

*UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA*

*ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS*

*POSTGRADO ESPECIALIDAD EN DERECHO EMPRESARIAL*

***EL COMERCIO ELECTRÓNICO***

*AUTOR. Dr. Marcelo Mejía*

*DIRECTOR. Dra. Patricia Herrmann Fernández*

*Quito, 2008*

# **EL COMERCIO ELECTRÓNICO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU INCIDENCIA EN LA TRIBUTACIÓN**

## **INTRODUCCIÓN**

Los grandes tratados universales en materia comercial y financiera sumada a los medios electrónicos, han aportado al ejercicio empresarial, en el cambio de milenio y determinado la subsiguiente desaparición de las fronteras estatales y de las diversas restricciones públicas y fiscales.

El comercio electrónico abre nuevas perspectivas para los países en desarrollo; sugiere la necesidad de reformar y liberalizar los sectores de las telecomunicaciones, el comercio y las finanzas como una de las premisas para mejorar las oportunidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y la Comunicación; las telecomunicaciones ya han supuesto un reto considerable y la electrónica ha venido a completar un panorama que se encuentra sometido a desafíos hasta ahora desconocidos.

Al descubriendo el comercio electrónico, su creciente importancia, la necesidad de una disciplina jurídica uniforme y reglas armonizadas destinadas a gobernar las transferencias electrónicas de fondos; se convierten en temas indispensables durante el transcurso de esta investigación; se debe anotar además, que las reglas del régimen jurídico del nuevo soporte y del nuevo mercado deben ser comunes y sin duda alguna deberán constituir pautas de gobierno jurídico compartidas por cuanto su razón de ser estriba única y exclusivamente en la virtud que caracteriza a ambas realidades; a los contratos pactados con soporte electrónico y al mercado inmaterial en el que dichos contratos se celebran, se ejecutan y se consuman.

El comercio electrónico presenta ribetes jurídicos muy variados determinados por la peculiaridad electrónica de sus modos y esfera de actuación, alrededor de tal núcleo contractual existen facetas no estrictamente jurídico-negociales como son:

1. aspectos fiscales
2. aspectos jurídico-internacionales
3. aspectos de propiedad industrial e intelectual
4. aspectos de protección de la intimidad personal de los contratantes
5. aspectos de seguridad pública
6. aspectos de competencia empresarial

El comercio electrónico requiere de una decisión de política legislativa en lo que concierne a su fiscalidad y la sujeción al impuesto de las operaciones que lo componen y la determinación del mismo.

Los países en desarrollo se enfrentan a limitaciones para ampliar su economía electrónica, lo que se debe en gran parte a los bajos niveles de ingresos, las reducidas tasas de alfabetización, la falta de sistema de pago que puedan servir de apoyo a las transacciones en línea y la resistencia cultural a ese tipo de comercio.

Paralelamente al crecimiento del comercio electrónico surgen inconvenientes de gran envergadura; los mismos que, a través del desmadejamiento del presente tema; “El Comercio Electrónico en la Legislación Ecuatoriana”, trataré de ir resolviendo.

El comercio electrónico es un nuevo soporte pero también un nuevo mercado o ámbito de relaciones negócias; la expresión comercio electrónico de uso hoy tan extendido no es unívoca sino que bajo su manto se organizan identidades, actividades o relaciones contractuales susceptibles de diverso tratamiento jurídico; por tratarse de un nuevo fenómeno, se hace necesario determinar las reglas aplicables a las transacciones que se producen con soporte electrónico cada vez más frecuentes y de más elevadas cuantías.

Las reglas básicas que se contemplan son universales y en línea de principio resultan aceptables para todo ordenamiento que pretenda disciplinar el comercio

electrónico y facilitar su práctica jurídica segura y equitativa a los ciudadanos sometidos a él.

En el Ecuador, la red es prioritariamente informativa, además se realizan transacciones diversas, desde compras simples a elección, modelos de subastas, subastas inversas; sin embargo, realizar actos de comercio a través de la red implica riesgos y desventajas a pesar de haberse expedido en el año 2002 la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, es posible que el usuario sea víctima de fraude, puesto que dicha ley presenta vacíos que procuraré puntualizar durante el desarrollo del presente trabajo investigativo.

## **CAPITULO I**

### **1. COMERCIO ELECTRÓNICO.- NOCIONES FUNDAMENTALES**

#### **1.1 ANTECEDENTES.-**

El comercio, actividad ancestral del ser humano, ha evolucionado a través de la historia de muchas maneras, hasta nuestros días en los cuales gracias a la red es posible realizar todo tipo de transacciones, el grado de desarrollo o de uso depende del mercado e interés de cada usuario.

A través de los años han aparecido diferentes formas o tipos de comercio, para citar algunos ejemplos a principio de los años 1920 en Los Estados Unidos apareció la venta por catálogo, impulsado por las grandes tiendas de mayoreo; a mediados de 1980 con la ayuda de la televisión, surgió una nueva forma de venta, catalogada como directa es concretada mediante un teléfono y usualmente con pagos de tarjetas de crédito; a principio de los años 1970, aparecieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban una computadora para transmitir datos, este tipo de intercambio de información sin ningún tipo de estándar, trajo aparejado mejoras de los procesos de fabricación en el ámbito privado y entre empresas de un mismo sector es por eso que se trataron de fijar estándares para realizar este intercambio, el cual era distinto con relación a cada industria.

En el comienzo del tercer milenio se acrecienta la concientización de la interdependencia de las naciones, lo cual provoca la apertura de tecnologías y culturas, con mayor flujo de información, bienes e ideas y genera transformaciones sin precedentes; colocando al comercio internacional frente a una paradoja:

Por un lado oportunidades para aprovechar la globalización de los mercados; y por otro lado, los mercados se transforman constantemente de manera sustancial y abrumadora (se imponen barreras y se suprimen), tornándose

intensamente competitivos; en este entorno las empresas, corporaciones y los Estados han tenido que internacionalizarse para poder responder a la demanda de mercados cada vez con mayor nivel de segmentación y globalizar sus ofertas para conseguir economías de escala y alcanzar masas críticas de clientes y consumidores potenciales, independientemente de donde se encuentren geográficamente.

Es así que éste es cada vez más un mundo sin fronteras, en el que es difícil determinar en que consisten los intereses nacionales tradicionales, pues la economía mundial se rige por una lógica propia y desarrolla sus propias redes de interés, las que rara vez toman en cuenta las fronteras políticas de los estados; por eso el interés nacional como realidad económica y no como realidad política ha perdido significado.<sup>1</sup>

La globalización de la economía significa universalización de la dispersión de la tecnología, de los gustos de clientes y consumidores, de las estrategias comerciales, de efectos en las estructuras de costos, de crecimiento del imperio de divisas; acelerándose aún más con la intervención de la tecnología, pues los consumidores y clientes pueden tomar decisiones sin importar el lugar de procedencia, ni el lugar geográfico en el que se encuentre. Los entornos de las redes han operado un cambio revolucionario en el desarrollo del comercio electrónico y han posibilitado el acceso masivo de usuarios a mercados de escala y puesto el acento en la hiperconexión, es decir, la vinculación de todos con todos.

Lo antes citado trata de engranar en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional; es así, que a mediados de la última década del pasado siglo y milenio se elaboró la “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/ United Nations Commissions for International Law sobre Comercio Electrónico”, culminada en 1996. La ley modelo, que constituye el primer gran texto jurídico-sistemático y

---

<sup>1</sup> Cfr. Ohmae, The borderless World, power and strategy in the interlinked economy.

completo, nacional y uniforme, que regula la disciplina integral del comercio electrónico.

En 1995 fue llevada a cabo la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, que constituye uno de los primeros preceptos en los que se hace constar cuando los instrumentos se desarrollan electrónicamente.

En 1997 fue publicada la Guía para la incorporación al derecho interno de la “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/ United Nations Commissions for International Law de comercio Electrónico.

El desarrollo de las tecnologías y de las telecomunicaciones ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio como las referidas; es en este marco que se desarrolla el Comercio Electrónico, que no es otra cosa que el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas a través del procesamiento y la transmisión de información, incluyendo texto, sonido e imagen; dicha información puede ser el objeto principal de la transacción o un elemento conexo a ella.

## **1.2 DEFINICIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y CARACTERÍSTICAS.-**

El comercio electrónico es un concepto muy amplio que involucra cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos es decir que incluiría medios tales como el fax, el télex, el teléfono, los EDI (electronic data interchange) e Internet. Sin embargo consideraremos al comercio electrónico como la parte del comercio que se desarrolla a través de redes mediante la relación entre oferta y demanda, para lo cual se utilizan herramientas electrónicas y telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial

por medio de la reducción de tiempos y de costos; abarca todas las formas en que puede desarrollarse el comercio, es decir:

- Entre estados
- Entre estados y empresas
- Entre estados y particulares
- Entre empresas
- Entre empresas y consumidores
- Entre consumidores y consumidores

El comercio electrónico desde un punto de vista académico es interdisciplinario, y los pilares que lo sustentan consisten en tres aspectos básicos: el tecnológico, el de negocios y el jurídico. La implementación del comercio electrónico requiere de conocimientos especializados y de una adecuada fusión de temas como: redes, bases de datos distribuidas, seguridad tecnológica, programación para Internet, utilización de multimedia, herramientas web, agentes inteligentes, diseño de interfaz humana, marketing electrónico, catálogos electrónicos, administración de sitios web, negociaciones automatizadas, pagos digitales seguros, procesamiento de transacciones distribuidas, satisfacción del cliente, ejecución de órdenes de compra, análisis y data minig, reingeniería de negaciones, auditoria de gestión, de legalidad y de sistemas, cambio de rol de intermediarios, la moneda como medio de cambio, tendencias en las legislaciones, políticas y regulaciones sobre comercio electrónico, estructuras de cadenas de suministros, tiempos de reacción del negocio, etc.

El comercio realizado a través de diversos medios electrónicos, principalmente el Internet, se presenta como un área de notable expansión, debido a que esta asistido por fuertes incentivos económicos que implican una reducción de costos administrativos e impositivos, acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día, la superación de las barreras nacionales, el aumento de la celeridad en las transacciones; también existen alicientes legales por la ausencia de regulación internacional y la insuficiencia de las normas nacionales.

La comunicación “Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico” (COM.97.157), de la Comisión de la Unión Europea lo define como “desarrollo de la actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas: la comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica de operaciones financieras y de bolsa; la obra pública por vía electrónica y todo procedimiento de ese tipo celebrado por la administración pública”.

La definición es sumamente amplia, e incluye el sector productivo y el distributivo, los bienes materiales y los inmateriales, el sector público y el sector privado, contratos entre empresas y con los consumidores; en cuanto a los medios técnicos, se incluyen Internet, videotexto, radiodifusión, CD-ROM.

Esta amplitud requiere precisiones; en primer lugar hacemos referencia a una actividad caracterizada por el medio tecnológico, por ello existe una actividad siempre que:

- Se utilizan medios digitales para la comunicación, incluyendo el Internet, videotextos, radiodifusión y otras tecnologías similares.
- Se intercambian bienes digitales; de esta manera podremos calificar a toda actividad que intercambie por medios electrónicos bienes físicos o bienes digitales.

En segundo lugar se trata de relaciones jurídicas que pueden o no ser relaciones comerciales; por esta razón debemos utilizar el término más amplio de “relaciones jurídicas por medios electrónicos” que comprenden:

- Relaciones de derecho público: vínculos entre estados, o entre particulares y el sector público, realizado por medios digitales.
- Relaciones de derecho privado:
  - a) entre empresas (business to business), lo que comprende todo tipo de actividad interempresaria.
  - b) entre empresas y consumidores (business to consumer).
  - c) entre particulares, lo que abarca todo lo que se estudia en el derecho civil tradicional.

El comercio electrónico es una metodología moderna para hacer negocios que detecta la necesidad de las empresas, comerciantes y consumidores de reducir costos, así como mejorar la calidad de los bienes y servicios, además de mejorar el tiempo de entrega de los bienes o servicios. Por lo tanto no debe seguirse contemplando el comercio electrónico como una tecnología, sino que es el uso de la tecnología para mejorar la forma de llevar a cabo las actividades empresariales. Ahora bien, el comercio electrónico se puede entender como cualquier forma de transacción comercial en la cual las partes involucradas interactúan de manera electrónica en lugar de hacerlo de la manera tradicional con intercambios físicos o trato físico directo.

Es importante destacar como mira y concibe el mundo al comercio Electrónico, por ello precisamos algunas definiciones:

1. “En orden a explorar y estimar los impactos socio-económicos del comercio electrónico, es esencial definirlo; como sucede con otros nuevos servicios, no es una tarea simple, y las tantas definiciones conocidas difieren significativamente entre ellas. Algunas incluyen todas las transacciones financieras y comerciales realizadas electrónicamente, incluidos los EDI, las transacciones electrónicas de fondos o todas las actividades de tarjetas de crédito y débito. Otras limitan al comercio electrónico a las ventas minoristas a consumidores en las cuales la transacción y el pago se llevan a cabo en redes abiertas como el Internet. El primer tipo se refiere a las formas de comercio electrónico que han existido por décadas que comprende una actividad de miles de millones de dólares diarios. El segundo tipo existe hace aproximadamente tres años y es difícilmente mensurable. Este estudio vuelve la mirada sobre esos dos extremos. Le interesa específicamente el negocio que se desarrolla en redes que utilizan protocolos no propietarios que están establecidos a través de procesos estándar abiertos como Internet. A los fines del presente, el término “negocio” significa toda actividad que genera un valor tanto dentro de una compañía (internamente) y con proveedores

y clientes (externamente). En este sentido, incluiría redes internas (p.ej., intranets) así como a redes que se extienden a un número limitado de participantes (p.ej., extranets). Muchas de estas actividades pueden resultar en transacciones monetarias y otras no”.<sup>2</sup>

2. “Resultado del rápido desarrollo de la tecnología de la información en los últimos años, ha comenzado a ser posible la incorporación del comercio electrónico, el cual ha transformado todos los tipos de la actividad económica, desde el desarrollo y la manufactura hasta la gestión y administración en información digital y todos los esfuerzos están encaminados a alcanzar esto en Japón como en el resto del mundo”.<sup>3</sup>
3. “Producción, publicidad, venta y distribución de productos vía redes de telecomunicaciones. En el comercio electrónico pueden distinguirse seis instrumentos principales: el teléfono, el fax, la televisión, los pagos electrónicos y los sistemas de transferencia de fondos, los EDI e Internet”.<sup>4</sup>
4. “El comercio electrónico es la conducción de actividades de negocios -compra, venta y transacciones de todo tipo- por medio de comunicaciones y tecnología de computadoras. Incluye transacciones que se llevan a cabo por teléfono, fax, tarjeta de débito, EDI e Internet”.<sup>5</sup>
5. “Comercio conducido vía un mecanismo de comunicación electrónico, es un poderoso medio para crear nuevos mercados, aplicaciones, negocios y empleos. Las pequeñas y medianas empresas pueden operar globalmente sin la costosa disposición de recursos de una cadena de distribución global, representaciones en otros países o viajes al extranjero. Las autoridades políticas pueden modernizar sus servicios u ofrecer mejor

---

<sup>2</sup> Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), “The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda”, 1999.

<sup>3</sup> Ministerio de Comercio Internacional e Industria de Japón, “Towards the Age of the Digital Economy- For Rapid Progress in the Japanese Economy and World Economic Growth in the 21<sup>st</sup> Century”, 1997.

<sup>4</sup> World Trade Organization, “Electronic Commerce and the Role of the WTO”, 1998.

<sup>5</sup> Gobierno de Canadá, “Electronic Commerce in Canada: Priority for Action”, 1998.

respaldo a sus ciudadanos. Las empresas pueden estar relacionadas directamente con sus clientes, fortaleciéndolas con una elección de mercado antes inexistente”.<sup>6</sup>

6. “Generalmente incluye la producción, publicidad, venta y distribución de productos por medios electrónicos basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados”.<sup>7</sup>
  
7. “El florecimiento de la utilización de dispositivos electrónicos en nuestra economía es ampliamente conocido, aunque permanece largamente no definido y no reconocido en muchas estadísticas económicas oficiales. Los términos Internet, comercio electrónico, negocios electrónicos y cibercomercio son utilizados frecuentemente. De todos modos, son utilizados en forma intercambiable y sin entendimiento común de sus alcances o relaciones. Establecer términos que claramente describen nuestra creciente y dinámica economía de redes es un paso crucial hacia el desarrollo de útiles estadísticas al respecto. La infraestructura de los negocios electrónicos es la participación en la infraestructura económica global utilizada para sostener los procesos de los negocios electrónicos y llevar adelante las transacciones del comercio electrónico. Negocio electrónico es cualquier proceso que una organización de negocios lleva a cabo mediante una red de computadoras. **Comercio electrónico** es cualquier transacción completa mediante una red de computadoras e incluye la transferencia de la propiedad o de derechos de bienes o servicios. Las redes de computadoras son dispositivos de enlace electrónico que comunican interactivamente a través de canales de red”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Consejo de Negocios entre Japón y Estados Unidos de América, 1999.

<sup>7</sup> International Telecommunication Union, “Challenges to the Network ”.

<sup>8</sup> Gobierno de los Estados Unidos de América, “Measuring Electronic Business Definitions, Underlying Concepts, and Measurements Plans”, 1999.

### **Reglas generales:**

Las reglas generales deben ser reconocidas en ámbitos regionales de integración económica y jurídica de procedencia europea y de potencial uso universal que conciernen primero al recíproco reconocimiento legislativo entre los diferentes estados participantes de la libre prestación de servicios intrarregionales en materia de comercio electrónico y conexas; y, segundo a las reglas que han de implicar la consagración legislativa expresa de libre circulación de mercancías útiles para la práctica del comercio electrónico así como los instrumentos adecuados para la consecución de dicho fin.

### **Reglas básicas:**

Son reglas y principios ante todo comunes al nuevo soporte y al nuevo mercado electrónico, constituyen pautas de gobierno jurídico, los contratos pactados con soporte electrónico y al mercado inmaterial en el que se celebran los contratos, se ejecutan y se consuman; las reglas básicas que se contemplan son universales y en la línea de principio resultan aceptables para todo ordenamiento que pretenda disciplinar el comercio electrónico y facilitar su práctica jurídica segura u equitativa a los ciudadanos sometidos a él (ejemplo formulación regional europea; integración económica y jurídica regionales o subregionales vienen siendo puestas en práctica con una apreciable tendencia al éxito).

