DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA

9/2007

Vicerrectorado Académico Decanato de Investigación y Postgrado

Número 9

Enero - Diciembre 2007

Depósito Legal: p.p 200202TA1209

ISSN: 1317-9306



Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías Editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas Universidad Católica del Táchira

Editor-Director Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

Rafael ILLESCAS ORTÍZ (Universidad Carlos III de Madrid); Isabel RAMOS HERRANZ (Universidad Carlos III de Madrid); Leopoldo BRANDT GRATEROL (Universidad Católica Andrés Bello); Antonio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid); José Ovidio SALGUEIRO (Universidad Católica Andrés Bello); Miguel ARRIETA ZINGUER (Universidad Católica del Táchira); Fernando MARTÍN COBISA (Ministerio de Ciencia y Tecnología de España); Fernando MARESCA (Universidad de Buenos Aires); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); María PEREZ PEREIRA (Universidad Carlos III de Madrid). Emilio SUÑÉ (Universidad Complutense de Madrid). José Luis BARZALLO (Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador).

<u>Diseño Gráfico</u> Nina Gabriela Vásquez

Montaje Edy Marleni Lozano

Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209 ISSN: 1317-9306

Periodicidad: Anual

Revista Derecho y Tecnología

Número 9 Enero / Diciembre 2007

Dirección: Carrera 14 con calle 14 Apartado 366 San Cristóbal Estado Táchira Venezuela Teléfonos:
(58) (0276) 344.75.72 -90.83
Fax:
(058) (0276) 344.61.83
E-mail:
derechoytecnologia@ucat.edu.ve
mrico@ucat.edu.ve

Distribución:
Universidad Católica
del Táchira
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela

Universidad Católica del Táchira



Revista Derecho y Tecnología Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas 9/2007

ÍNDICE

Editorial	,
Artículos	
Rafael ILLESCAS: La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de	
Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la	
dogmática contractual electrónica	11
Pilar PERALES VISCASILLAS: ¿Forma <i>escrita</i> del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL	27
Antonia PANIZA FULLANA: E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española	51
Andreina CHIQUITO: El cheque electrónico en la legislación venezolana	69
Miguel ARRIETA ZINGUER: Los Aportes en Ciencia, Tecnología e Innovación en Venezuela	89
Gustavo Adolfo AMONI REVERÓN: Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela	117
Ángela GUISADO MORENO: La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores	133
Contribuciones especiales	13.
María Antonia CUBEROS DE QUINTERO: La participación ciudadana y el gobierno electrónico	161
Jeimy J. CANO: Informáticos Forenses: Criminalistas informáticos en una sociedad de la información y el conocimiento	175

Legislación

España Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los consumidores	187
i mancieros destinados a ros consumidores	107
Venezuela	
Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Tecnología e Innovación referido a los Aportes e Inversión	209
Jurisprudencia	
Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 22 de mayo de 2007	225
Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007	263
Recensión	
Manuel ALBA FERNÁNDEZ: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada • RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa:	323
El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces), Madrid, Marcial Pons, 2006	323
Índice acumulado	327

EDITORIAL

Con el trascurrir de los años se ha demostrado que la actividad académica e investigadora en temas de *Derecho y Tecnología* cada vez es más amplia; en la actualidad no sólo los abogados, profesores y estudiantes de Derecho se dedican a analizar las implicaciones de la tecnología en el amplio mundo de la Ciencia Jurídica y sus sectores relacionados. Atendiendo a esta realidad y en nuestro propósito de difundir el conocimiento en esta área, ponemos a disposición de nuestros lectores una nueva sección, titulada Contribuciones Especiales, orientada principalmente a difundir los estudios y opiniones de profesionales y académicos que, sin ser necesariamente juristas, exponen desde un punto de vista interdisciplinario los nuevos retos y desafíos que impone el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en su relación con las diversas áreas vinculadas a la Ciencia Jurídica.

La inclusión de esta sección tiene por finalidad ofrecer, tanto a nuestros colaboradores como a nuestros lectores, la posibilidad de estudiar y comprender el alcance de los nuevos problemas, cuyo análisis, si bien no encuadra estrictamente en el campo la dogmática jurídica, encuentran su fundamento en el desarrollo tecnológico que ha tenido lugar en el ámbito del Derecho y su incidencia en la sociedad en general.

Inauguran esta sección, los trabajos de la Profesora María Cuberos, de la Universidad Católica del Táchira y del Profesor Jeymi Cano, de la Universidad de los Andes de Colombia. La profesora Cuberos, Licenciada en Educación, mención Física y Matemática e Ingeniero de Sistemas, nos ofrece un artículo donde pone de manifiesto la importancia de la participación ciudadana en el marco del gobierno electrónico. También se ha sumado a esta iniciativa el profesor Cano, Ingeniero en Computación y Sistemas, con Ph D. *in Bussiness Administration*, quien analiza el tema de la Informática Forense y los Criminalistas Informáticos en el marco de la Sociedad de la Información. Estamos seguros, y por eso hemos apostado por esta nueva sección, que todas estas contribuciones servirán de ayuda y apoyo a los juristas en la investigación de temas relacionados con *Derecho y Tecnología*, así como en la posible resolución de conflictos que involucren el elemento tecnológico en las diferentes instancias jurídicas.

Mariliana Rico Carrillo

DOCTRINA

La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica

Rafael Illescas*

SUMARIO: 1. Vehículo y territorio de las innovaciones; 2. Innovaciones en el régimen contractual electrónico; 3. La determinación legal del momento de la perfección de los contratos electrónicos de prestación de Servicios Financieros; 4. Información al cliente y régimen de las condiciones generales del contrato; 5. El falso atributo positivo de la exclusividad electrónica establecido para los Servicios Financieros sometidos a la Ley 22/2007; 6. La desproporcionada distribución de la carga de la prueba de la existencia del contrato.

Resumen

En el presente artículo se analizan las principales innovaciones introducidas en la legislación española con motivo de la aprobación de la Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En particular se hace referencia a la determinación del momento de perfección de los contratos concluidos entre proveedores y consumidores de servicios financieros, así como al derecho de información consagrado a favor de los consumidores de este tipo de servicios.

Palabras clave: comercialización a distancia. Servicios financieros. Consumidores.

Abstract

This article analyses the main innovations in the Spanish legislation after the adoption of the Law on distance marketing of consumer financial services. Particular reference is made to the time of formation of contracts concluded between consumers and providers

Recibido: 30/10/2007 • Aceptado: 15/11/2007

El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación "Análisis del fenómeno de electronificación de los documentos de transporte desde una perspectiva jurídica" financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España, nº de referencia SEJ2004-02021, en el que el autor aparece como investigador principal.

ISSN: 1317-9306

^{*} Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

of financial services, as well as the right of information established in favor of consumers of such services.

Key words: Distance marketing. Financial Services. Consumers.

1. Vehículo y territorio de las innovaciones

El verano del año 2007 ha resultado rico e intenso en acontecimientos legales y económicos; en España y en el mundo. En nuestro país, y entre los legales, merece especial mención la promulgación de la Ley 22/2007, de 11 de julio de 2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (en adelante LCDSFDC)¹, dotada de una muy breve vacatio legis² . Como su propio nombre indica, el objetivo perseguido por la norma es formular reglas aplicables a la comercialización no presencial para consumidores de ciertos productos, conceptuados un tanto dudosamente y de un modo genérico por el legislador como servicios y calificados como financieros³. Simultáneamente la norma ha servido para trasponer integramente al ordenamiento español la ya remota Directiva europea en la materia, la Directiva 2002/65/CE4: se ha aprovechado la ocasión para mejorar sustancialmente la transposición parcial de la norma comunitaria que se había producido para el campo de comercialización de seguros a través de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados⁵.

El nuevo texto legal está lleno de reglas dotadas de interés y, nominalmente, finalidad tuitiva para los consumidores. Produce el efecto, además, de derogar las aludidas disposiciones en materia de comercialización a distancia del seguro en España y que habían en más de una ocasión atraído la atención de la doctrina y la jurisprudencia menor⁶. Consiguientemente y también de modo general

- 1 BOE nº 166/2007 de 11 de julio de 2007.
- 2 Tres meses a partir del día de su publicación de acuerdo con su Disposición Final Tercera.
- 3 El artículo 4.2 de la Ley determina los servicios financieros que son incluidos en su campo material de aplicación. Dice así en su apartado 1, sin perjuicio de subsiguiente mayor detalle y precisión –en especial en los artículos 4.2.2 y 10.2-: "A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros".
- 4 Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/16 /CEE del Consejo y las Directivas 97/7CE y 98/27/CE (DO L 271 de 9.10.2002, p. 16/24).
 - 5 BOE nº 265/2003 de 5 de noviembre de 2003.
- 6 Por la doctrina, entre otros, a modo de precursora, MARTÍNEZ NADAL, A., "El seguro por medios electrónicos", en *Comercio electrónico y protección de los consumidores* (BOTANA

somete a una misma disciplina la comercialización electrónica -y telefónica- de los ya mencionados "servicios financieros" coincidentes con el ofrecimiento y perfección de contratos propios del objeto social de los empresarios sometidos a específica supervisión en España, en la Unión Europea y en el mundo -banca, seguros y de los mercados de valores-. Ello conduce a la conveniente contemplación de una cuestión adicional y no menos general cual es la de la confusión, en el sentido más técnico de la palabra, entre consumidor y no tanto tomador de seguros o cliente bancario sino entre consumidor y accionista de Sociedad Anónima (SA) cotizada en bolsa: los accionistas no son empresarios y así se viene legislando multisecularmente pero sin duda que los accionistas gozan de una iniciativa y unos derechos de propiedad sobre el empresario SA que dificultan la reducción de su status jurídico a la condición de consumidores: probablemente la multiplicidad de sus facetas nos hace encontrarnos ante el equivalente legislativo de lo que la doctrina de la codificación decimonónica denominó en relación con la contratación mercantil como contratos mixtos⁷. Podría ahora hablarse, en relación con estos accionistas que llegan a serlo a través del mercado secundario electrónico –o electronificado-, como sujetos mixtos: propietarios de la compañía y al par consumidores de servicios financieros. En particular tras la LCDSFDC. Y lo llamativo de esta confusión es que se predica del acto mismo por el que una persona adopta la iniciativa de convertirse en accionista: la adquisición de acciones.

Estos temas, sin embargo, no son objeto de consideración en esta modesta aportación aun cuando merecen un tratamiento profundo y detenido: aquí quedan meramente apuntados a la espera de otra ocasión o autor más propicios.

2. Innovaciones en el régimen contractual electrónico

El objeto, pues, del presente trabajo queda reducido al impacto que sobre la dogmática jurídica de la contratación electrónica (en adelante C-E) producen las nuevas disposiciones introducidas en el ordenamiento por la Ley 22/2007: estas son muy abundantes y en su gran mayoría poseen una índole regulatoria de la relación contractual a establecerse entre proveedores a distancia de

GARCIA, G. A., coord.), Madrid, La Ley, 2001, págs. 829 y ss.; igualmente CAMACHO CLAVIJO, S., "Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro", *Revista Española de Seguros*, nº 127, 2006, págs. 433 y ss; VEIGA COPO, A. B., "La contratación electrónica del seguro", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 244, 2002, págs. 653 y ss.. También puede verse mis ILLESCAS, R. "El comercio electrónico y su proyección en el seguro y el reaseguro: visión internacional", *Revista Española de Seguros*, nº 111, julio, 2002, págs. 385 y ss.; IDEM, "El contrato de seguro y su oferta, perfección y prueba electrónicas tras la Ley 34/2003", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 51, 2004, págs. 3 y ss.

7 El gran GARRIGUES se refería con dicha calificación a los contratos no para indicar la potencial dualidad de naturaleza jurídica de los mismos sino para cuestionarse dicha naturaleza en el caso en que las partes poseían distinta naturaleza –comercial una y no comercial otra- (cfr. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I-1, Madrid, 1947, págs. 203 y ss.)

servicios financieros (SF en adelante) y los por la ley denominados consumidores. Vienen a establecer el régimen especial de derechos y obligaciones de los contratantes derivado de la política legislativa seguida por la norma, esto es, la tutela del consumidor electrónico de tales SF. La trascendencia dogmática de la mayoría de las disposiciones promulgadas, por consiguiente, no resulta apreciable sino que sus mandatos se caracterizan predominantemente por la finalidad práctica perseguida —la indicada tutela del consumidor-.

Sin embargo, la lectura cuidadosa del nuevo texto legal permite desarrollar ciertas reflexiones de mayor calado: algunas de las reglas contenidas en la LCDSFDC poseen un contenido que de una manera directa o indirecta inciden sobre los fundamentos legales de la C-E tal y como fueron en su momento establecidos por la Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE)⁸. El contenido de estos preceptos innovadores de 2007 contrasta con el de la legislación preexistente; sin contar la nueva ley con una disposición derogatoria expresa puede concluirse del análisis comparativo entre lo nuevo y lo viejo la derogación efectiva de las reglas viejas. Un cambio de criterio legal, en efecto, se infiere del contenido de las reglas de 2007: su dimensión resulta, no obstante, limitada y no alcanza a la mayor parte de la dogmática contractual especialmente instaurada en 2002 para la C-E, la cual se mantiene intacta en su mayor extensión.

En cualquier caso, y si se comparte la opinión favorable a la efectividad del cambio de criterio legal en los limitados elementos en los que se produce la discrepancia entre la LSSICE y la LCDSFDC, la cuestión más relevante no es la de la derogación parcial de las reglas de la primera y su sustitución por las de la segunda; la cuestión más relevante, por contra, estriba en la fijación exacta del campo de aplicación de las nuevos disposiciones: introducidas en una norma destinada a la tutela del consumidor y dotada de un campo limitado de aplicación material—los SF- no será fácil afirmar que la legislación especialísima ha sustituido a la especial en todo el ámbito de la C-E. La norma al respecto del artículo 2.2 del Código Civil⁹ resulta clara: la ley de 2002 decae ante la de 2007 solamente en lo que concierne a los SF electrónicamente prestados. Las restantes operaciones de C-E seguirán sometidas a las reglas de la LSSICE y, por tanto, su régimen contractual permanece inalterado.

No obstante concluir en la dimensión restringida de la derogación, cabe efectuar dos observaciones relevantes al respecto. En primer término debe notarse que las innovaciones legales, si bien limitadas por razón de su campo

⁸ BOE nº 166 de 12 de julio de 2002. La LSSICE ha sido objeto de una reforma corta pero significativa a través de la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/2003, de 3 de marzo de 2003, General de Telecomunicaciones (BOE nº 264 de 4 de julio de 200), con nueva redacción para sus artículos 21, 22, 38, entre otros elementos.

⁹ El inciso segundo del artículo 2.2 del Código Civil estatuye que "La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior".

material de aplicación, indican un cambio de criterio del legislador en los elementos dogmático-contractual a los que se refieren y, por tanto, representan el inicio de un movimiento más amplio en cuya virtud los nuevos criterios habrán de extenderse a toda la C-E en un futuro más próximo que lejano. Y ello porque las nuevas reglas se producen en el ámbito de la C-E EaC (o B2C)¹⁰ en cuyo seno, como es obvio, el criterio de paridad de trato entre los contratantes se sustituye por el de protección del contratante débil: si el nuevo criterio actúa, por consiguiente, un criterio de protección lo razonable será que no exista inconveniente alguno para que se extienda a relaciones contractuales de régimen paritario. La aplicación del nuevo criterio en las relaciones de C-E EaE (o B2B) –en segundo término y por otra parte- siempre ha sido posible en virtud de la libertad contractual que consagran tanto el propio Código Civil como la LSSICE para el tráfico entre empresario en diversas ocasiones¹¹ y ello con independencia de las ya anticuadas reglas supletorias de 2002.

La segunda observación que acompaña a la conclusión restrictiva en materia de derogación implícita de normas preexistentes se refiere a una circunstancia práctica: desde una perspectiva económico-empresarial, la legislación de 2007 cubre una extraordinariamente amplia superficie de la C-E. En efecto, los SF constituyen, con mucho, el más importante segmento de la C-E no solo EaE sino también EaC: basta para fundamentar lo afirmado la simple lectura del listado de contratos excluidos por la nueva ley del derecho de desistimiento del consumidor para poder apreciar el amplísimo mundo de relaciones contractuales que, al par que dotadas de derecho de desistimiento, están sometidas a la LCDSFDC: tal listado se encuentra en su artículo 10.2 y sus primeros tres contratos, de enorme práctica diaria, son las operaciones de cambio de divisas y la negociación, respectivamente, sobre instrumentos del mercado monetario, valores negociables y participaciones en instituciones de inversión colectiva. Operaciones bursátiles, en suma, de frecuentísima celebración y ejecución.

¿Cuales son, así pues, las innovaciones legales a considerar?

Dos principales: ante todo, la relativa a la determinación legal del momento de la perfección de los contratos electrónicos consistentes en la prestación del SF de que se trate; en segundo lugar, la referente al régimen de la información contractual a proporcionar por el proveedor de alguno de dichos SF a su contraparte, el destinatario de los mismos: su cliente, en definitiva. El estudio de una y otra novedad se produce acto seguido, no sin advertir de la existencia de otros dos elementos legislativos nuevos –innovaciones por tanto- que también

¹⁰ Recuérdese que el acrónimo "EaC" abrevia en español la expresión "empresario a consumidor" y el "EaE", "empresario a empresario" en tanto que sus paralelos ingleses "B2C" y "B2B" hacen lo propio en este segundo idioma. Como siempre, opto por utilizar en el texto las abreviaturas españolas con preferencia a las inglesas, globalmente sin embargo mucho más difundidas.

 $^{^{11}}$ Esa libertad contractual para el C-E EaE se puede encontrar, entre otros, en los artículos $^{27.2}$; $^{28.3}$ y $^{29.2}$ de la LSSICE.

merecen una mención e igualmente dotados de cierto carácter dogmático: de una parte, la incoherencia legal en la cualificación de los contratos de SF electrónicos mediante el rasgo de la exclusividad de su celebración electrónica y, de otra, la distribución legal entre las partes de la carga de la prueba de no tanto el cumplimiento de obligaciones sino también de la misma perfección del contrato. En la medida en que se está contemplando una prueba electrónica cabe, con una cierta flexibilidad y un punto de benevolencia, atribuir la condición de dogmática a estas nuevas reglas positivas de utilización procesal.

3. La determinación legal del momento de la perfección de los contratos electrónicos de prestación de SF.

Mucho se ha criticado la decisión legal de 2002, antes y después de su adopción formal, referente a la modificación de las reglas tradicionales codificadas en materia de perfección de los contratos a distancia así como a la unificación de las mismas para ser aplicadas por igual a los contratos civiles y mercantiles. No se trata de reiterar argumentos en su día expuestos por un sector de la doctrina contra los criterios legales reformados de 2002; argumentos generados no solo por la pluralidad de los criterios consagrados al respecto sino también por la falta de idoneidad de los mismos en orden a disciplinar adecuadamente la cuestión en el ámbito de la C-E: ello a pesar de que las renovadas versiones de los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de comercio se consagraron por vía de la Disposición Adicional Cuarta de la LSSICE, como resulta sobradamente conocido -una norma en la que la presencia de las exigencias específicas del C-E resultaba inevitable-. En suma, los sucesivos criterios legales del (i) conocimiento por el oferente de la aceptación manifestada por el ofertado, (ii) la imposibilidad de ignorar sin faltar a la buena fe la remisión de la contestación que el ofertado lleva a cabo en determinadas circunstancias y (iii) la "manifestación" de la aceptación por el ofertado en caso de contratos "celebrados mediante dispositivos automáticos" ni son adecuados ni resultan prácticos; además tales criterios han creado una confusión considerable acerca de su rango, preferencia y compatibilidad. Su sustitución se ha venido reclamando incluso con anterioridad a su promulgación legal¹².

¹² Debo citar al respecto mi trabajo ILLESCAS ORTIZ, R., "Claroscuro con patitos: de nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 27, mayo, 2002, págs. 3 y ss. en el que me pronuncié muy decididamente contra lo que todavía era proyecto de ley. También y entre otros, ya con la LSSICE en las páginas del BOE, CUADRADO PEREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del Contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2993, págs. 339 y ss. y PERALES VISCASILLAS, P., "Sobre la perfección del contrato en España: el "popurri" de los "nuevos" artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de comercio", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 33, págs. 69 y ss. Con todo, la opinión expresada no es aceptada unánimemente entre la doctrina española que cuenta con quienes entienden que la opción legislativa plural es

Esta sustitución es la que se apunta en el texto de la nueva LCDSFDC. El apunte, no obstante, es indirecto y se produce no tanto en el texto de una norma destinada a la perfección del contrato electrónico de SF –que no se contiene en la Ley de 2007 y que por tanto queda sometido en principio a la disposición general del artículo 54 del Código de comercio sobre la perfección de los contratos a distancia- sino en la norma *ad hoc* referente al desistimiento del contrato por parte del destinatario o consumidor electrónico del SF. No puede negarse que se trate de una paradoja: la regla sobre perfección se altera porque la regla del desistimiento no la sigue para precisamente operar tal desistimiento. Así, el artículo 10.3 de la LCDSFDC basa el desistimiento ejercido por el consumidor en una comunicación temporánea en tal sentido efectuada por aquél en los siguientes términos:

"Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario y *se envía* antes de expirar el plazo"¹³.

Conforme a la disposición reproducida, el desistimiento enviado electrónicamente —el soporte duradero no de papel- surte el efecto apetecido cuando "se envía" antes del plazo legal para el ejercicio de dicho derecho - 14 ó 30 días naturales a correr desde el día de la celebración del contrato-. No hace falta ser un gran lingüista para concluir que enviar es algo muy diferente a conocer por el destinatario, a no poder ignorar sin faltar a la buena fe e incluso a meramente manifestar. Enviar una notificación, en un contexto de C-E, consiste, como indica la ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (en adelante CNUUCECI), en expedir dicha notificación; así, la Convención preceptúa que "la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de este ..." 14. En

correcta incluso en el C-E. Por otra parte, quienes han aducido que la fórmula contenida en el su momento proyecto de lo que luego ha venido a ser la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, hecha en Nueva York en 2005, era compatible con la legislación española se han visto contradichos por el texto final del Convenio: este excluye cualquier indicación acerca del momento de perfección de los contratos electrónicos; esta exclusión es coherente con todos los textos de derecho uniforme en la materia

13 Se trata del segundo inciso del mencionado artículo 10.3 de la Ley 22/2007; el énfasis está añadido por el autor, las Leyes modelo de CNUDMI/UNCITRAL referidas a la C-E en particular.

¹⁴ Artículo 10.1 de CNUCECI. Una glosa autorizada de la disposición arriba trascrita se encuentra en COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, págs. 66-67.

consecuencia, enviar electrónicamente no es ni conocer un mensaje de datos previamente remitido, ni presumir su conocimiento por el destinatario ni manifestar de modo más o menos general, a persona indeterminada o a persona cuya dirección electrónica no es la apropiada al caso el contenido del mensaje con independencia de que su envío haya sido efectuado. Enviar es producir toda la conducta necesaria para que el mensaje de datos o la notificación electrónica de que se trate salga de la esfera de control –el sistema electrónico- del remitente con destino a la esfera de control –el sistema electrónico- del destinatario.

