

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

**Solemnidades y ejecución judicial en el Ecuador de los
Clickwrap Agreements en novaciones de contratos de mutuo**

AUTORA:

Abg. Andrea Natali Ojeda Palacio

Previo a la obtención del grado académico de:

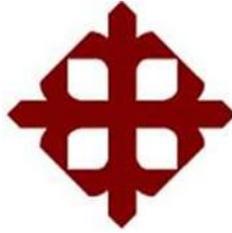
**MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
PROCESAL**

TUTOR:

Abg. Jhonny De La Pared Darquea

Guayaquil, Ecuador

2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abogada Andrea Natali Ojeda Palacio**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Abg. Johnny De La Pared Darquea, Mg. Sc.

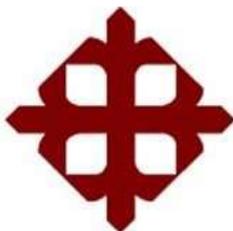
REVISORA

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, Ph.D.

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, 25 de mayo de 2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Andrea Natali Ojeda Palacio

DECLARO QUE:

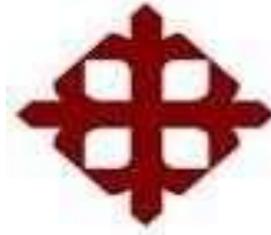
El Proyecto de Investigación **Solemnidades y ejecución judicial en el Ecuador de los Clickwrap agreements en novaciones de contratos de mutuo**, previa a la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 25 de mayo de 2022

LA AUTORA

Abg. Andrea Natali Ojeda Palacio



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**

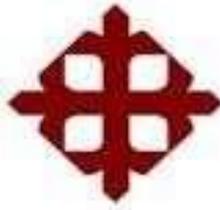
AUTORIZACIÓN

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación**, previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **Solemnidades y ejecución judicial en el Ecuador de los Clickwrap agreements en novaciones de contratos de mutuo**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 25 de mayo de 2022

LA AUTORA:

Abg. Andrea Natali Ojeda Palacio



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

URKUND		Lista de fuentes	Bloques
Documento	TESIS ANDREA OJEDA MDP FINAL.docx (D136492832)	⊕	Categoría
Presentado	2022-05-13 12:31 (-05:00)	⊕	Enlace/nombre de archivo
Presentado por	Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)	⊕	http://ruja.ujaen.es/bitstream/1095
Recibido	miguel.hernandez.ucsg@analysis.arkund.com	⊕	https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/7711
Mensaje	RV: TRABAJO FINAL MDP UCSG-CARTAS DE Y BITACORAS-Andrea Ojeda Mostrar el mensaje completo	⊕	https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/upl
	4% de estas 52 páginas, se componen de texto presente en 13 fuentes.	⊕	https://repository.usta.edu.co/bitst
		⊕	https://www.infoem.org.mx/sipoem
		⊕	https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/upl
		⊕ >	https://www.uandes.cl/wp-content

Agradecimiento

Extiendo mi sincero agradecimiento a todos los docentes y profesionales que aportaron con sus conocimientos y experiencias para la realización de esta investigación.

A mi mamá y a mis tios Miguel Angel, Fanny y Carmita por guiarme y animarme a buscar la excelencia académica y profesional.

Y a mis amigas de toda la vida por el apoyo diario y por acompañarme en este proceso.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andrea Natali Ojeda Palacio'. The signature is stylized and cursive, with a long horizontal stroke extending to the left.

Abg. Andrea Natali Ojeda Palacio

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi familia, especialmente a mi abuelita Luz Herrera y a la memoria de mi abuelito Jorge Palacio.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Andrea Natali Ojeda Palacio', with a long horizontal stroke extending to the left.

Abg. Andrea Natali Ojeda Palacio

Índice General

ÍNDICE GENERAL	VIII
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I	6
MARCO TEÓRICO	6
LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	8
LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS	14
<i>Normativa aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano</i>	16
LOS CLICKWRAP AGREEMENTS.....	18
LOS CONTRATOS DE NOVACIÓN	22
<i>Las novaciones de contratos de mutuo</i>	25
<i>Reestructuraciones y refinanciamientos como un modo de novar un crédito</i>	29
<i>Contratos de novación de mutuos electrónicos</i>	31
CAPÍTULO II.....	36
MARCO METODOLÓGICO	36
ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	36
ALCANCE	37
TIPO DE INVESTIGACIÓN	40
MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN TEÓRICOS.....	41
MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN EMPÍRICOS	42
CAPÍTULO III	44
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	44

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE NOVACIÓN DE MUTUOS CLICKWRAP EN EL ECUADOR.....	44
PRECEDENTES JUDICIALES INTERNACIONALES	55
<i>Specht v. Netscape Communications, Inc.</i>	56
<i>Sgouros v. TransUnion Corp.</i>	57
<i>Nguyen v. Barnes and Noble, Inc.</i>	58
<i>A.V., et al. v. IParadigms, Limited Liability Company</i>	59
<i>DeJohn v. The .TV Corporation International, et al.</i>	60
<i>Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers</i>	61
<i>Caspi v. Microsoft Corporation 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528</i>	61
DERECHO COMPARADO	62
<i>España</i>	62
<i>Costa Rica</i>	65
<i>Colombia</i>	66
<i>México</i>	67
<i>Chile</i>	69
CRITERIOS NACIONALES EN LA EJECUCIÓN DE NOVACIONES CLICKWRAP	69
<i>Entrevistas</i>	70
<i>Encuestas</i>	70
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	74
CAPÍTULO IV	83
PROPUESTA	83
REFORMA A LA NORMATIVA PROCESAL Y REGULATORIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO	83
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES	91
APENDICE A	95

Resumen

En virtud del aumento en el uso de las tecnologías de la información en el comercio y en la práctica del derecho, los clickwrap agreements se han ido implementando para contraer obligaciones derivadas de las novaciones de contratos de mutuo, denominados como refinanciamientos y reestructuraciones. Frente a esta nueva aplicación de los contratos clickwrap, analizamos el reconocimiento legal que la normativa ecuatoriana le ha dado a este tipo de contratos y las normas procesales aplicables en caso de exigir su cumplimiento por vía judicial. El objetivo general de este trabajo es analizar la normativa vigente aplicable para esta contratación electrónica con el fin de poder determinar cuales son las solemnidades que se deben de cumplir para ser reconocidos legalmente y como consecuencia de esto, que puedan ser exigibles judicialmente. La metodología que se aplica en el presente trabajo tiene un enfoque cualitativo, el cual se enfoca en el estudio de la legislación procesal que ampara la ejecución judicial de estos contratos en caso de incumplimiento a base del análisis del derecho comparado y de los criterios legales que actualmente tienen los profesionales del derecho y jueces de la materia. Los resultados que se han obtenido en este trabajo demuestran la necesidad de incorporar un apartado en la Ley que trate las normas procesales que deben de aplicarse para la ejecución de judicial de los clickwrap agreements en los casos de cobro de dinero generados de novaciones de contratos de mutuo o préstamos de dinero.

Palabras clave: clickwrap agreements, ejecución judicial, mutuo, novación, refinanciamiento, reestructuración, solemnidades.

Abstract

Under the increase of the use of information technologies in commerce and in the practice of law, clickwrap agreements have been implemented to incur obligations derived from the novations of loan agreements, known as debt refinancing and debt restructuring. Faced with this new application of clickwrap contracts, we analyze the legal recognition that Ecuadorian regulations have given to this type of contract and the applicable procedural rules in case of demanding compliance by judicial means. The general objective of this work is to analyze the current applicable regulations for this electronic contracting in order to be able to determine which are the solemnities that must be fulfilled to be legally recognized and as a consequence of this, that may be legally enforceable. The methodology applied in the present work has a qualitative approach, which focuses on the study of the procedural legislation that protects the judicial execution of these contracts in case of non-compliance based on the analysis of comparative law and the legal criteria that they currently have legal professionals and judges on the matter. The results that have been obtained in this work demonstrate the need to incorporate a section in the Law that deals with the procedural norms that must be applied for the judicial execution of the clickwrap agreements in the cases of collection of money generated from novations of contracts of money loans agreements.

Key words: clickwrap agreements, judicial execution, loan agreement, novation, refinancing, restructuring, solemnities

Introducción

El *objeto de estudio* del presente trabajo son los contratos de adhesión electrónicos y su aceptación como manifestación del consentimiento voluntario del contratante. En este sentido, durante los últimos 10 años la legislación ecuatoriana ha tratado de incorporar de manera eficiente a las nuevas modalidades de contratación, entre estas los click-wrap agreements o mejor conocidos como los contratos que se perfeccionan con dar un “click” en el botón de aceptación del contrato. Estos contratos gdisposición del contratante los términos y condiciones del contrato o las cláusulas que estos contengan previo a solicitar el otorgamiento de la aceptación. El perfeccionamiento del contrato ocurre con esta aceptación, el hecho de dar un click a un botón que contiene un link que redirecciona al contrato a la culminación del acto comercial. Es así como “tribunales extranjeros han reconocido la posibilidad de que un clic al vínculo (link) de aceptación ... constituye una expresión positiva de la voluntad y, por tanto, una forma de obligarse, es decir, de expresar consentimiento” (Rincón, 2004, p. 451).

Sin embargo, a pesar de que se ha reconocido su legalidad en la actividad comercial rutinaria de los mercaderes ecuatorianos, su aplicación y más que todo su ejecución en caso de incumplimiento todavía sigue siendo un tabú, puesto que muy pocos emprendedores e incluso grandes empresas se han atrevido a implementarlos en sus actos comerciales. La razón principal de esta desconfianza es la dificultad que caracteriza el poder ejecutar tales contratos por vía judicial en el Ecuador. ¿Cuál es la vía adecuada para ejecutarlos? ¿Qué pruebas podrían considerarse sustanciales e irrefutables dentro de un proceso de ejecución de contratos clickwrap? ¿Qué normativa es la que otorgar mayor claridad para la determinación del procedimiento de ejecución judicial de esta clase de contratos?

Estas últimas preguntas son las que deben de ser resueltas por los diferentes cuerpos normativos que se han emitido y reformado en la última década y que conforme a sus considerandos se han incorporado en la legislación ecuatoriana con el fin de encajar con la tendencia de innovación tecnológica que tanto caracteriza el derecho informático, el cual no es tan innovador en el derecho aunque así se lo considere.

El *campo de estudio* se enfoca en los clickwrap agreements implementados en novaciones de contratos de mutuo, los cuales usualmente son utilizados para actividades de compraventa de bienes en general, sin embargo muy poco se ha conocido sobre su implementación en los contratos de novación de obligaciones derivadas de contratos de mutuo, préstamo de consumo o por uso de tarjetas crédito. Dentro de las actividades crediticias, utilizadas principalmente en el sector financiero, se utiliza con bastante frecuencia la figura de la reestructuración o refinanciación que es considerada como una novación de una obligación crediticia previa.

En tal sentido, diversas compañías han creado sistemas especializados que manejan, regulan y controlan los contratos clickwrap aplicados en novaciones identificadas como reestructuraciones. Las reestructuraciones o refinanciamientos generalmente suelen emitir como documento principal de la obligación un pagaré que viene acompañado de un convenio, el cual respalda la obligación contraída. En los casos de reestructuraciones de deudas con clickwrap agreements, el documento de sustento de la obligación sería la contraída en razón de la aceptación realizada en tiempo virtual a través de la manifestación de la voluntad representada por el click o toque del botón en caso de dispositivos de modalidad táctil. Y, el procedimiento de ejecución en vía judicial será el determinado por la normativa ecuatoriana vigente de conformidad con las leyes de la materia y tratados internacionales aplicables.

Como *referentes empíricos*, (Enríquez Álvarez, 2010), ha dejado claro que la forma de manifestarse el consentimiento en este tipo de contratos ha cambiado de manera significativa, puesto que su aplicación es distinta a diferencia de los contratos normales no electrónicos, en los cuales la simple suscripción con su firma física o la huella digital es prueba irrefutable del consentimiento de las partes, situación que no podría aplicarse en clickwrap agreements, en los que no se plasma una firma física o electrónica encriptada, sino más bien, una acción o acto electrónico que representa la voluntad o consentimiento de la parte suscriptora, lo cual podría entenderse como un consentimiento forzado al no existir forma alguna de negociar las condiciones del contrato como tal, debido a que se está negociando con un programa informático.

En tal sentido, la *delimitación del problema* se enfoca netamente a la problemática del impacto comercial y legal que acarrea la falta de un procedimiento definido para la ejecución judicial de los clickwrap agreements por contratos de novación de obligaciones vencidas originadas por mutuos. Y, como la carencia de un reglamento o capítulo especializado al uso e implementación de este tipo de contrato en el mercado ecuatoriano y en las relaciones mercantiles en general obliga a los profesionales del derecho a determinar las solemnidades de estos contratos y el procedimiento de ejecución adecuado a base de la interpretación de la normativa vigente. ¿Cuáles son los elementos, solemnidades que se deben de cumplir los clickwrap agreements para que sean legalmente reconocidos y cómo podría exigirse judicialmente su cumplimiento?

La *premisa* del estudio se delimita en la falta de determinación de las solemnidades de los clickwrap agreements, su modo aplicación en las actividades comerciales y la forma en la que se ejecutarían judicialmente como consecuencia del incumplimiento de las partes. Delimitación que se fundamenta sobre la base de las

aristas doctrinales del contrato electrónico clickwrap y su aplicación, del análisis de los referentes empíricos que han sido compartidos en la última década y la comparación de la normativa ecuatoriana e internacional que justifican la falta de base legal suficiente para la determinación del ejercicio y ejecución de los clickwrap agreements, lo cual conlleva a la necesidad de incorporar un capítulo en la legislación ecuatoriana que trate del procedimiento judicial adecuado para exigir el cumplimiento de este tipo de contratos electrónicos.

De tal modo, que el *objetivo general* es analizar el procedimiento de ejecución judicial de los contratos clickwrap implementados en novaciones de obligaciones de créditos vencidos, así como las solemnidades que deben de cumplir para ser legalmente válidos conforme a la normativa vigente ecuatoriana y proponer una reforma a la Ley en referencia a lo indicado.

En este sentido, el presente trabajo tiene como *objetivos específicos* fundamentar los presupuestos doctrinales de los clickwrap agreements, sus solemnidades y efectos; analizar los referentes empíricos contemplados de los clickwrap agreements; comparar la normativa ecuatoriana y la aplicada en España, Colombia, México, Argentina, Chile; examinar el contenido normativo incorporado en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Convenio de Bruselas, Convenio de Roma, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos; descomponer los supuestos expuestos en las sentencias V., et al. v. IParadigms, Limited Liability Company, DeJohn v. The .TV Corporation International, et al., Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers emitidas por las distintas cortes estadounidenses como precedentes judiciales; y, observar los resultados obtenidos de entrevistas realizadas a 7 profesionales del derecho especializados en Derecho Mercantil, Financiero, Procesal e Informático.

A base de lo detallado se expondrá como *novedad científica* la focalización de los principales vacíos normativos que existen actualmente en la implementación de los contratos clickwrap en las actividades comerciales y financieras, así como el análisis de los procedimientos judiciales más adecuados que pueden aplicarse con la legislación vigente para la ejecución de este tipo de contratos en caso de incumplimiento de las partes, que servirá para establecer un proyecto de reforma normativa que permita la incorporación de artículos que determinen de manera taxativa las solemnidades que deben de cumplir estos contratos para ser legalmente reconocidos y la vía más óptima para su ejecución judicial, acorde a la realidad actual y al avance normativo que la globalización impone en la legislación ecuatoriana.

Así mismo, es importante mencionar que la pandemia causada por el virus COVID-19 ha provocado que la implementación de los contratos electrónicos avance en los negocios comerciales en todo el mundo, obligando a que las legislaciones que no han incorporado en su derecho estas nuevas manifestaciones de la voluntad de las partes se adapten al derecho informático que ha sido aplicado por las grandes potencias comerciales en las últimas décadas, las cuales se han caracterizado por ejercer sus actividades mercantiles de manera legal sin limitarse a la presencia física de las partes para solemnizar sus actos comerciales.

Capítulo I

Marco Teórico

Los contratos o convenciones nacen de las obligaciones, los cuales constituyen la base fundamental y el elemento sustancial de los mismos, puesto que no existe un contrato si no existe una obligación. Conforme ha manifestado Abeliuk Manasevich (2014):

La definición más corriente entre nosotros es la que considera la obligación como un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo. (p. 25)

En este sentido, la obligación es una relación jurídica que se crea en el momento en que dos o más personas acuerdan realizar o dar algo en específico, que no necesariamente es una cosa material o física. El simple hecho de pactar determinada acción u omisión es lo que crea la obligación y su materialización o formalización da vida al contrato como tal.

El requisito mínimo para el perfeccionamiento de un contrato es la existencia de mínimo una obligación, como en el caso del contrato de donación, el cual constituye un contrato unilateral a diferencia de los bilaterales, los cuales conllevan más de una obligación contraída recíprocamente a favor de otra. Sin embargo, no podría existir una obligación si no existe la voluntad de la parte que se obliga, puesto que el acto jurídico representado en la figura de un contrato o convención solo puede producir efectos jurídicos si obra la voluntad manifiesta de las partes. En virtud de la importancia que tiene la manifestación de la voluntad dentro del acto jurídico del contrato, la voluntad “siempre tiene que existir realmente y no puede ser suplida por elementos distintos, como lo sería la realización de un hecho formal del que aparentemente se pudiera inferir la existencia de dicha voluntad” (Ospina & Ospina, 1994, p. 41).

Sin embargo, hay diferentes formas de manifestación de la voluntad, las cuales necesariamente culminan en un solo punto que define el consentimiento del acto jurídico. De este modo, Alessandri Rodríguez (1988) manifiesta que:

Voluntad es la facultad del individuo que lo autoriza para hacer lo que desee; en los actos jurídicos unilaterales se llama simplemente voluntad; pero en los actos

jurídicos bilaterales se la llama consentimiento. Según esto, puede definirse el consentimiento como el acuerdo de las voluntades de dos o más personas con un objeto jurídico. (p. 16)

En este sentido, la manifestación de la voluntad es el paso previo para la realización del consentimiento como elemento esencial del contrato a realizarse. Así mismo, se entiende que no basta la existencia de una sola voluntad para ejecutarse el consentimiento del acto jurídico en los contratos bilaterales, en los cuales más de una persona es la que se verá beneficiada del acto jurídico, sino que ambas partes a beneficiarse son las que deben de manifestar su voluntad de llevar a cabo el contrato, lo que lleva a que se plasme el consentimiento como tal.

Siguiendo esta premisa, queda claro que dos voluntades son las que forman el consentimiento. Alessandri Rodríguez, (1988), menciona que “el consentimiento en los contratos se genera por la reunión de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación” (p. 16). De modo, que en el caso de un contrato de compraventa las voluntades que constituyen el consentimiento está representado en la oferta que el vendedor configura y la aceptación que el comprador manifiesta frente a la presentación de la oferta, la cual podría ser expresa o tácita.

Los contratos de Adhesión

Los contratos en la legislación ecuatoriana deben diferenciarse respecto a si se constituyen bajo la normativa civil o la normativa mercantil, puesto que ambos persiguen diferentes fines y las reglas bajo las cuales se elaboran y regulan los contratos a pesar de ser similares no son iguales y se aplican de diferente manera. Así Ramírez Romero (2021), comenta que:

En la legislación civil predomina el formalismo en la contratación; en cambio en la legislación mercantil predominan los contratos consensuales. Así el Código de

Comercio en el Art. 226 establece: Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva *obligación, se requiere que ésta sea* aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige, *salvo que el proponente establezca un plazo; en defecto de esa aceptación,* el proponente queda libre. En cambio el Art. 1726 del C.Civil dispone Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América. (p. 48-49)

Así mismo en el Código de Comercio en su artículo 216 se ha dispuesto el carácter de supletoriedad que la normativa civil tiene respecto a la aplicación de la normativa mercantil, especificando que las reglas dispuestas en el Derecho Civil se aplicarán en todo en lo que no contravenga a lo dispuesto en la legislación mercantil. Todo esto únicamente en lo que respecta a las obligaciones y contratos en la aplicación de los actos y contratos mercantiles.

En el derecho civil la manifestación del consentimiento se puede presentar a través de la elaboración de las cláusulas del contrato en conjunto con todas las partes o la formalización del consentimiento en sí, a través de la suscripción del contrato como un medio de representación de la aceptación de la obligación. A diferencia de los actos mercantiles que no necesariamente se manifiestan a través de la elaboración de un contrato como tal. El derecho mercantil es menos formalista por la naturaleza de sus actos en masa, en cambio en el derecho civil los actos jurídicos que se realizan son particulares y no se ejecutan de manera continua o regular como lo hacen los actos mercantiles, los cuales se llevan a cabo de manera constante con el fin de perpetuar el negocio comercial para lo cual fue creado.