### **Principios universales en los que debe inspirarse el Derecho del comercio electrónico:**

Son los siguientes

- Equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales.
- Neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico.

- Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos.
- Exigencia de buena fe.
- Reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto del comercio electrónico.

### Equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos

La regla de la equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos o autógrafos o manuales en general e incluso orales constituyen el núcleo del Derecho del comercio electrónico, sin una regla como la formulada, sencillamente del Derecho del Comercio Electrónico no podrías existir.

La expresión equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos tiene su origen en la elaboración de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 1996; aunque la aparición inicial de primera formulación positiva de la regla tuvo lugar con anterioridad a la redacción de la ley modelo; se produjo en el artículo 11.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995; desde la convención, la expresión típica y el principio en mención son incorporados y publicados en 1997 en la denominada Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo del comercio electrónico.

El significado de la equivalencia funcional debe formularse de la siguiente manera: la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa o eventualmente expresión oral; respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

La equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o

ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto; los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración deben de producirse con independencia del soporte escrito, eventualmente oral o electrónico en el que la declaración conste.

Esta idea esencial de la equivalencia funcional o de la no discriminación del acto electrónico respecto del acto manual por el mero hecho de poseer un soporte distinto del papel tiene que ser recogida en el ordenamiento aplicable al comercio electrónico y además a de ser respetada por las partes y aplicada por tribunales; a falta de disposición expresa sin duda que por vía contractual puede ser consagrada la pauta mencionada; concordantemente la ley modelo dicta una disposición que responde al objetivo de consagración positiva del principio de equivalencia funcional propia del régimen jurídico del comercio electrónico y del Derecho Electrónico en general, me refiero al artículo 5 de la Ley Modelo que dice: “No se negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”; disposición que suscita dos interrogantes conceptuales y terminológicos, el primer termino <<información>> y el segundo <<mensaje de datos>>; en cuanto al primero, se utiliza en un sentido técnico-electrónico y neutro no en un sentido jurídico en este sentido todo lo que se transmite por vía electrónica son datos o información (imágenes, textos, sonidos, etc.), constituyen información electrónicamente transmisible y eventualmente transmitida, en consecuencia, toda declaración prenegocial, negocial o posnegocial efectuada por el emisor de un mensaje de datos se convierte en datos constitutivos de información en el sentido electrónico del termino.

La segunda cuestión, es resuelta gracias al artículo 2.a) de la Ley Modelo conforme la cual “por mensaje de Datos se entenderá la información general enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros el telegrama, el télex o el telefax”.

Se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el comercio electrónico no impliquen modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y

contratos nacional e internacional; así los elementos esenciales del negocio jurídico -consentimiento y objeto- no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico; tampoco cuando estos son internacionales, el soporte electrónico del negocio ha de implicar una modificación de la regla uniforme o del conflicto pertinente en orden a disciplinar la relación transfronteriza.

La regla tiene por objetivo circunscribir las nuevas normas a los aspectos electrónicos de las relaciones negociales sin simultáneamente alterar el derecho aplicable a las relaciones propiamente dichas con independencia del soporte; ejemplo de ello el art. 15.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 que estatuye “la oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”; la nueva regla tan solo se limita a permitir y contemplar específicamente el uso de la electrónica para producir la llegada de la mercadería; la disposición de la disciplina del comercio electrónico pretende reglar las peculiaridades que respecto de la llegada de la oferta a su destinatario pudieran suscitarse por el hecho de que el traslado de la oferta en cuestión se produzca por vía electrónica y no mediante soporte verbal o cartáceo; dejando intacto el derecho de las obligaciones y contratos preexistente.

La generalización del uso del nuevo soporte electrónico en ciertos sectores empresariales y en relación con determinados tipos de contratos ha motivado un profundo cambio del derecho preexistente; como consecuencia a pesar del postulado de Derecho de comercio electrónico ya se han producido cambios y deberán producirse muchos más debido al paso del tiempo y de la tecnología. Idéntico resultado modificadorio del derecho privado preexistente tiene lugar cuando el soporte electrónico y su empleo generalizado ocasionan una sensible laguna legal o vacío jurídico.

Neutralidad tecnológica:

Las nuevas normas disciplinadoras del comercio electrónico abarcan con sus reglas no solo la tecnología existente en el momento en que se formulan; sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación.

Las normas reguladoras del comercio electrónico y sus contratos han de resultar aplicables al comercio electrónico y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través del soporte electrónico; aplicable además, no solo a las tecnologías actuales sino también a las futuras; tanto así pues, a las que se apoyan en el uso del cable como a las que precisen de él.

#### Libertad contractual:

Manifestación de la inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones privada con ocasión de su aplicación por vía electrónica, la libertad negocial queda reconocida y en su virtud, las partes podrán convenir los efectos entre ellas; en consecuencia el soporte electrónico no excluye la libertades de pacto en un mayor grado o medida en que se excluye en la contracción verbal o manual.

Es apropiado recalcar que la regla universal de la libertad de pacto es tan válida para el comercio manual como para el comercio electrónico.

Excepciones a la libertad de pacto:

- De carácter general: son las excepciones en materia de confidencialidad de los datos electrónicamente intercambiados con fines negociales, los cuales no son libres negociales en la Unión Europea y en otros países terceros.
- Régimen de responsabilidad contraída por las partes relacionadas electrónicamente y su disponibilidad contractual: no siempre y en cualquier género de relación pueden convenir las parte sobre su responsabilidad.

- De índole singular referida a la firma electrónica: son excepciones relativas a la libertad empresarial; en cuanto al establecimiento y el reconocimiento de firmas electrónicas.

### **Principios Aplicables en el mundo virtual:**

- Libertad de expresión

Principio jurídico, tal vez el más importante en el Internet; guía la solución de problemas aunque trae consigo aspectos muy relevantes como:

- a) Si Internet es un espacio público o privada.
- b) Si hay responsabilidad de los proveedores de información o de los intermediarios.
- c) Si los derechos de propiedad asfixian la libertad.

- Libertad de comercio

El principio de la libertad de mercado ha sido afirmado expresamente en numerosas disposiciones legales; la libertad implica autorregulación de las partes y con ello una mínima intervención estatal que se limita a lo necesario para el funcionamiento institucional del mercado.

- Principio de no discriminación del medio digital

En un contexto de libertad, se afirma que el Estado debe ser neutral y no dictar normas discriminatorias en el sentido de limitar la participación de algún sujeto por el solo hecho de que no utilice un instrumento escrito; las partes son libres de adoptar entre ellas cualquier procedimiento de registro, de verificación de autoría, de firmas, y no deben sufrir limitaciones por ello; el Estado debe permitir que puedan probar judicialmente que su transacción es válida, debe evitarse la imposición de estándares o regulaciones y se deben eliminar los obstáculos basados en los requerimientos de forma escrita.

- Principio protectorio

La protección de la parte débil es un principio de antigua raigambre en diversos ordenamientos y característico del sistema jurídico latinoamericano.

En el ámbito de Internet se discute su aplicación; las distancias económicas y sobre todo de índole cognoscitiva perdurarán y se acentúan en la economía digital.

- Protección de la privacidad

Antítesis de la libertad de expresión y la libertad de comercio; numerosos conflictos dependen del adecuado juicio de ponderación entre estos principios competitivos.

- Libertad de información y de autodeterminación

vinculado con la privacidad; la idea de un derecho a la autodeterminación informativa incluye la facultad del individuo de disponer y revelar datos referentes a su vida privada, y su derecho a acceder a todas las fases de elaboración y uso de tales datos, o sea, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación; se ha desarrollado en relación al entrecruzamiento de datos personales, la asignación de identificadores únicos para toda la administración pública, el etiquetado y la categorización de sujetos, la posibilidad de control social mediante la asignación de un número único de identificación personal a los ciudadanos para usos universales.

- El carácter internacional

El Internet es una tecnología global, y muchas de las regulaciones al respecto están inspiradas en ese presupuesto, recogen el principio de que sus disposiciones deben ser interpretadas conforme al carácter internacional, lo que implica una progresiva tendencia hacia la homogenización de las reglas aplicables en este campo, que predominan en caso de duda, frente a otras leyes nacionales.

### **Actividades que comprende el comercio electrónico:**

Son muy diversas e incluyen.-

- Comercialización de bienes y servicios

- Suministros en línea de contenidos digitales
- Transferencias electrónicas de fondos
- Compraventas electrónicas de callones
- Conocimientos de embarque electrónicos
- Subastas
- Diseños y proyectos conjuntos
- Prestación de servicios en línea
- Contrataciones públicas
- Comercialización directa al consumidor
- Servicios posventa
- Productos y servicios (bienes de consumo como de capital y servicios de información financieros y jurídicos)
- Actividades tradicionales (asistencia sanitaria, educación)
- Nuevas actividades (cybermall)

**Aspectos y peculiaridades del comercio electrónico:**

1. Transnacionalización de sus efectos: los límites políticos y geográficos no significan nada en entornos digitales.
2. Ausencia de barrera de entrada: posibilita el surgimiento de organizaciones virtuales o el ofrecimiento de bienes y servicios a través de Internet por parte de empresas que no estén sujetas a controles adecuados o que podrían carecer de patrimonios suficientes en el caso de tener que responder por el daño.
3. Urgencia de implementar un eficiente sistema de resolución de disputas: debe ser a escala internacional en transacciones de pequeños montos; pues en los acuerdos por montos considerables se pactan los tribunales y la legislación a los que se someterán las partes en caso de conflicto.
4. Adecuación de las legislaciones: necesario en el medio digital debido a que estos entornos han transmutado conceptos tradicionales e incorporado otros, por lo que no puede considerárselos incluidos en las normativas vigentes.

5. Elaboración coordinada de principios sobre materia a escala internacional: con el objetivo de precautelar el crecimiento del comercio electrónico se debe incluir principios generales sobre políticas internacionales encaminadas a tornar confiables los medios digitales para el pleno desarrollo de la sociedad de la información.

### **Elementos Característicos del Comercio Electrónico:**

Es indudable que la transnacionalidad y la ausencia de asientos geográficos han tenido una serie de implicaciones en las transacciones que se realizan por este medio, las cuales pueden abordarse desde aspectos generales y aspectos jurídicos de comercio; dentro de los primeros pueden encontrarse:

1. La naturaleza del trabajo.- el crecimiento del Internet lleva a la reducción del empleo es su forma y distribución tradicionales, pero abre otras posibilidades tanto de nuevas clases de empleos, como nuevas formas de instrumentar el trabajo; por lo que paulatinamente empieza a surgir la necesidad de educación y formación especializada.
2. El rol de los estados.- tendencia a ser proactivos y a atender como prioridades la formulación de políticas y normativas sobre la materia), el desarrollo de nuevas clases de productos.
3. La evolución de los mercados.- el Internet hace surgir nuevas clases de mercados, pues la oferta de los productos no se circunscriben a acotados ámbitos locales; aún para las unidades más pequeñas, el mercado es Internet e Internet implica el mundo.
4. La eliminación de intermediarios.- en el comercio electrónico no hay necesidad de intermediarios puesto que el consumidor puede contratar directamente con el productor; pero surgen los intermediarios virtuales y por lo tanto una vinculación con aspectos tributarios en las redes, con las normas referidas al perfeccionamiento de los contratos y los mecanismos de reparación por el daño.

Dentro del segundo grupo se encuentran como temas genéricos:

1. La seguridad jurídica.- casi todas las áreas de la disciplina se encuentran se encuentran frente a una transición que debe reflejar y permitir construir el camino que la sociedad actual comienza a recorrer; con el surgimiento del comercio electrónico se ha presentado un importante desafío, pues el concepto tradicional de jurisdicción, ha introducido la noción de cibernaciones sin gobierno o de un ciber mundo que existe solo en el éter. Así conceptos como nacionalidad, residencia y soberanía se tornan de difícil aplicación; por lo que existe la necesidad de balancear la coacción de la ley y los derechos individuales de los particulares.
2. Cuestiones referidas a la tributación.- la creciente actividad comercial en Internet puso de manifiesto que el aspecto tributario se ha transformado en una cuestión central para los estados, lo cual hace surgir la necesidad la necesidad de una adecuación de las legislaciones tributarias. El incremento del monto total global comercializado por la red, así como las predicciones según las cuales cada vez mayor cantidad de empresas tendrán a migrar su comercialización a medios enteramente virtuales, pone de manifiesto la necesidad de regular la actividad desde el punto de vista tributario.  
Es esencial que se eviten normativas demasiado estrictas, pero la existencia de las normas tasas o la ausencia de ellas también producen efectos adversos. Ello en virtud de que la regulación tributaria del comercio electrónico posibilitará por un lado , evitar pérdidas en la recaudación fiscal y, por el otro, asegurará la neutralidad y transparencia de los procesos, especialmente si tiene en cuenta que este tipo de comercio carece de fronteras.  
Existen, al menos, dos clases de oportunidades de negocios generadas por la comercialización en Internet que influenciarán directamente en los sistemas tributarios.
  - a) nuevas formas de publicitar, vender y entregar bienes y servicios a los consumidores: Internet tiene la característica de brindar a las empresas la posibilidad de acceder a un sistema de comunicación global de muy bajo costo, por lo que éstas lo utilizan para la publicidad de sus bienes y servicios

o para su comercialización. Del mismo modo, las pymes tienen la posibilidad de acceder a mercados de escala, antes reservados para las grandes empresas.

- b) Nuevas formas de comunicación y organización de las actividades de las empresas: a su vez, Internet permite que las compañías sean más eficientes y flexibles en sus operaciones internas, para así trabajar de una manera más cercana con sus proveedores y estar más pendiente de las necesidades y expectativas de sus clientes.

El elemento tradicional del comercio electrónico consiste, en llamar comercio electrónico a aquel en el que se utilizan las redes como medios de transmisión de datos en un determinado mercado; pero el comercio electrónico en entorno de redes abiertas es un nuevo paradigma; en el que las redes no son meras transportadoras de datos, sino que, en realidad son el mercado.

Actualmente la manera de comerciar se caracteriza por el mejoramiento constante en los procesos de abastecimiento, y como respuesta a ello los negocios a nivel mundial están cambiando tanto su organización como sus operaciones.

El comercio electrónico es el medio de llevar a cabo dichos cambios dentro de una escala global, Además permiten seleccionar a los mejores proveedores sin importar su localización geográfica para que de esa forma se pueda vender a un mercado global.

El comercio electrónico puede utilizarse en cualquier entorno en el que se intercambien documentos entre empresas: compras o adquisiciones, finanzas, industria, transporte, salud, legislación y recolección de ingresos o impuestos. Ya existen compañías que utilizan el comercio electrónico para desarrollar los siguientes aspectos:

- Creación de canales nuevos de mercadeo y ventas.

- Acceso interactivo a catálogos de productos, listas de precios y folletos publicitarios.
- Venta directa e interactiva de productos a los clientes.
- Soporte técnico ininterrumpido, permitiendo que los clientes encuentren por sí mismos, y fácilmente, respuestas a sus problemas mediante la obtención de los archivos y programas necesarios para resolverlos.

Mediante el comercio electrónico se intercambian los documentos de las actividades empresariales entre socios comerciales. Los beneficios que se obtienen en ello son: reducción del trabajo administrativo, transacciones comerciales más rápidas y precisas, acceso más fácil y rápido a la información, y reducción de la necesidad de reescribir la información en las computadoras. Los tipos de actividad empresarial que podrían beneficiarse mayormente de la incorporación del comercio electrónico son:

- Sistemas de reservas. Centenares de agencias dispersas utilizan una base de datos compartida para acordar transacciones.
- Existencias comerciales. Aceleración a nivel mundial de los contactos entre mercados de existencias.
- Elaboración de pedidos. Posibilidad de referencia a distancia o verificación por parte de una entidad neutral.
- Seguros. Facilita la captura de datos.
- Empresas que suministran a fabricantes. Ahorro de grandes cantidades de tiempo al comunicar y presentar inmediatamente la información que intercambian.

Se podrá apreciar que el comercio electrónico paradójicamente produce un acercamiento al comercio tradicional.