Con la adopción de esta fórmula nueva de producción de efectos jurídicos en el course of dealing electrónico –el envío del mensaje-, el legislador se está apartando de la pluralidad de fórmulas inútiles e inapropiadas que consagró en 2002 y adoptando un criterio nuevo en lo que concierne a la efectividad negocial de las comunicaciones electrónicas. Bien es verdad que lo hace en relación con el desistimiento contractual y no con relación con el perfeccionamiento del contrato y los diversos hitos de su administración y ejecución; lo hace, además, no para todo contrato sino para unos determinados y específicos aun cuando muy frecuentemente convenidos -los de SF-. La innovación producida, no obstante y a pesar de su alcance limitado y la paradoja que encierra según se ha señalado, está llena de significación: implica un cambio radical de criterio en punto a la determinación del momento en que resulta eficaz una notificación negocial efectuada en soporte electrónico; al par, lo hace en relación con los contratos de más abundante práctica en el entorno al que la norma se destina. En definitiva, el viejo brocardo conforme al que "quien puede lo más puede lo menos" le resulta plenamente aplicable a este nuevo criterio positivo: mayor poder implica la facultad de desistirse de un contrato –ello supone quebrantar la regla crucial y a menudo olvidada del artículo 1091 del Código Civil- que la de disponer de lo que es la propiedad del propio contratante conforme a las facultades que al mismo le atribuye el artículo 348 del propio Código Civil¹⁵.

Claro que, lamentablemente, el cambio introducido en 2007 no es fruto de la eventual reflexión de los poderes públicos españoles producida entre 2002 y el presente año acerca de la nula bondad de la decisión adoptada en aquel año en punto a la reforma del derecho de la contratación a distancia y su aplicación a la C-E. Tampoco la doctrina ha ayudado ni ha sido oída. Simplemente la alteración es fruto del mandato europeo, ese sí, formulado tras amplia reflexión y en un contexto carente de norma alguna sobre el momento de la perfección y de la resolución del contrato electrónico. Sobre la cuestión, en efecto, cabe

¹⁵ El fundamental artículo 1091 arriba citado, conviene recordar, ordena escuetamente que "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos". A su vez el 348.1 dispone que "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

recordar que la Directiva de C-E¹⁶ no se pronunció, siguiendo la pauta –calificable en ambos casos de respetuosa con los diversos derechos nacionales- del precedente de la CNUUCECI –la Ley Modelo de UNCITRAL sobre el comercio electrónico de 1996. Puede afirmarse, en efecto, que la primera vez en que el legislador comunitario se pronuncia sobre el momento de la producción de efecto negocial por una comunicación electrónica es en la Directiva 2002/65/CEE que se traspone en España mediante la LCDSFDC: concretamente lo hace no sobre la perfección sino sobre la rescisión o desistimiento del contrato por el consumidor en su artículo 6.6. Allí se utilizan idénticos términos, sin diferenciación mínima alguna, a los que el legislador español utiliza en el reiterado artículo 10.3 in fine de la Ley 22/2007:

"Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo"

La innovadora utilización española del criterio del envío de la notificación –más técnicamente, del mensaje de datos o del documento electrónico- es, pues, fruto del cumplimiento por los Estados miembros, entre ellos nuestro país, del mandato comunitario. Así las cosas, cabe interrogarse si el nuevo criterio del envío del mensaje de datos debe de generalizarse y si consiguientemente han de abandonarse reglas mal redactadas, fruto probable de la exportación al campo de la contratación mercantil –en papel o electrónica- de un totalmente inadecuado criterio tradicional civil que, cuanto menos, se remonta al año 1889 –el del conocimiento¹⁷-, y procederse a su sustitución por el ya parcialmente vigente del envío. Y ello de modo general y no solo para el desistimiento sino también para la perfección y ejecución de los contratos electrónicos. Por coherencia y razonabilidad; por su definitiva mayor eficacia y adecuación. La

¹⁶ Se trata de la muy conocida Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE nº L178 de 17.7.2000). Como se ha indicado más arriba, la Directiva no contiene disposición alguna sobre el momento en el que la perfección del contrato electrónico tiene lugar. La materia queda de tal manera abandonada, tanto en el derecho comunitario europeo como en el derecho uniforme del comercio internacional, al derecho interno de cada Estado: este será el que ha de fijar tal momento de perfección contractual y así se ha hecho en la generalidad de los casos. El abandono ha traído como consecuencia una falta de armonía entre los diversos ordenamientos nacionales que en nada ayuda ni beneficia a la actividad comercial global. La superación de tal desarmonía solo es posible en el estado actual mediante la aplicación del criterio de la recepción fijado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante CNUCCIM) hecha en Viena en 1980 y al que se hará alusión más precisa adelante.

¹⁷ El artículo 1262.2 del Código Civil tal como se redactó en 1889 dispone: "La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a *su conocimiento*. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta" (énfasis añadido).

respuesta a las cuestiones formuladas no debe de ser afirmativa en la generalidad de los casos.

Atendiendo a los conceptos antes expresados de envío y de recepción o llegada conforme a la formulación ya conocida de la CNUUCECI no cabe la menor duda de que el criterio del envío es un criterio favorable al sujeto que lleva a cabo dicho envío; será su sistema electrónico el que con el máximo de facilidad recogerá la información completa relativa a la salida de su esfera de control del mensaje de datos enviado: año, mes, día, hora, minuto y segundo del envío quedan registrados en el sistema controlado por el expedidor del mensaje remitido. La prueba de tales extremos, por tanto, resultará extremadamente fácil para dicho expedidor: cualquier otro criterio, tanto los tres doblemente codificados como el de la recepción de la notificación disminuyen la facilidad de la prueba por su parte cuanto menos. El criterio del artículo 10.3 de la LCDSFDC, por tanto, es un criterio desequilibrado y tuitivo para el contratante débil que quiere desistirse de un contrato previamente celebrado. A la vista de esa su condición tuitiva, el criterio del envío no debe generalizarse; en concreto, no debe aplicarse a las C-E entre empresarios sino únicamente a la C-E EaC, esto es, entre empresarios y consumidores.

Para el primer caso -C-E entre empresarios-, el criterio a generalizar para la perfección, administración y ejecución del contrato electrónico es el criterio de la recepción del mensaje de datos. Dicho criterio resulta más equitativo e igualitario; sobre todo, resulta más acorde con la realidad del tráfico. El tráfico mercantil, pese a quien pese, no ha perdido celeridad en las últimas décadas sino, antes bien, la ha reforzado hasta alcanzar la velocidad de la luz -la electricidad-: las operaciones electrónicas sobre valores cotizados en la actualidad se perfeccionan y ejecutan a dicha velocidad de la electricidad¹⁸. En tal contexto de celeridad extrema, el criterio atendible en punto a la determinación de la perfección del contrato ha de ser el de la recepción del mensaje de datos que contienen la voluntad negocial: su destinatario, en efecto, nada puede entender pactado ni orden alguna calificarla como de cumplimiento obligado si no ha recibido el mensaje que contiene dicha orden o voluntad de su contraparte. Poco importa que el mensaje haya sido emitido: lo importante para desencadenar la actividad del destinatario -o su responsabilidad por la inacción- es que el mensaje enviado haya llegado. En suma, se trata de atribuir el riesgo del traslado del mensaje de datos no tanto a su destinatario sino a su emisor y, eventualmente, a su transportista. Cualquier otro criterio resultaría contrastante con la realidad comercial contemporánea, según ya se ha argumentado.

¹⁸ Al respecto las informaciones son abundantes y los análisis inexistentes. Entre las primeras, cfr. "Bolsa. Revista Mensual de Bolsas y Mercados Españoles", nº 166, julio 2007, pág. 86 sobre la contratación algorítmica bursátil con su resultado de mayor rapidez para los inversores, expresada en términos de segundos e incluso milésimas de segundo e indicando que "el objetivo último de estos sistemas es reducir el tiempo que transcurre entre la introducción de la orden y su ejecución".

Este criterio de la recepción o llegada del mensaje para determinar el momento de la perfección o eficacia del acto de administración contractual concuerda con el primero de los diversos criterios históricamente establecidos en el Derecho mercantil español para el C-E entre empresarios y aún vigente: el criterio de la recepción, en efecto, ya fue consagrado en el año 1999 para la operatoria de los sistemas de pagos y de liquidación de valores con ocasión de la correspondiente ley española trasponedora de otra Directiva comunitaria¹⁹: tal criterio y ley siguen plenamente vigentes, dicho sea de modo incidental. Igualmente el criterio de la recepción concuerda con el establecido por la Convención de Viena²⁰ para las compraventas de mercaderías entre empresarios, incorporada a nuestro ordenamiento desde hace 15 años y cuyas normas, en particular en materia de formación y administración del contrato, han sido últimamente objeto de electronificación²¹.

Hay que regocijarse, por consiguiente de que el legislador, a los 5 años de dictar el criticable en extremo artículo 54 del Código de comercio se haya apartado de su contenido y lo haya hecho para un número enorme de contratos mercantiles celebrados diariamente en soporte electrónico. Es cierto que lo hace para tutelar a los consumidores, gobernar su derecho de rescisión o desistimiento e imponer un criterio que consecuentemente no es el adecuado

- 19 Me refiero a la Ley 41/1999, de 12 de noviembre de 1999, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores (BOE de 13 de noviembre de 1999) a través de la cual se traspuso en España la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DOCE L 166 de 11.6.1998). El artículo 11 de la ley española emplea el calificativo de "recibidas" para las órdenes electrónicas disciplinadas en orden a su producción del efecto legalmente apetecido.
- 20 Cfr. CNUCCIM, artículos 23, 24 y 18.2 quedando, obviamente a salvo, la parte de las disposiciones referentes a la contratación oral: el término utilizado por la Convención es el de "llegada" de la manifestación o comunicación a su destinatario y el significado de tal "llegada" se precisa en grado sumo en el citado artículo 24 del Convenio. Conforme al mismo "la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de atención 'llega' al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual".
- 21 Efectivamente, uno de los méritos principales y grandes innovaciones de la CNUUCECI consiste en la electronificación de las convenciones de derecho uniforme de comercio internacional o DUCI de las que es depositaria la Secretaria General de las Naciones Unidas. En virtud de tal electronificación se aplica plenamente el principio de equivalencia funcional, propio del C-E, entre los soportes no electrónicos y electrónicos sobre los que se produzcan todas las declaraciones o manifestaciones contempladas en dichos instrumentos internaciones con fines de formación, administración y ejecución contractuales. La electronificación es producida por el contenido del artículo 20 de la CNNUUCECI, prolijo y preciso, mercecedor de un estudio profundo. A modo de introducción a tal estudio por efectuar todavía, cfr. MADRID PARRA, A., "El Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica", en el volumen MADRID PARRA, A. (dir.)-GUERRERO LEBRON, M. J. (coord.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 38 y ss., en págs. 52 y ss. donde se encuentra incluso y reproducción del mencionado artículo 20 electronificador de las restantes Convenciones del DUCI.

para el tráfico entre empresarios. Todo ello, sin embargo, no disminuye el mérito del artículo 10.3 de la LCDSFDC: pone de manifiesto, una vez más, lo inadecuado de la decisión de 2002 sobre contratación a distancia y la necesidad legalmente manifestada de modificarla sustancialmente. Con certeza, atendiendo no ya las aportaciones de la doctrina sino meramente los precedentes legislativos y la realidad del tráfico, la reforma habría de encaminarse hacia el simple objetivo de consagrar como momentos relevantes a los efectos negociales apetecidos los siguientes: (i) la recepción del mensaje de datos en el caso de tráfico entre empresarios y (ii) la emisión del mismo en el caso del tráfico entre empresario y consumidor. Ciertamente que la sugerencia se efectúa para la C-E pero, con toda probabilidad de acierto cabe afirmar que hoy en día no hay más contratación a distancia que la electrónica sobre todo si se incluye en ella la telefónica y la efectuada vía fax y télex²².

4. Información al cliente y régimen de las condiciones generales del contrato

Se indicó previamente que entre las innovaciones legislativas producidas por la LCASFDC, debía, en segundo lugar y tras el análisis del régimen de la relevancia negocial de las declaraciones en soporte electrónico, considerarse la habida en el ámbito del régimen de la información contractual a proporcionar por el proveedor de alguno de los tipificados SF a su contraparte, el destinatario de los mismos: su cliente, en definitiva. Dos capas legales, por así decir, constituyen el substrato de la nueva legislación ahora introducida. La primera de tales capas está constituida por (i) el RD 1906/1999, de 17 de diciembre de 1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo de la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1988, de condiciones generales de la contratación²³ y (ii) el artículo 27.4 de la LSSICE.

La principal afirmación a efectuar en relación con la primera de las disposiciones citadas estriba en excluir de plano su aplicación en el ámbito de la C-E EaE y reducirla al ámbito de la C-E EaC. Ya en este campo, el RD establece

²² Punto este en parte reparado por la Ley 22/2007 que, en su artículo 4.3, incluye la contratación telefónica, por fax y similares en su campo de aplicación: la LSSICE en 2002, por el contrario, excluyó la categorización de tales medios como "servicios de la sociedad de la información" y por tanto de su campo de aplicación –Anexo,a).4,1°-: una crítica al respecto en ILLESCAS. R., Claroscuro con patitos cit. pág. 26.

ILLESCAS, R., Claroscuro con patitos cit., pág. 26.

23 BOE nº 313 de 31 de diciembre de 1999. Este RD debía de haber sido modificado explícitamente o sustituido por otro desde hace ya más de 4 años de acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Final Quinta de la LSSICE que encomendó dicha tarea al Gobierno. El Gobierno no ha cumplido con su obligación legal hasta el momento presente. Como excusa podrá esgrimirse el argumento que se utiliza en el presente trabajo: el RD ha quedado derogado implícitamente por la legislación ulterior de modo parcial e incluso total al tiempo que se hace innecesaria la reglamentación de la materia, suficientemente atendida en las normas de rango de ley formal que sobre C-E se han dictado a lo largo del siglo XXI.

que las condiciones generales del contrato (en adelante CGC) habrán de ser enviadas al consumidor con "la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores"; el predisponente de las CGC deberá igualmente enviar "justificación por escrito" del contrato una vez efectuada su celebración electrónica si bien esta obligación queda excluida cuando el contrato se trate de servicios financieros²⁴. Estas normas del RD, en términos generales, resultan dificilmente compatibles con el C-E y sus exigencias prácticas, en particular, las que han sido mencionadas en los renglones precedentes. Con todo, un esfuerzo interpretativo ha venido haciéndose cuando no un simple incumplimiento de sus disposiciones: paradójicamente, la regla general del envío anticipado se suele incumplir y la no general del justificante escrito con frecuencia se cumple incluso en contratos expresamente excluidos de su cumplimiento cual sucede en muchos de los financieros. La segunda disposición arriba citada, por su parte, resulta más simple y se limita a exigir que "Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios ("proveedor" en la terminología LCDSFDC) deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario". Este precepto parece tener carácter general para todo tipo de C-E y para todo contratante, con independencia de su naturaleza empresarial o consumidora; de la comparación entre ambas reglas positivas –y a la vista del silencio de la Ley al respecto- cabe extraerse la conclusión de que la anticipación de tres días para comunicar las CGC a la contraparte ha sido objeto de derogación por parte de la LSSICE, resultando más dudosa la derogación de la obligación del necesario envío del justificante por escrito del contrato celebrado.

Sobre este substrato, interviene la nueva Ley 22/2007. Sus artículos 7.1, 9 y 10.1 y 2 siguen sin género de dudas la estela derogatoria marcada por la LSSICE un lustro antes: en ninguno de sus preceptos se mencionan los tres días de antelación; tampoco el justificante contractual en papel es objeto de mención alguna aun cuando todos los preceptos arriba mencionados se refieren a la información a ser proporcionada por el oferente de SF al consumidor y los artículos 9 y 10 contemplan específicamente las CGC aplicables al SF a contratar electrónicamente. Así, los nuevos textos se limitan a exigir en este vastísimo sector de la C-E EaC que la comunicación de información—siendo posible además simplemente mediante acceso, que no transmisión- se produzca "con suficiente antelación". Por otra parte, y a mayor abundamiento, esta antelación así

²⁴ Artículo 2 y artículo 1.1 del RD 1906/1999. Para un análisis crítico de estas disposiciones puede verse mi ILLESCAS, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 282 y ss. El texto legal es igualmente criticado en mi ILLESCAS, R., "Entre Europa y la nada (A propósito del Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 29 de septiembre de 2000", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 11, diciembre 2000, págs. 3 y ss. En págs. 30-31. Ahí podrá comprobarse que la opinión no es unánime.

cualificada ni siquiera es exigida legalmente en aquellos casos en los que el contrato se celebra a iniciativa del consumidor y no del proveedor de los SF: esta es la conclusión a extraer de la norma establecida por el artículo 9.2 LCDSFDC para el cumplimiento de su obligación de comunicación de condiciones contractuales en tal preciso caso²⁵.

Así pues, el alcance derogatorio que sobre el RD 1906/1999 producen los artículos 7.1, 9 y 10.1 y 2 de la Ley 22/2007 resulta patente en lo que concierne a los contratos sobre SF. Para el resto de la C-E, si aún subsistiera su vigencia no obstante el 27.4 de la LLSICE, la norma de 2007 habría de ser aducida como un poderoso instrumento de analogía en contra de tal vigencia.

5. El falso atributo positivo de la exclusividad electrónica establecido para los SF sometidos a la Ley 22/2007

No todo ha de ser acierto en el nuevo texto legal: dos de las medidas incorporadas a la prosa oficial no pueden sino ser aplaudidas, como ha podido comprobarse en las páginas precedentes; otras dos, por el contrario, parecen un punto desacertadas. La primera de estas —de menor importancia- se adopta por el artículo 4.3 de la Ley 22/2007 cuando, al delimitar su campo de aplicación material, describe el contrato a distancia como aquel contrato que

"para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares".

La descripción legal resulta defectuosa por diversos motivos pero, principalmente, porque (i) se circunscribe por la Ley la utilización de la electrónica y asimilados a la negociación y celebración del contrato, con olvido de la administración, ejecución y consumación del mismo: todas estas etapas están dotadas de relevancia en los SF puesto que estos constituyen generalmente servicios de duración y tracto sucesivo cuando no servicios a cuyo través se adquiere el *status* societario de accionista lo que conduce a la utilización de medios electrónicos con fines mucho más amplios que los de mera negociación y celebración del contrato; fines de administración y ejecución contractuales.

25 Así se dispone que la información en tal caso podrá ser transmitida "inmediatamente después de la formalización del contrato cuando éste se hubiere celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en dicho apartado 1 (papel o soporte duradero)". La norma es clara en cuando al momento de transmisión; no lo es en cuanto a la segunda condición que impone: resulta dificil imaginar la utilización por el consumidor solicitante de una técnica de comunicación a distancia que no permita una respuesta por el prestador solicitado basada en papel u otro soporte duradero.

Además (ii) la Ley requiere que el medio electrónico sea el que se utilice en exclusiva para la negociación y perfección del contrato: constituye un desacierto este atributo de exclusividad puesto que el cambio de modo constituye un supuesto frecuente incluso en el periodo de formación contractual—una oferta inicialmente efectuada en papel conduce a un sitio *web* desde el que la negociación continúa electrónicamente, por ejemplo; el cambio de modo es más frecuente aún a lo largo del tracto duradero de ejecución contractual o de ejercicio de los derechos estatutarios de un socio que adquirió, por ejemplo, sus acciones electrónicamente y las mismas son representadas mediante anotaciones en cuenta.

Por tanto, la Ley no debía de haber insertado en su artículo 4.3 el adverbio "exclusivamente" y en su lugar haber disciplinado el cambio de modo o soporte negocial y sus efectos sobre el proceso de formación o ejecución de contratos a distancia²⁶. El texto español, por demás, no puede dejar de reconocer la posibilidad de que actos de administración —en particular, extinción- del contrato electrónico de SF puedan efectuarse en soporte de papel: así acontece con el artículo 10.3 que permite el ejercicio del derecho de desistimiento mediante "un soporte papel" aunque el contrato se hubiere pactado electrónicamente. Concuerda con esta disposición el artículo 7.1.3).b de la LCDSFDC al permitir el uso de una dirección postal —no electrónica- para dirigir la notificación de desistimiento. Así pues, la ley de 2007 habría debido ser más coherente a la hora de delimitar su campo de aplicación y establecer con exclusividad el atributo electrónico a los contratos sobre SF incluidos en su campo así delimitado.

6. La desproporcionada distribución de la carga de la prueba de la existencia del contrato

El artículo 17 de la LCDSFDC dispone literalmente que

"Corresponderá al proveedor (del SF) la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley, en materia de información del consumidor, así como *del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato* y, cuando proceda, para su ejecución" (énfasis añadido).

La norma transcrita llega demasiado lejos cuando impone la carga de probar la existencia del contrato convenido a distancia a solo una de sus partes —el proveedor u ofertante de SF-: su contraparte, un consumidor, por tanto, podría abusivamente ejercitar y reclamar ante los tribunales todos los derechos derivados para su persona de un contrato que nunca ha celebrado y cuya existencia y contenido pudiera conocer íntegramente en virtud de la obligación de información con la que la propia ley carga al proveedor en su artículo 9.1 y

²⁶ El cambio de modo es una constante en el DUCI. Así sucede en el artículo 16.5 de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico de 1996.

2 ya analizado. En estas circunstancias, el proveedor habrá de probar que el contrato no se ha celebrado para quedar exento de obligación alguna: prueba negativa y, como casi siempre, diabólica. El consumidor demandante, en efecto, no ha de probar ni siquiera la mera existencia del contrato pues no tiene que probar la prestación de su consentimiento. Este tipo de disposiciones definitivamente favorables a una de las partes no deberían de consagrarse: al hacer recaer la carga de la prueba exclusivamente en la otra parte, incentivan la litigiosidad y desincentivan plenamente a la contraparte en punto a custodiar con diligencia sus propios archivos en el caso de que el contrato se hubiere convenido efectivamente. Resulta muy fácil determinar las causas que movieron por este camino al legislador europeo y español: la tutela del consumidor en un entorno contractual como el electrónico en el que se puede imaginar una indefensión adicional para el contratante tecnológicamente lego o ignorante; así mismo, la aplicación rigurosa del principio de muy buena fe en el C-E. Sin embargo el apuntado constituve uno de los casos más patentes en los que dicha tutela llega a unos extremos dificilmente aceptables: la atenuación de la regla general conforme a la cual quien alega ha de probar resulta justificada en ocasiones por razones de tutela de un contratante débil. Su plena eliminación, con el efecto de redistribución total de la carga procesal, resulta excesiva y perjudicial. La tutela ha de combinarse siempre con los incentivos y ha de practicarse de modo que no conduzca ni al abandono de diligencias ni al fomento del abuso: en el presente caso equilibrio y protección han quebrado definitivamente.

¿Forma *escrita* del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/ UNCITRAL

Pilar Perales Viscasillas*

SUMARIO: I. Introducción. II. La ficción de la forma escrita: la Opción I de artículo 7 LMA. a) El principio o regla general de la forma escrita. b) El intercambio de escritos de demanda y contestación a la demanda. c) La forma escrita electrónica. d) La ficción del escrito: el convenio arbitral perfeccionado oralmente, por actos de ejecución o por silencio o inacción. e) La incorporación por referencia. III. Hacia la plena libertad de forma en el convenio arbitral: la Opción II de artículo 7 LMA (La "propuesta mejicana"). IV. La recomendación en la interpretación del Convenio de Nueva York. V. Conclusiones: Algunas propuestas en torno a la adopción de las nuevas disposiciones modelo por el legislador español

Resumen

El presente artículo trata de la reforma operada en el artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en relación con la forma del convenio arbitral. Es una reforma novedosa y atrevida pues viene a conceder plena libertad formal al acuerdo de arbitraje. Igualmente se analiza la declaración interpretativa emitida por la CNUDMI en relación con el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

Palabras clave: Arbitraje Mercantil Internacional. Ley Modelo de UNCITRAL. Acuerdo de arbitraje. Convención de Nueva York. Ley española de Arbitraje.