El Código de Comercio en su artículo 221 dispone la existencia de actos preparatorios del contrato mercantil que pueden como no llevarse a cabo. Son

negociaciones que mantienen las partes previo a la aceptación de la oferta y por ende manifestación del consentimiento. Estas negociaciones pueden ser de carácter formal o informal en aplicación al principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo en la mayoría de los casos no suelen llevarse a cabo. En especial en los negocios comerciales en los cuales una de las partes es una empresa de grande potencia o multinacional, la cual en su rutina comercial tiene que tratar a un gran número de clientes. Lo cual los lleva a tener que realizar actos jurídicos en masa, los cuales conlleva una formalidad menos personalizada y menos estricta.

En este sentido, “es frecuente que una de las partes sea la que impone la ley del contrato, sin que la otra parte pueda modificarla o discutirla, esto es lo que se llama contrato de adhesión” (Alessandri Rodríguez, 1988, p. 23). Siguiendo esta línea de pensamiento, los actos preparatorios del contrato nunca llegan a realizarse con los contratos de adhesión, puesto que los términos y condiciones del mismo ya han sido dispuestas y modificadas por una sola de las partes, el oferente. Así Alessandri Rodríguez (1988) define a los contratos de adhesión como “aquellos en que una de las partes, por un acto unilateral de voluntad, fija las condiciones sobre las cuales se va a contratar, y la otra se limita a aceptarlas o a adherir en block a ellos, sin poder discutirlos” (p. 23).

Desde que se empezó a aplicar este tipo de contratos conocidos también como contratos de cláusula general se ha discutido a cerca de la eficacia de estos, puesto que al limitarse la autonomía de la voluntad de las partes se está menoscabando el libre consentimiento de al menos una de las partes, la cual no tuvo oportunidad de discutir las cláusulas o los términos del contrato. Sin embargo, la realidad comercial y social obliga a reconocer la eficacia jurídica de los contratos de adhesión, puesto que a pesar de que la mayoría de veces la parte que tiene la carga de la aceptación no lee en su totalidad las

clausulas de este contrato por su extensión si tiene la oportunidad de aceptar o declinar la oferta del contrato.

De manera consciente la parte que acepta, está de acuerdo en asumir cualquier riesgo que pueda generar el no leer el contrato en su totalidad o el aceptar las cláusulas que hasta cierto punto podrían ser abusivamente onerosas. Es por esto, que en esta clase de contratos se mantiene un control externo que permite regular hasta cierto punto el abuso de las cláusulas estipuladas a favor de la parte más débil, la cual no tiene la oportunidad de discutir las condiciones del contrato con el fin de dar un entorno jurídico y comercial más equilibrado entre las partes. A pesar de que taxativamente no se ha dispuesto los requisitos formales de los contratos de adhesión en el Ecuador, conforme lo ha expresado Alarcón Polando (2002) la doctrina ha extraído las características principales de los contratos de adhesión:

- a) La oferta propuesta en la heteronomía del contrato tiene alcance general o universal, lo que significa que está dirigida a una colectividad impersonal, al público en sentido amplio, siendo además de carácter permanente, manteniéndose indefinidamente o por un lapso considerable;
- b) Aunque no siempre es así, por lo general la oferta proviene de alguien de significativo poder económico, de una empresa sólida o tal vez de un monopolio u oligopolio, lo que significa que el oferente se encuentra en una posición de superioridad con relación a la otra parte, haciendo predominar así su voluntad;
- c) La prestación contenida en la estipulación consiste en un servicio que si bien es privado, tiene utilidad pública, circunstancia que coloca al adherente en la necesidad de pactar y que define la exigencia de que el Estado aopte ciertos controles y restricciones para protección del público consumidor;

- d) El ofrecimiento adopta la forma de los “contratos tipos”, impresos de antemano y fragmentados en cláusulas complejas, de difícil intelección para el público profano;
- e) Las cláusulas establecidas en la estipulación están orientadas hacia la salvaguarda de los intereses del peticente, sancionando con notorio rigor el eventual incumplimiento del usuario y atenuando, suprimiendo o limitando las responsabilidades del estipulante. (p. 44-45)

En tal sentido, los contratos de adhesión no son creados con el objetivo de que sean personalizados y adecuados a cada negocio comercial particular, es decir, pueden realizarse con diferentes personas sin que esto afecte el objeto del contrato como tal, pues este siempre será el mismo para todos los que deseen contratar el mismo. Estos contratos se diferencian a los establecidos en el derecho civil, por estar ya definidos con anterioridad a la realización del negocio jurídico comercial, ya han sido redactados, aprobados y emitidos previamente, con el fin de que la aceptación a la oferta se realice a la brevedad posible sin los retardos regulares de la negociación mercantil. En la mayoría de casos, estos contratos ya constan impresos en formularios con espacios en blanco, los cuales se llenarán con los datos de la parte aceptante; datos que no modifican las cláusulas ya redactadas y que netamente se limitan a la identificación de la nueva parte contratante.

Respecto a su aplicación, los contratos de adhesión principalmente se ven incorporados en los contratos de seguros, alquiler de viviendas o locales comerciales emitidos por corredores de bienes raíces, contratos que brinden servicios financieros como los son las aperturas de cuentas de ahorro o corriente, financiamientos o emisión de tarjetas de créditos; los contratos por prestación de servicios de televisión por cable, telefonía o internet móvil o fijo; en contratos de transporte terrestre o aéreo; y en los

contratos se prestación de servicios básicos como el de agua potable y luz eléctrica, entre otros no tan relevantes como lo son los contratos de promesa de compraventa de un bien a construirse a plazo, el cual podría considerarse como un contrato de adhesión cuando es emitido en masa por inmobiliarias en promoción de proyectos de vivienda.

Tradicionalmente estos contratos se han emitido de manera escrita e impresa en formularios o folletos, sin embargo en los últimos años se han incorporado en el mercado nacional la utilización de contratos de adhesión electrónicos. La pandemia producida por el Covid -19 influyó el cambio radical de la modalidad de contratación mercantil que ha impuesto el uso de los medios electrónicos, implementando principalmente los contratos de adhesión en canales digitales, los cuales por su menor formalidad y mayor emisión son los más sencillos de incorporar en el mercado digital. Así Jiménez Valderrama (2017) manifiesta que “la modalidad de contratación en el mercado por excelencia hoy en día es la contratación por adhesión y los contratos de consumo se caracterizan porque su contenido está preestablecido unilateralmente por la parte fuerte en el contrato” (p. 122).

Uno de los ejemplos más conocidos en el Ecuador, son los utilizados por los aplicativos móviles de diferentes instituciones financieras que permiten aperturar cuentas de ahorro de manera digital sin necesidad de acercarse a las sucursales para la firma de los contratos de apertura para cuentahorristas; o los contratos de emisión de firma electrónica que maneja la compañía Security Data, los cuales no requieren de una firma física y tampoco de una firma electrónica, únicamente requieren la aceptación del contrato con sus términos y condiciones. Contrato que se tratará con mayor profundidad más adelante.

A pesar del uso común que tienen los contratos de adhesión la parte contratante en calidad de “consumidor es débil porque tiene un escaso poder de litigio” (Jiménez

Valderrama, 2017, p. 123), frente a las situaciones en las que el consumidor debe de poner una reclamación en contra del oferente, puesto que éste último en la mayoría de los casos es una empresa grande con bastante poder en el mercado. Sin embargo, “tal es la magnitud del poder de estas empresas, que, en algunos casos, a pesar de la intervención del Estado no se logra que le respondan debidamente al consumidor” (Jiménez Valderrama, 2017, p. 123).

Así mismo, el factor económico juega un rol importante en la ejecución de las reclamaciones o conflictos de los contratos de adhesión, debido a que el mayor porcentaje tiene cuantía ínfimas que no hacen tan relevante la importancia de reclamar o iniciar un litigio en contra del proveedor. A base de lo expuesto Jiménez Valderrama (2017), manifiesta que “en materia de derecho de consumo se necesitan procedimientos especiales, ágiles, rápidos y libres de formalismos procesales que garanticen el acceso a la justicia por parte del consumidor y la resolución eficaz de los conflictos de consumo” (p. 124).

Los contratos electrónicos

Como concepto, los contratos electrónicos deben de cumplir con los mismos requisitos y tener los mismos elementos sustanciales de los contratos o convenciones regulados por el derecho civil. En teoría, no debería de tener ninguna diferencia con los contratos que se suscriben de manera presencial y física, más que la de la instrumentalización electrónica o mediante mensaje de datos.

Diferentes doctrinarios han definido al contrato electrónico como el acuerdo de voluntados que se realiza mediante medios electrónicos por medio del cual las partes se obligan entre entre sí. Al respecto Fernández Delpech (2014) manifiesta que “es el que se celebra sin la presencia física y simultánea de las partes, quienes prestan su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento

y almacenaje de datos” (p. 415). Por otra parte, Rodríguez Azuero (2003) define al contrato electrónico como “el acuerdo de voluntades expresado, a través o con el concurso de estos particulares medios de comunicación, de cuyo perfeccionamiento se derivan las obligaciones propias del negocio jurídico” (p. 370).

Los contratos electrónicos son considerados como contratos de distancia, en donde las partes no se encuentran físicamente para la suscripción o aceptación del mismo. Moreno Navarrete (1999) comparte que esta clase de contratos tienen ciertas particularidades que las distinguen hasta cierto punto de los contratos instrumentados de manera normal:

- Se utiliza el medio electrónico para la formación de la voluntad (la forma electrónica de consentir).
- A través del medio electrónico permanece, en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio, pues, en definitiva, es un contrato escrito *sui generis* (documento electrónico). (p. 32-33)

De esta forma, se expresa que el consentimiento manifestado en esta clase de contratos se deberá realizar necesariamente de manera electrónica, por la naturaleza de esta clase de contratación; y por otra parte, la prueba fundamental de la realización de este tipo de contrato se mantendrá registrado o almacenado de la misma forma en la que se constituyó y aceptó, esto es de forma electrónica.

Los elementos esenciales del contrato son los mismos en el contrato electrónico, el cual debe de contener el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita. Sin embargo, el elemento que difiere de la contratación normal es el consentimiento, el cual no se manifiesta de la misma forma que en el contrato normal. Al respecto, Moreno Navarrete (1999) manifiesta que “el consentimiento es la exteriorización de la voluntad humana, y que éste puede manifestarse de muy diferentes “formas” (por un gesto,

palabras, escritura, fax, correo electrónico, etc.), por tanto, no existe un consentimiento electrónico, sino una forma electrónica de consentir” (p. 34).

El contrato electrónico se perfecciona de manera diferente, su consentimiento se manifiesta de forma distinta y consecuentemente en caso de su ejecución judicial o extrajudicial se probará su vínculo jurídico de manera distinta a comparación de los contratos tradicionales. En este sentido, López Capetillo (2019) manifiesta que “la contratación electrónica supuso la contemplación de un nuevo canal de comunicación para establecer relaciones comerciales diferente del tradicional pero que solo supuso una forma especial de regulación que contempló los supuestos tradicionales”.

A pesar, de que se considera que los contratos con firma electrónica son los que más se usan, en la realidad este hecho es totalmente diferente, puesto que no todas las personas tienen firma electrónica y para tener una se debe de realizar un trámite de emisión con una empresa privada o pública que esté autorizada para emitir este tipo de firmas encriptadas. Por otra parte, estas firmas tienen un costo dependiendo de la vigencia, lo cual reduce las posibilidades de que todas las personas o al menos la mayoría pueda acceder a tener una firma electrónica. A diferencia de otros contratos electrónicos que pueden ser perfeccionados sin la necesidad de que contengan una firma electrónica como prueba irrefutable del consentimiento de las partes, los cuales a pesar del desconocimiento de sociedad son los que más se usan en el comercio y los más aplicados en el mercado internacional y nacional.

Normativa aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano

Como ya se ha destacado en el numeral previo, los contratos electrónicos más que ser un contrato diferente por su fondo, los mismos se distinguen por su forma. Estos contratos se manifiestan y constituyen de manera diversa a los tradicionales. En tal sentido, por la falta de normativa taxativa que determine la regulación de cada uno de

los contratos que se aplican de manera electrónica, por regla general se aplica el de los contratos tradicionales. De tal modo, que en caso de existir un contrato de compraventa electrónico se seguirán las normas aplicables al contrato de compraventa tradicional conforme lo ampara el Código Civil.

Sin embargo, es importante destacar que los contratos electrónicos han sido implementados con el fin de afrontar el comercio entre ausente, como el que se presenta cuando las partes no tienen su domicilio en el mismo lugar o simplemente cuando en virtud de las preferencias las partes eligen realizar la contratación sin necesidad de tener que movilizarse al lugar de suscripción del contrato. En virtud de aquello, es que la mayoría de los contratos electrónicos que se aplican en el comercio se caracterizan por ser contratos de adhesión. Así, la norma que se aplicará para la regulación de estos contratos electrónicos será la que más se adecue a su naturaleza.

Y, conforme se ha tratado anteriormente, en los contratos de adhesión la norma general será el Código Civil, pero la norma específica será la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En teoría, se deberá aplicar la norma que más se adecue a la naturaleza del contrato y la que más beneficie a las parte débil de la contratación y en el presenta caso, la parte más debil será la que no haya elaborado el contrato electrónico, la parte que simplemente se limita a aceptar o negar la oferta plasmada en el contrato. En este sentido, Herrera Bravo & Núñez Romero (1999) manifiesta respecto a la problemática que conlleva la contratación informática en el desequilibrio de las partes, indicando que “este desequilibrio y falta de igualdad económica entre las partes, unido a la limitación de la libertad contractual del usuario, se refleja frecuentemente bajo la modalidad de contratos de adhesión preimpresos, que caracteriza a muchos contratos informáticos” (p. 343).

De igual forma, se considera que en referencia a la relación de debilidad que se presenta en este tipo de contratación es recomendable que previo a consentir la obligación a través de la aceptación de la oferta se realicen actos preparatorios del negocio jurídico a llevarse a cabo por medio del contrato electrónico. Al respecto Téllez Valdés (1998) manifiesta que con el objetivo de alcanzar un fin del negocio no perjudicial para las partes, en este caso para la parte más débil estos contratos “requieren pasar por diferentes etapas, de entre las que se distinguen aquéllas de carácter previo a la firma del contrato, así como de otras tantas como son las de recepción, verificación y conformidad respecto a la prestación recibida” (p. 100). Siguiendo esta línea de análisis estos actos preparatorios que constan regulados en el Ecuador por el Código de Comercio.

Los clickwrap agreements

El comercio puede manifestarse en diversas formas de contratación electrónica, siendo una de las más conocidas la aplicada en el contrato de compraventa por el uso común que se le ha dado a este tipo de contrato. Así mismo, la compraventa es uno de los contratos que más se han aplicado en los contratos de adhesión por la agilidad en la formalización de su objeto. Dentro de los contratos electrónicos, se encuentran los clickwrap agreements o también conocidos como los *point-and-click agreements*, los cuales según manifiesta Fernández Delpech (2014) “basan su validez en el acto de pulsar el botón de aceptación por el usuario” (p. 416).

Se considera a los clickwrap agreements como contratos de adhesión por su naturaleza de contener cláusulas generales que no dan oportunidad a que las partes negocien su modificación. Se limitan a que el proveedor del producto o servicio oferte el mismo conforme a las condiciones estipuladas en el contrato, de tal modo que el consumidor únicamente debe adherirse a las condiciones del contrato a través de su

aceptación o abstenerse de aceptar el mismo. Al respecto, Gómez Valenzuela (2019) manifiesta que:

La adhesión se refiere al propio acto en el que se “aceptan ” las condiciones (firma o *click* en el caso de la contratación electrónica). La peculiaridad que presenta esta fase en la contratación electrónica es que el momento de adhesión (aceptación de las CGC) coincide en muchas ocasiones con el perfeccionamiento del contrato. Esto es, la mayoría de los contratos electrónicos se formalizan a través de sitios web activos en los que es preciso aceptar CGC mediante un *click*, para que el contrato se entienda válidamente celebrado. (p. 151)

Entendiéndose CGC como las condiciones generales de la contratación, la adhesión al contrato clickwrap ocurre en el momento en que se aceptan las condiciones a través del click en el botón respectivo, el cual en la mayoría de veces está especificado como un “acepto” o. un “estoy de acuerdo”, en ese momento el contrato se entiende perfeccionado. El click en el botón refleja lo mismo que representa el suscribir a mano un contrato, produce el mismo efecto.

Los clickwrap agreements nacieron de la implementación de los contratos electrónicos por licencias de uso, los cuales eran los más usados para la distribución de los software o programas informáticos. En estos casos, los dueños o creadores de estos programas protegían sus derechos de autor o los derechos patrimoniales de la obra creada de los licenciatarios, quienes son los que explotan el uso de los programas.

De modo que, los licenciatarios no podían acceder al programa sin antes aceptar de manera expresa o tácita los términos y condiciones del uso del software, este tipo de contrato es el conocido como clickwrap agreement. Sin embargo, el uso de este tipo de contratación fue evolucionando a tal punto que dejó de utilizarse únicamente para

programas a instalarse, sino que empezó a implementarse en otro tipo de negocios jurídicos que constaban en páginas web, incluso para realizar transacciones.

Por otra parte, Gómez Valenzuela (2019) define a los clickwrap agreements como aquellos que “se pueden leer en la pantalla e ir avanzando sobre los mismos con la ayuda del ratón o de una tecla y pueden mostrarse antes de poder continuar con la transacción y de proceder adquirir un producto o servicio *online*” (p. 336). En la actualidad este tipo de contratos se utiliza mayormente de manera online, en los sitios web y pueden mostrarse de diversa forma, a través de mensajes apartados que contengan el botón de aceptación o dentro de la misma página. Es importante, dejar en claro que sin importar el modo en el que se refleja el contrato clickwrap siempre debe de poner a conocimiento de las partes las condiciones y cláusulas que contengan los términos de la obligación a aceptar, caso contrario el consentimiento se entenderá viciado y se considerará como no aceptado.

En este tipo de contratos el consentimiento se realiza de manera expresa a través del acto de realizar un click o pulsar con el dedo en caso de aparatos táctiles. Al respecto Menéndez Mato & Gayo Santa Cecilia (2014) expresa que:

Cuando la parte, que navega en las distintas webs comerciales presentes sobre internet, acepta contratar en una de ellas un determinado bien o servicio mediante la pulsación de un ícono expresamente colocado al efecto, está aceptando de forma expresa la perfección de un contrato propuesto mediante una previa oferta al público. En este sentido, puede afirmarse que el acto de pulsación es identificable al acto expreso del <<si>> comunicado mediante el lenguaje oral en una contratación tradicional entre partes físicamente presentes. Por esta razón, los problemas no se ubican en el modo de manifestar el asentimiento, sino en la forma en que hayan sido previamente transmitidas al

hipotético aceptante las informaciones sobre: el procedimiento contractual a seguir desde la web, los datos identificativos del profesional que ofrece el bien o servicio, y las características del bien o servicio a contratar y el contenido en general del futuro contrato. (p. 125)

En los contratos clickwrap se descarta la presunción del consentimiento como ocurre con otros contratos electrónicos en los que no se recibe la aceptación tácita o expresa, sino que en virtud de los actos preparatorios de la negociación jurídica se presume la aceptación al culminar la negociación como ocurre en los contratos que se perfeccionan a través del uso del correo electrónico o con medios telemáticos mediante el empleo de videoconferencias o chats.

Así mismo, uno de los requisitos en este tipo de contratos es la publicidad de las cláusulas o los términos y condiciones, los cuales deben de ponerse a conocimiento de la parte contratante antes de consentir la obligación y consecuentemente otorgar su aceptación. De esta forma, los clickwrap agreements otorgan seguridad jurídica a los contratantes, al informar adecuadamente acerca de los límites y parámetros de la contratación que se realizará y los efectos a producirse posterior al consentimiento. En tal sentido, Páez Rivadeneira (2015) expone que “naturalmente sólo podemos aceptar lo que conocemos, y solamente conocemos un documento cuando lo leemos. Por eso, la doctrina recomienda incluir junto al botón de aceptación de los contratos click, una leyenda” (p 579).

Aunque no se lo tenga muy presente, este tipo de contratos electrónicos son uno de los más usados en el comercio electrónico y en el uso diario de internet, puesto que se lo puede encontrar al momento de realizar una compra en línea o efectuar la descarga de un programa o para utilizar los servicios en línea que ofrece alguna página web. Su aplicación es bastante frecuente en virtud de la facilidad de su ejecución y debido a la

seguridad jurídica que brinda a las partes por la forma clara y concisa en la que se puede manifestar el consentimiento. Conforme a lo expuesto, Amaya Fabián (2016) comparte su postura, indicando que en los clickwrap agreements:

La manifestación es más clara, ya que el hecho de seleccionar el botón correspondiente en la pantalla constituye un requisito para que la compraventa, transacción, trámite, descarga, etc, se pueda efectuar, lo que demostraría el acuerdo con las condiciones expuestas. (p. 79)

En este tipo de contratos el consentimiento se manifiesta únicamente con el acto de realizar un click en el botón de aceptación, la voluntad que se manifiesta a través de este hecho queda registrado en la plataforma por medio del cual se emitió el contrato, perfeccionando la obligación entre las dos partes, lo cual en teoría es una prueba irrefutable de que el contrato se consintió con plena capacidad y sin mediar vicios.