### **Diferencia entre comercio tradicional, comercio electrónico y comercio en Internet**

<i>Comercio tradicional</i>	<i>Comercio electrónico tradicional</i>	<i>Comercio electrónico en Internet</i>
Entre empresas y consumidores Entre empresas Entre empresas y administraciones públicas Entre usuarios	Sólo entre empresas	Entre empresas y consumidores Entre empresas Entre empresas y administraciones públicas Entre usuarios
Mercado mundial abierto	Mercado: círculo cerrado	Mercado mundial abierto
Número ilimitado de participantes	Número limitado de intervinientes empresariales	Número ilimitado de participantes
Se realiza libremente	Se realiza a través de redes cerradas	Se realiza libremente a través de redes abiertas
Coexisten participantes conocidos y desconocidos	Todos los participantes se conocen Existe mutua confianza	Coexisten participantes conocidos y desconocidos
Necesidad de seguridad y autenticación por terceros (p.ej., escribanos, testigos)	Seguridad: forma parte del diseño de la red	Necesidad de seguridad y autenticación por medios tecnológicos

### Diferencia entre comercio electrónico y comercio en entorno de redes

<i>Comercio electrónico tradicional</i>	<i>Comercio electrónico en entorno de redes abiertas (Internet)</i>
Transferencia electrónica de fondos Transacciones o acuerdos vía correo electrónico Tarjetas inteligentes Sistemas de gestión por <i>workflow</i> EDI Venta por catálogo en CD-ROM Intranets	Transferencia electrónica de fondos Transacciones o acuerdos vía correo electrónico Tarjetas inteligentes Sistemas de gestión por <i>workflow</i> EDI Venta por catálogo en CD-ROM Comercialización digital de bienes y servicios Compraventa de acciones digitalmente Conocimientos de embarques electrónicos Suministro en línea de contenidos digitales Subastas Diseños y proyectos conjuntos Prestación de servicios en línea Contratación pública Comercialización directa al consumidor Servicios de postventa Telecompras Catálogos en CD-ROM con conexión a Internet Infomerciales con mecanismos de respuestas a través de la red Sitios <i>web</i> con extensiones en CD-ROM para demostraciones en multimedia

### El comercio electrónico utiliza un amplio rango de tecnologías:

Son las siguientes:

- Intercambio Electrónico de Datos (EDI-Electronic Data Interchange)
- Correo Electrónico (E-mail o Electronic Mail)

- Transferencia Electrónica de Fondos (EFT- Electronic Funds Transfer)
- Aplicaciones Internet: Web, News, Gopher, Archie
- Aplicaciones de Voz: Buzones, Servidores
- Transferencia de Archivos
- Diseño y Fabricación por Computadora (CAD/CAM)
- Multimedia
- Tableros Electrónicos de Publicidad
- Videoconferencia

### **1.3 TÉRMINOS MÁS UTILIZADOS.-**

1.3.1 Comercio electrónico: “conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas a través del procesamiento y la transmisión de información; la misma que debe ser objeto principal de la transacción o un elemento conexo a ella”.<sup>9</sup>

1.3.2 Web: “voz inglesa, abreviatura de World Wide Web; red mundial; sistema de organización de información de Internet mediante enlaces de hipertexto.”<sup>10</sup>

1.3.3 Internet: “red descentralizada de computadoras distribuidas por el mundo, que ofrece múltiples formas de acceder a una ingente cantidad de información, obtenida gracias a la interconexión de las computadoras de las universidades, organismos gubernamentales y bases de datos de empresas especializadas. Ofrece también a sus usuarios servicios tales como correo electrónico o grupos de debate.”<sup>11</sup>

1.3.4 On line: “en línea; activado y listo para realizar una operación, con capacidad de comunicarse o de ser controlado por un ordenador o computadora. Por ejemplo, una impresora está en línea cuando está lista

---

<sup>9</sup> [www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com](http://www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com)

<sup>10</sup> Océano Uno Color, edición 2000, España, 2000

<sup>11</sup> Océano Uno Color, edición 2000, España, 2000

para imprimir. Una base de datos está en línea cuando puede ser utilizada por un usuario conectado a la computadora que la contiene. En el ámbito de Internet, se dice que se está en línea cuando se está conectado y listo para enviar o recibir información.”<sup>12</sup>

1.3.5 Off line: “Fuera de línea; en informática, estado en el cual un dispositivo no puede comunicarse con un ordenador o computadora ni ser controlado por ellos. A pesar de que un dispositivo está fuera de línea cuando está desconectado o apagado, el término no es necesariamente sinónimo de físicamente cerrado o desconectado de la red eléctrica. Por ejemplo, una impresora puede estar fuera de línea (temporalmente inactiva), a pesar de estar enchufada a la red y conectada a la computadora por un cable de impresora.”<sup>13</sup>

1.3.6 Hardware: “equipo utilizado para el funcionamiento de una computadora. El hardware se refiere a los componentes materiales de un sistema informático. La función de estos componentes suele dividirse en tres categorías principales: entrada, salida y almacenamiento.”<sup>14</sup>

Entrada: consta de dispositivos externos; esto es, componentes situados fuera de la CPU de la computadora que proporcionan información e instrucciones; ejemplo, lápiz óptico, mouse, joy stick, teclado, scanner, reconocimiento de voz, modem.

Salida: consta de dispositivos externos que transfieren información de la CPU de la computadora al usuario informático; por ejemplo a pantalla convierte la información generada por el ordenador en información visual.

Almacenamiento: sirve para almacenar permanentemente información y programas que el ordenador deba recuperar en algún momento. Los dos tipos principales de dispositivos de almacenamiento son las unidades de disco y la memoria. Las unidades de disco duro almacenan información que

---

<sup>12</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>13</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>14</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

suelen ser una parte permanente de la computadora, pueden almacenar grandes cantidades de información y recuperarla muy rápidamente y los unidades de disquete almacenan menos información que un disco duro, y la recuperación de la misma es muchísimo más lenta.

1.3.7 Software: “conjunto de instrucciones que un ordenador emplea para manipular datos: por ejemplo, un procesador de textos o un videojuego. Estos programas suelen almacenarse y transferirse a la CPU a través del hardware de la computadora. El software también rige la forma en que se utiliza el hardware, como por ejemplo la forma de recuperar información de un dispositivo de almacenamiento.”<sup>15</sup>

1.3.8 Legislación: “conjunto de leyes por las cuales se gobierna un estado. Ciencia de las leyes.”<sup>16</sup>

1.3.9 Aduana: “oficina pública en costas, fronteras y aeropuertos, para registrar los géneros y mercancías que se importan y exportan, y cobrar los derechos que adeudan.”<sup>17</sup>

1.3.10 Arancel: “lista o catálogo de impuestos aduaneros aplicados generalmente por el Gobierno sobre las importaciones y, a veces, sobre las exportaciones; como instrumentos de la política económica, de esta manera proteger la industria nacional de la competencia externa y para lograr el superávit de la balanza comercial. Método más común para frenar las importaciones.”<sup>18</sup>

1.3.11 Comercio internacional: “intercambio de bienes y servicios entre países; el comercio internacional permite a un país especializarse en la producción de los bienes que fabrica de forma más eficiente y con menores costos. El comercio también permite a un Estado consumir más de lo que

---

<sup>15</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta © 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>16</sup> Océano Uno Color, edición 2000, España, 2000

<sup>17</sup> Océano Uno Color, edición 2000, España, 2000

<sup>18</sup> Océano Uno Color, edición 2000, España, 2000

podría si produjese en condiciones de autarquía. Por último, el comercio internacional aumenta el mercado potencial de los bienes que produce determinada economía, y caracteriza las relaciones entre países, permitiendo medir la fortaleza de sus respectivas economías.”<sup>19</sup>

1.3.12 Áreas de libre comercio: “creadas entre los países para fomentar el comercio, defienden los mismos intereses políticos y económicos, en las que se reducen los aranceles (llegando a eliminarse) entre los países miembros.”<sup>20</sup>

1.3.13 Economía política internacional: “disciplina científica que analiza la interacción de la política en la economía entre los Estados del mundo. La más importante de estas interacciones está relacionada con el comercio internacional. Los estudiosos de la economía política internacional examinan también las relaciones financieras, la política regional y la cooperación económica, la política medioambiental, los modelos de inversión de las multinacionales, la ayuda extranjera y las relaciones entre las regiones ricas y pobres del mundo.”<sup>21</sup>

1.3.14 Zona de libre comercio: “tratado en el cual los países firmantes se comprometen a anular entre sí los aranceles en frontera; es decir, los precios de todos los productos comerciados entre ellos serán los mismos para todos los integrantes de la zona, de forma que un país no puede aumentar (mediante aranceles a la importación) el precio de los bienes producidos en otro país que forma parte de la zona de libre comercio. Como ejemplo de este tipo de acuerdos comerciales internacionales pueden citarse la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) y el Tratado de Libre Comercio Norteamericano (TLC).”<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>20</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>21</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>22</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

1.3.15 Unión aduanera.: “eliminación de aranceles internos para los países miembros de la unión, se crea un Arancel Externo Común (AEC) para todos los Estados. Cualquier país de la unión que importe bienes producidos por otro país no perteneciente a la unión aplicará a estos bienes el mismo arancel; se suele permitir también la libre circulación de personas y capitales por todos los territorios de los países miembros, lo que permite la libre adquisición de bienes de consumo y empresas de los ciudadanos de un país en el resto de los países pertenecientes al acuerdo comercial. El ejemplo más destacado de unión aduanera fue la Comunidad Económica Europea, germen de la Unión Europea (UE).”<sup>23</sup>

1.3.16 Unión económica: “Representa el grado sumo de integración comercial entre distintos países; se produce una integración económica plena al eliminarse las distintas monedas de los países integrantes de la unión, creándose un único banco central para todos ellos. La UE constituye una unión económica plena desde 1999, al finalizar el proceso de convergencia entre los países miembros y crearse una moneda única, el euro.”<sup>24</sup>

1.3.17 Tratado de Libre Comercio: “acuerdo económico, establece la supresión gradual de aranceles, y de otras barreras al libre comercio, en la mayoría de los productos fabricados o vendidos, así como la eliminación de barreras a la inversión internacional y la protección de los derechos de propiedad intelectual.”<sup>25</sup>

1.3.18 Elusión: “acción y efecto de eludir; y éste es evitar con astucia una dificultad o una obligación.”<sup>26</sup>

1.3.19 Evasión: “acción del contribuyente para eludir un determinado impuesto.”<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>24</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>25</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>26</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft

1.3.20 Instrumentos públicos: “es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado; hace fe y constituyen prueba.”<sup>28</sup>

1.3.21 Instrumentos privados: “escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio.”<sup>29</sup>

1.3.22 Contratación electrónica: “aquella cuyo objeto sea un bien o un servicio informático, o ambos, o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático.”<sup>30</sup>

1.3.23 Bienes informáticos: “son todos aquellos elementos que forman el sistema (ordenador) en cuanto al hardware, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos, así como todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático. Asimismo, se consideran bienes informáticos los bienes inmateriales que proporcionan las ordenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático.”<sup>31</sup>

1.3.24 Servicios electrónicos: “se entiende todos aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella.”<sup>32</sup>

1.3.25 Usuario: “que usa ordinariamente algo; dicho de una persona que tiene derecho de usar de una cosa ajena con cierta limitación.”<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft

<sup>28</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000

<sup>29</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000

<sup>30</sup> [www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com](http://www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com)

<sup>31</sup> [www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com](http://www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com)

<sup>32</sup> [www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com](http://www.comercioelectrónico-especial.de.eluniverso.com)

<sup>33</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft

1.3.26 Consumidor: “que consume; persona que compra productos de consumo”<sup>34</sup>

## **CAPITULO II**

### **2. MODALIDADES DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

#### **2.1 CATEGORIAS DEL COMERCIO ELECTRONICO.-**

El comercio electrónico es un subconjunto de la sociedad de la información, en la cual las nuevas tecnologías, en particular el uso de la red, se aplican a transacciones comerciales de contenidos muy diferentes, realizados tanto entre empresas (business to business) o entre empresas y consumidores privados o públicos (business to consumers o business to administrations).

Cuando nos referimos a dicho fenómeno, nos podemos estar refiriendo a lo que se conoce como comercio electrónico directo o indirecto. El comercio electrónico indirecto es aquél en el que los bienes comercializados necesitan ser enviados a través de canales tradicionales de distribución (por ejemplo, envío postal y servicios de mensajería); mientras que el directo es aquél donde el pedido, pago y envío de los bienes intangibles y/o servicios se produce a través de la Web (como por ejemplo, programas informáticos, servicios de información, etc.).

Cualquiera sea la definición del término comercio electrónico, amplia o restrictiva, sus relaciones con la sociedad de la información o su trascendencia, nos enfrentamos ante un fenómeno novedoso que lógicamente influye en la fiscalidad, siendo el comercio electrónico directo el que reviste mayor interés en esta materia.

---

<sup>34</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft

1. Comercio electrónico directo: se lleva a cabo íntegramente por vía electrónica (online); es decir, abarca el proceso que va desde el pedido hasta el pago y el suministro en línea a escala mundial de bienes y servicios intangibles. La comercialización directa es la que mejor aprovecha el potencial que pueden ofrecer las redes de telecomunicaciones. Son bienes de naturaleza intangible que viajan por la red.
2. Comercio electrónico indirecto: se realiza mediante pedidos de bienes y servicios tanto materiales como intangibles a través de las redes, pero que se suministran por medio de los canales normales de distribución física; usando canales convencionales de distribución (envío postal y servicios de courier); como es el caso de las ventas telefónicas, donde el pedido también se realiza a distancia.

Por otra parte, cabe señalar que las transacciones de comercio electrónico pueden ser efectuadas, entre los distintos sujetos:

- a) Entre empresas o “business to business”.

Las empresas pueden intervenir como usuarias -compradoras o vendedoras- o como proveedoras de herramientas o servicios de soporte para el comercio electrónico; como instituciones financieras, proveedores de servicios de Internet, etc.

- b) Entre empresa y consumidor o “business to consumers”.

Las empresas venden sus productos y prestan sus servicios a través de un sitio Web a clientes que los utilizarán para uso particular.

- c) Entre consumidor y consumidor o “consumers to consumers”.

Es factible que los consumidores realicen operaciones entre sí, tal es el caso de los remates en línea.

- d) Entre consumidor y administración o “consumers to administrations”.

Los ciudadanos pueden interactuar con las Administraciones Tributarias a efectos de realizar la presentación de las declaraciones juradas y/o el pago de los tributos, obtener asistencia informativa y otros servicios.

e) Entre empresa y administración o “business to administrations”.

Las administraciones públicas actúan como agentes reguladores y promotores del comercio electrónico y como usuarias del mismo.

Esta clasificación es significativa en lo referente a la regulación específica a la que estará asido cada sujeto en particular, lo cual constituye una tendencia seguida por no pocas legislaciones; sin embargo existen autores como Rafael Illescas Ortiz quien en su obra titulada Derecho de Contratación, realiza la siguiente distinción:

Clases o categorías detectables.<sup>35</sup>

a) **calidad de sus intervinientes:**

- comercio electrónico entre empresarios
- comercio electrónico entre empresarios y consumidores

b) **ámbito geográfico de ejercicio:**

- comercio electrónico interno
- comercio electrónico internacional o transfronterizo:

Ej. Perspectiva europea: {  
- comercio intracomunitario  
- comercio extracomunitario

c) **entorno tecnológico en el que se practica:**

- cerrado: cuyo acceso se encuentra excluido para quienes carecen de una habilitación contractual previa y específica.
- abierto: se perfecciona y ejecuta en redes abiertas de telecomunicación (Internet).

---

<sup>35</sup> DERECHO DE CONTRATACIÓN, Rafael Illescas Ortiz

- d) **comercio electrónico disciplinado** mediante contratos previos que regulan las subsiguientes relaciones electrónicas de sus partes.
- e) **Comercio electrónico cuya disciplina** se encuentra en la ley aplicable sino es derogado de forma expresa por las partes al inicio de sus relaciones en ejercicio de su libertad de pacto y contratación.

Por otro lado, la clasificación más relevante a nuestro tema es la que discierne respecto a la entrega y pago del bien; pues en la modalidad directa posee mayor relevancia, ya que se torna dificultoso establecer la naturaleza intrínseca de la operación pues en los derechos y productos que se transmiten se verifica una desmaterialización del objeto, vía digitalización.

Así tenemos que lo que hasta este momento era la compraventa de un libro, con la consiguiente entrega de un bien tangible, hoy se convierte en una simple prestación de un servicio. Atento a ello, deberá tenerse en cuenta la calificación jurídica asignada al negocio; esto es, si nos encontramos en presencia de la explotación de un derecho de propiedad intelectual o una mera prestación de servicios; lo cual es de vital importancia, pues si es el primer caso será una explotación económica del derecho transmitido, pudiendo el cesionario reproducir la obra transmitida, supuesto bajo el cual la transacción se encontrará excluida del gravamen; en cambio si es de la segunda alternativa la intención del prestatario será el consumo o utilización del servicio para uso propio y revestirá la calificación de prestación de servicios, encontrándose comprendida dentro del ámbito de imposición del tributo.

## **2.2 CLASES DE TRANSACCIONES.-**

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha diferenciado veinte y cuatro categorías de transacciones típicas de comercio electrónico, en un documento producto del trabajo realizado por el Grupo de Asesoramiento Técnico (TAG) en las reuniones celebradas en los meses de septiembre de 1999 y febrero de 2000.

Si bien puede afirmarse que el comercio electrónico se inició con las ventas telefónicas y por catálogo a través de CD Rom, es con la explosión del fenómeno “Internet” que adquiere un mayor auge, al producir un cambio en el comercio global, tanto en su organización como en su forma de actuar.

Esta nueva modalidad de comercio presenta en la actualidad numerosas oportunidades y cambios, como consecuencia de la irrupción de Internet, por ello surgen las transacciones abajo anotadas.

1. Procesamiento de pedido electrónico de productos tangibles
2. Pedido electrónico de productos digitalizados
3. Pedido electrónico y descarga de productos digitales a efectos de la explotación de los derechos de autor
4. Actualizaciones y agregados
5. Software de duración limitada y otras licencias sobre información digital
6. Programa de computación u otro producto digital de uso único
7. Hosting de una aplicación – Licencia separada
8. Hosting de una aplicación – Contrato enlatado
9. Proveedor de servicios de aplicación (Application Service Provider)
10. Tarifas por licencia para la provisión de servicios de aplicación (Application Service provider) Hosting de sitios web
11. Almacenamiento de datos
12. Obtención de datos
13. Entrega de datos exclusivos o de alto valor
14. Publicidad
15. Acceso electrónico a asesoramiento profesional
16. Entrega de información
17. Acceso a sitios web interactivos con suscripción previa
18. Portales de compras en línea
19. Subastas en línea
20. Operaciones de adquisición de contenido
21. Transmisión de audio y/o video en tiempo real por la red
22. Mantenimiento de programa de computación

23. Atención al cliente a través de redes de computación

24. Información técnica

Es necesario realizar algunas precisiones sobre estas operaciones, que en definitiva sirven de directrices para la persona común y corriente o una empresa; no solo en el ámbito comercial; sino en lo que a ejercicio y cumplimiento de la norma tributaria se refiere.

\*En cuanto al pedido electrónico y descarga de productos digitales a efectos de la explotación de los derechos de autor; es importante aclarar el concepto de patente, que es un derecho monopólico exclusivo que un gobierno otorga a una empresa, individuo u organización por una invención, definida como un producto o proceso que ofrece una nueva manera de hacer algo, o una nueva solución técnica a un problema. Ese monopolio tiene una duración limitada que suele ser de 20 años. Vencido el plazo estipulado por ley, la invención entra al Dominio Público.

Así como el copyright es el marco que ampara la “expresión” de las ideas (en libros, pinturas, canciones, etc.), las patentes amparan las “aplicaciones” de ideas, en tanto tengan uso práctico sean útiles, novedosas, tengan alguna característica nueva que no se conozca en el cuerpo existente de su ámbito de aplicación. Para que la patente sea otorgada, debe estar presente un “paso inventivo” que no podría ser fácilmente deducido por una persona con conocimientos medios del ámbito técnico, es decir, no deben ser “aplicaciones obvias”.

Se prevé que las patentes sean concedidas por oficinas nacionales de patentes, o por alguna oficina regional, como es el caso de la Oficina Europea de Patentes. A nivel internacional, existe el “Tratado de Cooperación en materia de Patentes” administrado por la OMPI, que estipula la presentación de una única solicitud internacional de patentes, que tiene el mismo efecto que las solicitudes nacionales presentadas en los países signatarios.

Los programas de computadora, que pueden presentarse bajo diferentes formatos, ya sean como algoritmos o como flujos de información codificada

(como método matemático o como presentación de información), jamás podrían ser posibles de patentamiento, sea cual sea la forma en la que se presenten. Toda presentación de información desarrollada como una “expresión” de esta no puede ser patentable. Esto aplica tanto a señales acústicas, como a libros y muestras visuales. Lo que si puede ser patentable es aquel caso en el que la presentación de la información se realice con alguna novedad técnica, pero el monopolio de patente jamás incluiría la información contenida en ella, sino el dispositivo (Ej.: aparatos telegráficos).