Recibido: 18/5/2007 • Aceptado: 28/5/2007

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid.
Trabajo publicado en la Revista Derecho de los Negocios, febrero 2007, nº197, pp. 5-18.
Miembro del proyecto de investigación "El empleo de medios de comunicación telemática en las sociedades anónimas cotizadas". Cofinanciación: Comunidad de Madrid y Universidad Carlos III de Madrid; del grupo de investigación "Impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles (SOCITEC)"; y del proyecto: "Análisis del fenómeno de electronificación de los documentos de transporte desde una perspectiva jurídica". Financiación: Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaría de Estado de Política Científica y Tecnológica. Dirección General de Investigación. Referencia del Proyecto: 02948. SEJ2004-02021/JURI.

ISSN: 1317-9306

27-49

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

Abstract

The present work délas with the recent reforms operated in Article 7 of the 1985 Unictral Model Law on International Commercial Arbitration. UNCITRAL has achieved a revolutionary reform as it considers the freedom of form for the arbitration agreement. The article also deals with the interpretative recommendation in regard to the 1958 New York Convention of foreign arbitral awards.

Key Words: International Commercial Arbitration. Uncitral Model Law. Arbitration Agreement. New York Convention. Spanish Arbitration Act.

I. Introducción

El 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó la aprobación que unos meses antes otorgó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o, en sus siglas en inglés, UNCITRAL) a las nuevas disposiciones modelo sobre arbitraje comercial internacional que suponen la primera reforma de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (LMA) desde su aprobación en el año 1985.

Las nuevas disposiciones legales modelo se destinan a regular temas centrales del arbitraje como el régimen de las medidas cautelares² o la forma escrita del convenio arbitral, materia ésta que se complementa con una Recomendación relativa a la interpretación de determinados preceptos del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (CNY)³. Asimismo, se modifican otras disposiciones –como el art. 35 LMA sobre los requisitos para solicitar el reconocimiento de un laudo arbitral-⁴, o se

- 1 El texto completo y las discusiones que tuvieron lugar en la sesión plenaria de la Comisión celebrada en junio 2006 en Nueva York, pueden verse en el documento: A/61/17 -Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones, nº 87-17 y anexos I y II, pp. 61 y ss.
- 2 Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI. Revista Jurídica de Catalunya, 2007, nº 2 (en prensa).
- 3 Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones.

Con la reciente ratificación el 21 de diciembre 2006 de las Islas Marshall son ya 142 los Estados parte del CNY.

4 Sobre esta disposición más detalles en: Pilar PERALES VISCASILLAS, El convenio arbitral electrónico. Sección Formación del Contrato. Revista de la Contratación Electrónica, diciembre 2006, nº 77. A los efectos de este trabajo interesa destacar que la nueva redacción

introducen algunas nuevas –como el art. 2 A sobre interpretación de la Ley Modelo–. El grupo de trabajo II de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación, bajo la presidencia del delegado de México, el profesor José María Abascal Zamora, ha necesitado más de seis años para concluir su trabajo en materia de forma del convenio arbitral⁵.

En este trabajo nos ocuparemos de la reforma operada en el art. 7 LMA relativo a la forma del acuerdo de arbitraje⁶, y de la recomendación interpretativa en relación con el CNY. La reforma se presenta adecuada y esperada. Adecuada porque moderniza el concepto de escrito del convenio arbitral, y aunque bien puede decirse que el criterio del escrito es el prevalente en las legislaciones sobre arbitraje⁷ por el efecto expansivo del Convenio de Nueva York y del art. 7 LMA en su versión original⁸, se discrepa en torno a su conceptuación o

operada en el art. 35.2 LMA elimina la necesidad de presentar el original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada, lo que es lógico especialmente si pensamos en un entorno electrónico, donde no existiría original en cuanto a tal.

- 5 No obstante, téngase en cuenta que durante ese período de tiempo, el Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL sobre arbitraje y conciliación estuvo ocupado tratando simultáneamente otras materias. Así se aprobó una Ley Modelo sobre conciliación comercial internacional en el año 2002, y se procedió también a modificar otros preceptos de la Ley Modelo, singularmente el art. 17, que ahora se transforma en un largísimo Capítulo IV A por el que se dota a la medida cautelar de todo un régimen completo y sistemático. A ello hay que sumar la recomendación en relación con el Convenio de Nueva York. El primer documento de trabajo relativo a las nuevas disposiciones modelo se halla en el documento: Arbitraje Comercial Internacional. Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional (A/CN.9/460), 6 abril 1999).
- 6 El artículo 7 LMA en su versión original indica que: "1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".
- 7 Art. 1677 Código Procesal de Bélgica (1998); Art. 4.1 Ley de Arbitraje de Brasil, nº 9307 de 23 septiembre 1996; Art. 16 Ley de Arbitraje de China (1995); Sección 5 Ley de Arbitraje de Inglaterra (1996); Art. 1443 Código de Procedimiento Civil de Francia, 14 mayo 1981; Sección 1031 Código de Procedimiento Civil de Alemania (1998); sección 2AC Ordenanza de arbitraje de Hong Kong de 27 junio 1997; art. 7.3 Ley de Arbitraje y conciliación de la India nº 26 de 1996; Art. 7.2 Ley de arbitraje comercial internacional de la Federación Rusa, Ley nº 5338-1, 7 julio 1993; Art. 178.1 Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (1990); sección 1021 de la Ley de Arbitraje de Holanda de 1986; Art. 1423 CC México; sección 3 Ley de Arbitraje de Finlandia (1999); y Art. 807.2 Código de Procedimiento Civil (Italia).
- 8 No obstante algunos Estados al incorporar la LMA han expandido la norma al incluir, por ejemplo, la práctica jurisprudencial relativa a los conocimientos de embarque (Alemania y Singapur), los usos de comercio (las cartas de confirmación en Alemania, por lo que el silencio ante una carta

definición, acerca de su justificación⁹, así como acerca de su eficacia –si es un requisito *ad probationem o ad validitatem*–¹⁰.

Es una reforma esperada por los operadores del arbitraje comercial internacional, habida cuenta que las incertidumbres reseñadas se erigen en un obstáculo para el arbitraje comercial internacional. Ahora bien, es en cierto modo también una reforma sorprendente por su atrevido cambio: se rompen con los moldes tradicionales del propio concepto de escrito –admitiéndose los acuerdos orales–; se sitúa al convenio arbitral en paridad con los restantes contratos al no requerirse especiales condicionantes de cara a su perfección –puede perfeccionarse también por actos de ejecución, incluso por silencio o inacción–; y, por último, la CNUDMI claramente asume el liderazgo en relación con el Convenio de Nueva York¹¹: se emite una recomendación con el objeto de unificar la interpretación de algunos puntos de la Convención, y sobre todo con el objetivo de situar al convenio arbitral en línea con las prácticas comerciales internacionales. Se incide, sin embargo, en una confusión que está también en el CNY y en la LMA: se mezclan los requisitos de forma con los relativos a la formación del convenio arbitral¹².

La ruptura con el concepto de escrito no estuvo, sin embargo, exenta de polémica en el seno del grupo de trabajo II de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación. De ahí que la CNUDMI ofrezca dos opciones a los legisladores nacionales que son fruto de un compromiso en el seno del Grupo de Trabajo entre dos sectores que no sólo no estuvieron enfrentados en ningún momento,

de confirmación que contiene un convenio arbitral es aceptación del convenio cuando la relación es entre comerciantes), o, incluso, posibilitando la oralidad del convenio (Nueva Zelanda). Vid. Lawrence BOO, Modifications, changes and additions made by States adopting the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Celebrating Success: 20 Years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Collation of Papers presented at UNCITRAL-SIAC Conference. 22-23 September 2005, Singapore. UNCITRAL/SIAC, 2006, pp. 23-24; Pieter SANDERS, UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future. Arbitration International, 2005, vol.21, nº 4, pp. 4-5; y Peter BINDER, International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions. Thomson: Sweet and Maxwell, 2005, 2nd ed., nº2-033 a 2-035.

Algunos Estados, por su parte, han situado la norma del art.7 LMA en la parte relativa a las definiciones: véase: BINDER, nº 2-006 y nº 2-007.

- 9 Describe las diversas justificaciones para el requisito del escrito en el arbitraje: Toby LANDAU, The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement: When "Written" Means "Oral". International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions. ICCA International Arbitration Congress Series nº 11. Kluwer Law International, 2003, pp. 21-24.
- 10 Claramente el escrito se estipula a efectos probatorios en la sección 1021 Ley de Arbitraje de Holanda (1986); art. 178.1 Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza; sección 5.2 c) Ley de Arbitraje inglesa (1996); y sección 2AC (2)(c) Ordenanza arbitral de Hong Kong.
- 11 La base de tal autoridad se desprende de la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General por la que se estableció la CNUDMI. Vid. A/CN.9/WG.II/WP.140, nº 45, y nº 47; y A/61/17, nº 178.
- 12 Así también Alan UZELAC, Written form of the Arbitration Agreement. Towards a Revision of the UNCITRAL Model Law. Croatian Arbitration Yearbook, 2005, vol. 12, p. 118.

sino que ambos simpatizaban con las posiciones del otro, incluso no sorprende la toma de posición de algunas delegaciones que apoyaron ambas.

Por un lado, destacan las delegaciones que podríamos considerar conservadoras o tradicionalistas que deseaban seguir manteniendo el requisito de la forma escrita por mimetismo con el Convenio de Nueva York, aunque, como veremos el principio de escrito se desvirtúa por completo bajo la primera de las opciones que ofrece la CNUDMI (infra II). Y, por otro lado, estaba el grupo de las delegaciones que podríamos llamar reformadores o rupturistas (infra III), que rompen con el principio tradicional del escrito para el convenio arbitral admitiéndose, pues, sin ambagajes el principio de libertad de forma. Llevar el principio de libertad de forma hasta sus últimas consecuencias implica romper los lazos con el requisito de escrito del CNY. Se aprecia que la base del problema estriba en la imposibilidad o grave inconveniencia, al menos en el momento presente, de modificar el Convenio de Nueva York¹³, de ahí que la CNUDMI con el objeto de actualizar su texto, así como en un intento de uniformizar su interpretación haya sido audaz emitiendo una recomendación interpretativa del Convenio (infra IV). Cómo habrá de afectar esta reforma de la LMA al derecho español del arbitraje será objeto también de nuestras reflexiones (infra V).

II. La ficción de la forma escrita: la Opción I de artículo 7 LMA

El artículo 7 LMA renovado consta de seis apartados frente a los dos del original art. 7 LMA. De éste permanece igual el párrafo 1º –que corresponde también al nuevo art. 7.1 LMA– que se refiere a la definición del acuerdo de arbitraje. Se modifica, por tanto, el original párrafo 2º que se refiere a dos cuestiones: la forma escrita del convenio y la incorporación por referencia. Estas dos cuestiones fueron las que recibieron la atención por parte del Grupo

Diversos autores ya se plantearon esta posibilidad particularmente ante la insatisfacción que provoca el estrecho concepto de escrito del art. II.2 CNY, pero o bien terminaron por rechazarla (Albert Jan VAN DEN BERG, The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, 1994 reprint, pp. 229-232, quien se cuestiona la posibilidad de añadir un Protocolo o similar al CNY, pero rechazó la idea en favor de concentrar los esfuerzos en la uniformidad en la interpretación del Convenio; y especialmente expresando convincentes razones: LANDAU, p. 42, y pp. 62-66) o consideraron que implicaba dificultades prácticas considerables (Neil KAPLAN, Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?. Arbitration International, 1996, vol. 12, nº 1, p. 45).

Expone también las diversas fórmulas y los problemas al respecto: Arreglo de controversias comerciales. Posible régimen uniforme sobre determinadas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje. Informe del Secretario General. A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº 17-23, 26 enero 2000. Y entre nosotros examina diferentes alternativas para lograr un marco normativo comunitario en materia de exequátur: Miguel GÓMEZ JENE, El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral. Colex, 2000, pp. 67-69, y pp. 213 y ss.

de Trabajo sobre arbitraje y conciliación, que aparecen ahora tratadas en cinco apartados.

a) El principio o regla general de la forma escrita

El párrafo 2º del nuevo art. 7 LMA inicia su redacción de forma idéntica al primer inciso del antiguo art. 7.2, enunciando la regla general del escrito para el acuerdo de arbitraje: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito". Los tres siguientes apartados (pfos 3 a 6 art. 7 LMA) se ocupan de especificar qué se entiende por escrito.

b) El intercambio de escritos de demanda y contestación a la demanda

El párrafo 5° del art. 7 LMA acoge sin la menor variación el tradicional concepto de escrito que aparecía ya reflejado en la redacción original del párrafo 2° del art. 7 LMA. Así se indica que "se entenderá que acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra". Igual redacción aparece en el art. 9.5 Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje (LA). Precepto que se interpreta por la doctrina como un ejemplo de un convenio arbitral no formal o no escrito¹⁴, o semiescrito¹⁵, como un ejemplo de voluntad tácita¹⁶ o de silencio¹⁷. Disentimos de ambas conclusiones.

En primer lugar, se trata de un acuerdo escrito, como lo presupone ya la norma al entender que hay un intercambio de escritos de demanda y de contestación a la demanda y por lo tanto plenamente incardinable en la regla general del art. 9.3 LA¹⁸. En segundo lugar, puede dudarse de si estamos ante un supuesto de aceptación por silencio. Existe un escrito de demanda que contiene una afirmación de la existencia del convenio de arbitraje, hecho que

- 14 Carlos MALUQUER DE MOTES I BERNET, Arts. 9.1 a 9.5. Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje. Director: Vicente Guilarte Gutiérrez; coordinador: Jacobo Mateo Sanz. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 184.
- 15 Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación. Director José Garberí Llobregat. Barcelona: Bosch, 2004, p. 174.
 - 16 MALUQUER, p. 185; y GONZÁLEZ CARRASCO, p. 173.
- 17 Luis DÍÈZ-PICAZO PÓNCE DE LEÓN, Artículo 9. Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre. Julio González Soria (coord). Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 107; y GONZÁLEZ CARRASCO, p. 176.
- 18 O en el art. 7.2 LMA en su versión original. Este fue el entendimiento en el seno del Grupo de Trabajo, si bien se estimó oportuno redactar una regla expresa para este supuesto. Vid. Howard M. HOLTZMANN/Joseph E. NEUHAUS, A Guide to The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers. The Hague: TMC Asser Instituut, 1989, p. 263.

puede ser cierto o no, pero que en sede contractual puede estimarse como una oferta de sometimiento a arbitraje, que es aceptada por la otra al contestar en el escrito de contestación y no negar la existencia del acuerdo o contraofertar proponiendo el recurso a los tribunales judiciales¹⁹. Cierto es que en el escrito de contestación no dirá expresamente "acepto el sometimiento al arbitraje", pero la aceptación se deriva de la contestación global a la demanda²⁰. Por otra parte, nos hallamos ante una expresión del principio general de la buena fe o de su específica manifestación en este caso, el *venire contra factum propium*²¹, aplicables también en sede de formación contractual.

c) La forma escrita electrónica

El párrafo 4 del art. 7 se ocupa, por una parte, de modernizar al antiguo párrafo 2 del art. 7 al acoger el novísimo concepto de la comunicación electrónica como equivalente al escrito. Concepto que es tomado de la reciente Convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas (2005)²²

19 Aplíquense las reglas de formación de los contratos en este punto. Existe contraoferta cuando se alteran materialmente los elementos de la oferta, constituyendo una modificación sustancial la alteración sobre la resolución de disputas (véase art. 19 Convención de las Naciones Unidas para los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CNUCCIM), especialmente el párrafo 3°). Sobre el mismo: Pilar PERALES VISCASILLAS, La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, pp. 657 y ss.

20 Como señalan HOLTZMANN/NEUHAUS, p. 263, en relación con el requisito del intercambio de cartas, faxes, etc, que no se requiere que ambas mencionen al acuerdo de arbitraje o, incluso, que estén firmadas sino que lo que se busca es una forma escrita del asentimiento de las dos partes.

İgual consideración bajo el CNY. VAN DEN BERG, pp.196-198; Klaus Peter BERGER, International Economic Arbitration. Studies in Transnational Economic Law, vol.9. Kluwer Law International, 1993, p. 137; Guillermo AGUILAR ÁLVAREZ, Article II(2) of the New York Convention and the Courts. En Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. General Editor: Albert Jan van den Berg. ICCA Congress series nº 9. Kluwer Law International, 1999, p. 77; y Domenico DIPIETRO/Martin PLATTE, Enforcement of International Arbitration Awards. The New York Convention of 1958. Cameron May, 2001, p. 71.

21 Lo primero en: Bernardo CREMADES, Del convenio arbitral y sus efectos (Arts.9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje). Comentario a la Ley de Arbitraje. Alberto de Martín y Santiago Hierro Anibarro (coord). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 298. Lo segundo en: DÍEZ-PICAZO, p. 107, quien se cuestiona "si estamos ante una norma sobre prueba o si nos encontramos más bien ante un supuesto de inadmisibilidad de *venire contra factum propium*".

22 Un reciente comentario en Henry D. GABRIEL, The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an Overview and Analysis. Uniform Law Review, 2006, n° 2, pp. 285-303. Puede verse también: María Gabriela SARMIENTO, Anteproyecto de Convención sobre la contratación electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre comercio electrónico de la CNUDMI. *Derecho y Tecnología*, 2003/3, pp. 99-125. Y sobre el Proyecto de 2004: Agustín MADRID PARRA, Lento caminar hacia una posible Convención sobre contratación electrónica. Revista de la Contratación Electrónica, mayo 2004,

(art. 4.b y c) y cuyo origen estaba ya en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 (LMCE), de la cual se toma la definición del mensaje de datos (art. 2.a), y el requisito de la accesibilidad de la información para su ulterior consulta como elemento clave de la funcionalidad entre la forma escrita tradicional y la forma electrónica (art. 6 LMCE, y art. 9.2 Convención de 2005).

De esta forma, como señala el nuevo art. 7.4 LMA "el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta". El resto del apartado contiene las definiciones necesarias para aprehender el concepto de comunicación electrónica, y es que ésta aparece definida por medio del mensaje de datos, de tal forma que "por comunicación electrónica se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensaje de datos". Y "por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax".

Se moderniza así al original párrafo 2º del art. 7 LMA que ya entendía novedosamente en 1985, y frente al texto del art. II.2 del CNY, que se refiere sólo a las cartas y a los telegramas²³, que el acuerdo de arbitraje se entiende por escrito cuando "esté consignado en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo". Cierto es que la inmensa mayoría de los tribunales no han tenido problemas en entender que bajo el CNY caben los modernos medios de comunicación²⁴.

Por otra parte, el párrafo 4º que ahora comentamos es todavía más importante, destacando la supresión del requisito del intercambio o canje de medios de comunicación, que proviene del art. Il del CNY y que ha ocasionado que en muchos Estados, que interpretaron dicho requisito de forma estricta, sólo cuando

nº 49, pp. 53-59; y Pilar PERALES VISCASILLAS, Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2005. Revista de la Contratación Electrónica, junio 2006, nº 72, pp. 59-75.

²³ El artículo II.2 CNY indica que: "La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

²⁴ Vid. VAN DEN BERG, pp. 204-205 en relación con el télex. En relación con los medios electrónicos: BERGER, pp. 137-140; DI PIETRO/PLATTE, pp. 72-75; LANDAU, pp. 27-28; Julian D M LEW/Loukas MISTELIS/Stefan M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, nº 7-10, y nº 26-78; GÓMEZ JENE, El arbitraje comercial, p.61; Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, nº 6; A/CN.9/460, nº 23; y A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº 36. Existe alguna significativa excepción en la jurisprudencia por la que se deniega el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral porque el convenio de arbitraje se había celebrado por e-mail (LANDAU, p. 28).

existiese un intercambio, oferta y aceptación, de medios o formas de comunicación, se cumplía el requisito del acuerdo por escrito.

d) La ficción del escrito: el convenio arbitral perfeccionado oralmente, por actos de ejecución o por silencio o inacción

El párrafo 3º del artículo 7 es, sin duda, alguna el precepto más importante e innovador. De acuerdo con dicho apartado "Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio".

El concepto de escrito, sin duda alguna, aparece en este apartado tan deformado que no se reconoce como tal. En este punto es en el que la Ley Modelo puede criticarse no tanto por la solución que se adopta –la "parcial" consagración del principio de libertad de forma-, como por la manera en que se realiza: la distorsión del concepto de escrito. Se opta por una solución contra natura. Contra la naturaleza de las cosas. El escrito ya sea en su forma más tradicional como en la evolucionada que ampara a la forma electrónica no puede equipararse con la forma oral, los actos de ejecución o el silencio o la inacción. Todos ellos no pueden entrar dentro del concepto de escrito. El problema como ya se apuntó reside en el deseo del grupo de trabajo de no separarse del concepto de escrito del CNY²⁵, pero al mismo tiempo la necesidad de superar su estricto lenguaje y sobre todo interpretación práctica²⁶. De ahí la solución artificial que

También destacan el nacimiento del art.7 LMA en su versión primera con el objetivo de remediar los problemas del CNY: Carlos E. ESPLUGUES/Mary McNERNY, Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA), 1986, p. 16.

²⁵ Los redactores del art. 7 LMA en su primera versión tuvieron también ese problema: Vid. HOLTZMANN/NEUHAUS, p. 260. Y así se expresa también en la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la Ley Modelo, nº 19.

²⁶ De ahí que en ambos casos la Secretaría de la CNUDMI tuviese en cuenta los informes y estudios que analizaban la disímil práctica jurisprudencial en torno al CNY. Así en relación con la primera versión de la LMA, destaca el estudio de la Secretaría sobre la Convención de Nueva York: A/CN.9/168 - Report of the Secretary-General: Study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). En relación con los trabajos recién realizados destaca el excelente documento, de consulta imprescindible: Nota de la Secretaría. Solución de controversias comerciales. Preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje. Párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958). A/CN.9/WG.II/WP.139, 14 diciembre 2005. El completísimo y documentado estudio concluye resaltando las "grandes diferencias entre los tribunales estatales en la interpretación del requisito de forma del artículo II.2)" (id., nº 35). Efectivamente se deriva que frente a los tribunales que han empleado soluciones innovadoras para salvar la literalidad del art. II.2 CNY, otros se apegan ferreamente al tenor literal del texto internacional.

se adopta enmascarando a otras posibles formas de perfección del convenio arbitral o del contrato bajo el concepto de escrito²⁷.

No obstante, la lectura del precepto lleva al menos a dos importantes conclusiones.