Sin embargo, la problemática que más afecta la aplicación de este tipo de contratos es el cómo se puede conocer que no hubo vicios de consentimiento, en este tipo de actos, puesto que por su agilidad y facilidad al momento de consentir se cree que los vicios de consentimiento son más frecuentes de presentarse en este tipo de contratos, no obstante, esta es una problemática que se puede presentar de igual forma en los contratos tradicionales suscritos en presencia de ambas partes.

Los Contratos de Novación

En la novación es necesario que haya existido una obligación anterior a la nueva, caso contrario no se estaría perfeccionando una novación sino una obligación que coexiste de manera paralela a la antes iniciada. En esta línea de pensamiento Abeliuk Manasevich (2014) manifiesta que la novación “no puede nacer a la vida jurídica si no existe una obligación primitiva a la cual extingue para dar nacimiento a una nueva” (p. 68). En palabras sencillas, novar una obligación sustituir o reemplazar la

obligación ya constituida por una nueva, colocando a esta última en el mismo lugar en donde se encontraba la anterior que será extinga a través de reemplazo.

Pese a lo indicado, es importante destacar que la característica principal de un contrato de novación no es la extinción de la obligación original sino el ánimo que tienen la partes de sustituir en su totalidad esa obligación por otra nueva. En este sentido Castillo Freyre (2018) manifiesta al respecto que:

La novación es un medio extintivo de obligaciones, que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley, y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra. Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera de manera ficta, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual las partes no tienen un verdadero *animus solvendi*, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída. (p. 176)

Es decir, que la novación no tiene como único fin la extinción de una obligación, sino más bien su extinción como consecuencia de su ánimo de obligarse con una nueva. Entendiéndose que la voluntad de extinguir la obligación original es producto de la determinación de las partes de que no podrán continuar con el cumplimiento de esta conforme a las condiciones de la misma, por lo que con el fin de honrar el cumplimiento de la obligación deciden realizar una nueva que sustituya a la anterior con la estipulación de nuevas condiciones que se acoplen a las preferencias actuales y reales de las partes.

Respecto a sus requisitos sustanciales, Castillo Freyre (2018) expone que “para que pueda configurarse la novación son necesarios tres requisitos esenciales: la preexistencia de una obligación válida, la creación de una nueva obligación y el *animus novandi* o voluntad de novar” (p. 179). Estos requisitos deben de configurarse de manera

paralela, por lo que la ausencia de alguno de ellos impediría que el acto jurídico de la novación pueda ser válido.

El requisito esencial de la novación consistente en la manifestación del *animus novandi* para la constitución del acto jurídico se encuentra taxativamente reconocido por nuestra legislación civil, en este sentido el artículo 1650 del Código Civil dispone que es necesario que la intención de novar la obligación haya sido declarada por las partes, puesto que la novación incluye la extinción de una obligación antigua y sin esta manifestación de la voluntad podría declararse la nulidad.

Sin embargo, Ramos Pazos (2008), manifiesta que “no es necesario que este ánimo se manifieste en forma expresa ya que basta con que “aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar”” (p. 414-415). Interpretación que da a entender que no es necesario que el *animus novandi* no esté manifiesto de manera literal que este requisito puede ser válido con la simple manifestación de esta voluntad a través de sus cláusulas.

La novación puede ser objetiva, subjetiva o mixta. La objetiva se enfoca netamente a la sustitución de la prestación pactada en la obligación a extinguirse; la subjetiva se refiere al cambio de las partes o sujetos que originalmente pactaron la obligación a extinguirse, los cuales no concurrirán en el cumplimiento de la nueva obligación; y en la novación mixta concurre la sustitución de la prestación y los sujetos que participaron en la obligación original por un nuevo objeto o prestación y otros sujetos o partes.

En referencia a los efectos que produce la novación, Ramos Pazos (2008) comparte que “el efecto propio de la novación es doble: a) Extinguir la obligación novada, y b) Generar una nueva obligación”. La finalidad de la novación se convierte en el efecto de la misma, lo cual da a entender que pactada la extinción de la obligación

original se entiende que todas las obligaciones, condiciones y privilegios acordados en la misma se terminan para producir como consecuencia el acuerdo de una nueva obligación que tenga un objeto o sujetos que difieran de los estipulados en la obligación original.

En tal sentido, en caso de que la obligación a extinguirse haya pactado intereses y estos han quedado pendientes, al momento de realizar la novación estos se entenderán extinguidos junto con las demás obligaciones o condiciones anteriormente pactadas. No obstante, si se especifica que en el caso de los intereses pendientes estos se los reconoce para el cumplimiento de la nueva condición de los entenderá incorporados en la novación, conforme se encuentra reconocido en el artículo 1656 del Código Civil.

Las novaciones de contratos de mutuo

El contrato de mutuo se caracteriza por perfeccionarse con la tradición de las cosas fungibles que son objeto del contrato. Esta tradición conlleva la transferencia de dominio, lo cual lleva a entender que las cosas, objeto del contrato, no serán devueltas al mutuante, puesto que, por la naturaleza de la fungibilidad, estas cosas se consumirán en su totalidad. De tal modo, que se pacta el pago de la obligación con cosas de igual cantidad y valor con el mismo género y calidad, en caso de que las mismas no sean dinero, caso contrario se entregará la misma cantidad de dinero que se transfirió.

Respecto al objeto del mutuo, se entiende que siempre serán cosas fungibles, las cuales son reemplazables por su naturaleza, sustituibles por otras cosas de iguales características y que son consumibles en la mayoría de situaciones. En tal sentido, en el mutuo nunca se pactará la devolución de la misma cosa, puesto que como primera premisa en el mutuo no ocurre la devolución de la cosa pactada sino la transferencia total del dominio de esa cosa por la naturaleza de la misma, la cual no se puede recuperar; y como segunda premisa, las cosas pactadas son consumibles o perecibles en

ciertos casos, por ende, no pueden restituirse o devolverse, puesto que se agotan por su simple uso.

En referencia a las características principales del contrato de mutuo, Rodríguez Azuero (2003) comparte que “el mutuo es un contrato típico, reglamentado sin excepción en todas las legislaciones, principal, real, oneroso, en cuanto sea mercantil y unilateral pues de su celebración sólo surgen obligaciones a cargo del mutuuario” (p. 649). De tal modo, que el mutuo es considerado principalmente como un contrato real, en virtud de que se perfecciona con la tradición, es decir con la entrega de la cosa pactada. Por otro lado, se lo considera oneroso únicamente cuando se pactan intereses, caso contrario se entenderá que es un mutuo civil de carácter gratuito, por no exigir ningún valor adicional por el hecho de consumir lo entregado.

Rodríguez Azuero (2003) indica que el mutuo es “un contrato de crédito y como tal implica una transferencia de la propiedad con cargo para el beneficiario de devolver posteriormente bienes de la misma especie y calidad” (p. 646). Este contrato es usado en su mayoría para préstamos de dinero o entrega de créditos bancarios, en los cuales el mutuante comparece como una entidad bancaria, quien otorga créditos de dinero a sus mutuarios, a través del perfeccionamiento de contratos de mutuo que principalmente están asegurados con la suscripción de un pagaré a la orden.

Uno de los mutuos más comúnmente usados en el comercio es el mutuo cambiario, el cual se instrumenta a través del uso del pagaré como título ejecutivo. El pagaré como tal es una promesa de pago que lo distingue de la letra de cambio, debido a que esta última es una orden de pago y una promesa a diferencia del pagaré. De tal modo, que por su similitud con el contrato de mutuo influye en el comercio, a tal punto de que es usado en la mayoría por no decir en todas las operaciones de mutuos, en especial los mutuos perfeccionados por entidades bancarias, las cuales dentro de sus

operaciones más comunes se encuentran las operaciones de créditos. En tal sentido, Ramírez Romero (2021) manifiesta que “el pagaré a la orden es un título muy utilizado de manera especial por las instituciones financieras para instrumentar las operaciones de crédito” (p. 177).

En este trabajo nos enfocaremos en el mutuo mercantil, en el cual la cosa fungible, objeto del contrato, es el dinero; limitando así las diversas cosas fungibles de las que nos podemos referir. El mutuo mercantil por ser oneroso es el más utilizado en el comercio, especialmente por las entidades bancarias, las cuales utilizan su propia versión del mutuo denominándola mutuo bancario. Este tipo de mutuo aplicado por las entidades financieras se caracteriza por ser un contrato de adhesión con cláusulas generales, las cuales no brindan una opción para que el mutuuario pueda negociar las condiciones del préstamo.

Respecto al mutuo bancario, Castellanos & D´Felice (2008) manifiesta que “generalmente se instrumenta por escrito, y la institución, además exige al prestatario la firma de un pagaré que documente la deuda. Esto puede traer inconvenientes en los casos en que el deudor no correlacione al contrato con el pagaré” (p. 365). A base de lo indicado se entiende que los mutuos bancarios generalmente son mutuos cambiarios, los cuales coexisten con un pagaré como documento que garantiza el cobro de lo entregado con el mutuo, lo cual suele generar diversos conflictos al momento de acudir a su ejecución, puesto que ambos documentos son legalmente ejecutables en vía judicial y no es necesaria su coexistencia para el reconocimiento de la obligación. De este modo, Castellanos & D´Felice (2008) expone que “el mutuo bancario es una especie de mutuo comercial caracterizado específicamente por la masividad de la contratación que hace a la propia esencia de la actividad bancaria” (p. 366).

Cuando se trata de un mutuo mercantil, en el cual se pactan intereses como remuneración a favor del mutuante, se deberá especificar la tasa de interés con la que se manejará el cálculo de la remuneración, por lo que en caso de no especificarse esta tasa se entenderá que se está pactando el interés legal, el cual es regulado por la entidad de control financiero, siendo esta en el Ecuador el Banco Central y para ciertas operaciones bancarias la Junta de Regulación Monetaria y Financiera de la Superintendencia de Bancos.

El plazo del mutuo deberá especificarse en el contrato con el fin de que se pueda determinar hasta cuando se generará el cobro de los intereses corrientes pactados, debido a que si no se cumple la entrega del dinero transferido en la fecha estipulada se declarará al mutuario en mora, lo cual dará derecho al cobro del interés moratorio máximo que ha sido determinado por la Ley, esto último en caso de no especificarlo en el contrato. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que no se estipule el plazo para la entrega de las cosas, en este caso se aplicará lo que la Ley dispone para el efecto, situación que se encuentra contemplada en el Código Civil ecuatoriano en su artículo 2103, el cual otorga un término de 10 días para poder cobrar lo entregado, dejando en claro que no podrán cobrarse los valores antes de ese tiempo.

Es importante mencionar que el contrato de mutuo en diversas ocasiones se lo ha confundido con el contrato de apertura de crédito, el cual también es usado en gran cantidad por las entidades financieras al igual que el contrato de mutuo. Castellanos & D'Felice (2008) identifica a los contratos de apertura de crédito como aquellos en los cuales:

Una entidad financiera se compromete a mantener a disposición de un sujeto una suma de dinero determinada (renovable o no) durante cierto tiempo, satisfaciendo las órdenes de pago que el cliente libre ya sea a su favor o a favor

de terceros, por su parte este último se compromete a abonar una comisión por la posibilidad de disponer de ese dinero y al pago de intereses en el caso de librar órdenes de pago y desde que éstas se efectivizan. (p. 373)

Dentro de estos contratos de apertura de crédito también se encuentran incorporados los contratos de emisión de tarjetas de crédito, los cuales podrían confundirse con los de mutuo. La característica principal de estos contratos de apertura de crédito es la facultad que otorga al mantener disponible la opción de usar ese crédito para situaciones que no han sido previstas y que pueden ser futuras y no solo actuales, a diferencia de cómo ocurre con el contrato de mutuo, el cual tiene una consecuencia inmediata y no brinda una disponibilidad de utilizar la cosa fungible en el futuro sino únicamente en el presente, lo cual los distingue de los contratos de apertura de crédito y de tarjeta de crédito. De igual forma los contratos de apertura de crédito, especialmente los de tarjeta de crédito con considerados como contratos de adhesión por su comercio masiva por parte de las entidades bancarias.

Reestructuraciones y refinanciamientos como un modo de novar un crédito

Los refinanciamientos y reestructuraciones en su teoría general pueden considerarse como un modo de novación de la obligación contraída por el crédito otorgado en los contratos de mutuo o de apertura de crédito, en los cuales por medio del consentimiento del mutuuario o el deudor se acuerda renovar el crédito. Respecto a las reestructuraciones, Menéndez Romero (2017) manifiesta que “en procesos de reestructuración de operaciones en los que el acreditado se encuentre en insolvencia o sujeto a concurso, suspensión de pagos o quiebra, se podrá modificar el plazo, la tasa y demás características del crédito” (p. 198), lo cual da a entender que las reestructuraciones mayormente se utilizan con las operaciones de crédito que se encuentran en mora o en cobranza judicial.

De igual forma, Puémape (2013) define a la refinanciación como la situación “cuando se obtiene un crédito de otros acreedores para la deuda, o en todo caso, se replantea la operación pactada entre el cliente y la institución bancaria y se establece nuevas condiciones” (p. 212). En primera instancia se podría confundir los conceptos de refinanciamiento y reestructuración por sus similares características, sin embargo, las distinciones entre ambas se refieren principalmente al momento en el cual se puede acceder a las mismas.

Las refinanciaciones se suelen ofrecer y aplicar una vez solicitadas cuando la deuda contraída tiene una gran posibilidad de ser incumplida. Generalmente se solicita el refinanciamiento antes de caer en la mora o durante las primeras etapas de la mora. Por medio de la refinanciación se modifican las condiciones de la obligación crediticia, principalmente, ocurre una modificación de los plazos y el interés a cobrarse por las nuevas cuotas.

A través de esta figura del refinanciamiento se realiza un tipo de novación que en estricto derecho no podría considerarse como tal, en virtud de que la nueva obligación se origina de la obligación a extinguirse. Sin embargo, la obligación original queda extinta al haberse modificado las condiciones sustanciales de la misma, dando nacimiento a una nueva obligación con términos diversos a la original. Es de suma importancia que para que ocurra la novación concurra como mínimo un elemento sustancial nuevo en la nueva obligación, puesto que sin esto las dos obligaciones concurrirían de manera paralela y no se efectivizaría la extinción de la primera.

Por otra parte, la reestructuración podría considerarse como el último recurso para que el deudor recupere su buena calificación, en el caso de créditos bancarios, los cuales se otorgan conforme a la calificación crediticia que cada deudor obtiene en virtud de su historial. En general, la reestructuración es otorgada cuando una deuda se

encuentra en mora durante un tiempo considerable y tiene una calificación baja, determinándola como una deuda de alto riesgo de cobro.

Contratos de novación de mutuos electrónicos

Tal como se ha comentado en los numerales anteriores, los contratos electrónicos pueden ser aplicados con cualquier acto jurídico, conforme se aplica en los contratos tradicionales. Sin embargo, los más aplicados en la contratación electrónica son los contratos de adhesión. Así mismo, se expuso que los contratos de mutuo bancario o apertura de crédito son los que más se perfeccionan por entidades bancarias. Estos contratos bancarios por su gran número de emisión se categorizan dentro de los contratos de adhesión que son implementados por las entidades financieras para la ejecución de sus operaciones crediticias.

La forma más fácil de implementar estos contratos de créditos bancarios de manera electrónica es a través de plataformas virtuales o móviles (a través del teléfono móvil). La mayoría de las entidades bancarias poseen bancas virtuales, por medio de las cuales sus socios aceptan acceder a sus servicios con la creación de un usuario y contraseña que está ligada a sus cuentas de ahorro o corrientes. Estas plataformas virtuales utilizadas a través de los teléfonos utilizan softwares, los cuales implementan en la mayoría de los casos clickwrap agreements para la aceptación de sus términos y condiciones de uso.

Las entidades bancarias aplican estas plataformas virtuales para realizar diversas operaciones financieras, entre las cuales se encuentran, principalmente, la de consulta de valores depositados, transferencias de dinero, pago de servicios o tarjetas de crédito y solicitud de préstamos o créditos de dinero. De esta manera, los acreedores utilizan estos medios para poder perfeccionar los contratos de mutuos de manera electrónica. Al respecto, Rincón Cárdenas (2004) manifiesta que:

La banca en línea consiste en la conexión que hace el usuario a la red interna de la entidad financiera para beneficiarse de unos servicios, tales como consultar sus cuentas. Consiste en la posibilidad que el establecimiento de crédito les brinda a sus clientes de acceder a su cuenta utilizando un computador y un software especial que les deja ejercitar estas funciones. Una vez el software se instala en el computador personal del cliente, este puede conectarse a la red de la entidad financiera y ejecutar transacciones, como verificar saldos, efectuar pagos, hacer transferencias y revisar sus cuentas, entre otros. (p. 478)

En algunos casos, estas plataformas o softwares exigen una comisión por el uso de sus servicios, como por ejemplo los que brinda la banca móvil del Banco del Pacífico, el cual requiere la aceptación de pago de un valor por el uso de un token que servirá para el uso de los servicios que ofrece exclusivamente la banca móvil; sin esta aceptación el usuario no puede ingresar a la banca móvil, lo cual deja a disposición del usuario únicamente los servicios que el banco ofrece de manera presencial y a través de su banca virtual (la utilizada por medio del uso de una computadora con internet).

Sin embargo, los contratos de mutuo electrónico no solo son utilizados, por las entidades financieras, sino también por particulares. A pesar, de que en Ecuador no es tan recurrente el uso de préstamos entre particulares, es una actividad que de manera informal si se utiliza. En otros países como Colombia o Perú el uso de medios electrónicos para la solicitud y otorgamiento de préstamos es mucho más frecuente y común. El avance del uso de las tecnologías de la información y comunicación ha exigido que el mercado y su regulación se adapte a estos mecanismos que no son tan novedosos en otros países.

Los préstamos entre particulares por medio de canales digitales y sin intermediación bancaria se ha denominado como plataformas Peer to Peer Lending, en

tal sentido Borrás Atiénzar (2020) indica que este tipo de préstamo entre particulares “es un modelo reciente de financiamiento. Se trata de préstamos ofertados por particulares a otros particulares sin la intervención de una institución financiera tradicional (desintermediación financiera)” (p. 7). En este mismo sentido el Banco de Desarrollo de América Latina (2016) manifiesta respecto a los préstamos persona a persona que los mismos “ponen en contacto a inversionistas con prestatarios sin la presencia de una institución financiera. Sólo el inversionista asume el riesgo del préstamo, el cual puede diversificarse a través de inversiones fraccionadas” (p. 14).

Sin embargo, cabe mencionar que estos tipos de créditos no son tan estrictos como los otorgados por las instituciones bancarias, puesto que estos últimos deben de cumplir con formalidades que son impuestas por los entes rectores conforme a la legislación ecuatoriana. Además, de que los préstamos entre particulares no generan confianza a los usuarios al momento de acudir a ellos.

Las instituciones financieras al implementar mecanismos digitales para el otorgamiento de créditos están obligados a trasladar todas las actividades derivadas del perfeccionamiento de un contrato de préstamo que tradicionalmente se realiza de manera presencial. Es decir, que si una entidad bancaria ha implementado dentro de sus servicios la entrega de préstamos de dinero, estos deben de haber asumido que hay una gran posibilidad de que un cierto porcentaje de los usuarios que acceden a este servicio pueden caer en mora y como consecuencia, tienen que estar preparados para tomar las debidas medidas que sean necesarias para recuperar los valores entregados por concepto de créditos.

Una de estas medidas es la oferta de que el usuario se acerque de manera presencial a realizar un refinanciamiento de su deuda o a través de medios telemáticos como lo es una llamada telefónica conforme lo ampara el artículo 238 del Código

Orgánico de Comercio, sin embargo esta medida no sería la más adecuada en virtud de la naturaleza del mecanismo a través del cual se otorgó el crédito. En tal sentido, lo óptimo sería que la institución bancaria implemente opciones para refinanciar los créditos en mora que fueron adquiridos de manera digital, de este modo habría un equilibrio en la utilización y aplicación de este tipo de contratos a través de medios digitales.