\*Por otra, en lo que almacenamiento de datos se refiere; En cualquier empresa es obligatorio contar con una política adecuada de almacenamiento de datos y copia de seguridad.

Cualquier empresa genera montones de datos fundamentales que se deben guardar en un lugar seguro, es decir, se deben almacenar en puntos a los que se pueda obtener acceso y de donde se puedan recuperar con facilidad.

En el mundo de los negocios, nadie sabe qué puede pasar, nadie está a salvo de daños por accidente, si no se hacen copias de seguridad de la información o de los datos cruciales el resultado es devastador su recuperación puede acarrear un enorme costo; si se genera gran cantidad de datos, es conveniente preguntar por una solución para el almacenamiento de red.

Estas soluciones de almacenamiento de red automatizan muchas tareas ordinarias de copia de seguridad, a la vez que ofrecen amplias capacidades de almacenamiento, funciones de búsqueda inmediata e instantánea, así como enorme flexibilidad para agregar dispositivos que obtengan acceso a los archivos desde cualquier ubicación.

\*En cuanto a los Softwares de duración limitada y otras licencias sobre información digital es vital distinguir el objeto del contrato a fin de determinar si se está en presencia de una licencia de uso o una licencia de explotación. En el primer caso, la operación recibirá el tratamiento de una prestación de servicios, mientras que en el segundo caso se le dispensará el tratamiento de explotación de derechos de autor.

Tratándose de una licencia de uso, se pueden presentar diversas alternativas las que merecerán el siguiente tratamiento en el Impuesto al Valor Agregado:

- a) Operación efectuada con un prestador del exterior: en este caso la transacción está alcanzada por el impuesto, siempre que el prestatario no sea un sujeto exento o no alcanzado por el impuesto.
- b) Operación efectuada con un prestador local: la misma se encuentra sujeta al impuesto.

Por el contrario, si se tratara de una licencia de explotación, dicha transacción se encuentra fuera del objeto del Impuesto al Valor Agregado. En este caso no resultaría aplicable por cuanto los derechos cedidos difícilmente se relacionarían con una prestación gravada.

\*El Pedido electrónico de productos digitalizados como por ejemplo música, libros, acceso a base de datos, etc; al igual que en el caso anterior, se deberá distinguir el destino dado al producto. Así, en caso de uso, se estará ante una prestación de servicios, mientras que si la transmisión está destinada a permitir la reproducción del bien, existirá transferencia de derechos de autor, pudiendo estos ser acompañados o no de transferencia de marca.

La Información técnica que puede abarcar planos, fórmulas, etc; independientemente del destino dado al intangible, se estará ante una transferencia de tecnología, no resultando la operación alcanzada por el Impuesto al Valor Agregado.

\*Locación de espacios publicitarios en sitios de la red; un negocio puede ser explotado a través de una red en los llamados sitios Web; una vez desarrollado el sitio Web, sus propietarios pueden ceder espacios publicitarios a aquellas empresas interesadas en dar a conocer sus productos o realizar publicidad institucional en Internet. De esta manera, se genera la aparición de un negocio similar a la publicidad en los medios habituales de comunicación.

A fin de establecer la imposición aplicable a los servicios de publicidad prestados por propietarios de sitios Web, corresponde señalar que el IVA grava a los servicios cuando la actividad que genera el servicio es desarrollada o contratada en el Ecuador o cuando los servicios son utilizados en territorio nacional, independiente del lugar donde se preste o pague en el inciso. En este sentido, la norma dispone que en el mentado caso, se las entenderá realizadas en el país en la medida en que su retribución sea atribuible a la empresa ubicada en él.

La norma podría ampliarse con la finalidad de incluir las prestaciones realizadas a través de sitios Web, debiendo establecerse en qué casos debería considerarse la existencia de exportación e importación de servicios.

Se deberá dilucidar si el servicio es utilizado económicamente en el territorio nacional, por lo que se estima necesario incorporar como presunción legal que el servicio será utilizado en el territorio nacional si la empresa prestataria es residente en el país. Caso contrario, el servicio constituirá una exportación de servicio.

Asimismo, se estima conveniente sugerir el dictado de los supuestos legales, relativos a la utilización efectiva de los servicios en el impuesto al valor agregado.

## **CAPITULO III**

### **3. COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

#### **3.1 LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS (LEY NO. 67 R.O. SUPLEMENTO 557 DE 17 DE ABRIL DE 2002)**

En un intento de mantenerse en vanguardia y en consonancia con las legislaciones del mundo, en Ecuador se promulga la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; sin embargo y a pesar de que esta claramente identificado que a través de redes electrónicas se establecen relaciones económicas y de comercio; se realizan contratos de carácter civil y mercantil, que trata de controlar y regular la mencionada ley; hace caso omiso de lo que a recaudación tributaria se refiere.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos se encuentra destinada a regular los siguientes temas:

- 1) Firmas electrónicas
- 2) Certificados de firma electrónica
- 3) Entidades de certificación de información
- 4) Regulación y control de las entidades de certificación acreditadas
- 5) Servicios electrónicos
- 6) Organismos de promoción y difusión de servicios electrónicos
- 7) Derechos de los usuarios o consumidores de los servicios electrónicos
- 8) Contratación electrónica y telemática
- 9) Infracciones informáticas
- 10) Prueba y notificaciones electrónicas

Al iniciar el análisis de la mentada ley, es necesario establecer la importancia de los mensajes de datos; pues tal como lo establece su Art. 44, “cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensaje de datos, a través de redes electrónicas..., tendrá el mismo valor y

efectos jurídicos que los documentos escritos”; la relevancia que tiene el dar cumplimiento al principio de equivalencia funcional dentro del derecho del comercio electrónico, cuya normativa se encuentra en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (LMCUCE) ya que el mensaje de datos es información electrónicamente tratada, contenedora de declaraciones de voluntad o de ciencia así como de objetos inmateriales susceptibles de contratación y de entrega; se requiere que el mensaje de datos sea legalmente equiparado al documento escrito o verbal en todos sus aspectos y efectos jurídicos; ninguna discriminación habrá de padecer el mensaje de datos respecto del acuerdo o la declaración en papel o verbal por el mero hecho de que el mensaje de datos posea soporte diferenciado y genuino.

Si la electronificación de los actos jurídicos no resultare reconocida por el ordenamiento, las transacciones electrónicas simplemente devinieren inseguras o podrían padecer alteraciones en los efectos, consecuencia del nuevo soporte.

Sin embargo, existen excepciones al tratamiento que debe dársele al mensaje de datos

- La equivalencia alcanza únicamente al documento escrito o declaración oral privado: la equivalencia no llega al documento solemne, público o notarial salvo disposición nacional específica.
- La equivalencia no debe entenderse como impedimento para que la legislación nacional consagre concretos casos en los que la misma no sea sostenible: ejemplo la constitución y transmisión de la propiedad inmobiliaria o a los negocios de índole familiar o sucesoria, incluso de contenido patrimonial; sin llegar a constituirse en una excepción sino más bien la aplicación en el campo de la equivalencia funcional de un principio jurídico común a las diversas ramas del ordenamiento.
- Declaración viciada no produce efectos sanatorios: al igual que el papel, ni siquiera el público o notarial, ni su ulterior registro igualmente público, sana los vicios o defectos jurídico que padezca la declaración en él

recogida e inscrita; tampoco el mensaje de datos puede producir dicho efecto sanatorio.

Es fundamental establecer el momento de envío y recepción del mensaje de datos; así como el lugar; puesto que, desde este punto parte la problemática que envuelve a la determinación de domicilio y establecimiento permanente, lo que nos conduce al desmadejamiento del principio de territorialidad; según el art. 11 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, “salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos son los siguientes:

- a) Momento de emisión del mensaje de datos.- cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre de éste o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto;
- b) Momento de recepción del mensaje de datos.- cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que esta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos; y,
- c) Lugar de envío y recepción.- los acordados por las partes; sus domicilios legales, o los que consten en los certificados de firma electrónica, del emisor y del destinatario. Si no se pudiera establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos.”

**Firma Electrónica.-** según el art. 13 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos se encuentra definida como “datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al

titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.”

La firma electrónica será admitida como prueba en juicio y sus requisitos son:

- ⇒ Debe ser individual, pertenece únicamente a su titular; y por ende debe ser controlada por éste exclusivamente.
- ⇒ Que permita comprobar la autoría e identidad del titular.
- ⇒ Su creación y verificación debe ser confiable, seguro e inalterable.

Quien hace uso de la firma electrónica se someterá al cumplimiento del contenido del mensaje de datos como en cualquier otro contrato; debe actuar con prolijidad y diligencia cuando tenga sospechas de utilización por terceros no autorizados, deberá notificar a los vinculados y a la entidad de certificación, solicitando su oportuna cancelación. La duración de la firma es indefinida y puede ser revocada, anulada o suspendida; la extinción de la firma electrónica puede obedecer a la voluntad de su titular, fallecimiento o incapacidad del mismo; en este punto existe un vacío que podría ser subsanado con la aplicación de las reglas del derecho civil; pues la ley materia de este estudio no determina, ni hace distinción entre incapacidad absoluta y relativa o especial ; y finalmente puede extinguirse por disolución o liquidación de la persona jurídica titular o por causa judicialmente declarada.

La Firma Electrónica permite determinar de forma fiable si las partes que intervienen en una transacción son realmente las que dicen ser, y si el contenido del contrato ha sido alterado o no posteriormente; no es una firma escrita, sino un software. Se basa en algoritmos que trabajan con números de hasta 2048 bits, la parte visible de la rúbrica es el nombre del firmante, pero también puede incluir el nombre de una compañía y el cargo. Gracias a la firma digital, los ciudadanos podrán realizar transacciones de comercio electrónico seguras y relacionarse con la Administración con la máxima eficacia jurídica.

La firma digital proporciona un amplio abanico de servicios de seguridad:

- Autenticación: permite identificar unívocamente al signatario, al verificar la identidad del firmante, bien como signatario de documentos en transacciones telemáticas, bien para garantizar el acceso a servicios distribuidos en red.
- Imposibilidad de suplantación: el hecho de que la firma haya sido creada por el signatario mediante medios que mantiene bajo su propio control (su clave privada protegida, por ejemplo, por una contraseña, una tarjeta inteligente, etc.) asegura además, la imposibilidad de su suplantación por otro individuo.
- Integridad: permite que sea detectada cualquier modificación por pequeña que sea de los datos firmados, proporcionando así una garantía ante alteraciones fortuitas o deliberadas durante el transporte, almacenamiento o manipulación telemática del documento o datos firmados.
- No repudio: ofrece seguridad inquebrantable de que el autor del documento no puede retractarse en el futuro de las opiniones o acciones consignadas por él, ni de haberlo enviado. La firma digital adjunta a los datos un timestamp, lo que imposibilita su falsificación; por lo que se concluye que solo el signatario pudo haberlo firmado.
- Auditabilidad: permite identificar y rastrear las operaciones llevadas a cabo por el usuario dentro de un sistema informático cuyo acceso se realiza mediante la presentación de certificados.
- El acuerdo de claves secretas: garantiza la confidencialidad de la información intercambiada ente las partes, esté firmada o no.

La firma digital se puede aplicar en las siguientes situaciones:

- E-mail
- Contratos electrónicos
- Procesos de aplicaciones electrónicos
- Formas de procesamiento automatizado
- Transacciones realizadas desde financieras alejadas
- Transferencia en sistemas electrónicos, por ejemplo si se quiere enviar un mensaje para transferir \$100,000 de una cuenta a otra. Si el mensaje se quiere pasar sobre una red no protegida, es muy posible que algún adversario quiera

alterar el mensaje tratando de cambiar los \$100,000 por 1000,000; con esta información adicional no se podrá verificar la firma lo cual indicará que ha sido alterada y por lo tanto se denegará la transacción.

- En aplicaciones de negocios, un ejemplo es el Electronic Data Interchange (EDI) intercambio electrónico de datos de computadora a computadora intercambiando mensajes que representan documentos de negocios.

- Para proteger y verificar la integridad de un documento mediante fecha y hora en la que fue ejecutado, se firma y aplicando cualquiera de los dos algoritmos al DSA o al RSA, se puede confirmar.

**Certificados de firma electrónica.-** es un mensaje de datos que certifica la identidad del titular de una firma electrónica; el certificado debe cumplir con los siguientes requisitos:

nombre de la entidad certificadora, su domicilio, número único de serie, método que se utilizará para la verificación de la firma, fecha de emisión y expiración del certificado, firma electrónica, limitaciones y restricciones para los usos del certificado; y, datos del titular de la firma.

El certificado de la firma se extinguirá a solicitud del titular o cuando se ha extinguido la firma electrónica; la extinción surtirá efecto desde su comunicación a la entidad de certificación. En cuanto a la suspensión se efectuará por los siguientes motivos:

por disposición de CONARTEL (Consejo Nacional de Telecomunicaciones); falsedad de datos consignados por el titular del certificado debidamente comprobado por la entidad certificadora; por incumplimiento de contrato entre la entidad y el titular de la firma electrónica. El certificado de la firma electrónica podrá ser revocado por CONARTEL cuando la entidad certificadora cesará en sus funciones y sus certificados no sean acogidos por otra certificadora y cuando se declare judicialmente la quiebra tecnológica de la entidad certificadora. La suspensión y la revocación surtirán efectos desde la notificación al titular y respecto a terceros desde el momento de su publicación; de no actuar así, la entidad certificadora será responsable de los perjuicios.

Los certificados de firma electrónica otorgados por certificadoras extranjeras, tendrán igual valor legal que si lo obtuviesen en el Ecuador siempre que cumplan con los requisitos que prevé la presente ley y siempre que posean un grado de fiabilidad.

Un certificado está compuesto básicamente por la identidad de un usuario (subject), su clave pública, la identidad y la clave pública de la emisora (issuer) del certificado en cuestión, su periodo de validez y la firma digital del propio certificado. La validación de un certificado se realiza verificando la firma digital en él incluida mediante el empleo de la clave de su signatario, que a su vez ha de ser validada usando el certificado correspondiente, y así sucesivamente hasta llegar a la raíz de la jerarquía de certificación. Una vez que los certificados han sido firmados, se pueden almacenar en servidores de directorios o transmitidos por cualquier medio (seguro o no) para que estén disponibles públicamente; por lo tanto los usuarios pueden chequear la autenticidad de las claves, en el proceso de verificación se ha de comprobar el periodo de validez de cada certificado y que ninguno de los certificados de la cadena haya sido revocado.

**Regulación y control de las entidades de certificación acreditadas.**- según el art. 29 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos son empresas unipersonales (“la empresa es una organización de factores de producción a fin de generar bienes y servicios para el mercado, constituye el destino natural y obvio de los fondos de la compañía, cuyo objeto es la explotación de la empresa; en el Ecuador la Superintendencia de Compañías ha hecho esfuerzos sostenidos por que la empresa individual de responsabilidad limitada sea reconocida legislativamente a fin de que ofrezca al microempresario el amparo de un dispositivo jurídico”<sup>36</sup>) o personas jurídicas (C.C “Art. 583.- se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz, de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”) que emiten certificados de firmas electrónicas y prestan servicios relacionados a esta.

---

<sup>36</sup> DERECHO SOCIETARIO; Merlo Pérez Gonzalo

Las entidades certificadoras se comprometen a proteger datos personales y serán responsables hasta de culpa leve y responderán por daños y perjuicios cuando incumplan sus obligaciones o actúen con negligencia; al igual que, del uso indebido del certificado de la firma cuando no hayan consignado en los mismos el límite de uso y del importe de transacciones válidas que pueda realizar el titular de la firma, llegando a responder incluso con su patrimonio, si la garantía no alcanza a cubrir los daños. Las entidades certificadoras notificarán al organismo de control el cese de sus actividades por lo menos con noventa días de anticipación. CONATEL (Consejo Nacional de Telecomunicaciones) se encargará de la regulación, autorización y registro de las entidades de certificación acreditadas. Y la Superintendencia de Telecomunicaciones se encargará de su control.

Como ejemplo de entidad de certificación tenemos a Verisign, que es una de las empresas que brinda servicios de certificación, estos servicios han sido diseñados básicamente para brindar seguridad al comercio electrónico y a la utilización de la firma digital; para el logro de este objetivo, las autoridades de emisión (Issuing Authorities, "IA") autorizadas por VeriSign funcionan como trusted third party (o "garantes"), emitiendo, administrando, suspendiendo o revocando certificados de acuerdo con la práctica pública de la empresa.

Las IA facilitan la confirmación de la relación existente entre una clave pública y una persona o nombre determinado. Dicha confirmación es representada por un certificado: un mensaje firmado digitalmente y emitido por una IA.

Esta empresa ofrece tres niveles de servicios de certificación, cada nivel o clase de certificados provee servicios específicos en cuanto a funcionalidad y seguridad, los interesados eligen entre estos grupos de servicios el que más le conviene según sus necesidades, cumplidos los requisitos exigidos se emite el certificado.

Los Certificados Clase 1 son emitidos y comunicados electrónicamente a personas físicas, y relacionan en forma indubitable el nombre del usuario o su

"alias" y su dirección de E-mail con el registro llevado por VeriSign; no autentican la identidad del usuario, son utilizados fundamentalmente para Web Browsing e E-mail, afianzando la seguridad de sus entornos, en general no son utilizados para uso comercial, donde se exige la prueba de identidad de las partes.

Los Certificados Clase 2 son emitidos a personas físicas, y confirman la veracidad de la información aportada en el acto de presentar la aplicación y que ella no difiere de la que surge de alguna base de datos de usuarios reconocida; es utilizado para comunicaciones intra-inter organizaciones vía E-mail; transacciones comerciales de bajo riesgo; validación de software y suscripciones online, debido a las limitaciones de las referidas bases de datos, esta clase de certificados está reservada a residentes en los Estados Unidos y Canadá.

Los Certificados Clase 3 son emitidos a personas físicas y organizaciones públicas y privadas; en el primer caso, asegura la identidad del suscriptor, requiriendo su presencia física ante un notario; en el caso de organizaciones, asegura la existencia y nombre mediante el cotejo de los registros denunciados con los contenidos en bases de datos independientes. Son utilizados para determinadas aplicaciones de comercio electrónico como electronic banking y Electronic Data Interchange (EDI).