En primer término, aunque siga existiendo ese substancial vínculo con el escrito, lo cierto es que éste no lo es a efectos formales, sino de prueba, a diferencia de la redacción original del art. 7 LMA²⁸. Lo importante es que quede constancia, en cualquier forma, del contenido del acuerdo de arbitraje. Por ello, en principio, un acuerdo puramente verbal del que no quede constancia por escrito no sería suficiente bajo esta opción de la LMA²⁹. Acerca de cómo debe entenderse este requisito se expresaron dos opiniones divergentes. Para un sector, debería existir constancia del consenso entre las partes, mientras que para otro grupo únicamente ha de quedar constancia de los términos del acuerdo de arbitraje, prevaleciendo está última opción según los documentos legislativos³⁰. Sin embargo, tenemos nuestras dudas, puesto que se sustituyeron las palabras "términos" por "contenido" y además porque entendemos que la cuestión no fue lo suficientemente discutida en el seno del grupo de trabajo.

En nuestra opinión, se puede considerar que ha de quedar constancia del acuerdo de arbitraje, de su contenido, y no de sus términos –baste si no una consideración de la definición del acuerdo contenida en el art. 7.1 LMA–, salvo

27 Crítico también por la ficción y la inconsistencia que se provoca: UZELAC, Written form, pp. 118-119.

Es, por otra parte, la solución acogida por la Ley de Arbitraje inglesa, sección 5.4: "An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement". Idéntica redacción en la sección 2AC (2)(d) Ordenanza de arbitraje de Hong Kong.

- 28 HOLTZMANN/NEUHÂÚS, p. 260: "Paragraph 2 of Article 7 requires that an arbitration agreement be in writing. This is not merely a requirement that there be written evidence of an agreement; the agreement itself must be in writing"; y Christoph LIEBSCHER, Interpretation of the written form requirement Art. 7(2) UNCITRAL Model Law, Int.A.L.R., 2005, p. 164, considerando que esa es la interpretación prevalente, aunque algunas decisiones estipulan que se trata de una regla sobre prueba
- 29 "El Grupo de Trabajo convino en que un acuerdo de arbitraje puramente verbal no debería considerarse formalmente válido en virtud de la Ley Modelo. No obstante, se convino también en que, como criterio general, la mención de un documento contractual escrito o de un vínculo con tal tipo de documento que contenga una cláusula compromisoria debería ser suficiente para que quedara formalmente reconocida la validez del acuerdo de arbitraje". Vid. Solución de controversias comerciales. Preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje. Nota de la Secretaría. A/CN.9/WG.II/WP.136, nº 11, 19 julio 2005.

Vid: sección 5.6 Ley de arbitraje inglesa: "Reference in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means"; y sección 2AC (2)(e) y sección 2AC (4): Writing includes any means by which information can be recorded.

30 Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), A/CN.9/592, nº 61.

Vid. la interpretación de la delegación italiana en línea con lo que aquí se defiende: A/CN.9/609, pp. 6-7.

que se apliquen combinadamente los párrafos 3º y 6º del art. 7 LMA, que sirven así para otorgar eficacia a los contratos orales que se remiten a un documento en el que consta el convenio arbitral, caso paradigmático de los contratos de salvamento. En esta situación tendríamos que el contrato oral de salvamento, perfeccionado por radio, que se remite a un documento que contiene el convenio arbitral, el formulario de la Lloyd's, por ejemplo, satisface el requisito de escrito de la Ley Modelo. Este es el supuesto que tuvo siempre el Grupo de Trabajo presente en sus deliberaciones³¹. Pues bien, aunque aquí insistentemente se sostuvo que este supuesto constituía un acuerdo válido de arbitraje, puesto que los "términos" están por escrito, y así es, desde luego, en la teoría, lo cierto es que se presenta un problema importantísimo de prueba, y no vemos cómo un juez o un árbitro -ya sean del civil law o del common law- van a considerar que existe un acuerdo de arbitraje si una parte niega que se hiciera referencia alguna al formulario Lloyd's. Si se consigue probar la existencia del contrato de salvamento, por ejemplo porque la conversación por radio fue grabada, o la parte no niega la conversación oral, entonces no habría duda alguna de la validez del convenio bajo la LMA.

En el ejemplo utilizado queda constancia del propio acuerdo de arbitraje que se halla en el formulario reseñado, y lo mismo sucedería si se trata de las condiciones generales de compra o de venta acordadas por las partes donde esté insertado el convenio arbitral. No bastaría, según algún autor, que las partes se remitiesen a las Reglas de arbitraje de una institución, o a la Ley de arbitraje de un país para entender que el convenio arbitral es por escrito³². Específicamente esta cuestión fue discutida por el Grupo de Trabajo expresándose opiniones encontradas tanto a favor de su validez como en contra, y si bien se rechazó³³, lo cierto es que nuevamente reapareció la discusión sobre este particular³⁴ optándose por una visión más favorable, y aunque el

31 Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 marzo 2002), A/CN.9/508, nº 27, 12 abril 2002; y A/CN.9/592, nº 69.

Vid. Sección 5.3 Ley de Arbitraje inglesa: "Where the parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing", y similar redacción sección 2AC (2)(d).

- 32 Así LANDAU, p. 63, en relación con la Ley Modelo en forma de proyecto.
- 33 El texto proyectado de Art.7.4 señalaba: "A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2º se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o los términos y condiciones de arbitraje o cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje están por escrito, aunque el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios nos escritos". Vid. A/CN.9/508, nº 18 y nº 27-31.
- 34 Vid. A/CN.9/WG.II/WP.136, nº 11: "Se citaron ejemplos de situaciones en que la mención, en un contrato verbal, de un conjunto de reglas de arbitraje debería aceptarse por dejar suficiente constancia de la existencia y del contenido del acuerdo de arbitraje, particularmente cuando el conjunto de reglas contuviera una cláusula compromisoria modelo". A fin de sortear las objeciones que se suscitaron "el Grupo de trabajo convino en que se insertara en el texto una condición conforme a la cual habría que recurrir al derecho interno o a otro derecho aplicable para determinar

Grupo de Trabajo parece concluir el sentido de que este tipo de situaciones no quedan cubiertas por el art. 7.3 LMA³⁵, nuevamente existen datos que nos hacen dudar de este resultado³⁶. Opinamos que nos hallamos ante una cuestión que no fue lo suficientemente debatida, por lo que existen incertidumbres acerca del resultado bajo la LMA.

En segundo lugar, destaca el retorno de los convenios arbitrales a su lugar natural, esto es, a las normas generales sobre formación de los contratos, sin hacer de él especie aparte merecedor de una regulación particular o específica. El convenio arbitral se perfeccionará siguiendo las mismas reglas que se aplican a cualquier contrato, por tanto mediante aceptación expresa, por actos de ejecución o, incluso, mediante el silencio o la inacción. Precisamente en el arbitraje comercial internacional esta consideración ha ido ganando fuerza jurisprudencial y práctica en los últimos años. Piénsese en la admisión de los convenios arbitrales perfeccionados por silencio o inacción³⁷, la práctica en los arbitrajes de inversiones donde la oferta pública realizada por el Estado que recibe la inversión se acepta cuando el inversionista presenta la demanda de arbitraje³⁸, o el arbitraje al hilo de las operaciones de concentración, donde existe una oferta irrevocable de arbitraje *erga omnes*³⁹.

La prueba del convenio arbitral se torna en el elemento clave para determinar la existencia del mismo, separándose del criterio más radical de interpretación del escrito bajo el art. II.2 CNY, donde éste se identificaría con la forma *ad solemnitatem*, y aumentando considerablemente las posibilidades en la práctica comercial internacional de entender pactado un convenio arbitral.

si la referencia a tales reglas de arbitraje bastaba para que se considerara que la cláusula formaba parte del contrato o de acuerdo de arbitraje independiente, a pesar de que el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente hubieran sido celebrados verbalmente, se dedujeran de los actos de las partes o se hubieran concertado por otros medios no escritos" (id., nº 11). Vid. también: A/CN.9/592, nº 61.

- 35 A/61/17, no 154.
- 36 A/CN.9/592, nº 69.
- 37 Caso "Filanto versus Chilewich": Pilar PERALES VISCASILLAS, La perfección por silencio de la compraventa internacional en la Convención de Viena de 1980. Derecho de los Negocios, enero 1995, p. 9-14.
- Así CREMADES, Del convenio arbitral, p. 283. Sobre las diferentes formas de prestación del consentimiento en este área, véase: Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ, Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, pp. 122 y ss.

Es también el caso de los artículos 6, 7 y 9 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: oferta pública de sometimiento a arbitraje por parte del empresario. O del recién instaurado sistema arbitral en materia de igualdad de oportunidades: Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, BOE, núm. 297, 13 diciembre 2006.

39 Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia. Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral, 2005, nº 6, pp. 4-43; y SAP Madrid, 29 julio 2005, nº 585/2005 (sección 14) (RA 1547).

Se amparan ahora bajo este precepto las más variadas formas de entender celebrado un convenio arbitral, algunas de ellas no permitidas bajo la redacción original del art. 7 LMA: ofertas por escrito aceptadas por silencio o por actos de ejecución, conocimientos embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamento subyacente o un conocimiento en el que figure una cláusula de arbitraje que no ha sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior, los contratos de salvamento, las cartas de confirmación aceptadas por silencio o por actos de ejecución, etc⁴⁰. Varias de estas situaciones involucran además cuestiones de incorporación por referencia que aparecen ahora en la nueva disposición modelo en el párrafo 6 del art. 7 LMA.

e) La incorporación por referencia

El último párrafo del art. 7 LMA regula la incorporación por referencia sin apartarse del criterio formulado en la redacción original del art.7 LMA. Esta hipótesis no aparece tampoco en la CNY, lo que plantea dudas en torno a cómo se ha de tratar esta cuestión bajo el texto de la Convención⁴¹.

III. Hacia la plena libertad de forma en el convenio arbitral: la Opción II de artículo 7 LMA (La "propuesta mejicana")

La simple y directa formulación de la Opción II del art. 7 que ofrece la LMA consiste llanamente en ofrecer una definición del acuerdo de arbitraje reproduciendo el primer inciso del antiguo art. 7.1 LMA, y haciendo desaparecer, en consecuencia, todo el resto del original art. 7 LMA, en particular la formulación relativa a la forma escrita.

La nueva formulación indica que: "El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas

⁴⁰ Los supuestos aparecen contemplados en las letras a) a h) del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº 12, y recibió forma en un proyecto legal de disposición modelo que, por fortuna, fue posteriormente abandonada, puesto que era demasiado casuística: Arreglo de controversias comerciales. Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas cautelares, conciliación. A/CN.9./WG.II/WP.110, nº 15 y nº 16, 22 septiembre 2000. De hecho, hubo un momento en que el Grupo de Trabajo tenía ante sí tres versiones: una corta, una larga y una intermedia. Las mismas pueden consultarse en Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 33º período de sesiones (Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000). A/CN.9/485, nº 52; y en Arreglo de controversias comerciales. Posible régimen uniforme sobre: forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas cautelares y conciliación. A/CN.9/WG.II/WP.113, nº 13, 23 marzo 2001. La versión larga sirvió de base para el art.6 de la Ley de Arbitraje de Croacia: véase Alan UZELAC, The form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far should We Go?. Croatian Arbitration Yearbook, 2001, nº 8, p.100.

⁴¹ Vid. LANDAU, pp. 30-31; y A/CN.9/WG.II/WP.139, nº 18-21.

controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no".

El convenio arbitral es un mero acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplimentar ninguna forma. Es exclusivamente un problema de formación del contrato y de prueba y por ello se habrá de estar a la consideración del juez o del tribunal arbitral y a los requisitos de prueba que se apliquen para determinar la existencia del convenio. Se notará que esta propuesta se formula de forma más liberal que la anterior, puesto que bajo la Opción I no sería posible un acuerdo verbal del que no quede constancia de su contenido por remisión a algún escrito. Por ejemplo, no sería posible probar la existencia del acuerdo de arbitraje por testigos, lo que sí podría ser posible bajo la opción que ahora examinamos.

Esta propuesta surgió en un estado muy avanzado de los trabajos de la CNUDMI por parte de la delegación de México⁴² y fue respaldada por un importante grupo de delegaciones no plenamente conformes con la Opción I. El problema nuevamente para que esta propuesta no ganara la aceptación plena del grupo de trabajo fue el requisito del escrito para el convenio arbitral bajo el CNY. Aunque sinceras muestras de simpatía con la propuesta mejicana fueron expresadas por la inmensa mayoría de las delegaciones, se entendió por un sector numeroso que era una propuesta "futurista", de un consenso internacional sobre el convenio arbitral del que podríamos hablar dentro de treinta o cuarenta años, pero no la realidad actual del arbitraje, por lo que la línea más segura y conservadora pasaba por continuar atados al concepto de escrito del Convenio de Nueva York. Los defensores de la propuesta mejicana advirtieron, no obstante, que la formulación que proponían no resultaba incongruente con el CNY por aplicación del art. VII del mismo, esto es, de la disposición más favorable⁴³.

A la postre ninguna de las dos propuestas fue rechazada o aceptada totalmente por el Grupo de Trabajo, y puesto que no eran irreconciliables se decidió mantener ambas en espera de que los Estados decidieran cuál de las formulaciones era más aceptable en su ordenamiento jurídico. Se echa en falta en esta propuesta, en nuestra opinión, una norma que regule la incorporación por referencia, por lo que podría complementarse añadiendo la regla que aparece en el párrafo 6 de la Opción I, que se corresponde con la versión original del art. 7.2 LMA, según ya se dijo.

⁴² Solución de controversias comerciales. Preparación de disposiciones uniformes sobre el requisito de forma escrita para los acuerdos de arbitraje. Propuesta de la delegación de México. A/CN.9/WG.II/WP.137, 20 abril 2005.

⁴³ Vid. A/CN.9/WG.II/WP.137, nº II.3.

IV. La recomendación en la interpretación del Convenio de Nueva York

Las nuevas disposiciones sobre la forma del convenio arbitral (art. 7 LMA en cualquiera de sus dos Opciones) se completan con la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York. Consideramos que todo el paquete de normas, su combinación, es la que puede hacer cambiar las posiciones rígidas de muchos Estados en la interpretación del convenio arbitral, contribuyendo no sólo al éxito del arbitraje comercial internacional, sino aumentando considerablemente la seguridad y la uniformidad jurídica en esta materia, especialmente en cuanto al reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral se refiere.

Por un lado, tenemos el efecto de la Recomendación. No se trata, bien es cierto, de una *declaración y recomendación* como al efecto inicialmente pretendía el Grupo de trabajo de la CNUDMI⁴⁴, por lo que tiene una intensidad jurídica menor. Pero indudablemente esta recomendación no sólo proviene de la autoridad formuladora más importante, reconocida y respetada en materia de derecho mercantil internacional, sino además de la autoridad que tiene la legitimación respecto del Convenio de Nueva York. Efectivamente, las Naciones Unidas es la heredera de la Sociedad de Naciones y la CNUDMI, como órgano especializado de las Naciones Unidas en la uniformidad del comercio internacional, es la encargada de velar por el texto de 1958.

Por otro lado, podemos hablar de la fuerza de la Ley Modelo. No sólo en tanto en cuanto sea adoptada por los Estados, sino por el impacto que esta nueva formulación puede provocar en la interpretación del CNY⁴⁵.

La Recomendación recuerda en su Preámbulo la necesidad de lograr la uniformidad en la interpretación de las Leyes sobre arbitraje⁴⁶, haciendo hincapié

Ha sido precisamente el propósito que ha guiado al Grupo de Trabajo II al modificar la LMA: A/CN.9/460, nº 27, y nº 30-31; y A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº 19.

46 "La Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor

⁴⁴ Sobre este particular puede verse LANDAU, pp. 75 y ss, apoyándose en el art. 31.3 a) de la Convención de Viena de 1968 sobre el Derecho de los Tratados; el Documento A/CN.9/WG.II/WP.110, nº 27-48; Arreglo de controversias. Preparación de disposiciones uniformes en forma escrita para acuerdos de arbitraje. Nota de la Secretaría A/CN.9/WG.II/WP.118, nº 25, 6 febrero 2002; y A/61/17, nº 177-180.

⁴⁵ Así se ha propugnado por diversos autores que entienden que el concepto de escrito del CNY puede interpretarse a la luz del art. 7 LMA. Así en relación con la redacción original del art. 7 LMA: DI PIETRO/PLATTE, p. 82, señalando que ésta es además una práctica judicial normal; Adam SAMUEL, Jurisdictional problems in international commercial arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, p. 86; LANDAU, pp. 72-73; Alejandro LÓPEZ ORTIZ, Arbitraje y nuevas tecnologías. Revista de la Contratación Electrónica, 2004, nº 51, pp. 55-56; y CREMADES, Del convenio arbitral, p. 292, los tres últimos alegando que la admisión de modernos medios de comunicación en el art. II.2 CNY encuentra también un importante apoyo en la LMCE.

en las diversas interpretaciones que en los distintos Estados se ha llegado sobre el requisito de la forma del convenio arbitral y "que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención". Teniendo en cuenta que el art. VII.1 CNY cuyo objetivo es permitir la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en la mayor medida de lo posible. Considerando también el extendido uso del comercio electrónico y los instrumentos jurídicos de la CNUDMI, tales como la propia LMA y sus revisiones posteriores, en particular respecto al artículo 7, y los textos legales en materia de derecho del comercio electrónico⁴⁷. Considerando igualmente que se han promulgado leyes nacionales más favorables que el CNY en lo que respecta a la forma del acuerdo arbitral, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de sentencias arbitrales que han dado lugar a una jurisprudencia. Considerando, por último, que, al interpretar la Convención, se han de tener en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.

En atención a todo lo anterior, la CNUDMI Recomienda:

- Que el art. II.2 CNY, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas⁴⁸; y
- Que el art. VII.1 CNY, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje⁴⁹.

El efecto combinado de la recomendación y de las nuevas disposiciones modelo conlleva a que el requisito del escrito del CNY no pueda ya interpretarse

uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado"".

- 47 Específicamente se citan a la LMCE, Ley Modelo de Firma electrónica (2001), así como a la Convención de las Naciones Unidas de 2005 sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas.
- 48 Lo que concuerda con la interpretación que se ha dado a la frase del Art.II.2 CNY "shall include" (denotará) por varias sentencias y autores, por lo que se considera que el CNY permitiría la aplicación de los requisitos más liberales de forma del derecho aplicable, y sería acorde con la lectura del Convenio en su versión oficial inglesa (DIPIETRO/PLATTE, pp. 81-83; SAMUEL, pp. 83-85; y LANDAU, pp. 68-69).

Esa interpretación, sin embargo, no sería acorde ni con la versión francesa ni con la española que, como se sabe, parecen dar a entender que sólo las circunstancias descritas en el art.II sirven para entender cumplido el requisito de forma. En este sentido: VAN DEN BERG, pp. 178-179, considera que la lectura correcta es la que deriva de las versiones francesa y española, por lo que no cabe la aplicación de las leyes nacionales sobre forma.

49 El artículo VII.1 CNÝ señala que: "Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque".

de forma estricta, y por lo tanto puede decirse que no impone un requisito mínimo para la forma escrita, sino únicamente un requisito máximo⁵⁰, por lo que, en consecuencia, un tribunal no admitiría más requisitos que los establecidos en el art. II CNY al tiempo que podría aceptar otras formas más liberales de perfeccionar el convenio arbitral. Por ello, un convenio arbitral perfeccionado de la forma que se permite en el nuevo art. 7 LMA –también de acuerdo con el art. 9 LA–, deberá ser considerado válido y el laudo que se dicte al efecto reconocido y ejecutado en cualesquiera de los Estados parte del CNY.

Aunque esta interpretación con anterioridad ya se había logrado en determinadas jurisdicciones por aplicación del Art. VII.1 CNY (la disposición más favorable)⁵¹, creemos que esta solución recibe un respaldarazo importante por la recomendación de la CNUDMI que habrá de tener un efecto no sólo uniformizador, sino, sobre todo, catalizador de una de las interpretaciones –en particular la más liberal- que ha polarizado a la doctrina en relación con el art.VII CNY. De esta manera, aunque se entienda que el CNY establece una norma uniforme de validez formal y que ha de aplicarse en el sentido de que las circunstancias que describe son exhaustivas, por lo que sustituye a los requisitos de forma del derecho nacional, podría sortearse la norma del art. II.2 CNY por aplicación del art.VII CNY, lo que nos llevaría a los criterios de forma que existan en el derecho nacional que sean más liberales que los del art. II.2 CNY⁵². Disposición que ha sido interpretada de forma diferente por la doctrina y que ahora se recomienda por la CNUDMI se interprete conforme al sector más liberal que propugnaba una interpretación del art. VII CNY relacionada con el art. II CNY53, además de una interpretación fragmentada54, frente a otro sector

- 50 Mucho se ha discutido acerca del carácter del art. II CNY. Puede verse: VAN DEN BERG, pp. 173 y ss, quien está en contra de que se considere que el art. II.2 establece únicamente un requisito máximo (id., pp. 179-180); BERGER, pp. 133; LEW/MISTELIS/KRÖLL, nº 6-38 a 44; DI PIETRO/PLATTE, pp. 81-83; AGUILAR ÁLVAREZ, pp.68-71; y Kéba MBAYE, Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy. En Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. General Editor: Albert Jan van den Berg. ICCA Congress series nº 9. Kluwer Law International, 1999, pp. 97-100. Todos ellos a favor de que se trate de una norma uniforme de validez que puede, no obstante, ser sorteada por virtud del art. VII CNY, y de que no pueda considerarse una regla que impone un requisito mínimo. El germen de esta interpretación se halla en el documento A/CN.9/460, nº 31; y en A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº 20-23. Las decisiones finales en: A/CN.9/592, nº 82-88.
- Así en relación con el derecho español consideran aplicable dicha disposición que, por lo tanto, daría al traste con la denegación del exequátur de un laudo español dictado al amparo de un convenio arbitral electrónico en un Estado que siga estrictamente los dictados del art. II.2 CNY: LÓPEZ ORTIZ, p. 57; y CREMADES, Del convenio, p. 293.
- 52 VAN DEN BERG, pp.178-179 considera que el art. II.2 CNY es una regla que impone una regla máxima y otra mínima: un tribunal no puede requerir más, pero no tendrá que aceptar menos que lo establecido en el art. II. 2 CNY.
- 53 VAN DEN BERG, pp. 85-87, aunque considera que el art. VII sí puede ser útil en relación con el art. II CNY.
- 54 DI PIETRO/PLATTE, pp. 171-173; CREMADES, Del convenio, pp. 293-294; y LEW/MISTELIS/KRÖLL, nº26-34.

que consideraba que el art. VII no podía relacionarse con los requisitos de forma del convenio sino únicamente con las disposiciones relativas al exequátur⁵⁵; y que sostiene, además, una interpretación global de las normas nacionales, de forma que la remisión del art. VII CNY al derecho nacional ha de hacerse en su totalidad, por lo que no cabría la aplicación conjunta del derecho nacional y del convencional⁵⁶.

V. Conclusiones: Algunas propuestas en torno a la adopción de las nuevas disposiciones modelo por el legislador español

La primera conclusión que debemos extraer de la recién aprobada regulación sobre la forma del convenio arbitral es que, con independencia de la opción que se adopte, los legisladores nacionales contribuirán a la uniformidad, seguridad jurídica y globalidad del arbitraje comercial internacional incorporando las nuevas disposiciones en sus leves internas de arbitraje⁵⁷.

En relación a nuestro país, debe tenerse en cuenta que el legislador español se adelantó a la aprobación de las nuevas disposiciones modelo incorporando en la vigente Ley de Arbitraje parte de las soluciones que en aquel momento estaban en fase de proyecto por parte del grupo de trabajo sobre arbitraje y conciliación de la CNUDMI. Y así rendía tributo a los trabajos proyectados de reforma de la LMA la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje: "El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral".