Siguiendo esta línea de pensamiento, entendemos que los refinanciamientos y hasta las reestructuraciones pueden ser perfeccionados a través de medios digitales, siempre y cuando cumplan con las solemnidades que la Ley especifica para el caso. Entre los principales requisitos está el reconocimiento manifiesto de la voluntad de las partes, especialmente del deudor de refinanciar o reestructurar la deuda y como consecuencia novar la obligación contraída. En tal sentido, los refinanciamientos o reestructuraciones realizados por medio de canales informáticos y digitales pueden perfeccionarse a través de los clickwrap agreements de la misma forma en la que se pueden instrumentalizar contratos de mutuo, puesto que estos contratos están legalmente reconocidos como una forma de crear obligaciones, en virtud del reconocimiento de la voluntad de las partes.

En este mismo sentido, para que los clickwrap agreements puedan ser utilizados para la realización de este tipo de contratos de préstamo y novación de ser el caso, es necesario que la ley este adaptada para estos tipos de uso de comercio electrónico, puesto que en caso de conflictos concurrirá complicaciones al momento de querer exigir el cumplimiento del contrato o la ejecución vía judicial. En referencia a lo indicado Rojas Amandi (2007) manifiesta que:

El presupuesto indispensable para validar los actos jurídicos que se celebren haciendo uso de las tecnologías electrónicas, consiste en el reconocimiento del

uso de dichas tecnologías para comunicar declaraciones de la voluntad. Dicho en términos negativos, lo anterior significa que la ley debe prohibir discriminar el uso de tecnologías electrónicas para manifestar la voluntad. A esto se le puede denominar como el “principio de no discriminación”. Sin embargo, no basta con que una ley establezca la posibilidad de utilizar en el ámbito de las relaciones contractuales los medios electrónicos para que las partes cuenten con la seguridad jurídica que se requiere en el mundo de los negocios. Además, se deben prever ciertas excepciones al cumplimiento de algunas obligaciones contractuales que sólo se pueden cumplir cuando se utiliza el papel. Y dichas excepciones requieren establecer los equivalentes de seguridad jurídica necesarios para garantizar que en el uso de los medios electrónicos no se pierda la certeza que ofrece el uso del papel. (p. 554-555)

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la aplicación y utilización de estos contratos como medios para crear obligaciones a través del uso de sistemas electrónicos o digitales que pueden realizarse a través de un software o mediante el uso de sitios web. Sin embargo, el simple reconocimiento no es suficiente para brindar seguridad jurídica a las partes intervinientes o al menos no en el mismo nivel que los contratos que son perfeccionados en presencia de las partes. Situación que debería de presentarse en la actualidad, puesto que el uso de los contratos electrónicos ya no es un tema novedoso.

Es por esto, que en el caso de presentarse el perfeccionamiento de un mutuo cambiario o un mutuo con garantía hipotecaria los requisitos para que el contrato electrónico manifestado en un clickwrap agreement sea válido o ejecutable es distinto, puesto que estos tipos de contratos tienen solemnidades más estrictas por la naturaleza de los documentos que garantizan la obligación o el cobro de la misma. En el caso de un mutuo hipotecario, por contener un bien inmueble como garantía de la obligación debe

de instrumentalizarse a través de una escritura pública para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, caso contrario no tendría validez o no podría ser ejecutable u oponible.

Por otro lado, con los mutuos cambiarios se requiere la suscripción de un pagaré en conjunto con la aceptación del contrato de mutuo. Para que un pagaré sea válido es un requisito sustancial que el mismo sea firmado por el deudor a quien se llamará suscriptor. Al respecto, Ramírez Romero (2021) indica que la firma del deudor “es un acto jurídico mediante el que el suscriptor hace suyo el contenido del pagaré; y, por tanto, esa firma es un requisito de validez del título y que vincula al suscriptor con el contenido del mismo” (p. 179). En este sentido, la emisión de pagarés a la orden no podrían perfeccionarse a través de un clickwrap agreement, amenos de que se haya pactado previamente a través de un contrato clickwrap la emisión de un certificado de firma electrónica que únicamente será usado para la suscripción del pagaré del mutuo cambiario.

Capítulo II

Marco Metodológico

Enfoque de la investigación

Los enfoques de la investigación en el transcurso del tiempo se han identificado como corrientes del pensamiento, los cuales son modos en los que se plasma una técnica de investigación a través de la cual se expone la teoría o datos recabados con el fin de obtener una conclusión que sea producto del estudio de premisas generales o particulares. En tal sentido, se ha resumido las diferentes corrientes de pensamiento aplicables a la investigación en dos enfoques, los cuales son el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo.

El presente trabajo tiene un enfoque cualitativo, el cual aplica la técnica de “desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7). Este enfoque utiliza el método inductivo para sacar sus conclusiones y premisas. La inducción trabaja con premisas específicas y particulares que son producto de la exploración de la teoría investigada, las cuales derivan en conclusiones generales, es decir que en términos breves el método inductivo siempre va de lo particular a lo general. De esta forma, el silogismo aplicable en este tipo de investigación suele establecer conclusiones que son plasmadas previo a la explicación de las premisas, a diferencia de cómo se trabaja con el enfoque cuantitativo, el cual especifica sus conclusiones después de haber expuesto y explicado sus premisas de manera objetiva.

El enfoque cualitativo “utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7). Conforme a lo indicado, en el presente trabajo se expondrá de manera subjetiva la teoría y los referentes empíricos en conjunto con el análisis individual de las entrevistas y los resultados de las encuestas realizadas a profesionales del derecho. En tal sentido, las diversas interpretaciones que la teoría, los referentes empíricos y los precedentes jurisprudenciales han emitido en referencia al problema jurídico permiten visualizar y explorar las diferentes posturas que se han expuesto para la debida realización de un conclusión general que puede ser aplicada para obtener una solución ejecutable en todas las interpretaciones iniciales que se le han dado al problema jurídico.

Alcance

Una investigación con enfoque cuantitativo o cualitativo puede incluir diversos alcances, dependiendo del propósito que se pretenda otorgar a la investigación. En

ocasiones ciertos investigadores pretenderán describir su investigación como una con un alcance único y no variado, sin embargo identificar una investigación como una que contenga un solo alcance no estaría apegado a la realidad literaria. Esto último, debido a que todas las investigaciones que aseguran contener un solo alcance en la realidad contienen varios alcances.

Una investigación puede incluir en la mayoría de los casos un alcance en específico pero durante su desarrollo tendrá otros alcances investigativos que ayudarán a la obtención de la conclusión esperada. El alcance de una investigación puede ser exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo. Sin embargo, en el presente trabajo únicamente nos enfocaremos en el alcance exploratorio, descriptivo y explicativo, los cuales estarán incorporados en esta investigación.

Conforme lo explica Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2010) el alcance exploratorio se aplica “cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes” (p. 79). En este sentido, de acuerdo hemos observado en el desarrollo del primer capítulo se ha definido con bastante claridad el concepto de los clickwrap agreements, sin embargo no se han descrito taxativamente las solemnidades sustanciales que estos contratos deben de tener para ser legalmente válidos y como consecuencia judicialmente ejecutables en cada jurisdicción en la que se aplique su uso.

De igual forma, nos hemos dado cuenta que hay muy poca información doctrinaria acerca de la ejecución judicial de este tipo de contratación, en especial, cuando es utilizada para el perfeccionamiento de novaciones de mutuos mercantiles o civiles. En este sentido, se definirá las solemnidades y la vía procesal más conveniente para exigir el cumplimiento de los clickwrap agreements a base del análisis de la doctrina y comparación de la normativa extranjera en contraposición con la nacional.

Así mismo, se estudiará varios precedentes jurisprudenciales en los que se ha definido la naturaleza de los clickwrap agreements como un modo para generar obligaciones recíprocas y de carácter mercantil. Este análisis se lleva a cabo tomando en cuenta que en el Ecuador muy raramente se exige judicialmente el cumplimiento de un clickwrap agreement por el vacío normativo que obliga a los abogados y a las partes a buscar títulos valor para asegurar una obligación que por si sola podría exigirse judicialmente de manera directa.

Por otra parte, el alcance descriptivo “busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 80). Conforme a este tipo de alcance definimos las características de los clickwrap agreements a base de la comparación de las definiciones que los doctrinarios han compartido en los últimos años. De igual forma, se analiza la naturaleza de este tipo de contratación electrónica en comparación con la contratación tradicional la cual presenta reglas normativas que pueden ser análogamente aplicables a los clickwrap agreements. En este sentido, identificamos las solemnidades que son aplicadas en la contratación tradicional y que pueden ser igualmente adoptadas para el perfeccionamiento de los clickwrap agreements con la adhesión de requisitos sustanciales que únicamente este tipo de contratación debe de cumplir para ser legalmente reconocidos.

A su vez, el alcance explicativo “está dirigido a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Se enfoca en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 83-84). Bajo el estudio de este alcance explicamos los efectos que produce el no tener una

norma procesal definida que contemple los casos en los que se exige judicialmente el cumplimiento de los clickwrap agreements en novaciones de mutuos o créditos mercantiles.

En este trabajo estudiamos el campo de acción en el que se desarrollan los clickwrap agreements, especialmente en el ámbito financiero y mercantil, dentro del cual aplica este tipo de contratación como un medio más accesible para atraer nuevos contratantes o perfeccionar la obligación. De igual forma, determinamos las razones por las cuales los clickwrap agreements no han sido ejecutados judicialmente de manera directa en el Ecuador a diferencia de su versión análoga tradicional y pese a que es aplicado desde hace varios años en el comercio electrónico este tipo de contratación ha sido desnaturalizada con el fin de poder exigir judicialmente su cumplimiento de manera más efectiva en el Ecuador aun cuando la doctrina y los precedentes jurisprudenciales internacionales le dan plena validez una vez que hayan sido perfeccionados y cumplan con todas sus solemnidades.

Tipo de investigación

Definido el enfoque y alcance de la investigación a base del planteamiento del problema jurídico y los objetivos generales y particulares compete identificar el tipo de diseño de investigación que se aplicará en el trabajo. Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2010) explica que el diseño de investigación “se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea ” (p. 120). En este sentido, se han desarrollado varios tipos de diseños de investigación, entre los cuales se encuentran la investigación experimental y no experimental. Estos tipos de diseños de investigación a su vez se dividen en varios tipos.

Sin embargo, el tipo de diseño de investigación siempre va a depender de la forma en la que se plantee la hipótesis, el alcance de la investigación y el problema

jurídico. En tal sentido, el presente trabajo tiene un tipo de diseño de investigación no experimental con corte transversal. Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2010) explica que el objetivo “en la investigación no experimental es observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlos” (p. 149).

Por otra parte, en la investigación experimental se somete a un individuo o varios a una situación creada intencionalmente con el objetivo de obtener una condición que producirá ciertos resultados concluyentes, lo cual no ocurre con la investigación no experimental, debido a que esta última analiza situaciones ya existentes, sin mediar manipulación o modificación de las situaciones por parte del investigador. A su vez, los tipos de diseños no experimentales pueden clasificarse dependiendo del análisis que se realice conforme a su dimensión temporal. En este sentido, este trabajo se caracteriza por ser un tipo de diseño no experimental transversal.

Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2010) manifiesta que los diseños de investigación “transversal recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como tomar una fotografía de algo que sucede” (p. 151). Conforme a esta idea, el trabajo se enfoca en la problemática actual causada por la falta de un proceso definido y aplicable a los casos en los que una de las partes obligadas acuda a la vía judicial para exigir el cumplimiento de un clickwrap agreement en el Ecuador.

Métodos de investigación teóricos

Este trabajo de investigación desarrolla los siguientes métodos teóricos para la obtención de las conclusiones y resultados en discusión.

Tabla 1

Métodos teóricos

Métodos	Dimensiones	Sistema Conceptual	Trayectoria y modelos
Histórico-Lógico	Clickwrap agreements	<ol style="list-style-type: none">1. Contratos de adhesión2. Contratos electrónicos3. Contratos de novación4. Refinanciamiento y reestructuración	Ecuador
Sistematización Jurídica Doctrinal	Clickwrap agreements	<ol style="list-style-type: none">1. Conceptualización2. Requisitos de validez3. Efectos	
	Refinanciamientos electrónicos de mutuos	<ol style="list-style-type: none">1. Solemnidades2. Efectos3. Ejecución	
Jurídico Comparado	Clickwrap agreements	<ol style="list-style-type: none">1. Definiciones2. Solemnidades3. Ejecución Judicial	España, Colombia, México, Argentina y Chile

Métodos de investigación empíricos

Para el desarrollo de las conclusiones se ha realizado el análisis de precedentes jurisprudenciales internacionales y referentes empíricos que han planteado el tema en discusión. Así mismo, se ha llevado a cabo el estudio de los criterios plasmados en las entrevistas realizadas a profesionales del derecho especializados en el campo mercantil e informático y a funcionarios judiciales. De igual manera, se analizará los resultados

obtenidos de encuestas a profesionales del derecho respecto al proceso judicial más eficiente para exigir el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los clickwrap agreements.

Tabla 2

Métodos empíricos

Categorías	Dimensiones	Técnicas	Unidades de análisis
Comercio electrónico	Ejecución judicial de clickwrap agreements	Análisis documental	Sentencias: 1. Specht v. Netscape Communications, Inc. 2. Sgouros v. TransUnion Corp 3. Nguyen v. Barnes and Noble, Inc. 4. A.V., et al. v. IParadigms, Limited Liability Company 5. DeJohn v. The .TV Corporation International, et al. 6. Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers 7. Caspi v. Microsoft Corporation 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528
Derecho Procesal Civil	Solemidades de los clickwrap agreements	Entrevistas	1. Abogados especializados en derecho mercantil e informático
Clickwrap agreements en novaciones de mutuos	Solemidades y requisitos de validez	Encuestas	Profesionales del derecho litigantes

Capítulo III

Resultados y Discusión

Normativa nacional e internacional aplicable a los contratos de novación de mutuos clickwrap en el Ecuador

En virtud del principio de autonomía de las partes, la voluntad y el consentimiento son los requisitos fundamentales que prevalecen en la aplicación de los contratos electrónicos en modalidad clickwrap. En este sentido y en primera instancia, las normas aplicables como regla general son las mismas que se regulan para los contratos tradicionales de adhesión.

A nivel nacional, la Constitución de la República del Ecuador dispone en su artículo 52 la protección de los derechos de libertad de elección de los consumidores, los cuales se resumen en el derecho que tiene el consumidor de disponer de bienes y servicios con plena libertad y con pleno conocimiento de su contenido, causas y efectos. Así mismo, se establece la obligatoriedad de emitir una Ley que ampare este derecho e imponga y regule sanciones e indemnizaciones en caso de violación a este derecho o abuso del mismo.

En concordancia con lo dispuesto por la Constitución, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor regula plenamente los contratos de adhesión. Siendo esta la norma más aplicable a los contratos clickwrap por su especialidad. Conforme a lo tratado en el primer capítulo el artículo 2 de esta Ley define al contrato de adhesión de manera sencilla, exponiendo de manera clara la característica más importante de este tipo de contratación, la elaboración unilateral de las cláusulas del contrato, en este caso por parte del oferente. En tal sentido, el artículo antes en mención manifiesta que el contrato de adhesión es “aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por

el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo haya discutido su contenido” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2000).

De igual forma, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en sus artículos 41, 42 y 43 establece los requisitos de forma que deben de cumplir los contratos de adhesión, con el fin de evitar posibles perjuicios en contra de los consumidores, los cuales no forman parte del proceso de elaboración de las cláusulas contractuales, o posibles abusos por parte de los oferentes en calidad de administradores del contrato.

Respecto a las solemnidades que deben de cumplir los contratos de adhesión la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ha establecido una protección contractual a favor de la parte débil contratante que, en este caso, siempre será la parte que no ha tenido la oportunidad de discutir las condiciones del contrato. Los contratos de adhesión necesariamente deben de tener un control estatal o legislativo con el fin de equilibrar la balanza de desigualdades económicas y de oportunidades que el mismo contrato por su naturaleza establece. De este modo, el artículo 41 de la Ley Ídem (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2000) establece que necesariamente estos contratos, para ser válidos, deberán contener las siguientes características:

- Ser redactados con caracteres legibles con tamaño de letra no menor a 10 puntos, conforme a lo dispuesto por las normas informáticas internacionales.
- Los términos del contrato deberán ser comprensibles y claros.
- No deberán contener partes de textos o referirse a documentos que sin ser de conocimiento público no se hayan facilitado previamente a la celebración del contrato al consumidor.

- En caso de haber fragmentos de textos escritos con letras o números más pequeños, éstos no se entenderán como no escritos.
- El idioma oficial del contrato es el castellano, salvo las excepciones del vocabulario en otro idioma que por el uso se haya incorporado al léxico.

Por otra parte, el Código de Comercio, contempla reglas aplicables a la contratación electrónica. En tal sentido, el artículo 77 se refiere a los contratos inteligentes, los cuales por su estructura y ejecución facilitan la forma de manifestación de la voluntad o la firma como expresión del consentimiento. Este artículo podría ser aplicable a los contratos clickwrap, puesto que por el tecnicismo de estos últimos no podrían catalogarse como simples contratos electrónicos, en donde la aceptación se perfecciona con la firma electrónica, sino que la estructura y el método por medio del cual se plasma su aceptación conlleva un proceso inteligente.

El artículo 77 no limita el consentimiento de los contratos electrónicos únicamente a la firma electrónica, sino que de manera literal permite interpretar que el consentimiento tiene varias formas de manifestación y que la voluntad puede expresarse por medio de distintas acciones, como ocurre en la aceptación a través de correos electrónicos, videoconferencias, llamadas o a través de un click como en el caso de los clickwrap agreements. Así mismo, en este mismo artículo se especifica que a falta de estipulación contractual, se aplicarán las normas que regulan la protección de los derechos del consumidor, las cuales se encuentran contempladas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

De igual forma, el artículo 239 del Código de Comercio expone que los contratos que han sido emitidos a través de medios electrónicos tienen plena validez y eficacia, sin limitar esta disposición únicamente a los contratos que son aceptados y consentidos por una firma electrónica. En los contratos electrónicos, la voluntad de las

partes es lo principal, en razón de esto, si un contrato tiene el respaldo electrónico de la manifestación de la voluntad de las partes, el contrato producirá los efectos jurídicos para el cual fue suscrito, siendo válido y obligatorio para las partes. Esta regla puede ser aplicada incluso para los contratos que por Ley deben de ser escritos, siempre y cuando la información de emisión y aceptación esté respaldada en medios electrónicos.

Así mismo, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos manifiesta en su artículo 45 que los contratos electrónicos celebrados con medios electrónicos tiene la validez y eficacia legal que se otorgan a los contratos tradicionales. Y, respecto a su perfeccionamiento y aceptación en su artículo 46 expresa que se limitarán al cumplimiento de los requisitos y solemnidades estipuladas en las leyes de la materia, sin especificar con exactitud cuales son los requisitos y solemnidades a los que se refiere.

Los requisitos y solemnidades de los contratos electrónicos se encuentran contemplados en el Código de Comercio, en concordancia con las reglas aplicables al negocio jurídico. Sin embargo la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos al ser una norma más especial que el Código de Comercio debe contemplar un apartado de cuales son los requisitos y solemnidades especiales que ciertos contratos electrónicos, como los clickwrap, deben de cumplir para ser válidamente ejecutables en el Ecuador. A pesar de su especialidad, esta Ley es demasiado general y básica como para aplicarla en la ejecución de clickwrap agreements.

Conforme a lo indicado, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, la cual en su artículo 45 dispone que 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 mas mensajes de datos” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2002). Sin embargo, esta Ley no

refiere mucho respecto a las solemnidades y requisitos estos contratos deben de cumplir a diferencia de los contratos regulares, limitándose a manifestar en su artículo 46 que deberá someterse a los requisitos y solemnidades que han sido previstos en las leyes, lo cual deja mucho a la interpretación.

Aun cuando la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos no expresa de manera literal los tipos de contratos electrónicos y sus diversas formas de manifestación del consentimiento, ratifica las reglas de protección de los derechos del consumidor en sus artículos 48, 49 y 50 que son expuestas, tanto en la Constitución de la República del Ecuador, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y en el Código de Comercio respecto a los contratos de adhesión, los cuales conforme a lo explicado son comunes en la contratación electrónica.

Respecto a la prueba, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos no ampara equitativamente a los contratos electrónicos consentidos de manera distinta a la firma electrónica, puesto que en su artículo 14 y 53, únicamente otorga la presunción de validez a la firma electrónica certificada por una entidad de certificación acreditada, dejando a un lado los consentimientos plasmados por medios distintos a la firma electrónica. Esto limita en gran nivel el uso de los contratos electrónicos, puesto que los usuarios y sus abogados preferirán suscribir un contrato electrónico, que en caso de conflicto judicial puedan probarlo con los beneficios de presunción que la Ley otorga.