Como las IAs. autorizadas por VERISIGN firman digitalmente los certificados que emiten, la empresa asegura a los usuarios que la clave privada utilizada no está comprometida, valiéndose para ello de productos de hardware; asimismo, recomiendan que las claves privadas de los usuarios sean encriptadas vía software o conservadas en un medio físico (smart cards o PC cards).

Entidades como esta, permiten garantizar los servicios de confidencialidad e integridad de los datos y el no repudio de origen y destino, han de proporcionar un conjunto de mecanismos para que la autenticación de emisores y

recipientes sea simple, automática y uniforme; permiten que aquellas entidades que deseen realizar comunicaciones con la persona poseedora del certificado, puedan comprobar que la información que éste contiene es auténtica.

Las entidades certificadoras pueden incurrir en infracciones administrativas que son catalogadas por la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos como leves y graves y son las siguientes:

- ⇒ Leves - retraso en el cumplimiento de una instrucción emanada del órgano de control.
- ⇒ Graves - uso indebido del certificado de firma, por omisión de la certificadora.
  - no comunicar al organismo de control la existencia de actividades presumiblemente ilícitas, realizadas por el titular de la firma.
  - incumplimiento de las resoluciones dictadas por CONATEL
  - impedir u obstruir auditorias técnicas del organismo de control.

A más de ellas, tenemos las infracciones tipificadas en el Código Penal sancionadas con prisión y reclusión menor ordinaria; para la fijación de la pena se tomarán en cuenta los siguientes criterios: el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado, los medios empleados y cuantas otras circunstancias existan para valorar la infracción.

El órgano encargado de imponer sanciones es la Superintendencia de Telecomunicaciones de oficio a petición de parte; con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución, ésta puede solicitar a los jueces competentes la adopción de medidas cautelares; para ello tomará en cuenta la gravedad de la infracción y si se trata de reincidencia; el daño causado o beneficio que obtuvo el titular de la firma y la repercusión social de la infracción; las sanciones van desde la amonestación escrita hasta la revocatoria definitiva de la autorización para operar de la entidad certificadora y multa de dos mil a seis mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Serán considerados como medios de prueba; se serán valorados y tendrán los efectos legales que dispone el Código de Procedimiento Civil:

1. los mensajes de datos
2. firmas electrónicas
3. documentos electrónicos
4. certificados electrónicos nacionales o extranjeros

La prueba se practicará de la siguiente manera:

- a. al presentar mensajes de datos ante juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción del mismo en papel; la parte que los impugne deberá probar.
- b. de existir impugnación de la firma o su certificado; a petición de parte, el juez o tribunal solicitará a la entidad certificadora los documentos en los que se basó la solicitud del titular debidamente certificados.

La prueba se valorará tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios; pueden emplearse métodos sugeridos por la técnica y tecnología a más del libre criterio judicial; de considerarlo necesario el juez puede ordenar la intervención de peritos especializados en la materia.

**Organismos de promoción y difusión de servicios electrónicos.-** en nuestro país el organismo encargado es “COMEXI” (Consejo de Comercio Exterior e Inversiones).

**Servicios electrónicos.-** es toda actividad realizada a través de redes electrónicas de información; de conformidad con lo establecido en el art. 50 de ésta ley, el consumidor o usuario deberá estar informado de sus derechos y obligaciones contemplados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento; deberá ser informado sobre todos los requisitos, condiciones y restricciones para poder adquirir y hacer uso de los bienes o servicios electrónicos ofertados; el usuario puede solicitar su exclusión en el momento

que lo desee, ésta será vinculante para el emisor desde el momento de la recepción de la misma; lo que significa que el emisor debe abstenerse de seguir enviando al signatario más información electrónica (mensaje de datos).

**Contratación electrónica y telemática.-** los contratos electrónicos podrán realizarse a través de mensajes de datos; se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acuerden las partes; la recepción, confirmación de la recepción o la apertura del mensaje de datos no constituye la aceptación del contrato, salvo acuerdo de las partes; las partes se someterán a la jurisdicción acordada en contrato; a falta de esta se someterán a lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

**Derechos de los usuarios o consumidores de los servicios electrónicos.-** antes de que el usuario de su aprobación para recibir un mensaje de datos debe ser informado sobre los equipos y programas que requiere para acceder a los mismos; de aceptarlo, debe demostrar que se encuentra en dicha capacidad; se reconoce el derecho de las partes para optar libremente por el uso de la tecnología y por el sometimiento a la jurisdicción que acuerden mediante convenio, acuerdo o contrato privado, salvo que se realicen de forma directa al consumidor.

### **3.2 REGLAMENTO GENERAL A LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS**

**Incorporación de archivos o mensajes de datos adjuntos:** la remisión será válida cuando las partes determinen inequívocamente tal aceptación a través de un mensaje de datos.

Cuando se refiera a relaciones con consumidores; es responsabilidad del proveedor asegurar la disponibilidad de los remitidos o anexos; toda

modificación, se comunicara al receptor mediante mensaje de datos o por escrito, resaltando las diferencias entre uno y otro.

**Accesibilidad a la información:** la información es accesible cuando se la pueda recuperar en forma íntegra en cualquier momento, utilizando los procedimientos en un principio otorgados por el emisor.

**Información escrita:** cuando la ley requiera que haya publicaciones escritas, éstas podrán adicionalmente efectuarse por medios electrónicos en forma de mensajes de datos y cuando estos cumplan con los requisitos de accesibilidad tendrán iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito.

**Información original y copias certificadas:** cuando la transferencia de información contenida en documentos físicos a mensajes de datos (desmaterialización) lo requiera, o cuando así lo disponga ley, deberán ser certificados ante notario a través de la respectiva firma electrónica, mediante procedimiento autorizado; serán considerados copias idénticas del documento físico y deberán llevar la indicación de que son documentos desmaterializados o copias electrónicas del documento físico y tendrán los efectos que las copias impresas certificadas ante autoridad competente; de contener obligaciones; por ser la expresión del mismo acuerdo, no existirá duplicación de obligaciones.

**Integridad del mensaje de datos:** para considerar que el mensaje de datos es íntegro, no debe haber sufrido alteración, debe estar completo y debe ser firmado electrónicamente.

**Procedencia e identidad de un mensaje de datos:** la verificación entre el emisor y su firma electrónica se efectuara comprobando la vigencia y los datos del certificado de firma electrónica.

**Responsabilidad por el contenido de los mensajes de datos:** la prestación de servicios como:

1. envío y recepción de comunicaciones electrónicas.

2. alojamiento de sitios en medios electrónicos o servicios similares o relacionados.

No implica responsabilidad sobre el contenido de los mensajes de datos por parte de quien presta ese servicio, siendo responsabilidad exclusiva del emisor.

Cuando un proveedor sea conminado a suspender el acceso a cualquier información en redes electrónicas, en forma inmediata deberá hacerlo, o será sancionado conforme a la ley por el CONELEC.

**Prestación de servicios de conservación de mensajes de datos:** cualquier persona puede prestar servicios de registro electrónico de datos, bajo el régimen de la libre competencia y contratación; pueden ser los siguientes:

- a. conservación, almacenamiento y custodia de la información en formato electrónico con seguridades.
- b. preservación de la integridad de la información conservada.
- c. Administración del acceso a la información y la reproducción de la misma cuando se requiera.
- d. Respaldo y recuperación de información.
- e. Otros servicios relacionados con la conservación de los mensajes de datos.

**Elementos de la infraestructura de firma electrónica:** la firma electrónica se rige bajo el principio de neutralidad tecnológica; no se la discriminará, ni a sus medios de verificación; ni al soporte lógico o equipos de computo y comunicaciones.

**Duración del certificado de firma electrónica:** se establecerá contractualmente entre el titular de la firma y la entidad certificadora; de lo contrario, se establece una duración de dos años.

**Listas de revocación:** las entidades de certificación proporcionarán mecanismos automáticos de acceso a listas de certificados revocados o suspendidos; los periodos de actualización de listas se establecerán contractualmente.

**Revocatoria del certificado de firma electrónica:** una vez producida la revocación, se procederá a su publicación y la desactivación del enlace que informa sobre el certificado; la publicación se efectuará de la siguiente manera:

- a) siempre a la pagina electrónica determinada por el CONELEC en la que se reporta la situación y la validez de los certificados, así como la página Web de la entidad certificadora; y,
- b) mediante un aviso al acceder al certificado de firma electrónica desde el hipervínculo de verificación, sea que este forme parte de la firma electrónica, que conste en un directorio electrónico o por cualquier procedimiento por el cual se consulta los datos del certificado de forma electrónica.

**Régimen de acreditación de entidades de certificación de información:** las entidades certificadoras deberán registrarse en CONELEC, teniendo el carácter probatorio, y por lo tanto se encontraran acreditadas; caso contrario, deberán informar al usuario su calidad y deberán probar a al organismo competente suficiencia técnica y fiabilidad de los certificados que emiten.

**Envío de mensajes de datos no solicitados:** la solicitud será efectuada por el titular de la dirección electrónica de destino y el proveedor de servicio electrónico comunicará al remitente de dichos correos; de persistir con ello, el proveedor de servicio podrá bloquear al acceso del remitente a la dirección electrónica afectada.

**Sellado de tiempo:** es la anotación firmada electrónicamente y agregada a un mensaje de datos en la que consta como mínimo la fecha, la hora y la identidad de la persona que efectúa la anotación; este servicio debe ser realizado por una entidad certificadora registrada en CONELEC; para efectos legales el servicio de sellado de tiempo se prestará tomando como referencia el huso horario del territorio continental ecuatoriano.

### **3.3 REGLAMENTO PARA LA ACREDITACIÓN, REGISTRO Y REGULACIÓN DE ENTIDADES HABILITADAS PARA PRESTAR SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN Y SERVICIOS RELACIONADOS**

Este reglamento fue expedido el 30 de septiembre de 2003 por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, organismo que, conforme lo establece la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos establecerá los términos bajo los cuales se debe manejar los siguientes temas:

- ⇒ Certificados de firma electrónica emitidos en el extranjero.
- ⇒ El consejo Nacional de Telecomunicaciones dictará las directrices según la cuales se desenvolverán de las entidades de certificación de información prestarán sus servicios por medio de terceros.
- ⇒ CONATEL será el organismo que autorizará, registrará y regulará las entidades de certificación de información acreditadas.
- ⇒ El servicio de sellado de tiempo que debe ser acreditado técnicamente.
- ⇒ Las entidades de certificación de información acreditadas que presten servicios de certificación de información requerirán autorización previa y registro por parte de CONATEL.
- ⇒ Registro de datos.
- ⇒ Operación de infraestructura de clave pública en Ecuador.
- ⇒ Deberes y derechos de los prestadores de servicios y de sus usuarios.

**Clave pública:** se encuentra constituida por programas y equipos, sistemas de información, redes electrónicas de información, políticas y procedimientos, su objetivo es soportar la operación de los servicios de certificación de información y servicios relacionados.

**Firma electrónica y producción de resúmenes de documento:** los dispositivos de hardware o software se basarán en la aplicación de algoritmos públicamente conocidos.

**Certificados informáticos:** deberán ser únicos e induplicables; contendrá identificador exclusivo, solo podrán otorgarse a personas naturales mayores de edad con plena capacidad de obrar; lo que significa que se extenderán a las personas que ejercen la representación de las personas jurídicas, en pleno goce de sus derechos y facultades.

**Entidad de registro de información:** es un tercero acreditado (Consejo Nacional de Telecomunicaciones), esta autorizado para representar legalmente y prestar servicios de certificación de información; relacionado contractual y legalmente con una entidad de certificación de información acreditada o con una entidad de certificación extranjera acreditada.

**Servicios de entidad de registro de información:** pueden incluir.-

- a) recopilación y custodia de información y documentos de soporte requeridos para la emisión de firmas electrónicas y certificados de firma electrónica;
- b) instalación y soporte de aplicaciones relacionadas con el uso y verificación de firmas electrónicas y certificados de firma electrónica; y,
- c) otros servicios requeridos para la prestación de servicios de certificación de información por parte de la entidad de certificación de información acreditado o entidad de certificación extranjera registrada y autorizada por el CONATEL para prestar dichos servicios en el país.

Es obligación de ésta, reportar al órgano regulador y al órgano de control para su conocimiento y aprobación todo cambio en el establecimiento o representación legal en el país o en las condiciones técnicas, comerciales o legales que fundamentaron el otorgamiento del permiso o registro.

El prestador de servicios deberá fijar un domicilio principal de operaciones dentro del territorio ecuatoriano y podrá establecer oficinas de verificación física de datos en los sitios autorizados; contará con control de acceso, resguardo de documentos y protección contra siniestros.

El prestador de servicios no podrá ceder o transferir total ni parcialmente los derechos o deberes derivados del permiso.

## **Títulos habilitantes:**

- ⇒ Para prestar servicio de certificación de información o entidades de registro de información se necesita el permiso o registro de operación.
- ⇒ El permiso y registro de operación es un título habilitante, para obtenerlo debe encontrarse establecido y representado en el país.
- ⇒ El permiso es otorgado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del Consejo Nacional de Telecomunicaciones.
- ⇒ El permiso comprende el derecho para la instalación, modificación, ampliación y operación de la infraestructura requerida para proveer tales servicios, de conformidad con las condiciones establecidas en el título habilitante y la normativa vigente.
- ⇒ La información contenida en la solicitud de un título habilitante será considerada confidencial; no será confidencial la información pública.
- ⇒ El plazo de duración de los títulos habilitantes será de 10 años prorrogables por igual período de tiempo, a solicitud escrita del interesado, presentada con tres meses de anticipación al vencimiento del plazo original.
- ⇒ El título habilitante se extinguirá por:
  - f. Terminación de plazo para el cual fue emitido.
  - g. Incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad de certificación, debidamente fundamentado por el CONATEL.
  - h. Modificación no reportada al CONATEL o no aceptada por ésta.
  - i. Por causas técnicas o legales debidamente comprobadas, determinadas por CONATEL.
  - j. Cese de actividades de la entidad acreditada por cualquier causa.
  - k. Cese de la relación contractual en el caso de entidades de registro.
- ⇒ El título habilitante para la prestación de servicios especificará:
  - 1. descripción de los servicios autorizados, duración del título habilitante, características técnicas y legales relativas a la operación de los servicios de certificación y servicios relacionados autorizados.

2. obligaciones y responsabilidades de las entidades de certificación de conformidad con la ley; límites de responsabilidad de acuerdo al tipo de servicio; procedimientos para solicitar reparaciones o indemnizaciones; y, procedimientos para garantizar la protección de la información de los usuarios y el ejercicio de los derechos.
  3. capacidad de prestar estos servicios a entidades privadas y/o del público.
  4. las causales de extinción del título habilitante.
- ⇒ Otorgado el permiso, el permisionario tendrá 6 meses para iniciar la operación, de haber incumplimiento, ésta será causa de extinción del permiso; de haber ampliación, no podrá ser mayor de 90 días calendario.

**Contratos con la entidad certificadora:** los contratos celebrados en el Ecuador estarán en idioma castellano y se someterán a la jurisdicción y leyes ecuatorianas; estos contratos deberán ser aprobados por el CONATEL y no podrán modificarse sin su autorización.

**Regulación y control:** la operación de servicios de certificación de información está sujeta a las normas de regulación, control y supervisión, atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y a Secretaría de Telecomunicaciones (SENATEL).

La SENATEL realizará controles necesarios a los prestadores de servicios, tomando recomendaciones del Instituto Europeo de Estándares de Telecomunicaciones y del Comité Europeo de Normalización; supervisará e inspeccionará las instalaciones de los prestadores de servicios.



---

## DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

### REQUISITOS PARA OBTENER EL PERMISO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN Y SERVICIOS RELACIONADOS

#### PERSONAS JURÍDICAS:

1. Solicitud dirigida al Señor Secretario Nacional de
2. Escritura de constitución de la empresa domiciliada en el país.
3. Copia certificada o protocolizada del nombramiento del Representante Legal, debidamente inscrito en el Registro Mercantil.
4. Certificado de obligaciones emitido por la Superintendencia de Compañías.
5. Copia del RUC.
6. Copia de la cédula de identidad del Representante Legal.
7. Copia del último certificado de votación, del Representante Legal.
8. Certificado de la Superintendencia de Telecomunicaciones respecto de la prestación de servicios de telecomunicaciones del solicitante y sus accionistas incluida la información de imposición de sanciones en el caso de haberlas.
9. Anteproyecto técnico elaborado y suscrito por un ingeniero en electrónica y/o telecomunicaciones (debidamente colegiado, adjuntar copia de la licencia profesional y el pago del uno por mil a la SIDE).

#### El Anteproyecto Técnico para Entidades de Certificación que desean acreditarse ante el CONATEL (Permiso) debe contener lo siguiente:

1. Diagrama esquemático y descripción técnica detallada del sistema, indicando características técnicas del mismo.
  2. Descripción y alcance detallado de cada servicio propuesto y de los recursos e infraestructura disponible para su prestación.
  3. Documentos de soporte que confirmen el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley de comercio electrónico y su Reglamento de acuerdo a la autorización solicitada.
  4. Ubicación geográfica inicial del sistema, especificando la dirección de los "Sitio Seguro" (Cada sitio donde el Prestador de Servicio tenga presencia física con control de acceso, resguardo de documentos y protección contra siniestros).
  5. Diagrama técnico detallado de cada "Sitio Seguro" detallando especificaciones técnicas de los equipos.
  6. Requerimientos de conexión con alguna red pública de Telecomunicaciones.
-

### **Casos Especiales:**

Deberán presentar los siguientes requisitos:

#### **PERMISO PARA LAS ENTIDADES DE REGISTRO DE INFORMACIÓN RELACIONADAS CON UNA ENTIDAD DE CERTIFICACIÓN ACREDITADA**

1. Documentos que certifiquen la relación contractual y legal de la entidad de registro con la entidad de certificación acreditada.
2. Descripción de los servicios a prestar por la entidad de Registro.

#### **PERMISO PARA LAS ENTIDADES DE REGISTRO DE INFORMACIÓN RELACIONADAS CON UNA ENTIDAD DE CERTIFICACIÓN EXTRANJERA REGISTRADA EN EL CONATEL**

1. Documentos que certifiquen la relación contractual y legal de la entidad de registro con la entidad de certificación de información extranjera.
2. Documentos que demuestren la acreditación o reconocimiento legal de los servicios prestados por la entidad de certificación de información extranjera en su país de origen debidamente notariados y autenticados por la autoridad nacional respectiva de dicho país.
3. Descripción de los servicios a prestar por la entidad de Registro.
4. Descripción de los servicios que se prestarán por parte de la entidad de certificación de información extranjera y que serán representados en el país por la entidad de registro solicitante.