Lo anterior podría llevar a entender que el legislador español no necesita incorporar las nuevas disposiciones modelo al haberlo hecho ya anticipadamente. De hecho, las disposiciones sobre la forma del convenio arbitral en el art. 9 LA están en línea con la Opción I del art. 7 LMA al exigir como principio general que el convenio arbitral conste por escrito, si bien, al igual que su modelo, es una forma escrita que aparece fuera de las fronteras del concepto de escrito⁵⁸

- 55 Así resalta que ésta puede ser una de las interpretaciones: BINDER, nº 2-019.
- 56 VAN DEN BERG, pp. 85-87, y p. 180, aunque considera que el art. VII sí puede ser útil en relación con el art. II CNY.
- 57 En general puede decirse que debe abogarse por la adopción de las nuevas disposiciones modelo por los países que pueden considerarse como "Estados Ley Modelo". De acuerdo con la información proporcionada por la CNUDMI en su página web más de 60 jurisdicciones siguen la LMA (www.uncitral.org).
- 58 Ilustrativas las palabras de Fernando MANTILLA SERRANO, Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional. Madrid: Iustel, 2005, p. 80 respecto a la forma escrita: "dicha referencia obedece más a una formulación clásica y a un interés por guardar cierta consonancia con textos como el de la Convención de Nueva York, que a una verdadera intención de circunscribir la expresión de la voluntad a la mera manifestación escrita". En sentido similar también: Francisco

por lo que cabrían los acuerdos orales⁵⁹. Sin embargo, entendemos que el legislador español debe ahora proceder a alinear el texto del art.9 LA con el modelo que voluntaria y conscientemente decidió seguir en el año 2003 cuando se aprobó la vigente LA. En este sentido, como veremos a continuación, ni el art. 9 LA está exento de problemas de interpretación, por una parte, y, por otra, su redacción no está en línea con el texto final del art. 7 LMA en su Opción I.

En primer lugar, el art. 9 LA se refiere todavía al requisito del intercambio (canje bajo el CNY) de medios de comunicación a distancia –requisito eliminado del nuevo art. 7 LMA– para que el convenio arbitral pueda entenderse por escrito, lo que imposibilitaría en una interpretación estricta, rígida de la norma y apegada a sus antecedentes⁶⁰ la perfección del convenio arbitral contenido en un contrato en el que la oferta realizada por uno de esos medios es aceptada no ya mediante el envío de la declaración por alguno de ellos sino por actos de

RAMOS MÉNDEZ, El arbitraje internacional en la nueva Ley española de arbitraje. Anuario Justicia Alternativa, 2004, nº 5, p. 24; Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO, El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje española. Revista de Derecho Mercantil, octubre-diciembre 2005, nº 258, p. 1492; y David CAIRNS, The Spanish Application of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Arbitration International, 2006, vol.22, nº 4, p. 580.

59 De acuerdo también: MANTILLA, p. 81, que habla así de una "ficción" que permite considerar como "escrito" cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico; DÍEZ-PICAZO, p.107; y GONZÁLEZ CARRASCO, p. 185.
En contra: Evelio VERDERA Y TUELLS, La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje

En contra: Evelio VERDERA Y TUELLS, La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005, p.84; María Elisa ESCOLÁ BESORA, Artículo 9. En Comentarios sistemáticos a la nueva Ley de Arbitraje. Dir. Ricardo Yáñez Velasco. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, pp.316-317; y Rafael VERDERA SERVER. Comentarios a la Ley de Arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Coord: Silvia Barona Vilar. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 354, al señalar que "no ha llegado la Ley a admitir el convenio arbitral oral", aunque entendiendo que una mayor flexibilidad puede provenir del art. 9.5 LA; no obstante este autor parece admitirlo cuando indica que debe revisarse el planteamiento de la doctrina que bajo la LA (1988) no admitía la validez de los convenios que no constarán por escrito (id., p. 355).

60 Se ha de recordar que en ese punto la LA sigue la formulación de la derogada LA de 1988 (art. 6.2), de la LMA en su versión original del art. 7, y del art. II.2 CNY. Los dos últimos excluyen clara e intencionadamente los supuestos de perfección oral, por actos de ejecución y por silencio o inacción: HOLTZMANN/NEUHAUS, pp. 260-261; VAN DEN BERG, p. 190 y pp. 196-198; BERGER, p. 142; KAPLAN, pp. 30-33; LANDAU, p. 28; Neil KAPLAN, Novedades relativas a la forma escrita. En La ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Naciones Unidas: Nueva York, 1999, p. 17; DI PIETRO/PLATTE, p. 76; LEW/MISTELIS/KRÖLL, nº 7-14; BINDER, nº 2-016 y nº 2-027; y GÓMEZ JENE, El arbitraje comercial, p. 62. Asimismo: A/CN.9/460, nº 24; y A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº14.

Como al efecto indican DI PIETRO/PLATTE, p. 70 "The phrase "exchange of documents" implies that there must be an offer in writing which includes an arbitration clause, and a subsequent acceptance by the other party, also in writing". Con todo estiman que el requisito del escrito se satisface si tras la aceptación tácita se hace referencia en algún documento escrito a la oferta en la que se contenía el convenio arbitral.

Requiere también el intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor: Art. I.2 a) Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, 21 abril 1961.

ejecución, verbalmente o por silencio o inacción⁶¹. De acuerdo con lo ya comentado, la nueva redacción de la LMA tiene la virtualidad de reconducir el convenio arbitral a las normas de teoría general de los contratos en materia de perfección contractual⁶².

En segundo lugar, se reconoce en la LA la posible validez de la incorporación por referencia del convenio arbitral, por lo que se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas que se establecen en el apartado anterior (art. 9.4). En nuestra opinión, la norma no es quizá del todo clara, por lo que podrían ofrecerse dos lecturas. La primera consistiría en entender que el acuerdo de las partes de someter sus disputas a arbitraje puede perfeccionarse de cualquier forma (por actos de ejecución o por silencio) siempre que el convenio de arbitraje conste en algún documento "escrito" en el sentido del párrafo 3º, esto es, cuando conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo⁶³; la segunda interpretación, impediría esas formas de perfección del acuerdo de arbitraje, por lo que sería necesario un doble escrito: aquel al que se produce la remisión y aquel que la realiza⁶⁴. Si bien esta segunda interpretación se ajustaría más al tenor literal de la norma, la primera estaría más próxima a la intención de la CNUDMI⁶⁵.

61 Cree posible la perfección tácita por aplicación del art. 9.5 LA: Faustino CORDÓN MORENO, El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 118 y p. 132. Y también con anterioridad: Hilda AGUILAR GRIEDER, La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 93.

Aunque sin pronunciarse expresamente se señala en relación con el art. 9 que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado el silencio extraprocesal: GONZÁLEZ CARRASCO, pp. 176-177.

Por su parte Miguel GÓMEZ JENE, Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. David Arias Lozano (coord). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 86-87, en relación con las cláusulas semiescritas entiende que una interpretación rigurosa, literal y teleológica, del art. 9 LA llevaría a negar la validez del convenio, aunque exceptúa los supuestos en que se entienda que la parte que guardó silencio conocía la existencia del convenio, por ejemplo, cuando se ejecuta el contrato o cuando al silencio se le debe otorgar el valor de aceptación.

62 De acuerdo con esta consideración en el marco de la LA: DÍEZ-PICAZO, p. 101.

No obstante, Antonio María LORCA NAVARRETE, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 69, entiende que el convenio arbitral no es un contrato, sino un negocio jurídico bilateral de justificación impropia.

- 63 Parece estar de acuerdo con esta interpretación: GONZÁLEZ CARRASCO, p. 187.
- 64 En palabras de DÍEZ-PICAZO, p. 107. Estarían también de acuerdo con esta interpretación: MANTILLA, pp.85-86; y MALUQUER, p. 182.
- 65 Así lo mantuvimos: Pilar PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Thomson-Aranzadi, 20005, p. 63.

En relación con la versión original del art.7 LMA se considera por BERGER, p.150 que el documento que contiene la referencia tiene que estar firmado por las dos partes o contenido en un intercambio de documentos por medios de comunicación a distancia.

Además la redacción del art. 9.4 LA da a entender que es posible la incorporación por referencia del convenio arbitral sin necesidad de que las partes de forma expresa se refieran específicamente al propio convenio de arbitraje⁶⁶. Ciertamente ello es así, pero el art. 9.4 LA omite una parte clave del original art. 7.2 LMA, que aparece también en el nuevo párrafo 6 del art. 7 LMA (Opción I), a saber: que la referencia ha de ser tal que implique que esa cláusula forma parte del contrato. La cuestión que surge es si esta modificación de la LA, aparentemente inofensiva pero de un calado práctico importantísimo, se hizo con el propósito deliberado de adoptar un criterio más progresista que la LMA o, si por el contrario, fue realizada de forma inadvertida. Esta última opción llevaría a retornar al criterio de la Ley Modelo⁶⁷ (actual párrafo 6 del nuevo art. 7 LMA) y rechazar el texto actual del art. 9.4 LA, ya que de lo contrario se abogaría por un criterio demasiado liberal: el mero acuerdo de las partes acerca de la incorporación a su contrato de un determinado documento (esto es, la mera referencia) implicará la existencia de un convenio arbitral entre ellas. Estimamos, sin embargo, que esta es la solución más adecuada que es fruto de la intención de considerar al convenio arbitral como a cualquier otro contrato y, en consecuencia, de la voluntad de aplicarle las reglas de teoría general de los contratos sin especialidades, salvedad hecha de las que deriven del tipo, como sucede si la incorporación se realiza a un condicionado general (véase art. 9.2 LA, que remite a las normas aplicables a este tipo de contrato).

66 Así también: CREMADES, Del convenio, p. 297; y Jorge HERNÁNDEZ BURIEL, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Coord. Rafael Hinojosa Segovia. Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004, p. 71.

Igualmente bajo el ámbito de la LMA: Tribunal Supremo de Bermuda, 21 enero 1994 (*Case Law on Uncitral Text*, CLOUT 127), en Norbert HORN, The Arbitration Agreement in light of Case Law of the UNCITRAL Model Law (Art.7 and 8). Int.A.L.R., 2005, p. 148; y LIEBSCHER, p. 166. También: HOLTZMANN/NEUHAUS, p. 264; y BERGER, pp.152-154, quien en relación con las referencias genéricas entiende que podrían ser suficientes bajo la LMA si se está en posesión de las condiciones contractuales o si se le ponen a su disposición. En cambio para VAN DEN BERG, p. 218, una incorporación por referencia a un documento sin especificar el sometimiento a arbitraje no sería suficiente bajo el CNY, excepción hecha de que el documento o las condiciones generales se hayan comunicado a la otra parte.

67 De hecho considera que el art. 9.4 LA debe interpretarse conforme al criterio del art.7 original LMA: GONZÁLEZ CARRASCO, p. 187.

Aunque sin propugnar la antedicha interpretación, el profesor CREMADES, Del convenio, p. 297, llega a igual conclusión puesto que entiende que el art. 9.4 LA se ha de interpretar en el sentido de que "es necesario que la parte contra la que se invoca la existencia del convenio arbitral tuviese conocimiento, en el momento de suscribir el contrato principal, de la existencia de la cláusula arbitral en el documento al que el contrato se remite".

Como han expresado HOLTZMÁNN/NEUHAUS, p. 264, el texto de la LMA fue adoptado como un compromiso entre dos posiciones: los que estimaban que el texto del convenio arbitral debía estar en frente de las partes para vincularles y los que consideraban que valía con la mera referencia, de tal forma que la LMA implica que las partes que se remitan a las condiciones generales o al documento en el cual se contiene el convenio arbitral deben haber tenido la intención de incorporarla y no meramente de haberse referido a él.

Todo lo anterior nos lleva a entender que el legislador español debe concluir ahora el proceso iniciado en el año 2003 adoptando las nuevas disposiciones modelo en materia de forma del convenio arbitral. Por otra parte, en tanto en cuanto no lo realice, opinamos asimismo que la Exposición de Motivos es lo suficientemente expresiva de la intención del legislador en esta materia, por lo que la guía que debe adoptar el árbitro y, en su caso, el juez español, a la hora de interpretar las disposiciones sobre el convenio arbitral en la LA española se encuentra en las nuevas disposiciones modelo de la CNUDMI, y específicamente en la Opción I⁶⁸.

Es más opinamos que al legislador se le abre ahora una doble opción que no tenía cuando redactó la vigente LA. Puede optar por seguir la línea tradicional (Opción I) o la propuesta más innovadora (Opción II: la propuesta mejicana)⁶⁹. En nuestra opinión, puesto que ahora la reforma de la LMA es ya una realidad, teniendo en cuenta asimismo la recomendación de la CNUDMI en relación con la interpretación del CNY, la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005 (art.20.1). Y sobre todo considerando que la LA española es una ley progresista, moderna y competitiva⁷⁰, la consagración plena del principio de libertad de forma se presenta como la mejor opción. Esperemos que el legislador español sea audaz acogiendo la plena libertad formal en materia de convenio arbitral y decida llamar a las cosas por su nombre sin necesidad de disfrazar la forma oral del convenio bajo la vestimenta del escrito. No obstante, y como hicimos al comentar la Opción II, convendría completar la norma añadiendo alguna disposición que regule la incorporación por referencia. No creemos que sea necesario, especialmente a la luz de la legislación española en la materia, aunque tampoco dañaría, añadir alguna norma sobre el convenio arbitral electrónico, puesto que la aplicación del principio de la equivalencia funcional presente ya en nuestro

⁴⁸ Ya indicaba en materia de forma del convenio que se tuvieran en cuenta los trabajos de la UNCITRAL. Marta REQUEJO ISIDRO, Excepción de arbitraje y cláusula arbitral en el comercio internacional: pequeños avances, dudas imperecederas. RCEA, 2005, pp. 267-280.

⁶⁹ Entre las observaciones enviadas por los diversos países, destacan Francia, China e Italia favorables a la Opción I. Alemania, por su parte, es partidaria de la Opción II. Austria rechaza ambas y prefiere quedarse con la versión original del art. 7 LMA, puesto que no deben permitirse los acuerdos orales o los celebrados por actos de ejecución. Vid. A/CN.9/609, Add.1, 2, 5 y 6.

Destacar en relación a Francia que un sector importante de la doctrina parece inclinarse por una opción similar a la de la propuesta mejicana como se deriva del propuesto art.1493 Código de Procedimiento Civil: "La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. Le consentement à la convention d'arbitrage peut être prouvé para tous moyens". Vid. Présentation du texte proposé para le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage. Revue de l'arbitrage, 2006, n° 2, p. 511.

⁷⁰ MANTILLA, p.80, considera que la Ley es, sin duda, "una verdadera ley de avanzada". Elogiosos también: Vittorio POZZI, Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici. Rivista dell'arbitrato, 2005, nº 1, p. 26; y CAIRNS, p. 595.

ordenamiento implica la identidad entre la forma escrita tradicional y la electrónica⁷¹.

Sea como sea cualesquiera de las dos opciones permitirán eliminar el perturbador elemento del intercambio o canje de escritos, a la vez que ayudarán a disipar las dudas de interpretación que han surgido en relación con el vigente art. 9 LA. Si bien parecería que es superfluo referirse a si el requisito de forma escrita del convenio lo es *ad solemnitatem* o *ad probationem*, resultando claro lo segundo⁷², especialmente a la luz de la Exposición de Motivos III LA ("La voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma"), lo cierto es que todavía algún autor parece referirse en el marco de la vigente LA a que el requisito es *ad solemnitatem*⁷³.

71 Incluso ya bajo la de 1988, algún sector de la doctrina consideraba posible los convenios arbitrales perfeccionados por medios electrónicos. Vid. José F. MERINO MERCHÁN, El pacto de arbitraje en el comercio electrónico. Revista de la Contratación Electrónica, marzo 2002, pp. 3 v ss.

Vid. sobre dicho principio: Rafael ILLESCAS ORTIZ, Derecho de la contratación electrónica. Madrid: Civitas, 2001, pp. 39 y ss, y pp. 151 y ss. Entre otras, véanse art.23.3 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, y art. 13 CNUCCIM

Señalar por último la modernidad de la LA en este punto que permite el laudo electrónico (art.37.3), por lo que bien puede decirse, junto con el art. 5 a) LMA, que la intención es que sea posible un arbitraje enteramente realizado por medios electrónicos o digitales: CAIRNS, p. 581; y Ana MONTESINOS, Arbitraje on line en la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. RCEA, 2004, pp. 245 y ss, que admite también que el convenio arbitral se pueda perfeccionar por medio de una página web interactiva (id., p. 247).

72 Así lo mantuvimos ya en PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad, p. 63. De acuerdo también: VERDERA, p. 86; LÓPEZ ORTIZ, p. 55; CREMADES, Del convenio arbitral, p. 291; GONZÁLEZ CARRASCO, p. 286; HERNÁNDEZ BURIEL, p. 70.

Ya lo mantenía también así bajo el proyecto de Ley de Arbitraje: Antonio María LORCA NAVARRETE, Algunas propuestas sobre el tratamiento metodológico del convenio arbitral en el Proyecto de Ley de Arbitraje. LL, 26 diciembre 2003, nº 5921, p. 3. Id. bajo la vigente Ley: Comentarios a la nueva, p. 77.

Miguel GÓMEZ JENE, El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje. LL, 11 febrero 2004, nº 5952, p. 3, destaca que el art. 9 LA "se aferra al principio del favor negoti en detrimento del principio de seguridad jurídica".

73 Parece entenderlo así: MALUQUER, p. 182: "Creemos que no se propone la ley solamente constituir un instrumento de prueba de la existencia del convenio".

Bajo la LA de 1988 el art.6.1 indicaba que "el convenio arbitral deberá formalizarse por escrito", lo que hizo dudar a la doctrina acerca de si se trataba de un requisito de forma o de prueba.

E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española

Antonia Paniza Fullana*

SUMARIO: I. Introducción. II. Reformas de los preceptos clásicos sobre el momento de perfección del contrato: ¿cambios en las formas o cambios en el contenido? III. La Ley 47/2002, de 19 de diciembre: Una reforma tardía de las ventas a distancia. IV. Las subastas *on line* y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. V. Algunos aspectos relacionados con la privacidad: los artículos 21 y 22 LSSICE. 1. Publicidad y comunicaciones comerciales. A. La excepción al sistema *opt in*: el artículo 21.2 LSSICE y su verdadero alcance. B. Situación: Relación contractual previa. C. Forma: Datos obtenidos de "forma lícita". D. Objeto: Productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. E. Sujeto: La misma empresa. F Garantía: Procedimiento sencillo y gratuito de oposición. 2. El artículo 22.2 LSSICE: "dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales".

Resumen

Este trabajo quiere dejar plasmadas algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia. En el año 2002 se llevaron a cabo algunas reformas en la normativa aplicable a este tipo de contratos y este es el momento de hacer balance y ver cuál ha sido el verdadero alcance de estas reformas; los problemas, contradicciones o lagunas que tiene en su aplicación práctica. El factor común a los distintos puntos estudiados es la protección del consumidor y ello desde el ámbito de la contratación hasta el de la privacidad. Hay que destacar dos reformas muy recientes en el ámbito de la protección de los consumidores y del comercio electrónico en España. Se trata del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en este caso, la reforma es más formal que de contenido) y de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Recibido: 20/11/2007 • Aceptado: 12/12/2007

* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares. (antonia.paniza@uib.es)

ISSN: 1317-9306

51-68

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

Palabras clave: Contratos a distancia. Comercio electrónico. Protección del e-consumidor. Privacidad. Subastas. Comunicaciones comerciales

Abstract

Some reflections about distance contracts regulation are raised in this paper. In 2002, in Spain, there were several changes in the distance contracts rules so, this is the moment that new regulation and its consequences and problems in the practice are analysed. The common factor to the different studied subjects in this paper is the consumer protection: from contracting, including auctions, to privacy. Besides, two laws have been published in Spain recently: Consumer Protection Act 2007 and the Law n. 56/2007, december 28th on Information Society.

Keywords: Distance contracts. Electronic commerce. E-consumer protection. Privacy. Auctions. Commercial communications.

I. Introducción

El hilo conductor de este trabajo va a ser aquellos preceptos que han planteado problemas bajo el factor común subyacente de la protección de los consumidores, y ello desde el ámbito de la contratación hasta el de la privacidad. Ante posibles reformas, puede ser un buen momento para repasar los puntos débiles, agujeros o contradicciones del sistema instituido por la normativa sobre la materia. Para ello hay que partir del complicado, en muchas ocasiones, entramado normativo aplicable en los contratos electrónicos celebrados con consumidores.

Si consideramos como pilares de la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español el artículo 1262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio más la Ley de Ordenación de Comercio Minorista (LOCM), se puede afirmar que esta materia ha sufrido un proceso de cambio, y ello porque tanto los artículos mencionados como la Ley se han visto trastocados por las últimas reformas normativas.

Sin embargo, no hay que olvidar que las reformas mencionadas tienen un trasfondo claro; trasfondo que puede situarse en dos ámbitos distintos: los modernos medios de comunicación que han hecho aparecer nuevos problemas y la necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria.

La conjunción de ambos presupuestos ha sido el desencadenante de la promulgación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE) que ha sido la encargada de modificar los preceptos clásicos dedicados al momento de perfección del contrato. En cumplimiento del segundo presupuesto, aunque de forma tardía, se publicó la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a las diversas Directivas comunitarias.

Con ello se han producido una serie de cambios en la regulación de los contratos a distancia, aunque en algunos casos las soluciones aportadas ya nos eran conocidas. Estos presuntos cambios serán el objeto de este trabajo y, con ellos, se plantean cuestiones como: ¿cuál es el alcance de estos cambios? ¿Han supuesto una ruptura definitiva con la situación anterior o se puede calificar de continuista? ¿Qué ha supuesto la incorporación de la Directiva 97/7/CE al ordenamiento español? ¿Ha seguido la línea de otros países comunitarios? ¿Ha sido adecuada la forma de transposición con la modificación de la LOCM o hubiera sido preferible una ley específica sobre la materia? ¿Se realiza de una forma adecuada la incardinación de la normativa general sobre contratos a distancia con la normativa específica, por ejemplo, sobre comercio electrónico? Todos estos interrogantes buscarán respuesta en las páginas que siguen.

II. Reformas de los preceptos clásicos sobre el momento de perfección del contrato: ¿Cambios en las formas o cambios en el contenido?

- "La aceptación hecha por carta..." del antiguo artículo 1262 Cc. frente a "hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó" del 1262 modificado.

Se trata de una cuestión simplemente terminológica, pues ya se daba por supuesto que, aquella expresión, fruto de la época en que fue promulgado el Código Civil, era de las pocas que se podían prever. Sin embargo, dado el problema que intentaba solucionar este artículo: establecer el momento y lugar de perfección de los contratos entre personas físicamente alejadas, se ha ido aplicando a las nuevas técnicas de comunicación que han ido apareciendo.

La nueva expresión nos sacaba de toda duda, pues ya no se mencionaba ningún medio de comunicación en concreto, sino que describía a la perfección la situación a la que había venido dando solución el antiguo artículo 1262 Cc. En la práctica no aporta nada nuevo, pero quedaba clara la aplicación de la solución del nuevo artículo a los contratos celebrados a través de cualquier medio de comunicación.

