersos, así como obtengan la protección de sus derechos y sepan que existen mecanismos e instituciones que velan por la defensa de sus derechos y obtengan la ayuda pertinente de las instituciones públicas. Así como mantener la posibilidad de solicitar los servicios por los canales tradicionales, sin forzar a ningún usuario a suscribir sus contratos única y exclusivamente por los canales digitales.

3. -Existe un futuro muy prometedor en cuanto la contratación por este tipo de plataformas, que cada día tiene un crecimiento y mayor aceptación por la ciudadanía, como podemos observar en la implementación de la firma electrónica en los contratos de diversas instituciones financieras, así como por el uso ya descrito, en los canales digitales de algunas instituciones tales como el Banco de Guayaquil.

BIBLIOGRAFÍA

- Gonzales Citado por Contreras, S. (2013). El papel de la voluntad en la determinación del derecho natural: un estudio a partir de las enseñanzas de Domingo de Soto, Luis de León y Francisco Suárez. *Discusiones Filosóficas*.
- Spota, A. (2009). *Instituciones de Derecho Civil: Contratos*. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Tomas de Aquino Citado por Contreras, S. (2013). El papel de la voluntad en la determinación del derecho natural: un estudio a partir de las enseñanzas de Domingo de Soto, Luis de León y Francisco Suárez. *Discusiones Filosóficas*.
- Johannes Althusius citado por Guzman Brito, A. . (2004). Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. *Revista de estudios histórico-jurídicos*.
- Julien Bonnacase citado por Contreras Lopez, R. (2009). Estructura del Acto Jurídico. En S. B. Antonio, *Cien años de Derecho Civil en Mexico* (pág. 52). Ciudad de Mexico, Mexico.
- Ernesto Gutierrez y Gonzalez citado por Contreras , R. (2009). Estructura del Acto Jurídico. En J. A. Sánchez Barroso, *Cien años de derecho civil en México 1910-2010* (pág. 53). Ciudad de Mexico , Mexico.
- Bullard, A., & Mac Lean, A. C. (2009). La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía? *Revista Sobre enseñanza del derecho*, 21-47.
- Emilio Betti citado por Piconto Novales, T. (1992). Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. *ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO IX*.
- Alessandri Rodríguez, A. (2004). *De los Contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Jorge Suescún Melo citado por Cantillo Vargas, J. (2021). Aplicabilidad y limitaciones del concepto de publicidad consignado en el artículo 847 del código de comercio en las relaciones jurídicas de consumo mediadas por tecnologías en el régimen jurídico colombiano. Barranquilla, Atlantico, Colombia.
- Chang Ocampo, K. (2000). La Contratación Electrónica. *La Contratación Electrónica*. La Molina, Lima, Peru.
- Registro Oficial del Ecuador. (29 de Mayo de 2019). Suplemento 497. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2002). Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos. *Ley No. 2002-67*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. *Codificación No. 2005-010*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- UNCITRAL. (11 de Abril de 1980). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Viena, Austria.
- UNCITRAL. (23 de Noviembre de 2005). Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. New York, New York, Estados Unidos.
- Mackliff Elizalde, J. (20 de Enero de 2021). Banco Guayaquil simplificación de procesos para mejorar la experiencia bancaria. (Itahora, Entrevistador)
- ARCOTEL. (1 de Julio de 2022). *Listado de las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditados y Terceros Vinculados, debidamente acreditadas*. Recuperado el 28 de Octubre de 2022, de www.arcotel.gob.ec: <https://www.arcotel.gob.ec/listado-de-las-entidades-de-certificacion-de->

- informacion-y-servicios-relacionados-acreditados-y-terceros-vinculados-debidamente-acreditadas/
- GlobalRatings Calificadora de Riesgos S.A. (2022 de Abril de 30). Resumen Calificación Emisión de Obligaciones Convertibles en Accion. Quito, Pichincha, Ecuador.
- CENTRAL. (2018). *BANCO DEL BARRIO – EN EL CORAZÓN DE LOS BARRIOS*. Recuperado el 2022 de Octubre de 30, de CENTRAL: <https://central.ec/single-work/banco-del-barrio-en-el-corazon-de-los-barrios/>
- Albán, J. O. (2004). LA TRANSFERENCIA DEL DOMINIO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA. *Vniversitas*, 107, 451-470.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución del Ecuador de 2008. Montecristi, Manabí, Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. *Codificación No. 2005-010*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Presidencia de la Republica del Ecuador. (24 de Agosto de 2009). Decreto Ejecutivo 8. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Banco Guayaquil S.A. (Diciembre de 2018). INFORME A LOS ACCIONISTAS DE BANCO GUAYAQUIL DICIEMBRE 2018. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Carrá, B. L. (2008). Bases neurales de la toma de decisiones e implicación de las emociones en el proceso. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*.
- Ulen, T. S. (16 de Septiembre de 2016). La importancia del derecho conductual. Palermo, Argentina.
- Llanos, A. (1944). *EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y SUS LIMITACIONES*. Santiago, Chile.
- Oviedo, J. (2004). La transferencia del dominio en el contrato de compraventa. Sistema romano germánico. 107. Bogota, Colombia.
- Asamble Nacional de la Republica del Ecuador. (14 de Mayo de 2019). Código de Comercio. *Registro Oficial Suplemento 497*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Registro Oficial del Ecuador. (29 de Mayo de 2019). Código de Comercio. Quito, Pichincha, Ecuador.