*El Reglamento para la Acreditación, Registro y Regulación de entidades habilitadas para prestar Servicios de Certificación de información y servicios Relacionados fue expedido mediante Resolución 584-23-CONATEL-2003*

## CAPITULO IV

### 4. LEGISLACIÓN COMPARADA

#### 4.1 COMERCIO ELECTRÓNICO EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA; Y, EN OTROS PAÍSES:

El hecho de la revolución del Internet afectará a ciertos aspectos relacionados con la base imponible, con el capital y con el trabajo, abriendo el camino a una nueva revolución fiscal.

El carácter internacional del comercio electrónico se encuentra regulado por tres entidades internacionales, con posiciones no siempre concordantes:

a) **La Unión Europea.**- aunque no pueda hablarse de unanimidad de todos los países miembros en la materia, los operadores informáticos han considerado que la Unión Europea, institucionalmente, ha sido la organización internacional que menos ha creído en el desarrollo de Internet, y paralelamente del comercio electrónico.

Sin embargo de lo arriba afirmado, dicha entidad ha comenzado a prestar atención al mismo, no siempre desde una política vanguardista; hay quienes señalan que la Unión Europea, tras adoptar la denominada posición Wellington (así denominada en honor al político inglés que en los inicios del desarrollo del ferrocarril, reunió a los poderes financieros de la ciudad para desaconsejarles que inviertan en un medio de transporte cuya única virtualidad sería propiciar desplazamientos innecesarios), pretende en la actualidad afrontar el desarrollo del comercio electrónico, desde una posición restrictiva y fiscalista, en defensa de unos intereses ajenos a los operadores económicos.

b) **La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).**- ha afrontado los problemas derivados de la doble imposición

internacional, a través de múltiples recomendaciones, incidiendo especialmente en materia de blanqueo de dinero.

c) **Estados Unidos.**- asume su papel de “inventor” de la red de redes, apuesta por el desarrollo del sistema, al margen de la fiscalidad en un primer momento; en este punto, ha de precisarse que con carácter general y sin perjuicio de las especialidades propias de cada Estado, USA mantiene, en la actualidad y desde la aprobación de la “tax freedom act”, una moratoria fiscal, temporalmente limitada, sobre el comercio electrónico. No pueden, sin embargo, obviarse los problemas derivados de las competencias que en esta materia corresponde a cada uno de los Estados, existiendo posturas muy diversas, desde la libertad absoluta en California a la doble imposición en Tennessee.

El profesor McLure, en “Tax Policies”, afirma que el problema actual no consiste en una reforma tributaria limitada al comercio electrónico, sino más bien, en una reforma radical al sistema; manifiesta que la preocupación norteamericana es que el sistema tributario estadounidense tiene que ser reformado totalmente en el ámbito de la tributación indirecta, abandonando las anticuadas normas sobre los Sales and Use Taxes, a favor de la introducción de un impuesto sobre el valor agregado, en armonía con las políticas tributarias más avanzadas en el orden internacional; a esta preocupación estadounidense se contraponen la posición de autores europeos que afirman que hoy en día estamos avanzando hacia la unificación del derecho tributario.

En el plano internacional, este proceso no va acompañado por la eliminación de la diversidad y multiplicidad de normas típicas de cada sistema jurídico nacional, sino por la identificación de algunas características comunes que permiten analizar la historia del derecho tributario en su relación con la historia económica.

Este tema fue debatido durante la Conferencia de Estudios Fiscales promovida por el CESTEC (Centro Europeo de Estudios Tributarios y sobre el Comercio

Electrónico), realizada el 26 de junio de 1999 en Italia y Titulado “Política Fiscal: comparación de modelos internacionales”.

La Unión Europea se ha ocupado en los últimos años de esta materia, fruto de su trabajo es el proyecto de directiva aprobado por la Comisión Europea el 7 de junio del año 2000, que se ocupa del IVA y el Comercio Electrónico.

Se trata de lograr que los operadores de comercio electrónico que venden en la Unión Europea al margen de donde tengan su sede, eviten el pago del impuesto IVA, logrando así, el cumplimiento del principio de igualdad de trato; incluso, éstos deberán inscribirse en un registro del Estado miembro en el que hayan comenzado sus operaciones, cuando el volumen de ventas supere los 100.000 euros.

Los criterios fundamentales en los que se sustenta el proyecto de la directiva de la Comisión Europea son:

- a. Prevalencia del criterio de sujeción de la residencia del consumidor o destinatario de los bienes o servicios facilitados a través de la red.
- b. Sujeción al impuesto de los servicios suministrados por vía electrónica.

Con el desarrollo vertiginoso del comercio electrónico, los principios tradicionales de la fiscalidad internacional que se basan en la materialidad de los productos y la identificación física de los agentes se ha visto trastocado; el cambio de ladrillos por bits, implica que haya que someterse a nuevo estudio de conceptos como el de país fuente, rendimientos empresariales o establecimiento permanente.

Con la aparición de los proveedores (Internet Service Providers -ISP-), así como la movilización y dificultad de localizar los servidores; desaparecen con ellos, una de las fuentes más importantes de recaudación tributaria, sin intervención administrativa; generando, además, grandes dificultades para

investigar las transacciones realizadas. En este punto conviene poner de manifiesto que los intermediarios en las transacciones se han configurado tradicionalmente, como forma de control del fraude fiscal más eficaz.

En cuanto a la doble imposición será necesario revisar los conceptos tradicionales que inspiraban los convenios de doble imposición, por cuanto ninguno de ellos contemplaba las especialidades derivadas de la deslocalización del hecho imponible, propia del comercio electrónico.

La Comisión de la Unión Europea considera, a efectos de localización del hecho imponible que cuando nos encontramos ante el comercio de bienes digitalizados o comercio on line, tal operación ha de calificarse como una prestación de servicios.

Lo que puede sin duda no estar exenta de problemas, pudiendo destacarse los siguientes:

En primer lugar, el medio de venta alteraría la naturaleza del bien, violando la neutralidad del impuesto. Incluso, pueden llegarse a negar realidades ontológicas, con afirmaciones jurídicamente poco fundadas. Así, la Dirección General de Tributos en la resolución de consulta de fecha 27 de julio de 1998, ha considerado la descarga on line de un libro digitalizado como una prestación de servicios, fundamentándose en que lo descargado no puede considerarse un libro, al no coincidir con la definición que de dicho concepto se hace en la entrada correspondiente del diccionario de la Real Academia Española. Argumento que ha suscitado múltiples críticas doctrinalmente por tener su propio diccionario de conceptos, habitualmente no coincidente con el diccionario de uso.

Al incluirse como excepción, la venta de productos informáticos específicos, no se da respuesta a cómo han de calificarse las ventas de programas estándar; ya que podrían estar exentos o considerar que en tales casos se produce una entrega de bienes. La OCDE apuesta por considerarlas exentas, aunque la

DGT en consulta 9 de diciembre 1997, opta por entender que se trataría de una entrega de bienes; lo que solo nos crea nuevos interrogantes si nos encontramos ante productos distintos.

Ante los problemas planteados, la Comisión Europea ha propuesto con carácter general la modificación del artículo 9.2e) de la Sexta Directiva, para que la regla general en estos casos, sea la tributación en destino, lo que resulta contrario a los postulados generales de la Unión Europea en materia de tributación indirecta, ya que el régimen transitorio actualmente vigente está configurado para que, finalmente la tributación se produjese en origen. Esta posición hace pensar que, inicialmente, la Unión Europea incluye a sus países miembros como futuros importadores de tecnología, lo que choca con los programas políticos en materia de tecnología de algunos de sus integrantes.

La OCDE en sus comentarios al artículo 15 del Modelo de Convenio, opta por considerar que en tales casos la tributación debe desplazarse hacia el lugar donde el empleo se ejerza efectivamente, lo que está ocasionando migraciones a lugares de baja tributación fiscal, pudiendo detectarse ya una normativa tributaria de reacción para evitar tales migraciones.

## **ESTABLECIMIENTO PERMANENTE**

El desarrollo del Internet incide decisivamente sobre materia tributaria, en primer lugar por la progresiva implantación de las videoconferencias como forma de reunión del Consejo de Administración, existiendo incluso empresas cuyo consejo solo se reúne a través de este sistema, lo que exigirá necesariamente la adopción de criterios complementarios.

En segundo lugar, el desarrollo de las modernas tecnologías pone en cuestión el concepto tradicional de establecimiento permanente. Tradicionalmente considerado como el lugar fijo del negocio, así, lo ha definido la OCDE y es aceptada en la mayoría de legislaciones fiscales; a pesar de las prolijas y detalladas enumeraciones de los lugares que pueden considerarse

establecimiento permanente, ninguno de ellos contempla la relación mercantil derivada del comercio electrónico.

Algunos autores entienden que habría que considerar como sede del establecimiento permanente al lugar donde se encuentra el servidor (ISP), aunque sea distinto del indicado en la página Web de la mercantil oferente, domicilio que se considera poco fiable; además, incentiva la existencia de servidores desde paraísos fiscales, creando un nuevo factor distorsionador del sistema; finalmente, no tiene en cuenta que en la imposición indirecta la existencia de establecimiento permanente aparece unida a la existencia de presencia humana.

Lo único aceptado por la doctrina es que no debe de considerarse establecimiento permanente el uso publicitario de una página Web (excepción legislación austriaca); y sí, el proveedor que interviene preparando, auxiliando o concluyendo operaciones comerciales.

Los problemas apuntados derivados de trasladar el servidor o instalar el proveedor en un determinado lugar, pueden trasladarse a los regímenes tributarios especiales, existentes dentro de un mismo país; por tanto, la utilización de paraísos fiscales como sede virtual de las empresas que operan en Internet, se revela como un problema de difícil solución, al que no puede darse una respuesta eficaz desde la legislación actual.

Lo cierto es que un sitio Web no tiene otra apariencia física que su servidor y por otro lado el servidor puede encontrarse en un edificio, pero también en el ordenador portátil de una persona que cambia constantemente de sitio, es posible que se cambie el sitio Web electrónicamente a otro servidor sin necesidad de trasladar los servidores, incluso la empresa puede tener su sitio pero no ser propietaria del servidor o no ser dueña de ninguno de ellos, arrendados ambos por un proveedor de servicios y compartidos entonces con otros usuarios. Además puede ser muy difícil establecer las transacciones que deberían ser atribuidas al servidor como establecimiento permanente, pues

pueden haber servidores conectados entre sí y localizados en muchas jurisdicciones que intercambian las señales y actúan alternativamente dependiendo del volumen del tráfico electrónico en cada momento, lo cual plantea enormes problemas prácticos en orden a determinar qué servidor fue usado en un momento particular y para qué actividad.

Al respecto no existe un criterio conclusivo ni absoluto, de hecho en la práctica existen casos de doble o múltiple imposición y de hasta nula imposición. Pero sí hay determinadas propuestas de soluciones a tener en cuenta:

1. Fijar la obligación de señalar -por parte de la empresa- el lugar que considera su principal sede de dirección efectiva, por supuesto que esta alternativa asume el riesgo que la empresa elija su sede en países de baja tributación, los llamados paraísos fiscales.
2. Aplicar la regla del lugar de residencia del auctor intellectualis, tomando por país la residencia de quien explota la propiedad intelectual de una idea o concepto por intermedio de una empresa virtual; aquí también podrá manipularse a fin de disminuir la tributación, además se tendrá que fijar un establecimiento permanente tantas veces como el titular se mude de residencia.
3. Utilizar la regla del artículo 17 del Modelo OCDE -generalmente aplicable a artistas y deportistas- según la cual las rentas obtenidas puedan someterse a imposición en el país en donde se realicen las actividades, sin necesidad de que exista o no un establecimiento permanente; sin embargo, se mantiene el problema de la cuantificación o determinación de la renta gravable.
4. Valerse del criterio de la cifra relativa global (cifra relativa de negocios), entiéndase aplicar a los beneficios mundiales obtenidos una fórmula entre las diferentes jurisdicciones en donde la empresa realice actividades. Debido a la aplicación compleja y poco fiable de este método, es que ha sido prácticamente descartado por la OCDE; quien prefiere optar por la contabilidad separada.

5. Abandonar el concepto de establecimiento permanente; de acuerdo con esta regla, el estado de residencia del cliente o usuario de la red se abstiene de gravar la renta generada en una operación, siendo el estado de residencia de la empresa que otorga el servicio o vende el bien, el que gravará renta generada en la operación. Esta solución es prácticamente inviable ya que estancaría la negociación de convenios entre países en vías de desarrollo y desarrollados, así como que se tendrían que revisar los convenios vigentes, perjudicando la repartición de renta entre los países.

## **ARANCELES**

Respecto a Aranceles, se ha suscitado la consideración del ciberespacio como zona franca de imposición arancelaria; es cierto que el control de aduanas de las transmisiones propias del comercio electrónico, y en general de los organismos de recaudación fiscal, suscita serias dudas respecto a su eficacia en la práctica; pero tratar de ignorar la fuente de ingresos públicos por la realización de este tipo de comercio, significaría un gran detrimento en la economía de cada estado.

Tratándose de ventas off line, el régimen jurídico se asemeja al previsto para las ventas a distancia, creando problemas de saturación de controles aduaneros con posibilidad de distorsiones en el mercado interior; consientes de esta posibilidad algunos países han iniciado una regulación específica en la materia, estableciendo como ocurre en el Reino Unido un control estricto de las empresas de mensajería.

En lo referente a las ventas on line, al haberse generalizado su consideración como prestaciones de servicios, no cabe imposición arancelaria, que por otra parte, sería de difícil control, teniendo en cuenta la posibilidad de transmisión sin necesidad de transporte material y por tanto al margen de los tradicionales controles de mercancía propios de las autoridades aduaneras.

## **CONSIDERACIONES GENERALES**

No puede considerarse como solución definitiva a la recaudación fiscal, alternativas como el método del bit tax; que es un tributo propuesto inicialmente por Arthur Cordell, en 1994; perfeccionado por Luc Soete; son premisas lógicas del bit tax gravar el conocimiento y la información; es más, los intercambios de información.

En 1997 se propuso aplicar este impuesto sobre transacciones vía Internet, calculado sobre la base de las unidades de información, o sea, sobre los bits que viajan por la red.

En general, el bit tax (grava impulsos que permiten trasladar productos y servicios) provocó reacciones negativas desde el momento de su propuesta, ya que el comercio electrónico tiende a favorecer el refugio de las rentas en puertos que garantizan el anonimato o una tributación baja o inexistente; la imposición resultaría separada de la capacidad contributiva y relacionada sólo con la intensidad telemática de la transmisión (será el valor de los bienes y servicios los que generan la capacidad contributiva y no su simple medio de transferencia); pues éste gravaría las operaciones realizadas a través de Internet, pero no realizarían distinción entre operaciones comerciales de las que no lo son, ni siquiera distinguiría las voluntariamente ejecutadas por los usuarios de las recibidas de forma involuntaria, como ocurre con el denominado correo basura.

Mantener los ingresos públicos nacionales significa emprender una política rígida dirigida a contrastar esta forma de evasión.

Además resulta evidente que el bit tax esta concebido al margen del principio de capacidad económica y supone un obstáculo a la libre circulación de información de carácter no comercial, creando situaciones universalmente rechazadas; partiendo de las consideraciones anteriores, resulta evidente la

necesidad de profundizar en colusiones técnicas tendientes a clarificar el ámbito de territorialidad de los agentes intervinientes, evitando la presión fiscal indirecta.

La cuestión de la territorialidad del bit tax se vuelve aún más complicada por la alta movilidad de la renta que resulta de las operaciones de comercio electrónico, junto al uso de los recursos telemáticos necesarios para su realización; el bit tax reemplazaría a la tributación indirecta y, por consiguiente, a la recaudación relativa a las transacciones de comercio electrónico, el problema de la movilidad podría agudizarse todavía más; de hecho cada jurisdicción fiscal podría ejercer su potestad impositiva al mismo tiempo y el sujeto privado podría elegir entre la jurisdicción más favorable, acudiendo al principio de tax planning.

Resultaría aconsejable el reconocimiento de una autoridad internacional con límite fronterizo flexible con competencia sobre la materia; habría que profundizar en el intercambio internacional de información, utilizando experiencias exitosas como las obtenidas en materia de IVA intracomunitario; es necesario explotar las cláusulas previstas en los convenios de doble imposición, adoptando las mismas al desarrollo tecnológico y la nueva realidad económica.

Parece necesario establecer además un sistema rígido de control de pagos centrado en las entidades bancarias, intermediarios financieros o de tarjetas de crédito, sin llegar al establecimiento de retenciones en la fuente, que resultaría excesivo teniendo en cuenta además la práctica imposibilidad en muchos casos de que por el operador se conozca la cualidad de residente o no de quienes intervienen en la operación mercantil, así como la existencia de un convenio de doble imposición que pueda afectarle.

De todas maneras, sólo la práctica de la potestad tributaria y la responsabilidad del sujeto pasivo, factores que describen la obligación tributaria y que constituyen por sí mismos un nexo con la realidad, podrán asegurar no sólo la

recaudación, sino también en proyección transnacional, un equitativo reparto de la carga tributaria.

En el ámbito de la Unión Europea, la posición defendida tendiente a potenciar el gravamen del producto en destino, y a aplicar el principio de territorialidad, sea una solución global, por cuanto no resuelve el problema de la no sujeción al IVA de los servicios de origen extracomunitario prestados a particulares, separándose del objetivo final de la tributación en origen, lo que supone renunciar a un principio tradicionalmente considerado fundamental, no existiendo a nuestro juicio, razones suficientes para ello.

## **IMPUESTO AL VALOR AGREGADO**

El comercio electrónico plantea un gran número de problemas de toda índole en la imposición indirecta; consciente de ello la comisión de las comunidades europeas trata de crear un ambiente en el que el comercio electrónico pueda desarrollarse en un entorno fiscal que proporcione seguridad jurídica, simplicidad y neutralidad.

El impuesto al valor agregado constituye un sistema de tributación basado sobre el consumo y que, como tal, prevé la distinción de los sujetos pasivos en dos categorías: sujetos con derecho a crédito para los impuestos indirectos pagados y sujetos (consumidores finales) que carecen de este derecho.

Es el tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y que grava las entregas de bienes y las prestaciones de servicios efectuadas por empresarios y profesionales, así como las adquisiciones intracomunitarias e importaciones de bienes.