Pero el problema de la aplicación del antiguo artículo 1262 Cc. a supuestos distintos de la contratación "por carta", sobre el que tanto habían discutido los autores no queda zanjado con la nueva redacción del artículo. Si bien, en principio, parece solucionarse, la cuestión se complica de nuevo cuando el último párrafo establece una solución diferente para un supuesto específico: el de los dispositivos automáticos. El primer problema ya aparece con su propio

contenido, ¿qué medios de comunicación deben ser entendidos como "dispositivos automáticos"?. Después, se plantearán cuestiones semejantes a las que se plantearon en su momento con la "contratación por carta". Cuando aparezca un nuevo medio de comunicación tendrá que verse si se aplica el "régimen general"—por llamarlo de alguna manera— de los contratos entre personas "que se hallan en lugares distintos" o la solución específica que aporta el artículo 1262 Cc. para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos.

- "no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento" frente a "hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar la buena fe".

Tanto en uno como en otro caso se opta por la teoría del conocimiento: el contrato sólo se entenderá perfeccionado cuando el oferente haya tenido oportunidad de conocer la aceptación de la otra parte contratante. Esta solución plantea una serie de inconvenientes que la doctrina se ha encargado de apuntar, siendo la principal la de dejar en manos de una de las partes contratantes la conclusión del contrato. Por ello se han buscado soluciones. Antes de la reforma fue la jurisprudencia la que se encargó de "matizar" la literalidad del artículo 1262 Cc., debido a las consecuencias injustas que podía conllevar. Con la reforma, ha sido el legislador el que ha intentado corregir las consecuencias injustas que se podían derivar de la dicción literal anterior. Tanto en un caso como en otro se tiende hacía la teoría de la recepción.

- Como novedad: "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Lo que se traduce en el establecimiento de un momento de perfección diferente al establecido para los contratos a distancia, en general. Siguiendo a GONZÁLEZ GOZALO, para un sector doctrinal son todos los contratos electrónicos, sin distinción. Según CAVANILLAS MÚGICA, de acuerdo con los antecedentes legislativos expuestos en el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002, "contratos celebrados a través de dispositivos automáticos" son aquellos contratos electrónicos que no se concluyen a través de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente; está pensando en "contratos clic" y esta regla especial sólo debería aplicarse en los casos en que es "el destinatario de un servicio de la sociedad de la información y no el prestador el que manifiesta su consentimiento", parece excluir el supuesto en que el pedido del destinatario del servicio constituye oferta y CUADRADO PÉREZ cree que esta regla se aplica a los contratos celebrados mediante agentes inteligentes. Según GONZÁLEZ GOZALO, de

las palabras del Consejo de Estado se deduce que no todo contrato electrónico se considera celebrado a través de dispositivos automáticos, sino únicamente aquellos perfeccionados en línea, utilizando tecnología web o cualquier otra basada en la estructura cliente/servidor, que responden a fórmulas de contratación automatizada por intervenir agentes inteligentes, y donde el aceptante es el destinatario del servicio de la sociedad de la información. La regla especial sólo produce efectos diferentes a la regla general cuando se produce un error o un retraso en la comunicación que no se pueda detectar por el aceptante¹.

Por lo que respecta al lugar de perfección, la solución es idéntica: el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Y ello será aplicable tanto a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos como en los demás casos.

Si entendemos por "dispositivos automáticos", los contratos "clic", por lo que hace referencia al lugar de perfección del contrato, la solución del Código Civil tendrá que armonizarse con el artículo 29 LSSICE que establece que, en el caso de contratos celebrados por vía electrónica, en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. En cambio, cuando se trate de contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en el que esté establecido el prestador de servicios.

III. La Ley 47/2002, de 19 de diciembre: una reforma tardía de las ventas a distancia

- ¿Cuál es realmente el ámbito de aplicación de la LOCM? Lo lógico sería poder deducirlo de la propia definición y de las excepciones que a ella se establecen (artículos 38, apartados 1 y 3). Pero en este caso es más complicado. Para empezar el propio artículo 38.1 no establece realmente el ámbito de aplicación ya que a ello se le tiene que unir lo establecido en la disposición adicional primera para los servicios financieros y el artículo 38.3 no se conforma con establecer una excepción sino que a su vez, la excepciona (la regulación de las ventas a distancia no será de aplicación a: las ventas celebradas en subastas, excepto las efectuadas por vía electrónica).

A todo ello, se le tendrá que añadir las excepciones que establece la disposición adicional primera en el ámbito de la prestación de servicios, técnica de remisiones, no recomendable en absoluto. Hay que tener en cuenta, además, las exclusiones parciales para el caso venta a distancia de productos (artículo 38.4) y las exclusiones parciales en el caso de la prestación de servicios (Disposición adicional primera, apartado 2 y 3).

¹ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A.: La formación del contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, cit., páginas 236, 239 y 241.

Sólo reordenando todos estos preceptos se puede llegar a establecer con rigor el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos a distancia de la LOCM.

Los problemas no se acaban con el establecimiento del ámbito de aplicación. Es más, se van a enumerar a continuación los más destacados:

- Los problemas continúan en el ámbito subjetivo: utilización indistinta de los términos "comprador" y "consumidor" en algunos de sus preceptos.
- A pesar de la reforma, como ya ha quedado expuesto, la LOCM continúa con la técnica de la remisión de lo establecido para los bienes aplicarlo a la prestación de servicios, a través de la disposición adicional primera.
- ¿No era un buen momento para subsanar los defectos del Real Decreto 1906/1999? ¿No se podría haber introducido la regulación de los contratos realizados por vía electrónica o telefónica con condiciones generales?
- Respecto al deber de información y confirmación de la información, destacar la exclusión de los servicios turísticos, frente a lo establecido en la normativa sectorial sobre la materia en la que se multiplican los deberes de información y confirmación. Y en el ámbito de las nuevas tecnologías, la problemática del cumplimiento de todos estos deberes en el denominado *m-comerce*. ¿Están preparadas nuestras normas para estos nuevos retos? ¿Qué va a suponer el Anteproyecto de ley de LSSICE? Para este caso se limita a remitir al consumidor a un determinado sitio *web* para que pueda obtener la información correspondiente en la forma legalmente establecida. ¿Quedarán cumplidos de esta forma los deberes de información que establecen las normas sobre la materia?
- Hay que destacar, sin embargo, los aspectos más proteccionistas de la LOCM tras la reforma que van más allá de lo establecido en la Directiva. En caso de ejercicio del derecho de desistimiento, si el vendedor no ha abonado al comprador las sumas que había pagado en el plazo de treinta días, puede reclamarla duplicada, más la indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de esa cantidad.
- Más problemas plantea el derecho de desistimiento y anulación del cargo por el titular de la tarjeta: devolución de las cantidades pagadas mediante tarjeta de pago como ejercicio del derecho de desistimiento: la propia ley afirma la posibilidad de alegar derecho de desistimiento ante la entidad emisora/gestora de la tarjeta. La regla general establece que lo que se anula es el cargo, no la compra; pero, ¿qué ocurre en este caso? ¿se anula el cargo y la compra? Relación comprador/entidad emisora/ banco; pero para ejercitar el derecho de desistimiento es: proveedor-comprador. El artículo 46, ¿Está entremezclando relaciones?

¿Modo de ejercicio del derecho de desistimiento o consecuencia de él? Pero, la consecuencia no sería que el vendedor tiene que devolver el precio y el comprador el producto?

Relación del derecho de desistimiento con la posibilidad de anulación del cargo en el caso de pago realizado mediante tarjeta: ¿anulación del cargo más anulación de la compra?

Que se alegará frente al banco en el caso de que anule el cargo como ejercicio del derecho desistimiento. ¿Cómo sabe el banco que está en plazo? ¿Está obligado el banco a aceptarlo? ¿Frente a quién hay que alegar el derecho de desistimiento? ¿Frente al proveedor?

- La disposición final primera y la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas. Una cuestión importante en la reforma de la LOCM es el cambio en la distribución de determinadas materias que podían ser competencia estatal, han pasado ahora a ser parte de la competencia exclusiva del Estado. Todo ello se establece en la disposición final única de la Ley 47/2002, de reforma de la LOCM. Si antes de la reforma constituían legislación estatal, por lo que se refiere a las ventas a distancia, los artículos 41 (necesidad de consentimiento expreso), 44 (derecho de desistimiento), 45 (excepciones al derecho de desistimiento), 46 (pago mediante tarjeta de crédito) y 48 (irrenunciabilidad de derechos); ahora se han añadido el artículo 38.1, 38.3, 38.4, 39 (propuesta de contratación), 40 (información previa), 42 (prohibición de envíos no solicitados), 43 (ejecución y pago) y 47 (información). Con todo ello, prácticamente todo el régimen de los contratos a distancia ha pasado a ser competencia estatal, por lo que la LOCM, será de aplicación general.

El problema que se plantea ahora es qué ocurre con aquellas normas autonómicas que regulan aspectos que han pasado a ser competencia estatal. En la práctica se puede decir que la regulación es muy similar, por lo que no se producen grandes cambios. Sin embargo, de un análisis de la normativa autonómica se extrae que algunas Comunidades Autónomas habían regulado subrepticiamente algunos aspectos cuya regulación era de ámbito estatal y, además, ya se habían dado conflictos competenciales como lo demuestran algunas sentencias del Tribunal Constitucional².

- 2 Sobre conflictos de competencia en esta materia o similar se puede citar la STC 264/1993, de 22 de julio resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en relación con determinados artículos de la Ley 9/1989, de 5 de octubre de las Cortes de Aragón de Ordenación de la Actividad Comercial. Según el artículo 30.2 de aquella Ley: "en todos los casos de venta domiciliaria el comprador dispondrá de un período de siete días para rescindir el compromiso de compra con el único requisito de comunicárselo de forma fehaciente al comerciante y con los efectos de devolución de la cosa y el precio". Según el Tribunal Constitucional esta previsión "supone un exceso del Parlamento autonómico en el desenvolvimiento de la competencia sobre defensa del consumidor y del usuario (artículo 36.1.c) del Estatuto) ya que claramente incide en el contenido de los contratos, lo que, como se ha dicho, únicamente cumple regular al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.6 y 8 CE...".
- La STC 284/1993, de 30 de septiembre resuelve dos recursos de inconstitucionalidad promovidos uno por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular y el segundo por el Gobierno de la Nación. El artículo 12 a) de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre de Comercio Interior establecía que entre los datos informativos que han de contener, de forma clara e inequívoca, todas las ofertas de venta a distancia figurará "el período de reflexión, no inferior a siete días,

IV. Las subastas on line y la Ley de ordenación del comercio minorista

El artículo 56 Ley 7/1996, de la LOCM, con carácter general, y antes de delimitar el ámbito de aplicación de aquella Ley, se refiere a la venta en pública subasta como aquella que consiste en "ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto". Si bien el artículo 56 LOCM establece esta definición con carácter general, inmediatamente, en su párrafo segundo, establece que la regulación contenida en aquella ley sólo se aplicará a las subastas efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor.

Uno de los principales aspectos a tener en cuenta en este tema es el de la ley aplicable a las subastas electrónicas, ya que según su propia organización se les aplicará una norma u otra. En general, las normas que pueden ser aplicables a las ventas en pública subasta son las siguientes:

- Con carácter general, en los artículos 56 a 61 de la LOCM se regula la "venta en pública subasta".
- Los artículos 38 a 48 LOCM, dedicados a las ventas a distancia, que aunque excluyen de su ámbito de aplicación a las subastas, en general, incluyen expresamente las subastas efectuadas por vía electrónica.
 - o Tanto en un caso como en otro hay que tener en cuenta el ámbito de aplicación de la LOCM. Según su artículo 1, esta Ley establece el régimen jurídico general del comercio minorista y regula determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial, sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia. Y se entiende por "comercio minorista": "aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento". Si las actividades que se desarrollan no cumplen estos requisitos, no les será de aplicación la LOCM.
 - o Y en el caso del artículo 38 y siguientes de la LOCM, en el supuesto de contratos a distancia sólo se incluirán las ventas a distancia "celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y

durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha". Aquí el Tribunal distingue, por una parte, el derecho de información y, por otra parte, la propia regulación del derecho de desistimiento. El primero está en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, no así el segundo, que es competencia estatal. Por ello, se declara inconstitucional el inciso "no inferior a siete días" (se considera "regulación" del derecho de desistimiento), manteniendo el resto del precepto.

del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia organizado por el vendedor". Y concretamente en el caso de las subastas solo se incluyen las subastas celebradas por vía electrónica que cumplan, además, los requisitos del artículo 38 LOCM.

- o Sólo en aquellas subastas electrónicas en que se den todas estas condiciones se aplicará la LOCM.
- Junto a estas normas, en caso de subastas electrónicas se debe tener especialmente en cuenta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE).
 - o Además, de la aplicación de esta norma con carácter general, se puede mencionar la remisión que hace el artículo 38.6 LOCM: "Cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico".
- Además, debe tenerse en cuenta la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU).
- Las normas referentes a la seguridad de productos, el Real Decreto 1801/2003.
- Además de todo ello, hay que tener en cuenta la normativa de condiciones generales de la contratación, pues como se verá se utilizan en las subastas por Internet o la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

Una de las cuestiones problemáticas es la de establecer cuando se aplica cada una de estas normas, cuál es la regulación aplicable a las subastas celebradas a través de Internet. Para ello, tomando como punto de partida la definición del artículo 56 LOCM se estudiarán los distintos tipos de subastas o distintas formas de organización de las mismas, lo que se convertirá en punto clave para establecer la normativa aplicable a cada una de ellas.

Siguiendo a PEÑA LÓPEZ³ se pueden distinguir distintos tipos de subastas celebradas a través de Internet:

A. Una subasta en la que los medios electrónicos sean sólo una posibilidad más puesta a disposición de los participantes para realizar las pujas.

³ Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: "Actividades de promoción de ventas y modalidades de venta" en BUSTO LAGO, J.M.: Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del consumidor. Cizur Menor, 2005, páginas 326 y 327.

- B. Una subasta organizada totalmente por un empresario o profesional cuyo objeto de actividad es practicar subastas y que organiza algunas de ellas a través de Internet, en un sitio *web* creado por él mismo.
- C. Y, la más utilizada, que es una subasta en la que los bienes o servicios son ofrecidos a la puja por particulares, después de celebrar un contrato con una empresa cuyo objeto de actividad es permitir la celebración de subastas en el espacio virtual que ha organizado⁴. La más utilizadas en el ámbito de las subastas en Internet.
- Por otra parte, se pueden añadir otras empresas de subastas que utilizan Internet para hacer publicidad de sus actividades, objetos, etc. sin que la subasta propiamente dicha se celebre a través de Internet⁵ (por ejemplo:

La más utilizada es la tercera de las clases enunciadas. ¿Cuáles son sus características? En estos casos, las empresas de subastas se mantienen al margen de las relaciones entre compradores y vendedores, no actúan en representación del vendedor⁶. La empresa de subastas no es dueña de los bienes subastados. Ni siquiera es depositaria de los mismos. La empresa de subastas no actúa como subastador, ya que simplemente pone en contacto vendedor y comprador quienes acaban ellos mismos la transacción. Sirve de puente entre las relaciones comerciales de vendedores y compradores en el sitio de subastas. Por una parte, hay una relación jurídica entre la empresa de subastas y el particular o empresa que quiere subastar sus productos. Por su parte los posibles compradores tienen que registrarse en el sitio de subastas para participar en las subastas.

La empresa (pongamos como ejemplo, *E-bay*) es quien pone a disposición de las partes la plataforma en la que se celebrarán las diferentes subastas o compras (como prestador de servicios de la sociedad de la información será *E-bay* quien deberá cumplir los deberes que le impone la LSSICE). Puede sancionar determinadas conductas, es sólo un ejemplo esta cláusula: "Los anuncios que infrinjan las políticas de eBay pueden tener como consecuencia la aplicación de medidas disciplinarias. Estas medidas pueden incluir una advertencia formal, la finalización de los anuncios infractores e incluso la suspensión temporal o indefinida de la cuenta de usuario. Antes de aplicar cualquier medida, eBay estudiará las circunstancias que rodean la supuesta infracción y el historial de transacciones del usuario. En la

- 4 Sería el caso de sitios web de subastas del tipo de E-bay.
- 5 Son solo un ejemplo: http://www.christies.com; http://www.bonanovasubastas.com; http://www.articuarius.com/html/index.asp
- 6 Como ejemplo, una cláusula del sitio de subastas E-bay: "EBay no se involucra en la transacción entre comprador y vendedor. De este modo, eBay no tiene control alguno sobre la calidad, seguridad o legalidad de los artículos anunciados, la veracidad o exactitud de los anuncios, la capacidad de los vendedores para vender artículos o la capacidad de los compradores para comprar artículos. eBay no puede asegurar que un comprador o un vendedor completará una transacción".

mayoría de los casos en los que se interrumpe un anuncio, eBay reintegra las comisiones y tarifas correspondiente"⁷.

- *E-bay*, además de cobrar por los anuncios que se colocan en su sitio web —lo que corresponde por su situación de mero "punto de encuentro entre compradores y vendedores"- cobra comisiones sobre cada producto vendido (lo que lo podría acercar al otro tipo de subastas descrito, cuando liquidan una comisión (el corretaje por su mediación en la compra). A pesar de quedar supuestamente al margen, como comisionista que es, se plantea la duda de si su actuación puede considerarse como un contrato de mediación o corretaje. ¿No le da *E-bay*, según la STS de 10 de marzo de 1992: "la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en relación a los que pueden ser contratantes, sin intervenir en el contrato, ni actuar como mandatarios...; el mediador a diferencia del mandatario, no contrata"8.

Una vez establecido el funcionamiento del principal tipo de subastas que se celebran en Internet, la cuestión que nos corresponde abordar ahora es: ¿En qué casos es de aplicación la LOCM? Según el artículo 1, esta Ley se encarga de establecer el régimen jurídico general del comercio minorista y regular determinados tipos de ventas especiales. Todo ello, sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia. En su párrafo segundo define el comercio minorista como "aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento". Ya de un modo más específico, el artículo 56.2 LOCM establece que la regulación de las ventas en pública subasta que contiene esta Ley se aplicará a las empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor. De acuerdo con lo establecido en estos artículos dificilmente se les podrá aplicar esta Ley a las empresas de subastas organizadas como E-bay, porque como ya ha quedado expuesto, no es E-bay la que "oferta la venta de cualquier clase de artículos"

Junto a todo lo expuesto, el artículo 38.3 b) establece que la regulación establecida en aquella Ley para las ventas a distancia será de aplicación a las ventas celebradas en subastas por vía electrónica (como excepción), aunque de entrada parece tener cabida el supuesto que aquí se viene analizando, hay que tener especialmente en cuenta la definición de "venta a distancia" del artículo

⁷ Salieron en prensa algunos casos de ventas ilegales en subastas, concretamente de órganos humanos. En estos casos, según se apuntaba en prensa, quien bloqueó las ventas ilegales fue *E-.bay (Vid. http://www.el-mundo.es/navegante/2000/12/04/portada/975924267.html : "El portal estadounidense e.Bay ya bloqueó el pasado septiembre la venta ilegal de lo que se anunciaba en su web como «un riñón en perfecto estado» por cerca de cinco millones de pesetas").*

⁸ Vid. SÁNCHEZ CÁLÉRO, F.: Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II. Madrid, 2000, 23ª edición, página 181.

38.1 LOCM: "Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor". En el caso de Ebay, el sistema de contratación a distancia no lo ha organizado el vendedor, sino un tercero.

Atendiendo a las distintas clases de subastas expuestas sólo sería aplicable, en su caso, a una subasta en la que los medios electrónicos sean sólo una posibilidad más puesta a disposición de los participantes para realizar las pujas y en el caso de una subasta organizada totalmente por un empresario o profesional cuyo objeto de actividad es practicar subastas y que organiza algunas de ellas a través de Internet, en un sitio *web* creado por él mismo.

En el caso de *E-bay*, tanto en el caso de subastas como compras, se puede pensar si la mencionada Ley es aplicable, no a E-bay, pero sí a las relaciones entre las otras partes implicadas. A ello hay que responder que sólo sería aplicable en el caso de que la relación se establezca entre un profesional, con ánimo de lucro siempre que oferte sus artículos a los destinatarios finales de los mismos.

Como queda reflejado, la aplicación de esta norma a las subastas electrónicas es muy reducida⁹, y ello a pesar de dedicar los artículos 56 y siguientes a la venta en pública subasta y en sede de ventas a distancia, considerar incluidas en esta regulación a las subastas celebradas por vía electrónica. Y ello por las siguientes razones:

- Con carácter general, tanto la LOCM como la LGDCU tienen escasa aplicación en las subastas por Internet del tipo de *E-bay*.
- Ello es debido a la propia posición que ocupa la empresa de subastas. En el caso de la LOCM porque la actividad llevada a cabo por *E-bay* no puede subsumirse en la definición de comercio minorista establecida por el artículo 1, por lo que no será de aplicación los artículos 56 y siguientes dedicados a la venta en pública subasta.
- Además, la LOCM establece que su regulación sobre ventas a distancia es de aplicación a las subastas celebradas por vía electrónica. Pero tienen que ser subastas por vía electrónica que estén dentro del ámbito de aplicación establecido por el artículo 1 de la Ley y, además, que puedan subsumirse en la definición de ventas a distancia del artículo 38, lo que no parece cumplirse en el caso estudiado.
- En el caso de la LGDCU porque *E-bay* no "produce, facilita, suministra ni expide" ningún bien a los destinatarios finales, sino que son los propios particulares o empresas, según los casos, los que ponen a la venta los productos.
- 9 Vid. CÁMARA ÁGUILA, P.: La venta voluntaria en pública subasta en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Granada, 2004, páginas 16 y 17.

En cambio, sí que cabe tener en cuenta estas normas en la relación establecida entre la empresa de subastas y el particular que quiere utilizar aquel sitio web para vender sus productos y en su caso entre una empresa/tienda que vende sus productos y un particular.

V. Algunos aspectos relacionados con la privacidad: los artículos 21 y 22 LSSICE

1. Publicidad y comunicaciones comerciales

A. La excepción al sistema *opt in*: el artículo 21.2 LSSICE y su verdadero alcance

La regla general de la necesidad de consentimiento previo para el envío de comunicaciones comerciales encuentra una excepción en el apartado segundo del artículo 21 de la LSSICE: no hace falta el consentimiento previo si existe una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

El antecedente normativo de la excepción se encuentra en el artículo 13.2 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Esta norma establece el sistema de listas positivas para el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, con una excepción siempre que se den las siguientes circunstancias: una persona física o jurídica obtiene de sus clientes la dirección de correo electrónico; en el marco de la venta de un producto o servicio, de conformidad con lo establecido en la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (como establece el artículo 6, los datos serán recogidos con fines determinados y no pueden ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; según el artículo 7 se requiere el consentimiento del interesado, salvo en algunos supuestos determinados); la persona que ha recogido la dirección de correo electrónico podrá utilizarla para la venta directa de sus propios productos o servicios –no los de un tercero– de características similares. Y todo ello con la condición de que se ofrezca al cliente la posibilidad de oponerse a esta utilización de su dirección de correo electrónico, en el momento que se recoge o en un momento posterior (el artículo 14 de la Directiva 95/46/CE, establece el derecho de oposición a la utilización de los datos del propio interesado).