El Código Civil en su artículo 1459 dispone que los contratos pueden ser reales, solemnnes o consensuales de acuerdo a cómo se perfeccionen. Conforme a la materia, corresponde determinar qué tipo de contrato serían los clickwrap agreements, en especial, los elaborados para las novaciones de créditos. En este sentido y teniendo en cuenta que los contratos solemnnes se perfeccionan a base del cumplimiento de

formalidades y solemnidades pre establecidas para esos tipos de contratación y que los contratos consensuales son perfeccionados únicamente con el consentimiento de las partes o su manifestación de la voluntad, podemos interpretar que los clickwrap agreements de novación de créditos serían contratos consensuales, debido a la naturaleza del clickwrap agreement y el contrato de novación de un crédito, en los cuales el requisito sustancial para su perfeccionamiento es el consentimiento de las partes. Sin embargo, es importante destacar que por ser un clickwrap aplicado, principalmente, para novación de mutuos, los cuales se encuentran sujetos a la supervisión del Sistema Financiero, se deberán cumplir con ciertas solemnidades.

La novación es modo de extinguir la obligación, por medio del cual las partes acuerdan extinguir una obligación a cambio de aceptar una nueva obligación que se origina de la obligación extinta. En este sentido el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1583 incorpora a la novación como un modo de extinguir la obligación. De igual forma el artículo 1644 del Código Civil define a la novación como “la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2005).

Las novaciones pueden aplicarse de manera general a cualquier contrato, sin embargo las más comunes son las que se han empleado en los contratos de mutuo o préstamo de consumo, los cuales según el artículo 2099 del Código Civil los define como “un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2005).

En nuestro ordenamiento jurídico, los refinanciamientos y las reestructuraciones de créditos bancarios están regulados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, quien es el ente legal regulador conforme a lo dispuesto por el artículo 13

del Código Orgánico Monetario y Financiero. En este sentido la Resolución No. 129-2015-F emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera considera a los refinanciamientos y a las reestructuraciones de créditos como una novación. Al respecto la (Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiers, 2015) manifiesta acerca de la procedencia de los refinanciamientos de créditos en su artículo 21 de la Resolución No. 129-2015-F:

Procederá por solicitud del socio cuando éste prevea dificultades temporales de liquidez pero su proyección de ingresos en un horizonte de tiempo adicional al ciclo económico de su actividad y no sustancialmente extenso, demuestre su capacidad para producir utilidades o ingresos netos que cubran el refinanciamiento a través de una tabla de amortización. (p. 9)

Lo indicado permite interpretar que los refinanciamientos de créditos bancarios en el Ecuador únicamente se otorgan cuando un deudor refleja una mora momentánea sin que esto signifique que su economía se ha visto modificada y que ha dejado de producir sus ingresos mensuales. Por otro lado, el artículo 22 de la misma resolución regula la procedencia de las reestructuraciones indicando, entre lo principal que:

Procederá por solicitud del socio cuando éste presente debilidades importantes en su proyección de liquidez, donde el cambio en el plazo y las condiciones financieras requeridas puedan contribuir a mejorar la situación económica del cliente, y la probabilidad de recuperación del crédito. Será aplicable a aquel deudor que, por cualquier causa debidamente justificada y comprobada, ha disminuido su capacidad de pago, más no su voluntad de honrar el crédito recibido. (p. 9)

De este modo, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera distinguen a la reestructuración del refinanciamiento, debido a que el primero

únicamente se puede aplicar cuando en efecto la situación económica del deudor ha cambiado a tal punto de que en virtud de ese cambio fue inevitable caer en la mora del crédito. En la mayoría de casos la reestructuración se ofrece cuando el crédito se encuentra en la etapa judicial o prejudicial.

Conforme a lo indicado, el artículo 19 de de la Sección V del Capítulo XVIII, Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros dispone las condiciones que deben de cumplir los refinanciamientos y las reestructuraciones. Entre estas condiciones, se encuentra el requisito de solicitud de refinanciamiento o reestructuración, la cual debe ser presentada formalmente y por escrito por el deudor interesado. Sin embargo, la exigencia de que la petición sea por escrito no es acatada de manera estricta por todas las entidades financieras. La mayoría de las instituciones financieras aceptan la voluntad expresa del deudor de acogerse a un refinanciamiento o reestructuración por medio de llamada telefónica, correo electrónico o por medio de los aplicativos bancarios, dentro de estos últimos en donde se llevaría a cabo la aplicación de los clickwrap agreements.

Instituciones financieras como el Banco del Pacífico o el Banco Diners Club del Ecuador S.A. implementan métodos electrónicos para realizar el diferimiento de consumos generados por tarjetas de crédito a través de sus aplicativos virtuales. De igual forma, el Banco del Pacífico ha decidido implementar el refinanciamiento de sus créditos vencidos a través de su Banca Web, al cual se puede acceder únicamente con su usuario y contraseña. Por la naturaleza de la obligación novada es evidente que para que el acto de aceptación por parte del deudor tenga validez debe de haberse confirmado previamente la identidad de la parte deudora, puesto que de no existir la seguridad de que en efecto se ha comprobado la identidad del deudor la novación del crédito no podría ser legalmente válida. En este sentido, el simple hecho de que el deudor acceda

al aplicativo y se direcciona manualmente a la opción designada para solicitar el refinanciamiento en línea se entiende como cumplida la condición principal de petición que la Junta de Regulación Monetaria ha impuesto como condición obligatoria para que se lleve a cabo los refinanciamientos o reestructuraciones.

De la revisión de las normas generales que pueden ser aplicadas a los contratos clickwrap, es importante destacar que hasta la fecha no se ha definido legalmente la tipología de los contratos electrónicos en el Ecuador. Las normas ecuatorianas se han limitado a regular los aspectos más comunes de la contratación electrónica y a dejar una puerta abierta para la aplicación de la extensa lista de contratos o negocios electrónicos. Esto quiere decir que la normativa actual no limita a los usuarios, consumidores u oferentes a utilizar un cierto tipo de contratos electrónicos, sino que otorga las reglas básicas para que los usuarios puedan perfeccionar todo tipo de contrato electrónico que cumpla con los requisitos legales básicos aplicables a la contratación tradicional y a la electrónica.

Sin embargo, a pesar de que la normativa actual regula las normas básicas de la contratación electrónica esta no es suficiente. Se necesitan normas específicas y especiales para que los usuarios tengan la confianza para aplicar sin limitación la contratación electrónica, sin miedo a que por la inseguridad jurídica no puedan exigir judicialmente el cumplimiento de cualquier contrato electrónico que no haya sido regulado de manera taxativa pero que es globalmente reconocido y cumple con los requisitos básicos que constan actualmente amparados por la legislación vigente.

Por otra parte, en caso de incumplimiento de un clickwrap agreement se podrá aplicar ciertas normas procesales aplicables a los contratos tradicionales para exigir su cumplimiento en vía judicial o por medio del arbitraje nacional o internacional. Al respecto, el Código Orgánico General de Procesos a partir de su artículo 289 regula el

procedimiento ordinario, el cual es aplicado para todos aquellos conflictos que se pretendan resolver judicialmente y que no tengan un trámite o procedimiento especial que conste regulado ya sea por el mismo código o en otros vigentes.

Generalmente, los refinanciamientos y en las reestructuraciones la parte acreedora solicita la suscripción de diversos documentos que respalden la novación del crédito vencido, entre los cuales se encuentra la solicitud de refinanciamiento o reestructuración, el convenio y el pagaré. La mayoría de las instituciones financieras, principalmente, cuando van a registrar una reestructuración de un crédito vencido requieren la suscripción de un pagaré como documento adicional al convenio de reestructuración, debido a que se tiene la idea de que el pagaré como un título ejecutivo tiene mayor respaldo y beneficios al momento de exigir su cumplimiento por vía judicial.

El procedimiento ejecutivo es más breve que el procedimiento ordinario y tiene menos tecnicismo al momento de probar la obligación, puesto que en los títulos ejecutivos la obligación está legalmente reconocida por las partes siempre y cuando cumpla con los requisitos de forma respectivos. Razón por la cual, es preferida por las instituciones financieras para el respaldo de un refinanciamiento o una reestructuración. Sin embargo, el pagaré debe de cumplir con varias solemnidades para ser validamente exigible en vía judicial, entre estas nos referimos a la firma física del suscriptor o a través de una firma electrónica legalmente emitida por las entidades autorizadas. Lo cual, impediría que los refinanciamientos con pagarés puedan ser aplicados por contratos clickwrap.

Por otra parte, es necesario destacar que la utilización de pagarés como documentos de respaldo de un refinanciamiento, teniendo en cuenta que este último es una novación de un crédito, desnaturaliza el contrato de novación y el título ejecutivo

como tal. Para realizar un refinanciamiento o una reestructuración basta con suscribir el convenio de novación, este acto jurídico crea obligaciones que por sí solo y puede ser exigido judicialmente en vía ordinaria o monitoria.

Conforme a lo expuesto en caso de acudir a la justicia ordinaria para exigir el cumplimiento de un clickwrap agreements por refinanciamiento o reestructuración de crédito, se deberá demandar por procedimiento ordinario y cuando la cuantía no sobrepase de los 50 salarios básicos se podrá realizar mediante procedimiento monitorio. Así mismo, en caso de que el contrato clickwrap contenga una cláusula compromisoria arbitral permitiera que cualquier Tribunal arbitral pueda ser competente para conocer y resolver la controversia, conforme lo establece la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Respecto al alcance normativo internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico es un referente para la aplicación y ejecución de los contratos clickwrap. En tal sentido, esta Ley en su artículo 1 se refiere al ámbito de aplicación de la misma, definiendo a los mensajes de datos como “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (United Nations Commission on International Trade Law, 1999). Los mensajes de datos se encuentran reconocidos jurídicamente en el Ecuador, conforme el artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, el cual le da el mismo valor jurídico de los contratos tradicionales a los contratos electrónicos.

A pesar de que en el Ecuador no puede perfeccionarse por mensaje de datos y sin una firma electrónica todos los contratos tradicionales que por Ley están obligados a tener una firma la (United Nations Commission on International Trade Law, 1999)

establece en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico que:

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito

quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para

indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines

para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de

todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está

expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé

consecuencias en el caso de que no exista una firma. (p. 6)

Los casos en los que podría excusarse el requisito de firma de una persona por el uso de mensajes de datos, conforme el artículo en mención, se encuentra condicionado a dos factores, el primero que se use un método totalmente eficiente para identificar a los contratantes y que el mismo esté habilitado para informar los términos y condiciones y registrar la aceptación de estos últimos y el segundo que dicho método sea aplicable para los fines y efectos para el cual se implementó.

Precedentes judiciales internacionales

El uso de los contratos Clickwrap comenzó siendo implementado principalmente en Estados Unidos durante las últimas tres décadas por las compañías de tecnología dedicadas sustancialmente a la creación de Software. En razón de aquello, Estados Unidos tiene la mayor fuente de fallos jurisprudenciales referente a los clickwrap agreements, lo cual ha permitido crear precedentes que sirven como fundamento para la

aplicación de esta modalidad de contratación. Así mismo, estos casos han permitido esclarecer ciertas dudas respecto a los requisitos de validez de estos contratos con el fin de ser más efectivos al momento de exigir su cumplimiento en vía judicial.

***Specht v. Netscape Communications, Inc.*¹**

Este caso es conocido como uno de los primeros en referirse a un contrato clickwrap. Netscape configuró una página Web, dentro de la cual los usuarios que acudían a esta podían descargar su software, sin embargo para acceder a este último los usuarios debían dar click a un botón junto con el mensaje de “Please review and agree to the terms” sin que se haya requerido a los usuarios su aceptación de los términos de forma diferente.

Pese a que el usuario dio click en el botón indicado, la Corte estableció que el hecho de dar click en un botón no significa que el usuario este de acuerdo con los términos propuestos cuando no se ha advertido al consumidor del contenido de los términos y que el hecho de dar click en el botón conlleva su aceptación a los mismos. En este caso la Corte reconoció que los componentes fundamentales de la Ley contractual comparecen en la contratación electrónica únicamente cuando se ha notificado al consumidor que la transacción a realizarse requiere que las partes manifiesten su voluntad de aceptar la vinculación contractual.

En este sentido, la Corte hace ciertas aclaraciones acerca de cómo debe de perfeccionarse este tipo de contrato:

¹ Christopher Specht, John Gibson, Michael Fagan, Sean Kelly, Mark Gruber, and Sherry Weindorf, individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiffs-Appellees, v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc., Defendants-Appellants. 306 F. 3d 17 (2nd Cir. 2002)

- El click de un consumidor en un botón de descargar de software no significa que haya dado su consentimiento si el oferente no ha informado al consumidor que dicho click en el botón significa que este acepta los términos.
- Un consumidor, a pesar de su aparente manifestación de voluntad y aceptación a través del click a un botón, no está obligado al cumplimiento de disposiciones que no han sido puestas a conocimiento del consumidor y que constan contenidas en un documento cuya naturaleza no es lo suficientemente clara.
- La referencia de que los términos de una licencia existen publicados en una pantalla o en un sitio web no es suficiente para que la notificación de dichos términos al consumidor se entienda como realizada.

Sgouros v. TransUnion Corp²

En este caso la Corte hizo notar que conforme a otros precedentes se reconoce que el hecho de dar click en un botón o revisar una casilla electrónica que contenga los términos y condiciones del contrato electrónico es suficiente para que se entienda como aceptado el contrato. El análisis gira en torno a cómo TransUnion notificó los términos y condiciones al consumidor, Sgouros. TransUnion incluyó sus términos y condiciones con un scroll wrap al momento de crear una cuenta, el cual permite que el texto se desplace en la pantalla. Al final del texto contemplaba un casillero con la descripción de “aceptar y continuar”.

² Gary W. Sgouros, on behalf of himself and all others similarly situated, Plaintiff, v. Transunion Corp.; Trans Union LLC; and Transunion Interactive, Inc., Defendants. 14 C 1850 (N.D. Ill. Aug. 18, 2016)

En este sentido, la Corte reconoció que hacer click en un casillero o casilla es suficiente para que el consentimiento de las partes se haya manifestado, siempre y cuando el diseño de la página haya permitido que los términos y condiciones del contrato sean debidamente informados. Pese a los criterios expuestos en el caso, la Corte resolvió no hacer cumplir los términos de TransUnion, debido a que los mismos no notificaron al consumidor que en efecto al aceptar dichos términos se constituiría un contrato. De igual forma, la Corte manifestó que en los casos en que los términos y condiciones se encuentren contemplados en un hipervínculo y no incrustado en la pantalla actual, obligatoriamente el oferente debe incorporar un enunciado que indique claramente que el consumidor debe de leer dichos términos.

Nguyen v. Barnes and Noble, Inc.³

Barnes & Noble incluyeron en cada página de sus sitios Web un link que mostraba los términos y condiciones, el cual al ser abierto por parte de un click del consumidor se entendía como aceptado. Sin embargo, el problema se derivó del hecho de que Barnes & Noble decidió colocar el link en la parte inferior de cada página sin informar al consumidor que dichos términos debían ser explícitamente aceptados.

En virtud de aquello, la Corte resolvió que la notificación de los términos no fue debidamente realizada, determinando que el hecho de que un consumidor reciba una notificación de consulta de los términos por medio de un link aparte dependerá siempre del contenido de dichos términos y el diseño que la página ha implementado para que el consumidor pueda comprender de manera sencilla que los términos y condiciones deben ser aceptados y que posterior al consentimiento y aceptación producirá efectos legales a las partes.

³ Kevin Khoa Nguyen, an individual, on behalf of himself and all others similarly situated v. Barnes & Noble Inc. 12-56628 (9th Cir. 2014)

En tal sentido, como en el presente caso, cuando un oferente coloca la notificación de consulta de los términos en un espacio apartado o en un rincón oscuro del sitio web difícilmente podrá ser exigible judicialmente, puesto que se presume que el consumidor difícilmente ha podido comprender que dichos términos deben ser revisados y aceptados.

A.V., et al. v. IParadigms, Limited Liability Company⁴

El caso gira en torno a estudiantes de secundaria menores de edad que utilizaron el programa Turnitin, el cual es propiedad de Iparadigms, para la revisión antiplagio de trabajos escolares. Los demandantes suscribieron un clickwrap agreement para utilizar el programa a través del click de un botón que manifestaba “Yo acepto” de los términos y condiciones. Este clickwrap contenía una cláusula en la que especificaba que Iparadigms es libre de cualquier responsabilidad ocasionada por daños directos, indirectos, punitivos, incidentales, especiales y a consecuencia o que puedan derivarse del uso de la web o por cualquier información, software, productos o servicios obtenidos a través del sitio web.

El hecho de ser menores de edad invalidaba el clickwrap suscrito, sin embargo la Corte destacó que cuando un menor de edad suscribe un contrato el cual contiene condiciones y estipulaciones por cumplir, el menor de edad no puede beneficiarse del contrato sin dejar de cumplir con las condiciones establecidas del contrato. En el caso, los demandantes se beneficiaron del contrato al utilizar los servicios del sitio web Turnitin, el cual ejecutó una revisión antiplagio de los trabajos escolares de los demandantes lo cual generó una calificación favorecedora para los demandantes, en

⁴ Robert Arthur Vanderhye, Nixon Vanderhye PC, McLean, VA v. IParadigms, Limited Liability Company, 544 F. Supp. 2d 473 (E.D. Va. 2008).

razón de aquellos demandantes se encontraban en la obligación de cumplir con todas las cláusulas del contrato por el hecho de haberse beneficiado por el mismo.

En este sentido, los demandantes acusaron a Iparadigms de violación a los derechos de autor de sus trabajos cargados en Turnitin, sin embargo la Corte determinó que Iparadigms no tenía responsabilidad de los daños que se hayan generado por el uso de la plataforma, puesto que los demandantes suscribieron el clickwrap aceptando los términos en su totalidad, incluyendo la cláusula de responsabilidad que absolvía a Iparadigms.

***DeJohn v. The .TV Corporation International, et al.*⁵**

En el presente caso, el demandante acudió a un sitio web propiedad de los defendidos para registrar varios nombre de dominio de sitios web, por los cuales pagó \$50 cada uno. Para registrar dichos nombre de dominio se requirió que el demandante acepte los términos y condiciones contemplados en un clickwrap agreements, en el cual se le notificó al consumidor las cláusulas del contrato a través de un link que se mostraba previo a dar click en los botones de acepto y no acepto. El contrato requería que el consumidor haya leído, entendido y aceptado los términos y condiciones para continuar con el proceso de registro.

Parte del contenido de las cláusulas del clickwrap requería que el consumidor tenga conocimiento y acepte que el sitio web no garantizaba el registro o la renovación del nombre de dominio elegido. En virtud de la aceptación del consumidor, la Corte resolvió desestimar la petición, puesto que los términos y condiciones fueron debidamente notificados e informados al consumidor, el cual tenía conocimiento de que

⁵ David DeJohn v. The .Tv Corporation Int'l, Register.com, Inc., and Verisign Inc., 245 F. Supp. 2d 913 (C.D. Ill. 2003)

la aceptación de los mismos produciría efectos jurídicos contemplados en obligaciones y derechos contractuales. De igual forma, parte del fundamento de la Corte que determinó dar sin lugar lo peticionado por el demandante se basó en la cláusula que determinaba la competencia a la cual se acogerían las partes en caso de conflictos, concluyendo que la Corte en conocimiento no tenía competencia para resolver la disputa.

Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers⁶

El conflicto inició cuando el compañero de viaje de la demandante decide comprar, en calidad de agente de la demandante, unos tickets de avión y una acomodación en un hotel, por medio del cual se vinculó a un contrato clickwrap. El contrato contenía una cláusula de exención de responsabilidad por cualquier daño que el consumidor sufra durante el viaje y estadía en el hotel. La Corte resolvió que la demandante se encontraba obligada a las cláusulas contractuales del clickwrap de igual forma que su compañero de viaje, puesto que este último compro los tickets y la acomodación de la demandante en calidad de agente.

En tal sentido, la Corte desestimó la pretensión de la demandante al exigir la reparación de su daño causado por una caída sufrida en las instalaciones del hotel en donde se hospedó al haberse roto su sandalia, lo cual le provocó que caiga por las escaleras y termine sumergida en un estanque ornamental del hotel.

Caspi v. Microsoft Corporation 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528⁷

En este caso lo demandantes suscribieron un clickwrap con Microsoft al aceptar los términos y condiciones que se encontraban contempladas en una ventana

⁶ Stephanie Hofer, et al. v. The Gap, Inc., Expedia Inc., and Turtle Beach Towers, 516 F.Supp.2d 161 (D.Mass. 2007)

⁷ Steven J. Caspi, Ronald W. Jonas, Arden Jeffrey Cone III, and Laurel Barrie, On Behalf of Themselves and All Others Similarly Situated, Plaintiffs-Appellants, v. The Microsoft Network,

desplegable que se encontraba al lado de los botones de acepto y de no acepto. Para el efecto los demandantes aceptaron los términos con el fin de usar la red proporcionada por microsoft. En virtud de aquello la Sala de Apelaciones confirmó la resolución de la Corte Superior al determinar que en efecto el contrato clickwrap se perfeccionó correctamente, en razón del cumplimiento de todas sus solemnidades y de la aceptación expresa de los consumidores.