## **IMPUESTO A LA RENTA**

El problema de los impuestos directos es la tributación de las rentas producidas, poseídas o consumidas por un sujeto y que, inevitablemente,

requiere una actividad responsable del sujeto pasivo en la declaración cuantitativa de sus rentas. Por una parte existe el riesgo de que el vendedor, para no declarar las rentas, no facture explícitamente sus operaciones comerciales; por otra, el riesgo de que el adquirente, no sea, el consumidor final, no teniendo el derecho a un crédito por el impuesto pagado, para no tener que declararlo, facilite de algún modo el comportamiento fraudulento del vendedor, quien evade así el impuesto indirecto.

La soberanía fiscal de un estado depende en esta materia de un vínculo personal (nacionalidad) o territorial (residencia o domicilio), variando según los distintos países.

Al respecto, y teniendo en cuenta lo dicho, el concepto de establecimiento permanente se refiere a la subdivisión de la potestad impositiva entre el Estado de residencia y el de destino.

## **MODELO DE CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN DE LA OECD**

Como bien señala López Tello, "la mayoría, por no decir la práctica totalidad, de los Estados determinan la aplicación espacial de sus normas tributarias combinando criterios personales y territoriales, aparecen así conceptos de estado residencia, que grava en función del criterio de residencia de quien obtiene la renta, y de estado fuente, que grava en función de la adscripción territorial de la fuente de la renta; cuando dos Estados someten a tributación una renta obtenida por el mismo sujeto, el uno por la residencia del sujeto y el otro porque la fuente de donde procede la renta se encuentra en su territorio, nos encontramos ante el fenómeno de la doble imposición jurídica internacional; el reparto de la potestad tributaria en la imposición internacional sobre los beneficios empresariales gira así entorno al concepto de establecimiento permanente.

Cerrando el tema la OCDE instituyó que "puede existir un establecimiento permanente si la empresa que instala las máquinas las explota y mantiene por su propia cuenta; esto es igualmente aplicable si las máquinas se explotan y mantienen por un agente dependiente de la empresa", de modo que este será el único caso en que constituye un establecimiento permanente, aunque la actividad comercial se realice mediante distribuidores automáticos.

En el modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE se identifican distintas categorías de transacciones típicas de comercio electrónico y se discuten los aspectos de caracterización de las rentas que generan. La problemática típica que genera el comercio electrónico está relacionada principalmente con la digitalización de los bienes y servicios comercializados, en la medida en que la entrega o prestación de los mismos abre el debate sobre la posibilidad de su caracterización como cánones.

Asimismo, el comercio electrónico ha generado nuevas transacciones, cuya categorización a efectos de los convenios para evitar la doble imposición puede ser en ocasiones problemática, por ello cabe indicar lo siguiente:

- la entrega de productos off line, cuando el producto es tangible, es contratado electrónicamente y la entrega se produce a través de un canal tradicional de distribución, se considera unánimemente que da lugar a beneficios empresariales.
- Sin embargo, cuando el producto está digitalizado, la opinión no es unánime, cuando el producto digital es descargado por el consumidor en su ordenador la mayoría opina que la entrega da lugar a beneficios empresariales; una minoría considera que cae dentro del concepto de cánones, ya que lo que hace el consumidor es adquirir una copia, y por tanto hace un pago relacionado con el uso o derecho al uso de propiedad intelectual. La misma falta de unanimidad se produce respecto de las actualizaciones y mejoras de los productos digitales que se entregan electrónicamente, es decir a través de medios no tangibles.

- Cuando los productos digitales se solicitan y descargan por el consumidor con el propósito de explicar comercialmente su copyright, el criterio es unánime al considerar que los pagos realizados caen dentro del concepto de cánones.
- Respecto a los pagos realizados a los proveedores de espacio en un servidor para albergar una página Web, la mayoría considera que caen claramente bajo el concepto de beneficios empresariales; sin embargo, en aquellos convenios en los que la definición de cánones incluye un referencial a los pagos por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos o una referencia a la asistencia técnica, como es el caso de los suscritos por España, existen opiniones minoritarias a favor de considerar este tipo de pagos dentro del concepto de cánones.
- Los pagos realizados por publicidad incluida en las páginas Web (banners), se consideran unánimemente incluidos dentro de la categoría de beneficios de las empresas.
- Los pagos por servicios de suscripción y acceso a página Web cuyo objeto no es proveer productos o servicios, sino la puesta a disposición de contenidos digitales interactivos, se consideran unánimemente incluidos dentro del concepto de beneficios empresariales.
- Los pagos realizados a portales de compras on line, en los que el operador del portal no es el vendedor, se consideran igualmente incluidos dentro del concepto de beneficios de las empresas. Lo mismo es aplicable a los ingresos obtenidos por los operadores de subastas on line.
- Respecto de los pagos por la creación de contenidos para páginas Web, el grupo considera necesario distinguir los supuestos en los que los creadores de contenidos tienen la propiedad industrial o intelectual de los mismos (considerarse cánones), de los supuestos en los que el operador de la página Web paga por la creación de contenidos nuevos y pasa por ello a ser propietario de los derechos de propiedad industrial o intelectual. En este último caso se considera unánimemente que los pagos caen dentro del concepto de beneficios empresariales.

## COMERCIO ELECTRÓNICO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En 1997 el presidente Clinton y el vicepresidente Albert Gore se comprometen mediante el documento Marco para el Comercio Electrónico Global de los Estados Unidos (Framework For Global Electronic Commerce) a solicitar a la OMC la declaración de Internet como territorio libre de impuestos; continuando esta línea es que en octubre de 1998 adoptaron el acta Internet Tax Freedom Act y sus principales puntos de análisis fueron: Desaparición de tributos federales, declaración de que Internet debe ser una zona libre de tarifas impositivas y moratoria de 3 años para los impuestos que gravan el acceso a Internet y en general para los que gravan las transacciones electrónicas; revocando el impuesto actual del 3% a las telecomunicaciones. Dicha moratoria fue extendida a partir del 2001 por dos años adicionales de modo que permita analizar el impacto del comercio electrónico en los ingresos fiscales locales y estatales; pero la Comisión Asesora de Comercio Electrónico (ACEC) del Congreso de los Estados Unidos de América han acordado apoyar la propuesta de los cabilderos comerciantes, quedando que se ampliará en cinco años (hasta el 2006).

### **Imposición indirecta:**

Es muy distinto en los Estado Unidos y la Unión Europea.

### SALE TAX Y USE TAX

El sistema de imposición indirecta norteamericano, configurado fundamentalmente por el impuesto sobre las ventas (Sale tax), y el impuesto sobre la utilización de bienes en un determinado territorio (Use tax), aparece prácticamente limitado a la entrega de bienes, ya que muy pocos servicios son grabados por imposición indirecta (solo diez estados gravan el acceso a Internet).

Estos impuestos se caracterizan por ser unifásicos en fase exclusivamente minorista, sin competencias federales sobre materia.

El comercio on line mediante el sistema de descarga de productos directamente en el ordenador del comprador, sólo es hecho imponible en algunos Estados, siempre considerado como una entrega de bienes, habiendo otros que los han declarados expresamente exento, lo que crea una gran inseguridad jurídica.

### **Imposición directa:**

Analizaremos esta materia distinguiendo entre el régimen legal aplicable a las personas físicas y a las jurídicas, comparando los distintos sistemas fiscales

- Personas físicas.-

En Estados Unidos rige como criterio general el de la nacionalidad, de tal forma que todo nacional americano tributa en EE.UU. por su renta mundial.

Sin embargo, la OCDE propone en esta materia considerar como criterio fundamental el de la residencia de tal forma que, los no residentes en un estado tributarán limitadamente por los ingresos obtenidos en dicho estado (país fuente).

Para evitar supuestos de conflicto, resultará imprescindible la adopción de convenios de doble imposición que atienden a conexiones personales, fundamentalmente: la vivienda habitual, el centro de intereses vitales, la residencia habitual o la nacionalidad. En su defecto, deberá acudir al principio de común acuerdo para la resolución de tales conflictos.

En definitiva, no habiendo solución previa prevista en el oportuno convenio de doble imposición, será imprescindible búsqueda de puntos

de acuerdo, lo que se nos antoja especialmente difícil cuando el conflicto se plantee con un nacional de EE.UU. de acuerdo al criterio que sigue este país, que actualmente tiene en proceso de denuncia de varios convenios de doble imposición, en los que la solución del problema planteado se considera fundamental para suscribir un nuevo convenio.

- Personas jurídicas.-

Respecto a los rendimientos obtenidos por las personas jurídicas existe una clara discrepancia entre EE.UU. y los postulados que defiende la OCDE; mientras Estados Unidos entiende que habrá de estarse al lugar de constitución de la empresa, aplicando un criterio formalista; la OCDE opta por considerar que ha de atribuirse el rendimiento al lugar donde esté ubicada la sede de dirección efectiva de la empresa, considerando como tal el lugar donde se reúne el Consejo de Administración o incluso, alternativamente el lugar donde materialmente se lleve la contabilidad de la misma.

## **4.2 COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA**

El desarrollo de esta actividad mercantil se halla regulada por la Ley 527 de 1999 (agosto 18) por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación. Decreto número 1747 de 2000 (septiembre 11) por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta el nuevo marco que regulará esta actividad, pues Colombia concluyó el 27 de febrero de 2006 las negociaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos. En este sentido, vale la pena recordar que los TLC son acuerdos comerciales que permiten

reglamentar el intercambio entre los países, con el fin de incrementar los flujos de comercio e inversión y, por esa vía, impulsar su desarrollo económico y social.

Así, en el Capítulo 15 Décimo Quinto, se trata el Comercio Electrónico,  
Artículo 15.1: General

1. Las Partes reconocen el crecimiento económico y la oportunidad que el comercio electrónico genera, la importancia de evitar los obstáculos para su utilización y desarrollo y la aplicabilidad del Acuerdo de la OMC a medidas que afectan el comercio electrónico.

2. Para mayor certeza, nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte imponer impuestos internos u otras cargas internas sobre las ventas domésticas de productos digitales, siempre que dichos impuestos o cargas se impongan de manera consistente con este Acuerdo.

Artículo 15.2: Suministro Electrónico de Servicios

Para mayor certeza, las Partes afirman que las medidas que afectan el suministro de un servicio suministrado o provisto electrónicamente están dentro del alcance de las obligaciones contenidas en las disposiciones relevantes de los Capítulos Diez (Inversiones), Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) y Doce (Servicios Financieros), y sujetas a cualquier excepción o medidas disconformes estipuladas en este Acuerdo que les sean aplicables a dichas obligaciones.

Artículo 15.3: Productos Digitales

1. Ninguna Parte puede imponer derechos aduaneros, derechos u otras cargas relacionadas con la importación o exportación de productos digitales mediante transmisión electrónica.

2. Para efectos de determinar los derechos aduaneros aplicables, cada parte determinará el valor aduanero del medio portador importado que incorpore un producto digital basado únicamente en el costo o valor del medio portador,

independientemente del costo o valor del producto digital almacenado en el medio portador.

3. Ninguna Parte otorgará un trato menos favorable a algunos productos digitales que el otorgado a otros productos digitales similares:

(a) sobre la base de que:

(i) los productos digitales que reciban un trato menos favorable sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, encomendados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales fuera de su territorio; o (ii) el autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor de dichos productos digitales sea una persona de otra Parte o de un país no Parte; o

(b) que de otra manera proporcionen protección a otros productos digitales similares que sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales en su territorio.

4. (a) Ninguna Parte otorgará un trato menos favorable a productos digitales creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, encomendados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales en el territorio de otra Parte que el que otorga a productos digitales similares creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, encomendados, o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales en el territorio de un país no Parte;

(b) Ninguna Parte puede otorgar un trato menos favorable a los productos digitales cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de otra Parte que el que otorga a productos digitales similares cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de un país no Parte.

5. Los párrafos 3 y 4 no se aplican a las medidas adoptadas o mantenidas de conformidad con los Artículos 10.13 (Medidas Disconformes), 11.6 (Medidas Disconformes) y 12.9 (Medidas Disconformes).

#### Artículo 15.4: Transparencia

Cada Parte publicará o pondrá a disposición del público sus leyes, regulaciones y otras medidas de aplicación general que se relacionen con el comercio electrónico.

#### Artículo 15.6: Autenticación

Ninguna Parte podrá adoptar o mantener legislación sobre autenticación electrónica que:

(a) prohíba a las Partes en una transacción electrónica determinar en forma mutua los métodos apropiados de autenticación para dicha transacción; o Borrador de texto sujeto a autenticación de las Partes de las versiones en español y en inglés y a revisión legal para exactitud, claridad y consistencia.

(b) impida a las Partes tener la oportunidad de establecer ante las instancias judiciales o administrativas que la transacción electrónica cumple con cualquier requerimiento legal con respecto a la autenticación.

#### Artículo 15.7: Administración del Comercio sin Papeles

1. Cada Parte se esforzará por poner a disposición del público en forma electrónica todos los documentos de administración del comercio.

2. Cada Parte se esforzará por aceptar los documentos de administración del comercio presentados electrónicamente como el equivalente legal de la versión en papeles de dichos documentos.

#### Artículo 15.8: Definiciones

Para efectos de este Capítulo:

Autenticación.- significa el proceso o el acto de establecer la identidad de una parte en una comunicación o transacción electrónica o asegurar la integridad de una comunicación electrónica;

Documentos de administración del comercio.- significa formularios que una Parte expide o controles que tienen que ser cumplidos por o para un importador o exportador en relación con la importación o exportación de mercancías;

Medio portador.- significa cualquier objeto físico diseñado principalmente para el uso de almacenar un producto digital por cualquier método conocido actualmente o desarrollado posteriormente, y del cual un producto digital pueda ser percibido, reproducido o comunicado, directa o indirectamente, e incluye, pero no está limitado a, un medio óptico, disquetes o una cinta magnética; productos digitales significa programas de cómputo, texto, video, imágenes, grabaciones de sonido y otros productos que estén codificados digitalmente independientemente de si están fijos en un medio portador o sean transmitidos electrónicamente.

Transmisión electrónica o transmitida electrónicamente.- significa la transferencia de productos digitales utilizando cualquier medio electromagnético o fotónico. Para mayor certeza, los productos digitales no incluyen las representaciones digitales de instrumentos financieros, incluido el dinero.

### **4.3 COMERCIO ELECTRÓNICO EN ARGENTINA**

En Argentina, si el adquiriente es una persona física y el producto digitalizado se ha destinado a consumo personal, se estará ante una prestación de servicio, pudiendo presentarse el Impuesto al Valor Agregado, con las variantes de:

a) Operaciones efectuadas con un prestador del exterior, no se gravarán por este impuesto;

b) Operaciones efectuadas con un prestador de exterior a uno no residente, la transacción se encuentra gravada con tasa 0;

c) Y, por último, las operaciones efectuadas con un prestador local si serán gravadas por este impuesto.

El marco legal se encuentra establecido en la Ley 25.506, Ley de Firma Digital, Decreto 427/1998 Firma Digital en la Administración Pública.

#### **4.4 COMERCIO ELECTRÓNICO EN PERÚ**

Esta actividad se encuentra normada por la Ley 27269. Ley de Firmas y Certificados Digitales y el Decreto Supremo No. 019-2002-JUS. Reglamento de la Ley de Firmas.

Con la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, su marco regulatorio se encuentra complementado con las siguientes disposiciones:

##### Contenido del Capítulo de Comercio Electrónico

###### 1.- Ámbito del Capítulo

Perú y Estados Unidos reconocen el crecimiento económico y la oportunidad que el comercio electrónico genera, la importancia de evitar obstáculos para su utilización y desarrollo y la aplicabilidad de las reglas de la OMC a medidas que afecten el comercio electrónico

###### 2.- Contenido del Capítulo

El objetivo de este Capítulo es garantizar el acceso a las tecnologías de información para promover entre las empresas y entidades del Estado el uso del comercio electrónico. Para tal fin, el Capítulo contempla la eliminación de las barreras arancelarias a los productos digitales. Se establece además, la

eliminación de cualquier otra medida proteccionista que discrimine a los productos digitales o sus autores. Asimismo, se considera el importante rol de los consumidores en el comercio electrónico y se han reconocido los mecanismos administrativos y legales existentes entre las Partes para un comercio electrónico efectivo.

El Capítulo reconoce la importancia de fomentar, el uso de las tecnologías de información en el ámbito estatal y procurar que los Gobiernos sean Usuarios Modelo y trabajen como catalizadores de las tecnologías de información, se ha acordado que la documentación e información sobre comercio esté disponible en línea y sea actualizada permanentemente.

El Capítulo también contiene compromisos que apuntan a lograr la autenticación de firmas y certificados digitales, lo que contribuirá a que las Partes se identifiquen plenamente por los medios electrónicos y realicen transacciones válidas con mayor seguridad y confianza.

### 3.- Beneficios para el Perú

\* Promover el desarrollo del comercio electrónico en el país, tanto en el ámbito privado (comercial interno y externo) como público, a través de la figura del Gobierno como Usuario Modelo. En este campo pueden mejorar mucho los servicios en línea del Portal Gubernamental y se puede incentivar el aprovechamiento de un Portal de Compras Estatales en Línea, lo que permitirá ahorrar costos y también garantizar que las transacciones sean transparentes.

\* Adquirir tecnología digital de punta a menores costos, lo que contribuirá a mejorar la productividad en la cadena exportadora con la adquisición de múltiples insumos necesarios en esta cadena para transformar bienes intermedios en bienes finales de exportación, que se vendan en el mercado norteamericano y otras regiones del mundo.

\* Lograr validez probatoria en sistemas administrativos y las cortes judiciales de las transacciones electrónicas (venta de bienes y servicios) por parte de los empresarios peruanos y estadounidenses (grandes, medianos y pequeños),

toda vez que ambas Partes cuenta con mecanismos y acuerdos como la Firma y el Certificado Digital que utilizarán para las transacciones y comunicaciones. Países como Chile y los países centroamericanos que tienen TLC con los Estados Unidos no lograron incluir este tema en sus negociaciones.

#### **4.5 COMERCIO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA**

Adopta una posición considerada de vanguardia en la materia; habiendo despertado el interés de la Comunidad Internacional, por ello, según las estadísticas fiables, aproximadamente el 11% de los operadores de comercio electrónico tienen nacionalidad española.

Posición descrita en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías en España, pretendiendo que las nuevas tecnologías contribuyan a un desarrollo progresivo de la competitividad en España; a pesar de estar ligada necesariamente a la Unión Europea.