Planteado prácticamente sin discusión el sistema *opt in* para el caso del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, las dudas se plantean en torno a la excepción del artículo 21.2 LSSICE: ¿Cómo debe interpretarse?¿Cuál

es su amplitud?¿Qué hay que entender por "relación contractual previa"?¿Qué hay que entender por productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente? ¿Y la "misma empresa"? Para interpretar la excepción debe tenerse en cuenta que se trata precisamente de esto, de una excepción al régimen general establecido en aquella ley, basado en la necesidad de consentimiento para poder enviar comunicaciones comerciales no solicitadas a través de correo electrónico. En este mismo camino se encuentra la Opinión 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC que establece que la citada excepción —en este caso, refiriéndose a la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas— debe interpretarse de modo restrictivo.

La configuración de la cuestión en otros países resulta especialmente interesante, pues las empresas de marketing directo pueden verse favorecidas según se encuentren en un lugar o en otro dependiendo de su normativa y obviamente estarán mucho más cómodas dónde la regulación sea más permisiva. La armonización en estas cuestiones es fundamental.

B. Situación: Relación contractual previa

El ámbito de la excepción queda delimitado con la existencia de una relación contractual previa, de forma muy similar a la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas: los datos tenían que haberse obtenido en el contexto de la venta de un producto o servicio, de conformidad con la Directiva de Protección de Datos.

Parece tanto en un caso como en otro que tiene que haberse perfeccionado un contrato entre las partes para que entre en juego la excepción. La solicitud de información sobre productos sin haber llegado a contratar, ¿se entiende ya como relación contractual previa? Parece que, en todo caso, sería una relación previa y no bastaría para aplicar el artículo 21.2 LSSICE. Todo ello parece corroborarse con el artículo 6.2 LOPDP al establecer que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un "contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento" 10.

10 En la Can Spam Act 2003 de EE.UU se define la expresión "transactional or relationship message": "an electronic mail message the primary purpose of which is: (i) to facilitate, complete, or confirm a commercial transaction that the recipient has previously agreed to enter into with the sender; (ii) to provide warranty information, product recall information, or safety or security information with respect to a commercial product or service used or purchased by the recipient; (iii) to provide. (I) notification concerning a change in the terms or features of; (II) notification of a change in the recipient's standing or status with respect to, a subscription membership, account, loan or comparable ongoing commercial relationship involving the ongoing purchase or use by the recipient of products or services offered by the sender; (iv) to provide information directly

Sin embargo, hay otras cuestiones problemáticas relacionadas con el tiempo y el modo, respectivamente, de esta "relación contractual previa": ¿puede tratarse de un contrato celebrado hace mucho tiempo? ¿Dónde está el límite temporal? Y, por otra parte, ¿tiene que ser necesariamente una venta celebrada a través de medios electrónicos o puede haberse llevado a cabo con presencia física siempre que se hayan obtenido estos datos?

C. Forma: Datos obtenidos de "forma lícita"

Ya ha quedado expuesto que tanto la dirección de correo electrónico como el número de teléfono móvil pueden considerarse datos de carácter personal. Partiendo de la citada premisa resulta especialmente interesante el cruce entre el artículo 30 LOPDP y el artículo 21.2 LSSICE. El primero es el que se dedica al tratamiento de datos con fines de venta directa estableciendo que quienes se dediquen a la venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, "utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su propio consentimiento". Por su parte, el artículo 31 LOPDP establece que quienes se dedican a la venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas podrán solicitar una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral.

Parece que en el censo promocional no se incluyen las direcciones de correo electrónico; entonces las empresas de marketing directo no conseguirán por esa vía la dirección de correo electrónico o el número de teléfono móvil. Nos queda, la dicción literal del artículo 30 en "otras fuentes accesibles al público" o bien, claro está, que se haya obtenido el consentimiento del cliente o consumidor. El problema que se plantea es si todo ello puede aplicarse al correo electrónico, al ser la LSSICE una norma posterior y establecer un régimen específico. Parece que, por esta vía se cierran puertas para las empresas de marketing directo que quieren enviar por correo electrónico sus ofertas publicitarias.

Otra vía para conseguir los datos de carácter personal aunque no medie el consentimiento del destinatario es que los datos provengan de una relación contractual previa y se vayan a utilizar para las finalidades concretas que establece el artículo 21.2 LSSICE. A ello se une la prohibición del artículo 4.2 LOPDP de que los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidos.

Por supuesto si media consentimiento, ya no hay ningún problema para el tratamiento de estos datos, pero sí que se plantea una cuestión interesante

related to an employment relationship or related benefit plan in which the recipient is currently involved, participating or enrolled; or (v) to deliver goods or services, including product updates or upgrades, that the recipient is entitled to receive under the terms of a transaction that the recipient has previously agreed to enter into with the sender".

respecto a la forma en que debe prestarse este consentimiento: es el caso de que se incluyera en un clausulado de condiciones generales. Según la LOPDP el consentimiento del interesado se define como "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen". Esta "manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada", ¿se da con la aceptación del clausulado de unas condiciones generales? Parece que la respuesta tendrá que ser negativa.

D. Objeto: Productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente

Se exige que los datos se hayan obtenido en una relación contractual previa y se utilicen para publicitar "productos o servicios similares". La Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas se refiere a "sus propios productos de características similares". No valdría cualquier producto de la misma marca, sino productos o servicios (de características) similares. Lo que nos conduce al tema de las finalidades incompatibles para el uso de los datos de carácter personal del artículo 4.2 LOPDP. De nuevo las normas se cruzan. En la Opinión 5/2004 sobre comunicaciones comerciales no solicitadas con fines comerciales se establece que éste no es un concepto fácil de aplicar en la práctica y debe enfocarse desde la perspectiva del destinatario, no desde la del vendedor. Debe tenerse en cuenta lo que razonablemente puede esperar el destinatario.

E. Sujeto: La misma empresa

Según el artículo 21.2 LSSICE es necesario que los datos los utilice la "misma empresa". El artículo 13.2 de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas se refiere a una "persona física o jurídica" y que después sea esa misma "persona física o jurídica", no un tercero, quien utilice los datos.

¿Qué ocurre cuando se trate de un grupo de empresas? ¿Quién puede utilizar los datos recogidos en el marco de una relación contractual? Parece que, en principio, sería la que realmente ha sido parte en ese contrato. Por esta interpretación restrictiva parece decantarse también la Opinión 5/2004 sobre comunicaciones comerciales no solicitadas para fines comerciales: "subsidiaries or mother companies are not the same company".

Un ejemplo que encaja en este punto es el caso del operador de telefonía móvil que lanza sus propias ofertas: parece que este supuesto encaja en la excepción del artículo 21.2 LSSICE: relación contractual previa, datos obtenidos lícitamente, productos o servicios similares de su propia empresa. La duda se

plantea con el siguiente punto: ¿establece un procedimiento sencillo y gratuito de oposición?

F. Garantía: Procedimiento sencillo y gratuito de oposición

Son constantes en la normativa las referencias a las medidas de oposición a la recolección de datos, incluso en los supuestos excepcionales que se vienen comentando. Es el caso del artículo 21.3, párrafo segundo LSSICE y artículos 30.4 y 31.3 LOPDP.

En la práctica, algunas empresas basan el ejercicio de este derecho en el envío de un escrito a la dirección física de la empresa, llamando a un teléfono, eso sí, gratuito, o entrando en una determinada página web^{11} . ¿Cumplen estas fórmulas con los requisitos del procedimiento "sencillo y gratuito" al que se refiere la Ley? La Comunicación de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas o *spam* establece que el nuevo régimen sobre comunicaciones comerciales tiene como norma fundamental el que todos los mensajes electrónicos deben mencionar una dirección de respuesta válida donde el abonado pueda pedir que no se le envíen más mensajes. ¿Se cumple en el caso de mensajes SMS a través del teléfono móvil? ¿Cómo podría cumplirse? Parece que los aspectos legales y técnicos del tema confluyen necesariamente; una actuación conjunta aportaría soluciones eficaces.

Además, en el plano temporal, este procedimiento sencillo y gratuito de oposición debe ofrecerse tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Si bien en el caso del correo electrónico es bastante factible, la cuestión que se plantea es: ¿Se cumple esto en los mensajes SMS? Con carácter general, no ¿Podría suponer esta exigencia una carga demasiado elevada para la empresa en cuestión? ¿Qué vías técnicas pueden proponerse para que la aplicación real de esta normativa sea un hecho?

2. El artículo 22.2 LSSICE: "dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales"

En España, la normativa aplicable a los *spyware* (no se refiere expresamente a los *spyware* sino a "dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales", entre los que pueden incluirse estas técnicas),

11 Aunque fuera para un supuesto diferente, se puede mencionar la aclaración realizada por la Agencia de Protección de Datos respecto a la utilización por parte de Telefónica de datos personales de sus abonados con fines comerciales. Telefónica optaba por una carta dirigida a un apartado de correos para recabar la negativa a prestar consentimiento para el tratamiento de los datos. La AEPD informa de que la normativa sobre protección de datos permite otras formas de denegar el consentimiento, incluida la comunicación telefónica a los servicios de atención al cliente previa identificación del abonado.

en concreto, es el artículo 22.2 LSSICE. Según este artículo: "Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito". Parece claro que no se establece su ilicitud sino los presupuestos necesarios para que puedan usarse legítimamente.

Centrándonos en este artículo y sabiendo que los programas espía llegan a nuestro ordenador, por ejemplo, con un software gratuito después de que el usuario haya aceptado, sin previa lectura en la mayoría de ocasiones, las condiciones de uso que se facilitan en inglés, las preguntas que debemos formularnos son: ¿Se cumple lo dispuesto en el artículo citado? ¿Se tiene el consentimiento del usuario? Hay que tener en cuenta que en la mayoría de estos casos el afectado desconoce la existencia del spyware, web bug, etc. (de hecho existen determinados programas para su detección, lo que hace que quede de manifiesto que sin un software específico el usuario no se da cuenta de que están captando información, lo que hay que tener en cuenta es qué información está recogiendo). ¿Es suficiente a los efectos de este precepto un consentimiento otorgado con la aceptación de las condiciones generales? La respuesta parece que debería ser negativa. Es más, ¿Son suficientes los presupuestos que establece el artículo 22.2 de la LSSICE?

El cheque electrónico en la legislación venezolana

Andreina Chiquito*

SUMARIO: I. Introducción. II Marco conceptual. 1. Cheque electrónico. 1.1. Definición del cheque electrónico. 1.2. Características. 2. Diferencias y semejanzas entre el cheque electrónico y el cheque común. 3. Descripción de los procesos de emisión, transferencia, verificación, contenido y presentación al pago del cheque electrónico. 4. Comparación entre el cheque electrónico y las tarjetas de crédito. 5. El cheque electrónico en el marco del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 6. Protesto de un cheque electrónico. 7. Conclusión.

Resumen

El cheque electrónico representa la ampliación de las posibilidades de pago en aquellas actividades comerciales que exigen agilidad por razones de tiempo y distancia, tal es el caso del comercio electrónico. Se trata de un instrumento similar a los cheques que normalmente usamos a diario, con las características propias que rodean este tipo de operaciones: la transmisión electrónica y la sustitución de la firma manuscrita por la electrónica; lo cual involucra la actuación de los prestadores de servicios de certificación y el uso de certificados electrónicos. El presente artículo aborda el estudio del cheque electrónico, sus principales características y la posibilidad de aplicación práctica en el marco del ordenamiento jurídico venezolano.

Palabras clave: Cheque electrónico. Firma electrónica. Certificado electrónicos. Prestadores de servicios de certificación.

Abstract

The electronic check is expanding the payment options in those business that require promptiness for reasons of time and distance, which is the case of e-commerce. Electronic checks are similar to regular checks that are normally used on a daily basis with the typical characteristics of the operation: the electronic transmission and the

Recibido: 10/6/2007 • Aceptado: 30/11/2007

ISSN: 1317-9306

69-88

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

^{*} Abogada. Egresada de la Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín. Magíster en Derecho Mercantil. Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín. E-mail: acr4880@hotmail.com – acr4880@yahoo.es

replacement of the handwritten signature by the electronic signature; which involves certification service providers and the use of electronic certificates. This paper analyses the study of the electronic check, their main characteristics and the potential for practical application within the Venezuelan legal system.

Keywords: Electronic Check. Electronic Signature. Electronic Certificate. Certification Service Provider.

I. Introducción

Para nadie es un secreto la incursión que han tenido los avances tecnológicos en las diferentes áreas; todos hemos sido testigos presenciales de la forma cómo los avances tecno-científicos han erupcionado en el campo de la medicina, la electrónica, la computación, la educación, el sector gubernamental, la genética, las comunicaciones y el comercio, entre otros.

De todos ellos, el comercio ha sido uno de los que mayor impacto ha tenido, dando nacimiento a una nueva forma de comercializar, denominada por los especialistas como *e-commerce*, o lo que es lo mismo, comercio electrónico. Este auge del comercio electrónico se debe en gran medida al desarrollo que ha tenido Internet, cuya expansión ha significado el rompimiento de barreras geográficas y de tiempo, por cuanto permite al usuario comprar o vender desde cualquier parte del mundo o comunicarse con otras personas de forma instantánea.

Las virtudes del comercio electrónico no llegan solas, vienen acompañadas de ciertas dificultades, a las cuales se les están dando poco a poco respuestas. Entre éstas se pueden nombrar la seguridad de las transacciones, el marco jurídico, pero sobre todo las modalidades de pago. A la primera dificultad se le ha dado respuesta a través de los sistemas criptográficos que permiten ocultar la información que viaja a través de la Red. En cuanto al segundo de los aspectos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha aprobado dos Leyes Modelo¹. En relación con los sistemas de pago, una de las modalidades más generalizada es la tarjeta de crédito; sin embargo, en algunos países se están implementando mecanismos alternativos, tal es el caso de los cheques electrónicos².

- 1 Las leyes a las cuales se hace referencia son la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno 1996 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al Derecho Interno 2001. http://www.uncintral.org/sp index.htm
- 2 En Estados Unidos en 1998 se efectuó el envió del primer Cheque Electrónico. Ver Ramos, Isabel. Cheque Electrónicos. Revista de Derecho Mercantil Num.229, Julio-Septiembre de 1998, Pág. 1227. Por su parte en Europa se tiene el Proyecto MANDATE. Ver Ramos, Isabel. Cheque Electrónicos. Revista de Derecho Mercantil Num.229, Julio-Septiembre de 1998, Pág.

En razón de esta situación, a continuación nos proponemos brindar una breve sinopsis de lo que es el cheque electrónico, cuáles son sus principales características, y en qué punto coincide con el denominado cheque común, entre otros aspectos. Todo en razón de ser una realidad que en cualquier momento puede tener aplicación práctica en Venezuela.

II. Marco conceptual

1. Cheque electrónico

1.1 Definición del cheque electrónico

El cheque electrónico, lo podemos definir como un título-valor adaptado a los nuevos avances tecnológicos, diseñado con la finalidad de agilizar los pagos, contenido en un soporte electrónico y firmado electrónicamente, que se transmite a través de Internet o de cualquier otra red comunicacional; donde participan proveedores de servicios de certificación y a su vez son utilizados los certificados electrónicos.

De la definición anterior se pueden deducir las características especiales que presenta esta nueva modalidad de pago como son: estar firmado electrónicamente, la intervención de proveedores de servicios de certificación, el empleo de certificados electrónicos y la transmisión electrónica.

1.2 Características

• Firma electrónica:

Los avances tecnológicos han hecho posible que los documentos se puedan firmar electrónicamente. En el cheque electrónico se sustituye la firma ológrafa por la firma electrónica; aplicándose en este caso el principio de equivalencia funcional³, que consiste en darle el mismo tratamiento a los documentos en soporte electrónico que a sus similares en soporte de papel.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el artículo 2 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas define a la misma como "... los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de

1229-1236, y el Proyecto FIRMA desarrollado desde 2001 en España por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Este último proyecto consiste en dar un tratamiento tecnológico a los diferentes títulos valores(Cheque-Letras de Cambio y Pagare).htpp://www.arbolnoticias.com

3 ILLESCAS ORTÍZ, Rafael. "La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del Comercio Electrónico". *Revista Derecho y Tecnología*. Universidad Católica del Táchira. Nº 1 de 2002, pag. 12 "La equivalencia funcional, en suma, 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…"

datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos".

En este punto es necesario aclarar que la firma electrónica es diferente a la firma digital, la primera es el género y la segunda es un tipo de firma electrónica, que en estos momentos es la más desarrollada, en comparación con la firma biométrica.

En los proyectos sobre cheques electrónicos⁴ la clase de firma electrónica empleada es la digital, la cual trabaja con criptografía de clave pública, esta no es mas que un método basado en la sustitución de un texto por otro, evitando de esta manera que el texto original pueda ser conocido. Se hablará de encriptación cuando el texto original es cifrado originando un segundo texto que evitará conocer el contenido del primero; y por desencriptación el procedimiento contrario, en este caso, el segundo texto es descifrado convirtiéndose en el texto original.

La criptografía trabaja en función de algoritmos y claves que facilitan el cifrado del mensaje, algunos algoritmos son simétricos y otros asimétricos (de clave pública), siendo este último el más apropiado en entornos abiertos por cuanto brinda mayor seguridad, a pesar de ser el algoritmo simétrico mucho más rápido.

En el uso del cheque electrónico, el algoritmo criptográfico empleado es el algoritmo de llave o clave pública, el cual tiene como principales características:

- 1. Elimina la clave común para cifrado y descifrado (como es el caso de algoritmo simétrico)
- 2. Los pares de claves pública y privada tienen relación entre sí.
- 3. La clave pública debe ser accesible pero garantizando que la clave privada permanezca siempre en secreto, ya que ésta es la única que puede descifrar el texto original.

• Sujetos intervinientes:

Tal y como ocurre en el cheque común, en el cheque electrónico interviene un librador, el librado y el beneficiario.

Pero además de los sujetos anteriormente nombrados, el cheque electrónico presenta una peculiaridad y no es otra que la intervención de un tercero que garantice los datos relacionados con la firma del librador, en este caso, el proveedor de servicios de certificación a través de la expedición de certificados.

4 FSTC (Financial Services Techology Consortium) y MANDATE (Managing and Administrating negociable Documents and Trading Them Electronically). Ver Ramos, Isabel. Cheques Electrónicos. Madrid, 1998. Pág. 1227

Estos proveedores de servicios de certificación pueden ser tanto personas de carácter público como privado. Entre las funciones que les corresponde desempeñar, de acuerdo con la legislación venezolana se encuentran las de emitir, revocar o suspender los diferentes certificados, ofrecer servicios para crear las firmas electrónicas, así como también dar garantía de aquellos certificados electrónicos otorgados por entes extranieros, entre otras.

Los proveedores de servicios de certificación, antes de proceder a la expedición de los certificados, deben comprobar la identidad de la persona solicitante. Una vez que ésta ha sido verificada, se expedirá el certificado, el cual tendrá vigencia hasta el término establecido o hasta que se materialice alguna situación que modifique el certificado.

Transmisión electrónica:

Otra particularidad del cheque electrónico es que su transmisión se efectúa por vía electrónica.

En este punto, los proyectos FSTC (Financial Services Technology Consortium) y MANDATE (Managing and Administrating Negociable Documents and Trading them Electronically) brindan una idea de cómo se realizaría su transmisión.

El FSTC implica el uso de una tarjeta inteligente que permitirá el envío del cheque electrónico, esta tarjeta debe insertarse dentro del computador en el cual debe instalarse un software especial⁵. Este método implicaría el uso de una firma digital, de una clave secreta que sólo conoce su titular, y la tarjeta electrónica que sustituirá la tradicional chequera. El cheque se enviará por Internet, *e-mail* o a través de otras formas de comunicación electrónica. Esta forma es muy parecida al sistema Netcheque⁶, creado en 1995 por la Universidad del Sur de California, el cual se caracteriza por la utilización de Kerberos⁷, estos se basan en códigos simétricos y son ideales para efectuar micropagos en la Red. En sentido similar al FSTC y al Netcheque, encontramos el sistema Paynow⁸, que utiliza una chequera electrónica llamada *Cybercash*.

En lo concerniente a la seguridad, según Ramos "...vendría garantizada por el uso de resistentes algoritmos criptográficos y por un sistema XML o similar", los cuales, según su criterio, ayudarían a mantener en secreto los

- 5 Ver. RAMOS, Isabel. "Cheques Electrónicos". Revista de Derecho Mercantil Nº 229-Julio-Septiembre. Madrid, 1998. pág. 1227 y siguientes.
- 6 Centro de Computación Profesional de México. Comercio Electrónico. Ediciones Mc Graw Hill, México, 2001. Pág. 102
- 7 GARFINKEL, S; SPAFFORD, G. Seguridad y Comercio en el Web. Mc Graw-Hill Interamericana, S.A. de C.V, México.,1999.Págs. 217-218
- 8 Centro de computación Profesional de México. Comercio Electrónico. Ediciones McGraw Hill. México, 2001.Pág. 102
- 9 Ver. RAMÓS, Isabel. "Cheques Electrónicos". Revista de Derecho Mercantil Nº 229-Julio-Septiembre. Madrid, 1998. Pág. 1228

datos relacionados con el número de cuenta del librador, siendo únicamente posible que sea conocida por el banco del beneficiario y del librador.

En cuanto al funcionamiento del proyecto MANDATE¹⁰ aquí se sustituye la tarjeta inteligente por un *Doc-Carrier*, un hardware especial. Las personas intervinientes (librador, beneficiario, el banco librado) deben poseer el sistema *Doc-Carrier*.

2. Diferencias y semejanzas entre el cheque electrónico y el cheque común

Como primera semejanza tenemos que ambos dependen de la apertura previa de una cuenta corriente bancaria, es decir, no se podría emitir un cheque electrónico o común a favor de una persona y contra una entidad bancaria, si antes no se ha pactado uno de los elementos *sine qua non* del cheque.

Calvo Baca define la cuenta corriente bancaria como "un contrato en virtud del cual, un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona (cuenta corrientista) hasta la concurrencia de la cantidad de dinero que estuviese depositado en ella o del crédito que se haya estipulado"¹¹.

Tal y como ocurre con el uso del cheque común, en el proyecto MANDATE quienes deseen hacer uso de esta forma de cheque electrónico deben pactarlo (contrato cuenta corriente). Según el criterio de Ramos ".... en el pacto deberán recogerse las condiciones y obligaciones de los intervinientes en el cheque desde el punto de vista cambiario y dichas obligaciones habrán de reproducir los dictados de la obligación cambiaria, es decir, el derecho aplicable a los cheques emitidos en papel" a unado a esto la existencia de acuerdos entre las entidades bancarias.

En lo concerniente a los requisitos de forma, éste debe cumplir con lo estaablecido en el encabezado del artículo 490 del Código de Comercio venezolano que establece: "El cheque ha de expresar la cantidad que debe pagarse, ser fechado y estar suscrito por el librador".

Sobre el punto de estar firmado por el librador, este requisito representa la piedra angular del llamado cheque electrónico. Como se sabe, el cheque electrónico no puede ser firmado de puño y letra del librador debido a que está en un soporte electrónico y esto imposibilita el uso de la firma autógrafa, tal y como ocurre con el cheque común. Al ser la firma uno de los requisitos necesarios para que el cheque tenga validez, en el cheque electrónico esta exigencia se cumplirá mediante el uso de la firma digital.

Interpretando el artículo 490 del Código de Comercio que determina los requisitos esenciales del cheque, en opinión de la autora sería perfectamente

¹⁰ Ibíd. Págs. 1229 y siguientes.