De igual forma, como en casos anteriores, la Sala fundamentó parte de su decisión en la falta de competencia que había para conocer el conflicto, puesto que el clickwrap contenía una cláusula que determinaba la competencia judicial en caso de conflicto entre las partes, la cual se remitía a los tribunales del Condado de Kings en el estado de Washington

Derecho comparado

Es evidente que la mayoría de precedentes jurisprudenciales se originan en Estados Unidos de América desde las últimas décadas del siglo veinte. Sin embargo, desde su incorporación en norteamérica, este tipo de contratación empezó a ser aplicada globalmente para cierto tipo de actividades, conforme se ha mencionado en los capítulos anteriores. Es así que los inicios de los clickwrap agreements empezaron en países de habla inglesa hasta llegar a ser aplicados en países de habla hispana y con un sistema legal distinto al common law, siendo este el civil law.

España

En España el reconocimiento y validez de los contratos electrónicos es un factor relevante para el desarrollo del derecho contractual durante este siglo. Es así, que mediante la reforma a la Ley 34/2002 del 11 de julio se modificó lo dispuesto en la Ley

L.L.C., and Microsoft Corporation, Defendants-Respondents, 732 A.2d 528 (N.J.Super.A.D. 1999)

de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, manifestando en su artículo 23 numeral 1 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” (Jefatura del Estado, 2002). El artículo en mención, permite regular sin inconvenientes los contratos clickwrap en la legislación española, puesto que el requisito fundamental que la Ley reconoce es que el consentimiento haya concurrido para la celebración del contrato, sin importar el modo en el que se lo manifiesta.

De igual forma en el artículo 23 numeral 3 ídem dispone que “Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte” (Jefatura del Estado, 2002). Lo antes en mención, coincide con lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Así mismo, la Ley 34/2002 del 11 de julio dispone la modificación del artículo 1.262 del Código Civil Español, el cual en lo venidero manifestará que:

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

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

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. (Jefatura del Estado, 2002)

La regulación de las formas de manifestación del consentimiento contractual, es un tema sumamente importante que debe incluirse en todos los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional en el mismo sentido en que la legislación española ha decidido incorporarlo tanto en su Código Civil como en otros cuerpos normativos. Las normas que se refieran a la manifestación de la voluntad debe ser sencilla y puntual, sin el uso de palabras técnicas que puedan generar malas interpretaciones, como ocurre en el caso del Ecuador.

Por otra parte, la Ley 34/2002 modifica, de igual forma, el artículo 54 del Código de Comercio español, disponiendo entre lo principal que “en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. Esta disposición no impone la limitación del perfeccionamiento del consentimiento a la firma electrónica o al correo electrónico, sino que deja una puerta abierta para que contratos como los clickwrap puedan ser válidos sin mayor tecnicismo o especialidad.

Así mismo (Muñoz Hoyos, Montoya Muñoz, & Giraldo Gómez, 2020) resume de forma clara la normativa española que es aplicable a la contratación electrónica y en este sentido a los clickwrap agreements, manifestando que en la materia de contratación electrónica se podrá aplicar:

Ley 22/1984, sobre defensa de los consumidores y usuarios, la Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, la Ley 7/1996, sobre ordenación del comercio minorista, la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, la Ley Orgánica 15/1999, sobre protección de datos de carácter personal, el Real Decreto 1906/1999, que regula la contratación telefónica o electrónica y la Ley 59/2003, sobre firma electrónica. (p. 9)

Estas normas serán supletorias en relación a las normas más especiales que puedan aplicarse a los clickwrap. A pesar, de que hay un sin número de normas que pueden ser concordantes con la materia, la más relavante será la Ley 34/2002, puesto que esta se refiere a que los usuarios y consumidores pueden manifestar su consentimiento sin limitarse a los medios electrónicos más conocidos, como lo son la firma electrónica, el uso del correo electrónico o mediante llamada telefónica o videoconferencia.

Costa Rica

El Código Civil de Costa Rica define de manera sencilla y clara como se perfeccionan los contratos refiriéndose en su artículo 1007 que los contratos nacen por dos factores, uno es por el consentimiento y el segundo por las solemnidades que la Ley estipule para ciertos contratos. Respecto al consentimiento, el Código Civil de Costa Rica pone a disposición un capítulo completo sobre el consentimiento y su forma de perfeccionamiento, situación que difiere del Código Civil de Ecuador.

En el artículo 1008 del Código Civil de Costa Rica dispone que “el consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca” (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1887). Así mismo, el artículo 1009 ídem, manifiesta que el contrato se perfecciona una vez que se ha aceptado las estipulaciones contractuales, con excepción de los contratos solemnes. La legislación de Costa Rica no requiere de solemnidades para la manifestación de la voluntad, únicamente que las partes informen su aceptación y consentimiento.

En concordancia con el Código Civil, Costa Rica tiene la Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, la cual en virtud del principio de equivalencia funcional otorga la misma presunción de validez que tienen los contratos

tradicionales a los contratos electrónicos y les otorga una calificación jurídica y fuerza probatoria en caso de exigir su cumplimiento en vía judicial.

Colombia

En Colombia, la Ley 527 de 1999 incorpora en gran medida las disposiciones contempladas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico respecto al uso de los mensajes de datos como medio a través del cual se pueden perfeccionar los contratos electrónicos. En tal sentido, el artículo 5 de la Ley 527 reconoce jurídicamente a los mensajes de datos, los cuales producirán efectos jurídicos, tendrán fuerza obligatoria y validez cuando sean implementados para cualquier tipo de contratación electrónica.

El artículo 7 de la Ley 527 es uno de los que más se deben destacar, puesto que este dispone la regla de que cuando un mensaje de datos es aplicable en un contrato electrónico, en el cual tradicionalmente se requiere una firma para su perfeccionamiento, se entenderá que este requisito se habrá cumplido cuando el método aplicado para la identificación de las partes y del contenido aprobado es eficiente y cuando este mismo método sea confiable y apropiado para los fines por el cual fue creado.

Conforme a esto, Colombia regula la aplicación electrónica de los contratos tradicionales que legalmente deben de cumplir la solemnidad de la firma, permitiendo que los usuarios acepten que los mensajes de datos pueden manifestarse de diversa forma para plasmar la aceptación o consentimiento de las partes, sin que estos estén limitados a que únicamente se reconozca su validez cuando conste plasmado por una firma física o electrónica.

De igual forma, Colombia a través de la Ley 527 condiciona el análisis probatorio de los mensajes de datos emanados de los contratos electrónicos al uso de las

reglas de la sana crítica en conjunto con los demás criterios reconocidos en Ley para la tasación de las pruebas que son aplicados para los contratos tradicionales. De este modo, en su artículo 11 se dispone que se tendrá en cuenta para el análisis probatorio la forma en la que se generó el mensaje de datos, como se ha archivado el mismo y los medios de comunicación del mensaje al consumidor, teniendo en cuenta la forma de identificación de las partes y la integridad de la información.

México

En México, la cuestión de la definición del perfeccionamiento del consentimiento ha sido determinado por 3 factores, conforme lo expone (López Varas, 2010), quien indica que el contrato se entiende perfeccionado cuando concurren las siguientes etapas: “una oferta hecha por la web, al llenar el formulario y hacer “Click” en “Acepto”, el contrato es aceptado, un correo electrónico automático es enviado al oferente a modo de acuse de recibo”.

El criterio antes enmención coincide con lo dispuesto en el artículo 1374 del Código Civil mexicano, el cual destaca la importancia de la notificación del mensaje de datos y el acuse de recibo de la aceptación del consumidor al oferente. En tal sentido, Ley mexicana dispone que un contrato electrónico no podrá perfeccionarse si estas notificaciones no se han realizado, puesto que el oferente está en la obligación de notificar al consumidor con el contenido del contrato y este último de informar al oferente acerca de la aceptación que se ha plasmado del mensaje de datos.

A pesar de lo indicado la normativa no es tan especial como en otros países, de este modo (López Varas, 2010) indica que:

Se deben aplicar las normas generales de los contratos y de las obligaciones a los acuerdos de voluntades que se perfeccionan a través de medios electrónicos, pero no podemos pasar por alto el hecho de que existen modalidades específicas

en la contratación electrónica, lo que amerita estructurar nuevas disposiciones que se adecuen exactamente a las exigencias que se derivan de esta nueva forma de celebrar contratos, con el fin de evitar o resolver conflictos jurídicos. (p. 92)

Lo antes indicado, deriva del hecho de que la forma de manifestar el consentimiento se encuentra regulado por la normativa mexicana de manera general, dejando mucho a la interpretación de las normas básicas de la contratación electrónica, lo cual pone a México en la misma situación en la que se encuentra el Ecuador, el cual por miedo a que no ser reconocido en vía judicial decide aplicar otra modalidad de contratación diversa al clickwrap o a otro tipo de contratación que no consta tipificado en la norma de manera taxativa.

En tal sentido, el Código Civil Federal en su artículo 1803 dispone que el consentimiento de puede manifestar ya sea expreso o tácito, siendo el primero cuando se plasma de manera verbal, escrita o por medios electrónicos ópticos o a través de cualquier tipo de tecnología, lo cual ampara el consentimiento expreso que deriva de la aplicación de los clickwrap agreements. Conforme a lo indicado, México se ha encargado de incorporar en el Código Civil la contratación electrónica de manera taxativa con el fin de que se considere a la contratación electrónica como una modalidad diversa de contratar a diferencia de la tradicional pero que en ámbito general es aplicable a todas las normas generales de la teoría del derecho de los contratos tradicionales.

Respecto a las normas más especiales que México ha implementado en su ordenamiento y que son aplicables a los clickwrap, se encuentra la Ley Federal de Protección al Consumidor, el cual dispone en su artículo 76 los derechos amparados al consumidor en los casos de contratación electrónica ya sea en razón de su forma, tipo o modalidad.

Chile

La Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma en Chile en su artículo 3 regula el principio de equivalencia aplicado a los contratos electrónicos, sin embargo los limita únicamente al contrato que sea suscrito con firma electrónica, dejando a un lado a todos los demás contratos electrónicos que manifiestan su consentimiento a través de medios diferentes a los de la firma electrónica.

Por otra parte, la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores dispone en su artículo 32 los requisitos de forma que deben de cumplirse con los contratos de adhesión, siendo estos aplicables al clickwrap. Este artículo se refiere al deber que tiene el oferente de notificar e informar al consumidor de los términos y condiciones del contrato, de la forma en la que se perfeccionará el mismo y los medios de acceso que el consumidor tendrá a su disposición para acceder a la información aceptada en el contrato.

De igual forma, en el artículo 12 A de la Ley 19.496 se dispone el requisito de notificación de los términos y condiciones o cláusulas contractuales del contrato realizado a través de medios electrónicos, especificando con claridad que el simple hecho de presentar la oferta por medio de catálogos, avisos o en un sitio web no es suficiente para crear obligaciones al consumidor, con la excepción de que este último haya aceptado tal oferta de forma inequívoca, aceptación que no se configura hasta que el oferente haya remitido al consumidor la confirmación de la aceptación y el perfeccionamiento del contrato con sus efectos jurídicos.

Crterios nacionales en la ejecución de novaciones clickwrap

A pesar de que se ha expuesto las diferentes normas ecuatorianas que amparan los derechos del consumidor, en concordancia con la normativa internacional de

protección y regulación de los contratos electrónicos, los usuarios actualmente tiene un rescelo de aplicar los contratos clickwrap, en especial para la novación de créditos vencidos, teniendo en consideración que muchos de los contratos bancarios son controlados por la entidad reguladora, en el Ecuador, la Superintendencia de Bancos, la cual impone normas que regulan el perfeccionamiento de los contratos bancarios en cualquier de sus modalidades o formas de manifestación.

Así mismo, es importante mencionar que la práctica legal en el Ecuador ha implementado un mal uso de la documentación de respaldo de los refinanciamientos o reestructuraciones, consideradas como novaciones, al incorporar dentro de estos un pagaré como una supuesta garantía de cobro de la obligación novada, lo cual lleva a desnaturalizar el pagaré como título ejecutivo y el contrato de novación como un medio de extinguir obligaciones y crear nuevas que son derivadas de las obligaciones antes extintas

Entrevistas

El formato de las entrevistas junto con las preguntas realizadas a 6 abogados especializados en Derecho mercantil, procesal, bancario y digital se encuentra adjunto como Apéndice A del presente trabajo de investigación.

Encuestas

Conforme a lo expuesto, se ha realizado encuestas a 100 personas respecto al uso de los clickwrap agreements en el Ecuador y la confianza que les generaría el incorporarlos para la novación de créditos vencidos a través de refinanciamientos. Al respecto, se obtuvo los siguientes resultados:

Figura 1

¿Es profesional del derecho (abogado/a)?

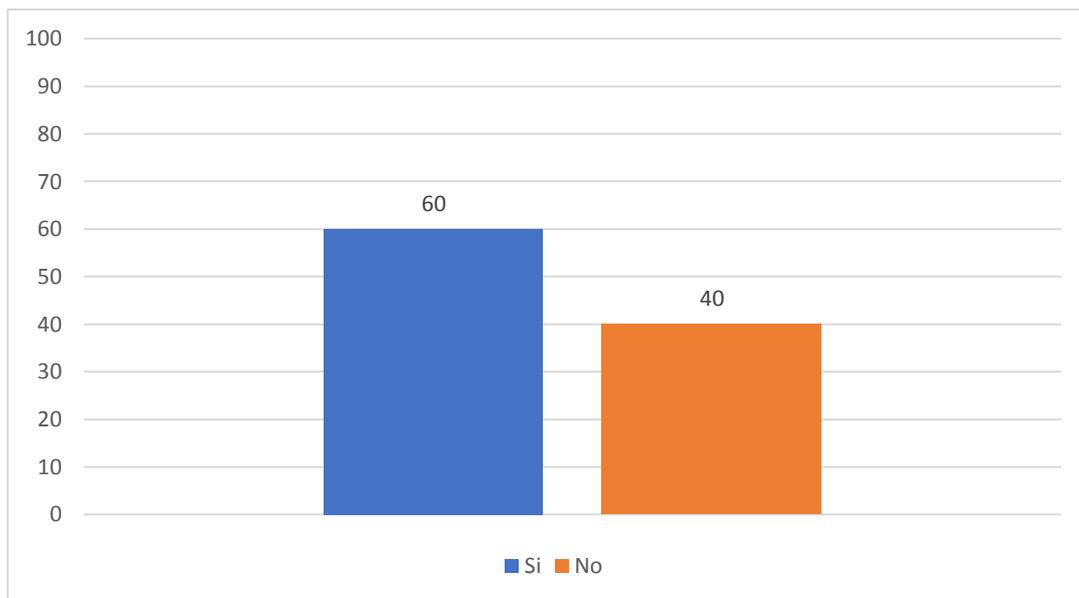


Figura 2

¿Qué tipo de contratos clickwrap ha consentido o aceptado?

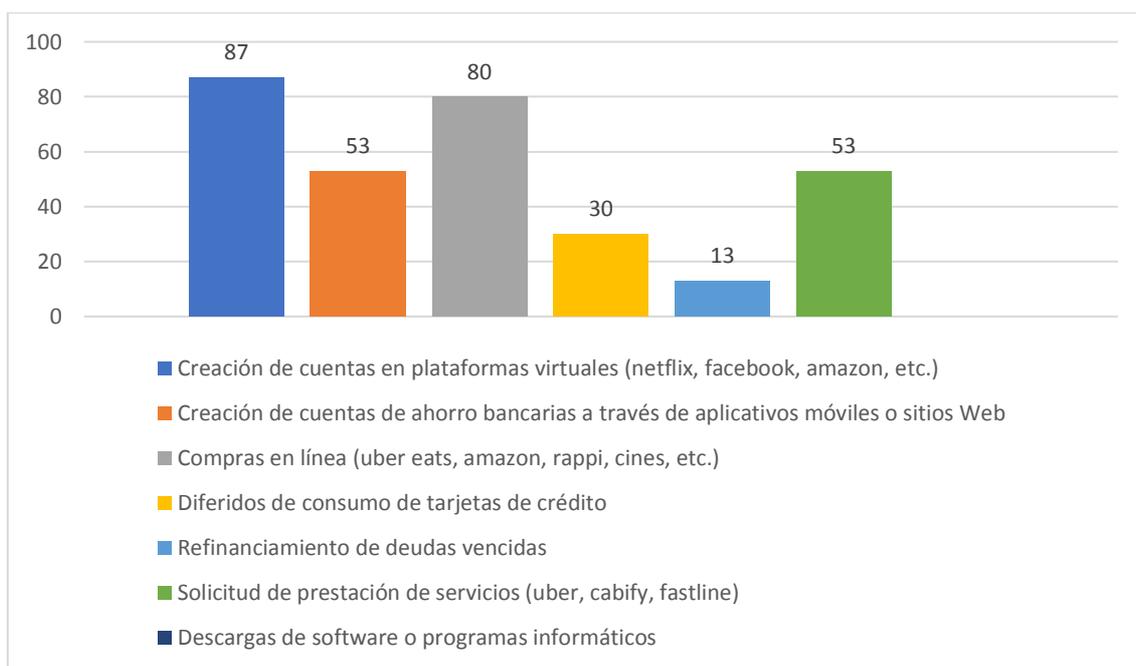


Figura 3

¿Le generaría confianza y seguridad jurídica el refinanciar o reestructurar una deuda a través de un contrato clickwrap?

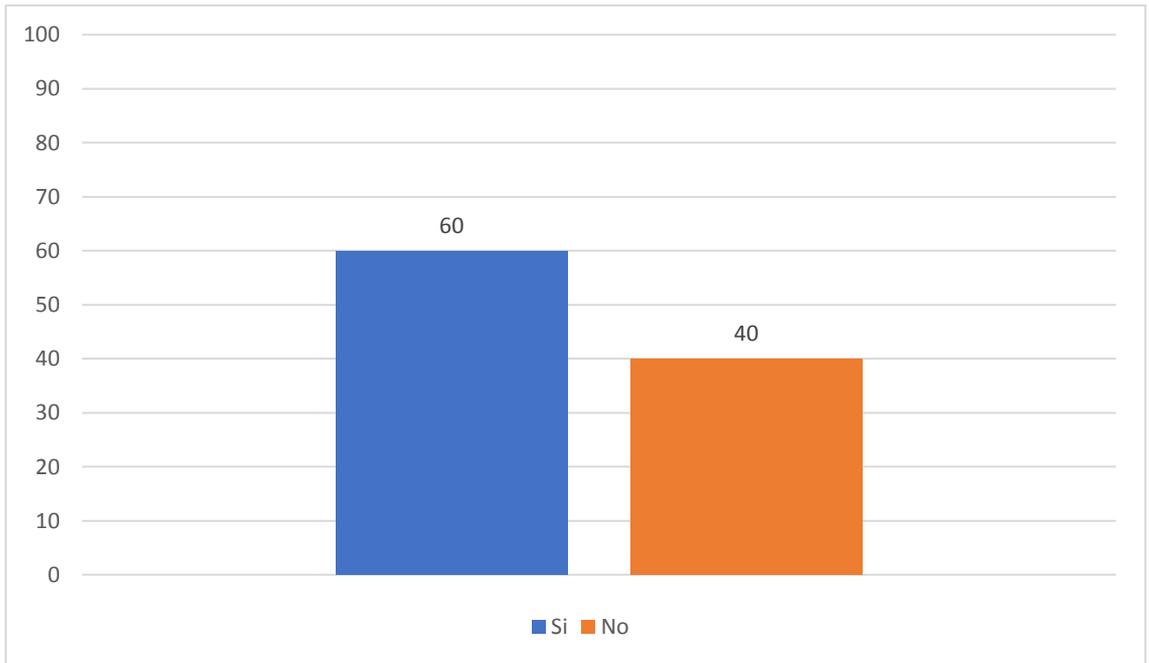


Figura 4

¿Preferiría refinanciar una deuda de manera presencial con firma en físico de los documentos o a través de contratos clickwrap?