##### **Imposición Indirecta:**

La ley 37/1992 de 28 de diciembre (LIVA) regula el impuesto sobre el valor añadido en España, su contenido no está adaptada a la realidad del comercio electrónico, lo que da lugar a situaciones paradójicas y son:

- a) la determinación del lugar de realización del hecho imponible.

Es crucial en el sistema del IVA para el sometimiento a gravamen de las operaciones internacionales, ya que en función de este lugar de realización, las operaciones resultarán gravadas en origen o en destino, o en su caso no resultarán gravadas.

La normativa española sigue el esquema general, en el cual las entregas de bienes se entienden realizadas en el territorio donde se pongan a disposición del adquirente, y las prestaciones de servicios, se entienden realizadas en el territorio donde el prestador tenga su sede o el establecimiento permanente desde el que los preste.

Excepciones a las reglas generales:

El servicio de acceso a Internet es a efectos del IVA un servicio de telecomunicaciones; los servicios de telecomunicación prestados por un sujeto residente en la comunidad a otro sujeto residente en la comunidad se considerarán prestados en el lugar donde esté situada la sede de la actividad económica de quien los preste; las prestaciones de servicios de telecomunicaciones hechas a sujetos establecidos fuera de la comunidad se consideran hechas en el lugar donde está establecido el destinatario; en consecuencia, las prestaciones hechas a los sujetos establecidos fuera de la comunidad no serían sujetas al IVA; las prestaciones hechas por sujetos establecidos fuera de la comunidad a destinatarios establecidos en la comunidad misma también se consideran hechas en el lugar en donde está establecido el destinatario.

Sin embargo, en ese caso está previsto lo siguiente:

Para la recaudación del IVA, los sujetos establecidos fuera de la comunidad que prestan servicios de telecomunicación a un estado miembro se consideran establecidos en dicho estado para la aplicación del presente artículo. En este marco legislativo puede resultar ventajoso para un particular contratar los servicios de acceso a Internet con un proveedor no establecido en la Comunidad, ya que de este modo, el particular no soportará el costo del IVA. Por otra parte, la tributación por IVA de cada uno de los bienes y servicios comercializados a través de Internet dependerá de las reglas especiales que sean de aplicación a cada uno de ellos. Ahora bien, es preciso hacer una distinción entre venta off line y venta on line.

La venta off line se refiere normalmente a bienes tangibles y por ello dará lugar a una entrega de bienes; en una venta a través de Internet la entrega de bienes requerirá además su transporte, y por ello, serán de aplicación las reglas previstas en el art. 68.3 LIVA, considerándose la entrega realizada en el país de destino si el adquirente es sujeto pasivo de IVA. Si el adquirente no es sujeto pasivo de IVA, la entrega de bienes puede gravarse en origen o en destino en función de los parámetros cuantitativos y cualitativos establecidos en el citado artículo. Si la entrega de bienes es realizada por un empresario no establecido en la Comunidad, se produce una importación, que normalmente será gravada en la aduana con independencia de que el adquirente sea o no empresario o profesional.

En la venta on line, normalmente se adquirirán servicios, incluso los productos digitalizados (videos, música) deben tener tal consideración; la localización del servicio depende una vez más de su naturaleza específica, aunque en la mayoría de supuestos será de aplicación la regla especial conforma a la cual se consideran prestados en el país de residencia del destinatario, salvo que sea un particular.

b) La distinción entre entrega de bienes o prestaciones de servicios.

La característica esencial del comercio electrónico es la posibilidad de realizar entregas on line de bienes digitalizados, la Comisión de las Comunidades Europeas ha establecido la premisa que la venta de un producto digitalizado ha de tratarse como una prestación de servicios. Sin embargo, la digitalización plantea problemas de caracterización en algunos productos típicos que son objeto del comercio electrónico, como es el caso del software, música o vídeo.

De acuerdo con el artículo 8.2.7 LIVA, se considera como entrega de bienes, el suministro de productos informáticos normalizados, comprensivos del soporte y los programas o informaciones incorporados al mismo. En sentido contrario, el

art. 11.2.16 LIVA considera como prestación de servicios el suministro de productos informáticos específicos, considerándose accesoria a la prestación del servicio la entrega del correspondiente soporte. La distinción entre entrega de bienes o prestación de servicios es importante en las transacciones internacionales cuando el vendedor está establecido en un país no comunitario, ya que la entrega de bienes da lugar a una importación, mientras que la prestación de servicios se liquida por el adquirente mediante el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo.

El problema se plantea cuando los productos informáticos normalizados no se adquieren en soporte físico, sino que se descargan a través de Internet.

El impuesto al valor agregado, aplicado dentro de Unión Europea, ha afectado a los servicios, allí donde quien los provee tiene su lugar fijo de negocios. Esto significa que ni siquiera se ha intentado aplicar el criterio del destino en la tributación sobre los servicios. Sería todavía más problemático aplicar el criterio del origen en la tributación al valor agregado (o sea una imposición realizada sobre las transmisiones allí donde se produce el valor, y no donde se originan las llamadas), con relación a la transmisión telefónica o vía Internet, dada la imposibilidad de conocer el recorrido de las señales.

España como un integrante más de la Unión Europea, vive la principal problemática que plantea la imposición indirecta, que es relativa a la calificación de las operaciones de comercio electrónico como adquisición de bienes o prestación de servicios, ya que de ello dependerá la localización de la operación, y la competencia territorial de la administración correspondiente.

Existen distintas posibilidades que dificultan extraordinariamente la eficacia del principio general de simplicidad normativa y seguridad jurídica, la legislación española prevé distintas posibilidades respecto al lugar de realización del hecho imponible y, en consecuencia, de la tributación.

Así, caben las siguientes posibilidades:

Considerar que se produce una operación interior, en los términos previstos en el artículo 68 LIVA, con lo que la tributación se produciría en destino.

Considerar que nos encontramos ante adquisiciones intracomunitarias, con lo que de acuerdo al artículo 71 LIVA, siendo el adquirente empresario o profesional, la tributación se producirá en destino.

Aplicar el régimen de las ventas a distancia, en cuyo caso habremos de distinguir según el importe de la venta sea superior o inferior a 4.550.000 ptas.

En el primer caso, la operación estará sujeta en el país de destino, en el segundo caso, en el país de origen, salvo que se ejercite la opción por localización en destino.

Finalmente, en caso de calificar la operación como una compraventa de producto procedente de fuera de la UE, y de acuerdo al artículo 18 LIVA, nos encontraremos ante una importación de bienes, sujeta a liquidación en aduanas.

Por el contrario, si las operaciones de comercio electrónico son calificadas como prestación de servicios, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 69 LIVA, debiendo entenderse realizadas en el territorio de aplicación de Impuesto cuando el prestador de los mismos tenga situado en dicho territorio la sede de su actividad económica, en los términos que describe el número dos del citado artículo, y con las excepciones previstas en el artículo 70 LIVA.

Entre dichas excepciones debemos considerar la contenida en el artículo 70.1.5 LIVA, donde se establece que determinados servicios se localizan en la sede del destinatario cuando este sea empresario o profesional y tenga en el territorio de aplicación la sede de su actividad económica, establecimiento permanente o domicilio; pero aún no existe una definición de que debe considerarse como servicio, sin que haya alcanzado una solución unánime satisfactoria.

La legislación española, en defecto de tratado, opta por la tributación como una renta obtenida en España, en tal sentido se expresan los artículos 6 LRNR, 8.3 LIS y 9 LIRPF. (IMPOSICION DIRECTA PERSONA FISICA).

### **Establecimiento permanente:**

La existencia de un establecimiento permanente en España es el presupuesto de partida para la aplicación del régimen tributario; de existir uno en España, el no residente tributaría en este país prácticamente como un residente; caso contrario, tributaría aisladamente por cada fuente de renta y sobre sus ingresos brutos, aunque en la práctica y debido a la aplicación de los distintos convenios internacionales para evitar la doble imposición, muchas de estas rentas no soportan gravamen alguno en España.

Por ello la importancia de la limitación del concepto de establecimiento permanente, difícil en los supuestos de comercio electrónico, cuya característica esencial radica en la posibilidad de realizar el comercio a través de las fronteras mediante Internet, es decir sin presencia física del comerciante en el país en el que reside el comprador del bien o servicio vendido, o con una presencia mínima.

El establecimiento permanente es definido en la LRNR, art. 12.1 a; prácticamente como lo define el art. 5 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OECD, y lo hace de la siguiente manera:

1. a efectos del presente convenio, la expresión establecimiento permanente significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.
2. la expresión establecimiento permanente comprende, en especial: a) las sedes de dirección; b) las sucursales; c) las oficinas; d) las fábricas; e) los talleres; f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

3. una obra de construcción, instalación o montaje sólo constituye establecimiento permanente si su duración excede de doce meses.
4. no obstante lo dispuesto anteriormente en este artículo, se considera que el término establecimiento permanente no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin del ejercicio combinado de las actividades mencionadas en los apartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio.
5. no obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, cuando una persona distinta de un agente que goce de un estatuto independiente, al cual se aplica el párrafo 6 actué por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un estado contratante poderes que le faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esta empresa tiene un establecimiento permanente en este estado respecto de todas las actividades de esta persona realiza por cuenta de la empresa, a menos que las actividades de esta persona se limiten a las mencionadas en el párrafo 4 y que, de haber sido ejercidas por medio de un lugar fijo de negocios, no se hubiera considerado este lugar

como un establecimiento permanente, de acuerdo con las disposiciones de este párrafo.

6. no se considerará que una empresa tiene un establecimiento permanente en un estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente que goce de un estatuto independiente, siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

En el contexto del comercio electrónico, la cuestión actualmente debatida es hasta qué punto un sitio Web o un servidor pueden constituir un establecimiento permanente en otro país; la posibilidad es nula pues el sitio Web sería un mero software, no es tangible, y la mera disposición de un sitio Web no supone tener el control sobre un servidor; sólo un servidor puede llegar a constituir un establecimiento permanente, ya que en él se pueden dar los requisitos de materialidad y fijeza; sin embargo existen otras consideraciones como el grado de intervención humana, cuestión que puede variar hasta llegar a la ausencia total, dependiendo de cada tratadista.

Igualmente se discute sobre si un proveedor de acceso a Internet (ISP) pudiera constituir establecimiento permanente de una empresa, de acuerdo al art. 5 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OECD, esta probabilidad sería viable solo en casos especiales, ya que normalmente aquél actúa como un agente independiente, proveyendo servicios de acceso a cualquier tercero, y sin someterse al control de una empresa.

El tesoro americano considera que la utilización de un servidor en los Estados Unidos no constituye suficiente presencia física como para dar lugar a una tributación directa; lo podría a través de la figura de establecimiento permanente, pues la tributación directa podría evitarse fácilmente utilizando para ejercer el comercio electrónico en un país, servidores instalados en otros países.

## CAPITULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La globalización que es lo mismo que decir internacionalización de la economía, ha conseguido durante los últimos años, un mundo que ha disfrutado de los beneficios derivados de la progresiva integración de las economías mundiales; economías que habían sido autárquicas y cerradas se han abierto y están integrándose en una verdadera economía mundial.
2. El Comercio Electrónico es una metodología moderna para hacer negocios, es un gestor potencial de grandes oportunidades y beneficios, a los que evidentemente nuestro país no se puede mantener al margen.
3. El Derecho tendrá que ser necesariamente adaptado a esta nueva forma de hacer comercio, para que su campo de acción no quede evadido por la imposibilidad de aplicación de aquellos cambios tan radicales como se producen y pueden producirse en el uso diario de esta herramienta comercial.
4. La necesidad de implementar legislaciones que atiendan el problema jurídico de la inseguridad en el Comercio Electrónico, ha obligado a las Naciones Unidas, a la Comunidad Económica Europea y a países de América como Argentina, Brasil, Chile a implementar legislaciones que guarden armonía con las nuevas tecnologías, pero que al mismo tiempo atiendan a los principios de Seguridad, Autorregulación y Privacidad, cuya práctica es indispensable para la expansión segura del Comercio Electrónico.
5. Mientras no exista un consenso entre los distintos entes partícipes de la actividad mercantil electrónica, seguirán existiendo vacíos que en algún

momento se harán insubsanables, los cuales causan confrontación y contradicción; específicamente en lo que a materia tributaria se refiere, la administración deberá actualizar temas en consonancia con las demás legislaciones como son: localización de los sujetos actuantes, ejecución y pago de las deudas tributarias; fórmulas para evitar la deslocalización de las operaciones y la elusión; realización de declaraciones liquidaciones adaptadas al comercio electrónico.

6. La regulación tributaria tradicional es aplicable al comercio electrónico excepto en lo que explícitamente requiera de su particularización; claro esta, que primero se deberán discernir temas de gran trascendencia como el de establecimiento permanente, entre otros.

## RECOMENDACIONES

Como resultado del presente trabajo investigativo y con el propósito de incentivar el ejercicio de la actividad mercantil a través de medios electrónicos, propongo las siguientes opciones; no sin antes manifestar que como cualquier otro conducto mercantil, el desarrollo de esta actividad debe encontrarse enmarcada al fiel cumplimiento de lo que establece nuestra legislación, la cual debe indudablemente equipararse al contexto internacional.

1. Urgente necesidad de crear una red transfronteriza de agencias u órganos unipersonales de defensa del consumidor, que eventualmente tengan la actuación de árbitros en caso de litigio entre consumidores de un país y prestadores de servicios establecidos en otro distinto, lo cual supondría, un sistema más simple, eficaz y barato que la vía judicial; señalando al arbitraje telemático como la vía jurídica más factible para resolver los conflictos del Comercio Electrónico.
2. Para conseguir el correcto desarrollo del Comercio Electrónico, se hace latente la alternativa de crear una organización internacional que se ocupe sistemáticamente de los aspectos tributarios, o en su defecto el otorgamiento de un mandato específico a una institución existente.
3. En nuestro país se debe implementar un sistema de bases de datos tributarios y de los censos de contribuyentes, con la finalidad de establecer quiénes, cuántos y en que porcentajes participan y ejercen su actividad económica a través de medios

electrónicos; solo así se podrá determinar mecanismos de recaudación fiscal, con la finalidad de evitar la evasión y elusión tributaria.

4. En consonancia con lo ya manifestado por Organismos Internacionales que tratan de regular este tema, creemos que el impuesto más factible de aplicar es el Impuesto al Valor Agregado, claro está, que se deben cimentar las directrices por las que va a ser conducido, como son dónde se debe pagar, y cuál será el mecanismo de recaudación.
  
5. Los avances tecnológicos están al servicio de la comunidad, son mecanismos que existen para proporcionarnos bienestar, por ello es necesario que se planifique por parte de la administración tributaria un sistema fiscal, que no solo sirva de fuente de consulta, sino que nos permita diversificar nuestra relación con la administración, tal como si estuviéramos ejerciendo la actividad comercial por los mecanismos tradicionales.

## BIBLIOGRAFÍA

### FUENTES DOCTRINALES:

1. Asociación Argentina de Estudios Fiscales, XXIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2006.
2. UNCTAD, Preparación de las Futuras Negociaciones Multilaterales, Asuntos e Investigaciones desde una perspectiva de desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo; Naciones Unidas UNCTAD; Ginebra, 1999.
3. McLure Charles, La tributación sobre el Comercio Electrónico: Objetivos Económicos, Restricciones Económicas y Legislación Tributaria; Buenos Aires, 2000.
4. Sarra Andrea, Comercio Electrónico y Derecho. Aspectos Jurídicos de los Negocios en Internet, Buenos Aires, 2000.
5. Illescas Rafael, Derecho de la Contratación Electrónica, Madrid, 2001.
6. Lorenzetti Ricardo, Comercio Electrónico: Documento, Firma Electrónica, Contrato, Defensa del Consumidor, 2001.

7. Martínez Nadal, Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación, Madrid, 2001.
8. Cromads Javier, Régimen Jurídico de Internet, Madrid, 2002.
9. Paz Candido, Comercio Electrónico: Una Breve Reflexión de Política Legislativa, 2001.
10. Leonardo Andrade, Procedimiento Jurídico Tributario Ecuatoriano, Quito, 2000.
11. Mateu de Do Rafael, Derecho de Internet: Contratación Electrónica y Firma Digital, 2000.
12. Arozemena Guillermo, Ecuador en la economía digital, Quito, 2001.
13. Chasi Larry, Comercio Electrónico, Tácticas Probadas para Hacer Negocios Internet, México, 2003.
14. Gómez Velasco Xavier, Patentes de Invención y Derecho de la Competencia Económica, Quito, 2003.
15. Pérez Herrero Pedro, Comercio y Mercados en América Latina, Madrid, 1992.
16. Rodas Pozo Antonio, La Organización Mundial de Comercio y el Ecuador: una negociación, Quito, 1999.

17. Sanpedro José, "El mercado y la globalización", Madrid, 2003.

18. Hance Olivier, Leyes y Negocios en Internet, México DF, 1996.

#### **FUENTES LEGALES:**

19. Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (Ley No. 67 R.O. Suplemento 557 de 17 de Abril de 2002)

20. Reglamento General a La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

21. Reglamento para la Acreditación, Registro y Regulación de Entidades Habilitadas para Prestar Servicios de Certificación de Información y Servicios Relacionados.

22. Código Tributario Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.

23. Ley de Régimen Tributario Interno, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

24. Constitución Política del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.

25. Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones.

#### **MATERIAL INFORMATIVO:**

26. Sistema Informático SILEC.

27. Páginas Web:

- [http://www.comercio electronico tic\Archivo de artículos - Comercio electrónico - especial de eluniverso\\_com16.htm](http://www.comercio electronico tic\Archivo de artículos - Comercio electrónico - especial de eluniverso_com16.htm).

- <http://www.comercio electronico tlc\CAMARA DE INDUSTRIALES DE PICHINCHA - NOTICIAS ECONOMICAS.htm>.
- <http://www.comercio electronico tlc\CORPECE - Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico.htm>.
- <http://www.comercio electronico tlc\Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores.htm>.
- <http://www.comercio electronico tlc\la omc Entender la OMC - miembros y observadores.htm>.
- <http://www.comercio electronico tlc\Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - Wikipedia, la enciclopedia libre.htm>.
- [http://www.comercio electronico tlc\Problemas juridicos del Comercio Electronico \[Legal Info-Panama\]b.htm](http://www.comercio electronico tlc\Problemas juridicos del Comercio Electronico [Legal Info-Panama]b.htm)