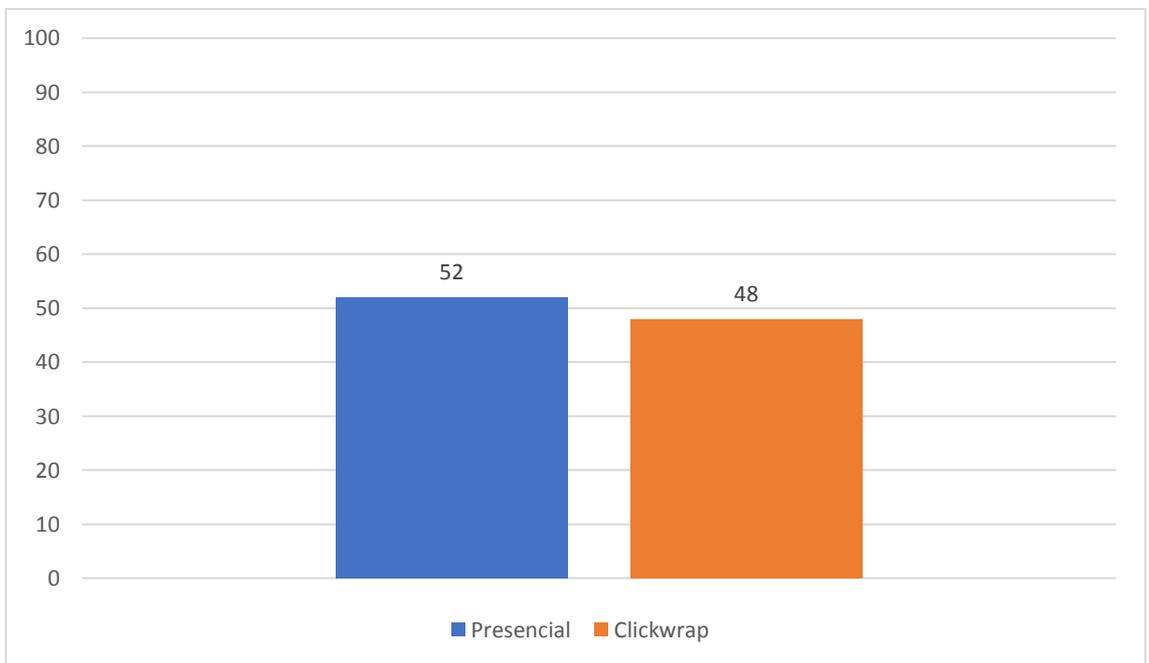


Figura 5

¿Considera que en caso de incumplimiento de los contratantes usted podría acceder a la vía judicial para exigir el cumplimiento de su refinanciamiento o reestructuración con un contrato clickwrap?

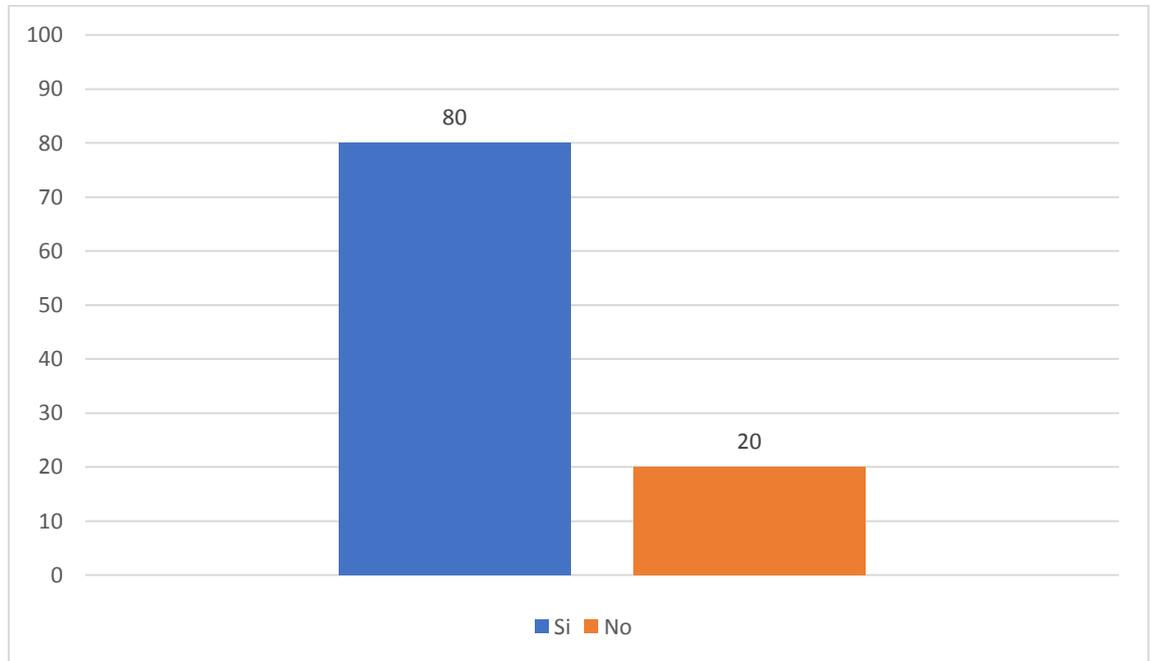
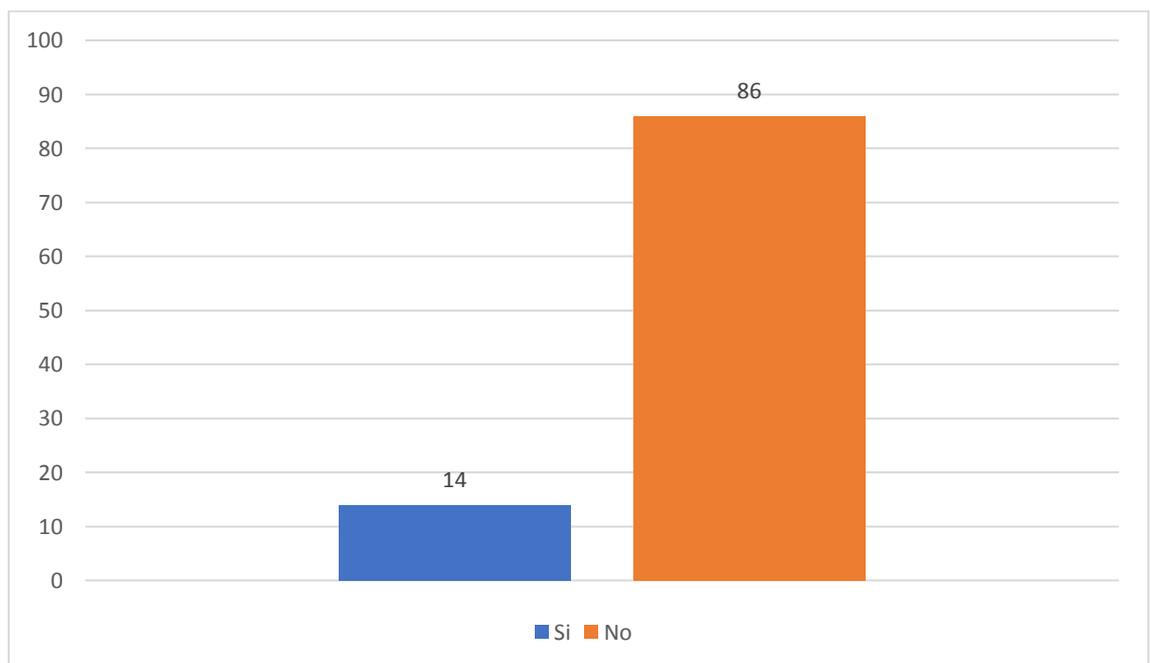


Figura 6

¿Considera que la legislación ecuatoriana está preparada para sobrellevar y resolver juicios por incumplimiento de contratos electrónicos clickwrap?



Discusión de los resultados

El Ecuador tiene normativa nacional que reconoce la aplicación y ejecución judicial de los contratos clickwrap, sin embargo la legislación vigente es demasiado general, lo cual impide que las normas se ajusten a la realidad comercial. Las normas actuales no tipifican todos los contratos electrónicos, sino únicamente los más básicos. Tampoco hay regulación de contratación en modalidad wrap, no hay estipulación normativa que regule los requisitos y solemnidades especiales de los clickwrap, lo cual conlleva a que haya un riesgo alto al momento de querer aplicar este tipo de contratación.

Así mismo, el Ecuador carece de jurisprudencia o criterios judiciales nacionales respecto a los contratos clickwrap, a pesar de que es un tipo de contratación masivamente aplicado en el comercio ecuatoriano. La normativa bancaria o financiera no regula la aplicación de este tipo de contratación electrónica en operaciones financieras, como son la suscripción de contratos de mutuo o cuentas corrientes ni en materia de novación de créditos como los refinanciamientos o reestructuraciones.

Por otra parte, obran criterios judiciales de cortes y juzgados internacionales que brindan mayor claridad respecto al uso, requisitos, y modos de ejecución de los contratos clickwrap, especialmente los provenientes de Estados Unidos, considerado uno de los primeros en implementar este tipo de contratación electrónica en sus actividades comerciales. Estos criterios judiciales, de manera concisa brindan una explicación sencilla de qué solemnidades deben de cumplirse para ser ejecutables judicialmente, puesto que en caso de faltar alguna de ellas los jueces no tendrían fundamento para aceptar resolver la causa o declarar válido el contrato como tal.

De igual forma, se ha demostrado que los contratos clickwrap no solo han sido impletados por Estados Unidos sino que también han sido ejecutados por países

latinoamericanos y de habla hispana, los cuales comparten un sistema jurídico similar al ecuatoriano. Se ha destacado que, de acuerdo a la comparativa realizada entre las legislaciones iberoamericanas tomadas como referencias en el presente trabajo y la ecuatoriana, se observa que las normas emitidas son muy similares y en la mayoría de los casos son iguales. En este sentido, al ser cuerpos normativos con términos sumamente parecidos, podemos comprender que los mismos problemas de vacíos legales que se presentan en el Ecuador respecto a la aplicación de este tipo de contratación ocurren de igual forma en los demás países iberoamericanos, con excepción de algunos que han incorporado normativa de tratados internacionales ratificados, que amparan con mayor profundidad el uso de los contratos clickwrap.

Uno de los requisitos sustanciales y de validez de los contratos clickwrap, conforme se ha manifestado en criterios judiciales internacionales, es la debida notificación al usuario de las cláusulas del contrato o los términos y condiciones, los cuales deberán de estar especificados de manera clara en el sitio web o aplicativo, previo a solicitar la aceptación, sin la cual no podría validarse el clickwrap. Así mismo, se reconoce que una vez que el usuario ha consentido la obligación a través del click se entiende que este ha aceptado todos los términos y condiciones, lo cual no le dará derecho a retractarse una vez notificadas las cláusulas del contrato, bajo la excusa de que no entendió que se vería obligado a cumplir con el contrato una vez se haya dado el click respectivo.

De las *entrevistas* llevadas a cabo a 7 profesionales del derecho se ha podido recabar ciertos criterios de aplicación teórica y procesal referente a los contratos clickwrap aplicados en novación de créditos originados por mutuos civiles o bancarios. Al respecto, el Magíster. P. Cunalata, ex Registrador de la propiedad del cantón Durán, (comunicación personal, 29 de marzo del 2022) indica que “si bien es cierto que los

contratos clickwrap, son una metodología electrónica contractual efectiva por ser rápidos, al utilizarse en refinanciamientos de créditos, se requiere una legislación adecuada, sin perjuicio de lo estipulado en el Libro IV del Código Civil”.

Los entrevistados han coincidido en que este tipo de contratación tendría diversos conflictos de reconocimiento por parte de los contratantes al ser un tipo de contrato relativamente novedoso para los ecuatorianos. Se ha indicado que si los contratos electrónicos más conocidos como son los que conservan una firma electrónica o los consentidos a través de llamadas telefónicas han tenido problemas en su reconocimiento, los clickwrap no serán la excepción.

Respecto a la naturaleza de este tipo de contratación, el abogado Fabrizio Peralta Díaz, Máster en Informática y Derecho, Informática Jurídica y Derecho de la Informática y doctorando en Derecho Civil Patrimonial (comunicación personal, 15 de abril del 2022) comparte que “este tipo de contrato es consensual, más allá de que deba constar por escrito para poder probar las obligaciones que de él diman”. En esta misma línea, a pesar de que el clickwrap utilizado para refinanciamientos debe de cumplir con ciertas formalidades para su validez, conforme a las disposiciones emitidas por el ente rector bancario o societario, la base fundamental para el reconocimiento de la validez de este contrato radica en el consentimiento de las partes.

Por otra parte, el abogado Danny Aliaga, Procurador Regional de Banco Diners Club del Ecuador S.A. (comunicación personal, 28 de marzo del 2022) manifiesta que los contratos clickwrap “para ser válidos deben de contener cláusulas informativas que permitan poner a conocimiento de los usuarios los efectos del consentimiento de cada parte, en especial en novación de operaciones crediticias”. En este sentido, se recomienda que incluso se incorpore previo a solicitar el consentimiento del clickwrap pasos previos que permitan que los usuarios llenen de manera manual su información

personal. En esta misma línea, el abogado D. Aliaga indica que “respecto a la validez de los clickwrap en refinanciamientos o reestructuraciones es fundamental que previo a aceptar la novación se muestre una simulación de la operación a novarse para revisión de los usuarios, como parte de las cláusulas informativas”.

En referencia a las vías procesales en las que se podría exigir el cumplimiento de los contratos clickwrap, los entrevistados coinciden en que no se podría aplicar la práctica común de los refinanciamientos suscritos presencialmente, puesto que estos incorporan un pagaré como título ejecutivo como respaldo del convenio de refinanciamiento o reestructuración, de tal forma que al momento de exigir judicialmente su cumplimiento, los acreedores demandan por vía ejecutiva. Con los clickwrap no podría adjuntarse un pagaré como respaldo de la obligación, amén que se suscriba con firma electrónica. Sin embargo, esta opción no es la adecuada, puesto que la acción ejecutiva estaría desnaturalizada, al igual que el contrato de novación clickwrap.

Al respecto, el doctor Hugo González Alarcón, Juez Provincial del Guayas (comunicación personal, 28 de marzo del 2022) manifiesta que este tipo de contratación al no contener un título ejecutivo como respaldo “deberá demandarse por vía ordinaria y en los casos en los cuales se haya podido recabar un respaldo probatorio del clickwrap, esto es, la aceptación expresa del contrato manifestada a través del click, se podrá demandar por vía monitoria”. Conforme a lo indicado, para demandarse un clickwrap agreement en vía monitoria la obligación no deberá de superar el límite de la cuantía estipulada en la ley, hasta máximo 50 salarios básicos. En este sentido, el Dr. H. González Alarcón indica que en vía monitoria, “debe de presentarse como prueba la demostración de la relación previa, pudiendo ser estos, el pagaré, contrato de mutuo que

originó la obligación novada y el contrato clickwrap del refinanciamiento, los cuales en conjunto forman el título monitorio”.

Así mismo, el abogado Fabrizio Peralta Díaz (comunicación personal, 15 de abril del 2022) comenta que “para la prueba de lo acordado en un mensaje de datos, se remite a lo que dispone los artículos 54 y 55 de la ley de Comercio electrónico, firmas y mensajes de datos, en concordancia con el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos”. Conforme a esta idea, se entiende que en el caso de que este tipo de contratación sea judicializada, para la valoración probatoria se deberá remitir a lo dispuesto en la normativa general vigente que regula el ámbito de validez de los mensajes de datos.

A su vez, el abogado Xavier Cuadros, Magíster en Derecho de Telecomunicaciones, Protección de datos personales, sociedad de la información y audiovisual (comunicación personal, 30 de marzo del 2022) indica que los contratos clickwrap “están reconocidos en el Código Civil y en la Ley de Comercio Electronico, específicamente en lo referente al reconocimiento electrónico, por lo que si son permitidos en el Ecuador como contratos electrónicos atípicos”. En este sentido, al ser un contrato que no está textualmente tipificado en la Ley, el entrevistado propone que sería adecuado que se incorpore la impresión automática de los documentos de respaldo del refinanciamiento, posterior a la aceptación del contrato, los cuales servirían para solemnizar el contrato como tal e incluso para formar el grupo probatorio a presentarse con la demanda en caso de exigirse su cumplimiento en vía judicial. De igual forma, el abogado Xavier Cuadros manifiesta que los clickwrap “si pueden ser aplicados a refinanciamientos siempre y cuando se le garantice al usuario la entrega o visualización de toda la información necesaria que le permita comprender las condiciones a aceptarse a través del click”, esto con el fin de evitar posibles vicios que nuliten el contrato.

Así mismo, el abogado Juan Carlos López Buenaño, Procurador Regional Costa del Banco del Austro (comunicación personal, 30 de marzo del 2022) indica que “es sustancial que los clickwrap aplicados a refinanciamientos implementen un sistema de validación de identidad previo a solicitar la aceptación del usuario, con el fin de identificar que el usuario en efecto sea el deudor con facultad para novar la obligación”. Lo indicado coincide con recomendaciones anteriores por parte de otros entrevistados, los cuales manifiestan que la identificación del usuario es un requisito fundamental para la validez del clickwrap en refinanciamientos.

Respecto al ámbito procesal, el abogado Juan Carlos López Buenaño manifiesta que “el problema de la ejecución de los clickwrap en vía judicial, radica en la falta de capacitación a los operadores de justicia en referencia al derecho digital, en especial respecto a los contratos electrónicos no tipificados”. Puede ser que el Ecuador tenga la normativa básica o especial para reconocer, validar y ejecutar los clickwrap, sin embargo si los operadores de justicia no están lo suficientemente capacitados o especializados en el tema, las acciones que se inicien con fundamento en el incumplimiento de estos contratos serán rechazadas de forma masiva, con la simple excusa de que no cumplen con los requisitos para su ejecución, para evitar conocer una causa de la que no tengan dominio del tema.

Por otra parte el abogado Daniel Ordoñez Taco, procurador judicial de varias entidades financieras en el Ecuador (comunicación personal, 31 de marzo de 2022) recomienda que con el fin de obtener pruebas fundamentales que sirvan de sustento de la demanda de un contrato clickwrap “ se podría incorporar durante la etapa de negociación de la refinanciación una llamada telefónica automática como medio de identificación del usuario previo a consentir el contrato por medio del click”. En este sentido, el entrevistado considera que se puede aprovechar otros medios electrónicos de

aceptación con mayor reconocimiento social y judicial, en este caso la llamada telefónica, como respaldo del consentimiento manifestado a través del click, lo cual le daría un valor agregado al contrato clickwrap.

De las *encuestas* realizadas se concluye que el 60% de los interesados son profesionales de derecho y el 40% ejercen una profesión o actividad laboral distinta, lo cual permite tener una diversidad de criterios que no necesariamente están relacionados con los conocimientos legales de la materia, sino con la práctica actual de los contratos clickwrap en distintas actividades comerciales.

Conforme a las respuestas de los encuestados, se determinó que el 87% ha contratado a través de clickwrap agreements para el uso de cuentas digitales, el 54% para la creación de cuentas bancarias, como por ejemplo, las tan conocidas cuentas de ahorro digital Be fomentadas por el Banco Produbanco o como las implementadas por el Banco de Pichincha, Banco del Pacífico y Banco de Guayaquil a través del uso de su aplicativo móvil; el 80% utiliza los clickwrap para realizar compras en aplicativos móviles como uber eats, rappi, entre otros; el 32% ha realizado diferimientos de consumos de tarjetas de créditos en la banca virtual de las entidades emisoras; el 16% de los encuestados, en efecto, han logrado concretar refinanciamientos de créditos vencidos a través de clickwrap, conforme lo ha implementado el Banco del Pacífico como un servicio a través de su banca virtual; el 54% han contratado con un click la prestación de servicios como son los otorgados por los aplicativos de transporte privado de Uber o Fastline, entre otros; y el 51% ha consentido un clickwrap para la descarga de programas informáticos o instalación de softwares.

En razón de los datos expuestos, podemos destacar que los clickwrap agreements no son una novedad en el comercio nacional, es una práctica que se ha fortalecido desde la última década y se ha reforzado en estos últimos dos años con la

pandemia provocada por el COVID-19. Es una modalidad de contratación necesaria para la circulación de la economía y la generación de empleo. Mientras mas fácil, efectiva y cómoda sea la modalidad de contratación más consumidores y usuarios podrán tener acceso a la contratación electrónica.

Es un hecho que la contratación presencial tiene los limitantes del tiempo y del espacio. No todos los consumidores tienen las facilidades de contratar presencialmente, ya sea que tengan su domicilio en el Ecuador o en otro país, siempre será más cómodo para el usuario el contratar sin el requisito de la presencialidad. De igual forma, al implementar los clickwrap agreements para el refinanciamiento o reestructuración de deudas vencidas por parte de las instituciones financieras, se permitiría que una mayor cantidad de deudores puedan acceder a los beneficios que brinda el realizar un refinanciamiento, tales como mejora en la calificación crediticia, la deuda vencida sería reportada como novada lo cual permitiría un nuevo cálculo de los intereses de refinanciamiento con una mejor tasa de interés efectiva.

El 60% de los entrevistados contestaron que no les genera confianza el refinanciar o reestructurar una deuda vencida a través de este tipo de contratación electrónica, mientras que el 40% indicó que si confiaban en esta modalidad de contratación. En virtud de las respuestas indicadas, se preguntó cual era la razón de sus respuestas, a lo cual la mayoría respondió, entre lo principal, que la desconfianza se debe a la falta de normativa vigente que ampare ese tipo de contratación, a las posibilidades de que las cuentas o los portales puedan ser hackeados en el Ecuador y por el desconocimiento del tema por parte los consumidores y usuarios.

Sin embargo, pese a que se registró un mayor porcentaje de personas que desconfían de los clickwrap en la pregunta anterior, el 52% de los encuestados indicó que prefieren refinanciar una deuda de manera presencial y el 48% preferían los

clickwrap. En este sentido, nos podemos dar cuenta que solo el 87% de los encuestados que contestaron que desconfían del uso de los clickwrap para refinanciamientos de deudas prefieren suscribir presencialmente sus novaciones de crédito y el 13% prefieren suscribir los contratos clickwrap a pesar de la desconfianza manifiesta respecto a este tipo de contratación.

Por otra parte, el 80% de los encuestados consideran que si podrían exigir el cumplimiento del contrato clickwrap en vía judicial, en caso de incumplimiento de alguna de las partes y el 20% no considera que pueda exigirse su cumplimiento judicialmente. Es muy probable, que la mayoría de los encuestados, tal vez el 100%, acepten que este tipo de contratación si podría demandarse en vía judicial, pero que al momento de estar en conocimiento de los jueces, esto últimos no acepten la demanda a trámite o rechacen las pretensiones en la sentencia. Lo cierto es que, la falta de seguridad jurídica que otorga nuestra normativa en este tipo de contratación impide que los usuarios se arriesguen a practicar la contratación electrónica con mayor profundidad en sus negocios rutinarios.

En esta misma línea, el 86% de los encuestados consideran que la legislación ecuatoriana no está preparada para sobrellevar y resolver juicios por incumplimiento de contratos clickwrap en refinanciamientos de deudas y el 14% considera que la normativa actual si está preparada. A pesar de que las personas en su rutina utilizan de manera masiva este tipo de contratación, especialmente en compraventas prestación de servicios, siguen desconfiando de los contratos clickwrap, lo cual impiden que estos puedan implementarse para operaciones de mayor cuantía o mayor riesgo como son los refinanciamientos de deudas, ya sean en ámbito civil o bancario.

En virtud de lo expuesto en el presente trabajo, para que un contrato clickwrap aplicado a una novación de crédito vencido u originado por un mutuo civil sea válido y produzca efectos jurídicos debe de cumplir con ciertas formalidades o solemnidades.

Capítulo IV

Propuesta

Reforma a la normativa procesal y regulatoria de comercio electrónico

Conforme a lo expuesto en capítulos anteriores, la normativa ecuatoriana vigente no brinda seguridad jurídica en la aplicación de los contratos electrónicos clickwrap, especialmente para su uso en novación de créditos derivados por mutuos civiles o bancarios. En este sentido, es de suma importancia que la Ley disponga los requisitos y solemnidades que este tipo de contratación debe de cumplir con el fin de ser legalmente válidos y ejecutables en vía judicial o arbitral. Esto, con el fin de que puedan ser implementados por los usuarios o empresarios con mayor confianza y evitar la subjetividad por parte de los jueces al momento de resolver una causa en la que se exiga el cumplimiento de un contrato clickwrap de refinanciamiento o reestructuración de deudas.

En virtud de lo indicado, se propone reformar la normativa vigente incluyendo los siguientes supuestos:

- Se entenderá que se ha perfeccionado el consentimiento en los contratos electrónicos, cuando se hayan cumplido tres requisitos: a) el mecanismo electrónico utilizado debe de consentir la legitimidad de la manifestación de la voluntad del usuario, b) identificación del causante del consentimiento, c) especificación expresa del tiempo y el lugar que será considerado para efectos de determinación del envío o recepción del consentimiento.

- Inclusión del principio de no discriminación en la utilización de mecanismos electrónicos para la manifestación de la voluntad. No se afectará la validez y los efectos jurídicos de un contrato perfeccionado mediante tecnologías electrónicas respecto a su información, archivo y aceptación.
- Se ponga a conocimiento del usuario o consumidor los términos y condiciones o cláusulas del contrato a consentir de manera clara, de acuerdo con las reglas de forma aplicadas a los contratos de adhesión físicos.
- El material probatorio de los contratos electrónicos no deben de estar condicionados a la materialización de los documentos para ser reconocidos en el juicio.
- Se reconozca la equivalencia funcional del requisito de firma física a las manifestaciones de voluntad realizadas a través de medios electrónicos, en los cuales se permita la plena identificación del autor del consentimiento y la autenticidad de la información registrada.
- Se considere a las refinanciaciones o reestructuración de créditos vencidos como título ejecutivo.

De acuerdo a lo expuesto, se propone reformar los siguientes artículos agregando los siguientes textos:

a) Código de Comercio:

Art. 239.- Los contratos pactados a través del uso de sistemas electrónicos automatizados gozan de plena validez y eficacia. Siempre y cuando el mecanismo tecnológico utilizado permita legitimar el consentimiento del usuario, identificar

plenamente al autor del consentimiento y se registre el tiempo y lugar que se entenderá enviada y receptada la aceptación.

Los derechos y obligaciones derivados de estos contratos serán atribuidos directamente a la persona en cuya esfera de control se encuentra el sistema de información o red electrónica y quien haya consentido de manera expresa o tácita los términos del contrato .

En las relaciones entre el emisor y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho a través de tecnologías electrónicas.

Art. 77.- Son contratos inteligentes los producidos por programas informáticos usados por dos o más partes, que acuerdan cláusulas y manifiestan su consentimiento electrónicamente.

El programa de contrato inteligente permite facilitar la firma o expresión de la voluntad de las partes, que podrá ser expresa o tácita y manifestada mediante cualquier mecanismo electrónico que permita identificar previamente al autor de tal consentimiento. Estos contratos aseguran su cumplimiento, mediante disposiciones instruidas por las partes, que pueden incluso ser cumplidas automáticamente, sea por el propio programa, o por una entidad financiera u otra, si a la firma del contrato las partes establecen esa disposición. Cuando se dispara una condición pre-programada por las partes, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente.

A falta de estipulación contractual, los administradores de dicho programa o quienes tengan su control, serán responsables por las obligaciones contractuales y extracontractuales que se desprendan de los contratos celebrados de esta forma, y en

todo caso serán aplicables las disposiciones que protegen los derechos de los consumidores.

Art. (...).- En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación cuando un mensaje de datos es aplicable en un contrato electrónico, en el cual tradicionalmente se requiere una firma para su perfeccionamiento, se entenderá que este requisito se habrá cumplido cuando el método aplicado para la identificación de las partes y del contenido aprobado es eficiente y cuando este mismo método sea confiable y apropiado para los fines por el cual fue creado.

Se tendrá en cuenta para el análisis probatorio la forma en la que se generó el mensaje de datos, como se ha archivado el mismo y los medios de comunicación del mensaje al consumidor, teniendo en cuenta la forma de identificación de las partes y la integridad de la información.

Art. (...).- El soporte físico o electrónico de la novación de un crédito vencido a través de refinanciamientos o reestructuraciones conforme a las normas y leyes de la materia, serán considerados como títulos ejecutivos.

b) Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos:

Art. 10.- Procedencia e identidad de un mensaje de datos.- Salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma o aceptación electrónica, excepto en los siguiente casos: (...)

Art. 45.- Validez de los contratos electrónicos.- 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. No se privará de validez jurídica a una manifestación de la voluntad por haberse comunicado mediante el uso de medios electrónicos o que conste registrada en un soporte informático.

Art. 46.- Perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos.- El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes, respecto al uso y consentimiento a través de mensajes de datos, cualquiera que sea la forma de manifestar la voluntad de las partes. Se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.

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

Art. 52.- Medios de prueba.- Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se sujetarán a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos.

Así, por ejemplo, los documentos electrónicos y las firmas electrónicas son objeto de prueba en los mismos términos que cualquier otra evidencia, sin estar obligados a ser materializados o reproducidos en documentos físicos o en papel.

c) Código Orgánico General de Procesos:

Art. 356.- Procedencia. La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas:

1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal o acción que permita identificar el consentimiento expreso o tácito, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor.

2. Mediante facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico o electrónico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o aceptados electrónicamente o comprobante de entrega, certificación, telefax, documentos electrónicos, que sean de los que comprueban la existencia de créditos o deudas que demuestren la existencia de la relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor. (...)

Art. 202.- Documentos digitales. Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales, sin la necesidad de ser materializados, certificados o reproducidos físicamente.

Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o única o cuando la o el juzgador lo solicite.

Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.

Conclusiones

Los contratos clickwrap con actos jurídicos bilaterales que generan obligaciones y derechos para los partícipes. Este tipo de contratación por su forma de perfeccionamiento se ha convertido en uno de los contratos electrónicos mayormente implementados en el comercio actual. Como beneficios, se destacan por su rapidez en su perfeccionamiento, por su forma pueden ser implementados masivamente y son más accesibles que los contratos tradicionales o los contratos con firma electrónica.

Legislaciones extranjeras, durante las últimas dos décadas, han incorporado este tipo de contratación no solo en materia comercial sino también en materia financiera, especialmente en contratos bancarios o mutuos civiles onerosos. Lo cual, ha permitido que las Fintech se desarrollen con mayor rapidez y tengan más acogida en el mercado de este siglo. En el Ecuador, las Fintech no han sido totalmente reconocidas por la normativa regulatoria bancaria, impidiendo que se genere una confianza por parte de los usuarios o consumidores al momento de preferir acceder a los beneficios que ofrecen las operaciones financieras electrónicas.

La falta de legislación en materia contractual electrónica genera una incertidumbre al negociar un contrato electrónico, en especial si no se utiliza una firma electrónica como manifestación del consentimiento, debido a que esta última es la única con la presunción de validez legal y probatoria. No todas las personas que desean o prefieren acceder a un contrato por refinanciamiento o reestructuración de una deuda tienen firma electrónica, lo cual limita el acceso a la contratación electrónica en la novación de créditos vencidos.

De esta forma, es de suma importancia reestructurar las normas referentes a materia de contratación electrónica con el fin de regular una tipificación de contratos electrónicos que no sea limitada pero tampoco escasa. Es necesario regular los procedimientos que pueden ser aplicados para la ejecución judicial de los contratos

electrónicos, con el objeto de evitar la subjetividad por parte de los jueces. Así mismo, es necesario incorporar a los contratos clickwrap por refinanciamientos o reestructuraciones de créditos vencidos como un título ejecutivo que permita que la contratación sea mas llamativa para el acreedor a comparación de las novaciones perfeccionadas a través de los convenios tradicionales, en equilibrio con los beneficios obtenidos por los usuarios.

Recomendaciones

- Recopilar datos estadísticos de las preferencias de los usuarios o consumidores respecto a los refinanciamientos o reestructuraciones de créditos vencidos otorgados por empresas privadas o entidades financieras, que permita identificar la demanda actual de acceso a novaciones a través de medios electrónicos en contraposición con la contratación tradicional.
- Que la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a través de sus órganos reguladores, analice e investigue la implementación de la contratación electrónica típica, como lo es la clickwrap, en novaciones de créditos vencidos, con el objeto de regular su aplicación en el comercio electrónico.
- Que el Consejo de la Judicatura, capacite de manera recurrente a los operadores de justicia en materia de Derecho contractual electrónico, así como el estudio de sus medios probatorios y su reconocimiento legal y presunción de validez conforme a las leyes nacionales e internacionales.
- Que las Universidades se encarguen de la preparación académica en Derecho informático, digital y contractual electrónico, con el fin de capacitar a estudiantes y profesionales del derecho en la materia. Así, como promover el fomento de la investigación de los contratos clickwrap en el sistema financiero.
- Los legisladores, en su deber de adaptar la legislación vigente a la realidad comercial y a la práctica contractual, deben de analizar la tipología contractual electrónica que es aplicada a nivel internacional y por las potencias económicas, con el objeto de poder implementarlo en la legislación ecuatoriana.

Referencia Bibliográfica

- Abeliuk Manasevich, R. (2014). De las Obligaciones. Tomo I. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
- Alarcón Polando, E. (2002). Apuntes y Reflexiones sobre la Contratación por Adhesión en la República Dominicana. Escuela Nacional de la Judicatura.
- Alessandri Rodríguez, A. (1988). De los contratos. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.
- Amaya Fabián, A. (2016). Tiempo y modo del perfeccionamiento del contrato en forma electrónica [Tesis de Maestría en Derecho Mercantil y Competitivo, Universidad de San Carlos de Guatemala]. Biblioteca Central de la Universidad de San Carlos de Guatemala: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_13156.pdf
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (10 de julio de 2000). Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (17 de abril de 2002). Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (24 de Junio de 2005). Código Civil.
- Banco de Desarrollo de América Latina. (2016). La Revolución de las empresas Fintech y el futuro de la banca. Disrupción tecnológica en el sector financiero. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva(24), 14.
- Borrás Atiénzar, F. (2020). El financiamiento bancario a emprendimientos privados en Cuba. Estudios del Desarrollo Social, 8(3), 7.
- Castellanos, S. F., & D'Felice, J. C. (2008). Derecho Bancario. Córdoba: Advocatus.
- Castillo Freyre, M. (2018). Derecho de las obligaciones. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (28 de septiembre de 1887). Código Civil.

- Enríquez Álvarez, L. (2010). Problemática Jurídica de la compra-venta internacional de bienes y servicios por medios electrónicos [Tesis del Programa de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador]. Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar:
[https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1139/1/T0840-MDE-Enr%
 c3%adquez-Problem%
 c3%altica%20jur%
 c3%addica%20de%20la%20compra-
 venta%20internacional.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1139/1/T0840-MDE-Enr%c3%adquez-Problem%c3%altica%20jur%c3%addica%20de%20la%20compra-venta%20internacional.pdf)
- Fernández Delpech, H. (2014). Manual de Derecho Informático. AbeledoPerrot S.A.
- Gómez Valenzuela, E. (2019). El perfeccionamiento del contrato electrónico en Derecho Internacional Privado Español. Obtenido de
<http://ruja.ujaen.es/jspui/bitstream/10953/959/5/9788491592297.pdf>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). Metodología de la investigación. McGRAW-HILL.
- Herrera Bravo, R., & Núñez Romero, A. (1999). Derecho Informático. Ediciones Jurídicas La Ley.
- Jefatura del Estado. (12 de septiembre de 2002). Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Jiménez Valderrama, F. (2017). Estudio del Derecho de Consumo (Ley 1480 de 2011). Universidad de la Sabana.
- Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiers. (23 de septiembre de 2015). Resolución No. 129-2015-F.
- López Capetillo, J. (2019). La protección del consumidor en México a partir de los contratos celebrados en internet [Tesis para obtener el grado de Doctor en Estudios Jurídicos, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco]. Repositorio Institucional UJAT:
[http://148.236.18.55/bitstream/20.500.12107/3339/1/TESIS%20JOSELYN%20JANETH%20L%
 c3%93PEZ%20CAPETILLO.pdf](http://148.236.18.55/bitstream/20.500.12107/3339/1/TESIS%20JOSELYN%20JANETH%20L%20c3%93PEZ%20CAPETILLO.pdf)
- López Varas, M. (2010). Regulación Jurídica de la Contratación Electrónica en el Código Civil Federal. L.D.G. Janele Elizalde Ortega.

- Menéndez Mato, J. C., & Gayo Santa Cecilia, M. E. (2014). Derecho e informática: Éticay Legislación. Bosch Editor.
- Menéndez Romero, F. (2017). Derecho bancario y bursátil. IURE editores.
- Moreno Navarrete, M. (1999). Contratos Electrónicos. Madrid: Ediatorial Marcial Pons.
- Muñoz Hoyos, K. M., Montoya Muñoz, F. d., & Giraldo Gómez, J. G. (20 de diciembre de 2020). El reconocimiento de la contratación electrónica: comparativo entre la legislación colombiana y la española. Colombia: Politécnico Grancolombiano Institución Universitaria, Programa de Derecho.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (1994). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Ed. Temis S.A.
- Páez Rivadeneira, J. J. (2015). Derecho y Tics. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pimentel, P. C. (29 de marzo de 2022). Magíster en Tributación y Finanzas.
- Puémape, D. (2013). Tratado elemental: Derecho Bancario Peruano. Lima: Aries ediciones.
- Ramírez Romero, C. M. (2021). Curso de Derecho Mercantil. Grupo Editorial Oni.
- Ramos Pazos, R. (2008). De las obligaciones. Santiago: Legal Publishing.
- Rincón Cárdenas, E. (2004). Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información. . Estudios Socio-Jurídicos, 6(2).
- Rodríguez Azuero, S. (2003). Contratos Bancarios. Editorial Legis.
- Rojas Amandi, V. M. (2007). La Uniform Electronic Transactions Act de los Estados Unidos de América. Boletín mexicano de derecho comparado, 40(119).
- Téllez Valdés, J. (1998). Derecho Informático. McGRAW-HILL.
- United Nations Comission on International Trade Law. (1999). Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996: con el nuevo artículo 5 bis aprobado en a998. Naciones Unidas.

APENDICE A

FORMATO DE ENTREVISTA A ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO MERCANTIL, PROCESAL, BANCARIO Y DIGITAL

Fecha:

Nombre del Entrevistado:

Materia en la que se especializa:

FUNDAMENTACIÓN:

Entrevista para debatir las solemnidades y ejecución judicial de los contratos clickwrap agreements en operaciones de novación de contratos de mutuos, en calidad de refinanciamientos o reestructuraciones.

Clickwrap Agreements: son contratos electrónicos de adhesión, en los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes a través de un click o el toque de un botón en una pantalla táctil.

PREGUNTAS:

- 1) **¿Pueden aplicarse los contratos clickwrap para refinanciamientos o reestructuraciones de créditos otorgados en el Ecuador?**

- 2) **¿Cuáles serían las solemnidades que estos contratos deben de cumplir para ser válidos en el Ecuador?**

- 3) **¿En caso de incumplimiento de este tipo de contratos de qué manera podrían ejecutarse en el Ecuador?**

- 4) **¿Recomendaría las entidades públicas o privadas este tipo de contratos para facilitar los refinanciamientos y reestructuraciones de créditos vencidos?**



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



Plan Nacion
de Ciencia, Tecnología
Innovación y Saber



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Ojeda Palacio Andrea Natali**, con C.C: # 0923580898 autora del trabajo de titulación: **Solemnidades y ejecución judicial en el Ecuador de los Clickwrap agreements en novaciones de contratos de mutuo**, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal** 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, 25 de mayo de 2022

f. _____

Nombre: Ojeda Palacio Andrea Natali

C.C: 0923580898



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacion
de Ciencia, Tecnología
Innovación y Saber



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Solemnidades y ejecución judicial en el Ecuador de los Clickwrap agreements en novaciones de contratos de mutuo		
AUTOR(ES)	Ojeda Palacio, Andrea Natali,		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. Johnny De La Pared Darquea: Ab. Nuria Pérez Puig		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
CARRERA:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
TÍTULO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	25 de mayo de 2022	No. DE PÁGINAS:	104
ÁREAS TEMÁTICAS:	El proceso y el comercio electrónico		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Clickwrap agreements, ejecución judicial, mutuo, novación, refinanciamiento, reestructuración, solemnidades.		
Resumen:	<p>En virtud del aumento en el uso de las tecnologías de la información en el comercio y en la práctica del derecho, los clickwrap agreements se han ido implementando para contraer obligaciones derivadas de las novaciones de contratos de mutuo, denominados como refinanciamientos y reestructuraciones. Frente a esta nueva aplicación de los contratos clickwrap, analizamos el reconocimiento legal que la normativa ecuatoriana le ha dado a este tipo de contratos y las normas procesales aplicables en caso de exigir su cumplimiento por vía judicial. El objetivo general de este trabajo es analizar la normativa vigente aplicable para esta contratación electrónica con el fin de poder determinar cuales son las solemnidades que se deben de cumplir para ser reconocidos legalmente y como consecuencia de esto, que puedan ser exigibles judicialmente. La metodología que se aplica en el presente trabajo tiene un enfoque cualitativo, el cual se enfoca en el estudio de la legislación procesal que ampara la ejecución judicial de estos contratos en caso de incumplimiento a base del análisis del derecho comparado y de los criterios legales que actualmente tienen los profesionales del derecho y jueces de la materia. Los resultados que se han obtenido en este trabajo demuestran la necesidad de incorporar un apartado en la Ley que trate las normas procesales que deben de aplicarse para la ejecución de judicial de los clickwrap agreements en los casos de cobro de dinero generados de novaciones de contratos de mutuo o préstamos de dinero.</p>		
ADJUNTO PDF:	SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-0992102245	E-mail: andreaojedap@outlook.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Obando Ochoa Andrés Isaac		
	Teléfono: +593- 0992854967		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			