¹¹ CALVO BACA, Emiliano. Código de Comercio Venezolano, Promulgado el 19 de Diciembre de 1919 y reformado el 23 de Julio de 1955. Comentado y concordado 1998, pág. 392

¹² Ver. RAMÓS, Isabel. "Cheques Electrónicos", op cit., pág.1230

admisible la firma electrónica en un cheque, ya que el artículo 490 se limita a exigir la firma, sin indicar en forma expresa que ésta deba ser manuscrita.

Una interpretación restrictiva del artículo 490 conduciría a negarle total validez a los cheques que sean firmados electrónicamente, colocándose nuestra legislación a espalda de los avances tecnológicos, contradiciendo el encabezado del artículo 16 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas que establece "...la firma electrónica que permite vincular el signatario con el Mensaje de Datos y atribuirle la autoría de este, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa".

En relación con los sujetos intervinientes, en principio participan el librador, quien es el emisor del cheque, el beneficiario (la persona a favor de quien se libra el cheque) y el banco o librado en contra de quien se gira la orden de pago. La implementación del cheque electrónico implicaría la intervención de un tercero que garantice que los datos de las personas intervinientes en la transacción son ciertos.

Este tercero sería el proveedor de servicios de certificación quien, según lo establecen las leyes venezolanas, debe estar acreditado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, que es un servicio autónomo dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología, según lo establece el artículo 20 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Los proveedores de servicios de certificación pueden ser tanto personas públicas como privadas, con suficiente capacidad económica, que posean los elementos tecnológicos necesarios para expedir los certificados, además de ello, deberán contar con personal altamente capacitado en el área y garantizar que las herramientas utilizadas para la expedición de los certificados se adecúen también a los usos internacionales, todo ello de conformidad con el artículo 31 del Decreto-Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónica.

El cheque electrónico, además de cumplir con los requisitos de forma o esenciales del cheque común, establecidos en el artículo 490 del Código de Comercio, debe cumplir con los requisitos esenciales de fondo: capacidad, consentimiento, causa y provisión de fondos.

En relación con las reglas de capacidad se deben citar los artículos 15 y 416 del Código de Comercio según los cuales si el cheque fue emitido por una persona incapaz es nulo; si la persona incapaz ocultó su condición o si la misma no fue notoria puede quedar obligado, salvo si la otra parte actúa de mala fe; si el cheque no fue emitido por un incapaz sino que sencillamente contiene su firma, no por ello el cheque es nulo, esto implica que la firma de los otros intervinientes son válidas.

En cuanto al consentimiento, se sabe que debe estar libre de dolo, error o violencia, pero de conformidad con lo establecido en los artículos 491, 424 y 425 del Código de Comercio, si el cheque fue endosado no se podrían oponer excepciones basadas en relaciones personales con el librador o con los tenedores siguientes en contra de un tercero que haya actuado de buena fe. Cuando se

habla de la causa de un cheque, éste podría librarse con la finalidad de extinguir una obligación, con la intención de otorgar un crédito al tomador o simplemente efectuar una liberalidad.

En el uso de los cheques electrónicos podría darse la situación de que un tercero ajeno a la relación, mediante acciones o conductas fraudulentas tenga acceso a la clave de algunos de los agentes involucrados, haciendo uso indebido llegando a alterar los datos inscritos en el cheque. En consideración de la autora, en este caso se estarían materializando dos hechos punibles: el acceso indebido, tipificado como un delito contra los sistemas que utilizan tecnologías de información según el artículo 6 de la Ley contra Delitos Informáticos; y la violación a la privacidad de las comunicaciones, tipificado como delito contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones en el artículo 21 ejusdem.

Como último requisito se tiene la provisión de fondos, sin la cual no tendría sentido girar una orden de pago contra una entidad bancaria. Como se sabe, en la práctica algunas personas acostumbran a emitir cheques sin provisión de fondos, situación que podría ocurrir con la emisión de un cheque electrónico, caso en el cual se procederá a protestar el cheque.

Sobre este aspecto, resulta importante señalar que de conformidad con el Código de Comercio venezolano, emitir cheques sin provisión de fondos constituye un delito sancionado con uno a doce meses de prisión, salvo que se materialice el delito de estafa, penado en el Código Penal venezolano con prisión de uno a cinco años.

En el caso de ser librado un cheque electrónico sin provisión de fondos surge la interrogante ¿Podrá aplicarse a ellos la misma normativa establecida en los códigos de comercio y penal venezolanos, cuando es bien sabido que las leyes penales no pueden ser aplicadas por analogía? La autora considera que bajo ninguna circunstancia pueden ser aplicadas por analogía las normas establecidas en los códigos de comercio y penal venezolanos, sin embargo pudiese configurarse otro tipo de delito informático, tal como la obtención indebida de bienes o servicios, tipificado en el artículo 15 de la Ley especial contra Delitos Informáticos.

3. Descripción de los procesos de emisión, transferencia, verificación, contenido y presentación al pago del cheque electrónico

El cheque común puede emitirse al portador, nominativo y a la orden.

Serán al portador aquellos que no expresan el nombre del beneficiario, transmitiéndose con la entrega material del mismo. Los cheques emitidos de forma nominativa se transfieren únicamente a través de una cesión ordinaria, mientras que los emitidos a la orden se transfieren mediante endoso.

En relación con los cheques electrónicos, la autora considera que su emisión debiera efectuarse sólo a la orden ya que estos instrumentos pueden ser transferidos fácilmente a través de endoso. A pesar que algunos proyectos no hacen referencia a la transferencia de los cheques electrónicos sobre si se puede o no endosar, la autora considera que el endoso es viable, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos en los artículos 420 y 421 del Código de Comercio venezolano, es decir:

- 1. No puede ser condicionado, tiene que ser puro y simple;
- 2. No puede ser parcial;
- 3. Debe estar escrito sobre el cheque o una hoja adicional. En el caso del cheque electrónico podría implementarse el uso de un anexo para integrar la firma.

En lo concerniente a la verificación y contenido del cheque electrónico por deducción se aplican las mismas disposiciones que el cheque común.

Una vez que el emisor completa los requisitos de forma como lo son: cantidad, fecha, nombre de la persona a quien debe pagarse, y la firma, lo envía encriptado por vía electrónica al ordenador del receptor quien desencriptará el texto con la llave pública que circula con el mensaje. El poseedor del cheque deberá presentarlo electrónicamente para su cobro al banco (librado). La institución financiera procederá a verificar el contenido del cheque de la misma manera como si hubiera sido presentado en soporte papel. En este caso, el banco del librador verificará los datos contentivos como: fecha, cantidad, nombre del beneficiario y sobre todo si la firma electrónica del cheque coincide con la del titular de la cuenta bancaria, deberá verificar también el número de cuenta bancaria para comprobar si tiene o no fondos disponibles, al igual que el número del cheque¹³.

En cuanto a la presentación para su pago, el tenedor de un cheque electrónico debe regirse por lo pautado en los artículos 490 y 492 del Código de Comercio según los cuales, el cheque puede ser pagadero a la vista o en un término que no exceda de los seis días desde su presentación, la cual deberá efectuarse dentro de los ocho días siguientes de la fecha de emisión si fue girado en el mismo lugar donde es pagadero el cheque o dentro de los quince días si fue girado en un lugar distinto.

4. Comparación entre cheque electrónico y las tarjetas de crédito

Una de las diferencias entre el cheque electrónico y la tarjeta de crédito, es que el primero requiere la apertura de una cuenta corriente bancaria.

13 *Idem*.

En la tarjeta de crédito, criterio sostenido por Jiménez Salas¹⁴ y Landáez¹⁵, existe una serie de relaciones jurídicas, una de ellas entre el tarjetahabiente y la entidad bancaria; la tarjeta de crédito, tal como afirma Landáez, se basa en un contrato de apertura.

Otra notable diferencia es que el cheque, aun cuando sea electrónico es un título valor, característica que no tiene la tarjeta de crédito, la cual es considerada por un sector de la doctrina como un título de legitimación, en el entendido que estos instrumentos no incorporan derechos, carecen de autonomía y literalidad y no nacen para circular¹⁶.

Recuérdese que según la teoría de los títulos valores son características propias de los mismos (Mármol¹⁷, Morles¹⁸, Vivante¹⁹, entre otros): la incorporación, literalidad, autonomía, abstracción, negociabilidad y legitimidad.

En lo referente a las tarjetas de crédito deben hacerse los siguientes señalamientos:

- 1. La incorporación implica, según lo señalado por Mármol "...la "incorporación" de un derecho al documento, la cual presenta consecuencias tan definitivas que el derecho no puede ser ejercido ni transferido independiente del papel"²⁰. En las tarjetas de crédito no se incorpora ningún derecho, si la tarjeta se extravía el titular sólo debe solicitarla nuevamente, por cuanto el derecho nace y se prueba por medio del contrato celebrado entre banco emisor y el tarjetahabiente.
- 2. La legitimidad, de acuerdo con Morles, se refiere a quién puede ejercer el derecho contenido en el título, distinguiendo entre titularidad y legitimidad, haciendo la observación de que no es necesario ser propietario del título para ser acreedor, sólo basta ser poseedor legítimo de éste²¹. En el caso de las tarjetas de crédito, esta es la característica que más se cumple, ya que el titular está legitimado por el contrato de apertura para hacer uso del instrumento de crédito frente al aceptante.
- 14 JIMÉNEZ, Simón. Derecho Bancario. Paredes Editores S.R.L, Caracas, 1984. Pág. 312.
- 15 LANDÁEZ, Leoncio (1998). La Tarjeta de Crédito. Doctrina, Régimen legal, Modelos. Editorial Sentido. Caracas, 1998. Pág. 33
- ¹⁶ RICO CARRILLÓ, Mariliana. Naturaleza jurídica, características y clasificación de las tarjetas electrónicas como medios de pago. Revista Tachirense de Derecho, No. 11, 1999, págs. 29 y 30.
- 17 MARMOL, Hugo. Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos Valores. Ediciones LIBER. 4ta Edición. Caracas, 1999. Págs. 20-28
- 18 MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Los Títulos Valores*. Universidad Católica Andrés Bello. 4ta Edición. Caracas, 1999. Págs. 1587- 1595
- 19 VIVANTE, Cesar. Instituciones de Derecho Comercial. Editorial REUS S.A. Madrid, 1928. Págs. 161-162
- 20 MÁRMOL, Hugo. Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos Valores. Ediciones LIBER. 4ta Edición. Caracas, 1999. Págs. 20
- 21 MORLES, Álfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Los Títulos Valores.* Universidad Católica Andrés Bello. 4ta Edición. Caracas, 1999. Pág. 1592

- 3. La literalidad significa que en el propio título se encuentra descrito el derecho incorporado, los límites y extensión del mismo. En lo que respecta a la tarjeta de crédito, de acuerdo con Landáez: "El hecho de que el banco incluya en la tarjeta de crédito una clave para efectos de control al establecimiento que fije limites máximos para un solo consumo, no es suficiente en nuestra opinión, para decir que se configura la literalidad en vista de que el tarjetahabiente no siempre agota su derecho en un único consumo..."²²
- 4. La autonomía, siguiendo el criterio de Vivante, "...es un derecho autónomo porque todo poseedor lo ejerce como si fuera un derecho originario nacido en el por primera vez, desde que en contra de tal derecho no pueden hacerse valer las excepciones que eran oponibles a los poseedores precedentes"²³. El principio de autonomía es característica propia de los títulos circulatorios, cualidad que no está presente en la tarjeta de crédito en virtud de que la misma no puede transferirse, cuestión que es totalmente diferente al hecho de solicitar tarjetas suplementarias para autorizar a otras personas para firmar.
- 5. Para Mármol, la negociabilidad "...permite al titular que negocie con sus créditos con lo cual, sin incurrir en los engorrosos procedimientos del Código Civil, se le facilita la agilidad y rapidez de sus operaciones mercantiles"²⁴, dicha características no se aplica a las tarjetas de crédito. Como se dijo anteriormente, cuando se trató el principio de autonomía, éstas no son transferibles, es decir, no son objeto de circulación.
- 6. De acuerdo con Mármol, por abstracción se entiende "...que el mismo tiene en sí su propia causa, dado lo cual, el titular no requiere de pruebas complementarias respecto de los motivos que originaron la expedición del instrumento para ejercer los derechos correspondientes..." En virtud de lo antes dicho, la tarjeta de crédito no puede catalogarse como abstracta. El titular de una tarjeta de crédito para hacer uso de ella, el establecimiento debe verificar si entre el titular y la entidad financiera existe una relación de crédito.

Como se sabe, el auge de Internet ha traído consigo la creación e implementación de nuevos sistemas de pago como el cheque electrónico, los

²² LANDÁEZ, Leoncio (1998). La Tarjeta de Crédito. Doctrina, Régimen legal, Modelos. Editorial Sentido. Caracas, 1998. Págs. 45

²³ VIVANTE, Cesar. Instituciones de Derecho Comercial. Editorial REUS S.A. Madrid, 1928. Págs. 161

²⁴ MÁRMOL, Hugo. Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos Valores. Ediciones LIBER. 4ta Edición. Caracas, 1999. Págs. 27

²⁵ MÁRMOL, Hugo. Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos Valores. Ediciones LIBER. 4ta Edición. Caracas, 1999. Págs. 23

monederos electrónicos, tarjetas electrónicas, pero sin lugar a duda en la actualidad el sistema que sigue siendo el más utilizado es el pago con las tarjetas de crédito.

Las transacciones efectuadas en una red abierta como Internet traen consigo una serie de riesgos, entre los cuales se puede citar el hecho que un tercero intercepte los datos suministrados por el titular de la tarjeta de crédito y haga uso de ello en beneficio propio. Para evitar esta situación, al igual, algunos sistemas están empleando el uso de protocolos para proteger la transacción efectuada.

Los protocolos de seguridad son "... un conjunto de normas y especificaciones técnicas que regulan y definen la forma como se realiza la comunicación entre computadores"²⁶. Los que más se han empleado para la seguridad de este tipo de transacciones son el SSL (Secure Sockets Layer) y SET (Secure Electronic Transacción).

El SSL²⁷ es un protocolo desarrollado por Nestcape, su función es proteger la información, emplea criptografía de clave pública y certificación, para la encriptación usa una clave de 128 bits. El protocolo SET²⁸, de escasa aplicación en la práctica, utiliza certificados digitales y algoritmos de clave pública. A diferencia del SSL, el protocolo SET garantiza la autenticación de todas las partes intervinientes al igual que la certificación, manteniendo siempre en confidencialidad la información que navega por la Red.

5. La aplicabilidad del cheque electrónico en el marco del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

El Decreto con fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónica fue publicado en la Gaceta Oficial número 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001. Con este Decreto-Ley, el ordenamiento jurídico venezolano se coloca a la par de otras legislaciones que han adoptado textos similares, con la finalidad de estar a la vanguardia en el desarrollo tecnológico y las implicaciones jurídicas que los mismos tendrán en el campo real.

Si bien es cierto que este Decreto no está destinado a regular el comercio electrónico, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de 2004, que introduce normas específicas reguladoras del comercio

²⁶ RICO, Mariliana. Comercio Electrónico, Internet y Derecho. Ediciones Legis, Caracas, 2003. Pág.182

²⁷ Centro de Computación Profesional de México. Comercio Electrónico. Ediciones Mc Graw Hill. México, 2001. pag 107. RICO, Mariliana. *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Ediciones Legis, Caracas, 2003. Pág.186

²⁸ Centro de Computación Profesional de México. Comercio Electrónico. Ediciones Mc Graw Hill. México, 2001. pag 107. RICO, Mariliana. *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Ediciones Legis, Caracas, 2003. Pág. 183.

electrónico, cabe reconocer que sí le da un tratamiento especial a los elementos que rodean esta particular forma de comerciar (firma electrónica, mensaje de datos, proveedores de servicios de certificación, certificados electrónicos, entre otros).

De acuerdo con su Exposición de Motivos, el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas tiene por finalidad "....adoptar un marco normativo que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comunicación y negocios electrónicos, para dar pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de estas tecnologías".

Como se sabe, los elementos que caracterizan al cheque electrónico son el ser firmado electrónicamente, la intervención de un tercero que garantice que las partes son quienes dicen ser a través de la emisión de certificados y que la transmisión del cheque que se efectúe electrónicamente, esto implica que el cheque electrónico siempre estará contenido en un soporte electrónico y por lo tanto serán de aplicación los principios contenidos en el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas respecto de estos elementos.

Elemento número 1: La firma

Para que la firma electrónica de un cheque tenga la misma validez y eficacia probatoria de una firma autógrafa debe cumplir con los lineamientos establecidos en el Decreto-Ley en su artículo 16, los cuales son:

- 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez, y asegurar razonablemente, su confiabilidad.
- 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
 - 3. No alterar la integridad del mensaje de datos.

La firma electrónica, agrega la parte *in fine* del artículo 16 puede o no enviarse en un mismo acto, ser parte del mensaje de datos o estar asociada a él. En el caso de un cheque electrónico debe ser parte integrante del cheque, sin ella estaría faltando uno de los requisitos existenciales del cheque.

Es conveniente recordar que uno de los principios que informa este Decreto-Ley es la neutralidad tecnológica, que según Salgueiro: ".... Es la razón por la cual esta ley habla de firma electrónica en lugar de firma digital, entendiendo que la firma digital es un tipo de firma electrónica basada en la tecnología de dígitos (unos y cero). Si bien la tecnología digital es la utilizada mayoritariamente en la actualidad, no significa en forma alguna que sea la única"²⁹.

²⁹ SALGUEIRO, José. "La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela". Revista de Derecho y Tecnología nº 1. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, 2002. Pág. 26

Esto significa que este Decreto-Ley reconoce además de la firma digital, altamente difundida, y la cual es la empleada por los proyectos sobre cheques electrónicos, a la firma biométrica y cualquier otra tecnología desarrollada o que pudiese desarrollarse.

Elemento número 2: Los Proveedores de Servicios de Certificación (PSC)

Según el artículo 2 de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Firmas Electrónicas, el PSC ".... Es la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas".

El legislador patrio define el PSC como la "...persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en este decreto Ley". (Artículo 2 del Decreto-Ley).

El artículo 31 del Decreto-Ley establece los requisitos que deben cumplir las personas (naturales o jurídicas, públicas o privadas) que deseen ser proveedores de servicios de certificación, los cuales son:

- 1. La capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como proveedor de servicios de certificación. En el caso de organismos públicos, estos deberán contar con un presupuesto de gastos y de ingresos que permitan el desarrollo de esta actividad.
- 2. La capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer certificados electrónicos.
- 3. Garantizar un servicio de suspensión, cancelación y revocación, rápido y seguro, de los certificados electrónicos que proporcione.
- 4. Un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los certificados electrónicos que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a estos.
- 5. Garantizar que en la emisión de los certificados electrónicos que provea se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales, que estén protegidos contra su alteración o modificación de tal forma que garanticen la seguridad técnica de los procesos de certificación.
- 6. En caso de personas jurídicas, estas deberán estar legalmente constituidas de conformidad con las leyes del país de origen.
- 7. Personal técnico adecuado con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar.
 - 8. Las demás que señale el reglamento de este decreto Ley.

Además de las funciones señaladas anteriormente, los PSC deberán cumplir con las tareas establecidas en el artículo 34 del Decreto-Ley:

- 1. Proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de certificados electrónicos.
 - 2. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas electrónicas.
- 3. Ofrecer servicios de archivos cronológicos de las firmas electrónicas certificadas por el proveedor de servicios de certificación.
 - 4. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensaje de datos.
- 5. Garantizar certificados electrónicos proporcionados por proveedores de servicios de certificación extranjeros.
- 6. Las demás que se establezcan en el presente decreto Ley o en sus reglamentos.

El papel que juegan los PSC en la generación de las firmas electrónicas, conservación y archivo de los mensajes de datos es fundamental. De las garantías ofrecidas por éstos dependerá en gran medida el éxito de la emisión de cheques electrónicos o de cualquier otra transacción que involucre firmas electrónicas y mensaje de datos.

Elemento número 3: Los certificados

De acuerdo con la definición dada por el artículo 2 del Decreto-Ley, un certificado es un "...mensaje de datos proporcionado por un proveedor de servicios de certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica". El certificado garantiza la autoría de la firma electrónica que certifica, así como la integridad del mensaje de datos, esto último conforme con lo pautado en el artículo 38 del Decreto-Ley.

El legislador deja a criterio de las partes (signatario y proveedor) la determinación de la vigencia del certificado electrónico según el artículo 39 del Decreto-Lev.

Conforme a la legislación venezolana, para que los certificados puedan cumplir con su finalidad, debe contener los requisitos establecidos en el artículo 43 del Decreto-Ley:

- 1. Identificación del proveedor de servicios de certificación que proporciona el certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica.
- 2. El código de identificación asignado al proveedor de servicios de certificación por la superintendencia de servicios de certificación electrónica.
- 3. Identificación del titular del certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica.
 - 4. Las fechas de inicio y vencimiento del período de vigencia del certificado.
 - 5. La firma electrónica de signatario.
 - 6. Un serial único de identificación del certificado electrónico.
- 7. Cualquier información relativa a las limitaciones de uso, vigencia y responsabilidad a las que este sometido el certificado electrónico.

Elemento número 4: La transmisión electrónica

Este último elemento guarda estrecha relación con la naturaleza del soporte documental donde se encuentra contenido del cheque, que como se dijo, implica la sustitución del papel por un formato electrónico.

Uno de los principios informantes del Decreto-Ley es la equivalencia funcional, de acuerdo con este principio, el mensaje de datos se equipara en sus efectos a un documento escrito. En razón de ello, el artículo 4 del Decreto-Ley le otorga eficacia probatoria a los mensajes de datos, equiparándolo a los documentos escritos.

Artículo 4: Los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este decreto Ley. Su promoción, control, contradicción, y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el código de procedimiento Civil.

La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

Cuando por exigencia de la ley la información debe constar por escrito y su soporte deba permanecer accesible, archivado y conservado por un tiempo determinado o de manera permanente, se considera que el mensaje de datos cumple con ello si llenan los requisitos establecidos en el artículo 8 del Decreto-Ley:

- 1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
- Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada.
- 3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje de datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

6. Protesto de un cheque electrónico

Anteriormente se dejó sentada la aplicabilidad de las disposiciones del Código de Comercio al cheque electrónico; por lo tanto si es viable la firma electrónica de un cheque o el endoso del mismo ¿porqué no podría protestarse?

El protesto es un documento emanado de una autoridad pública (en el caso venezolano un notario); que declara que tanto una letra de cambio, cheque o pagaré no fueron aceptados o pagados al momento de su presentación.

Para Ripert, citado por Landáez, el protesto es "la constatación por un officiek public, a demanda del tenedor, de que el girado se niega a

reconocerse deudor por el derecho cambiario, aceptando o pagando la letra "30".

Las fórmulas de cheque electrónico no hacen referencia a la manera en que debiera protestarse; sin embargo, si se toma en cuenta que un cheque electrónico puede emitirse a la orden y que puede transferirse por medio de endoso, entonces se puede protestar. La forma de protestar un cheque electrónico no se diferencia mucho de la manera de protestar un cheque común. El notario deberá dirigirse a la entidad bancaria y cumplir con las formalidades de rutina (comúnmente solicitadas en un protesto), tales como:

- 1. Razones por las cuales no pueden pagarse el cheque número "x" al momento de su presentación al pago.
 - 2. Si la cuenta corriente bancaria número "y" pertenece a la persona "z".
 - 3. Si el cheque número "x" fue emitido por la persona "z", entre otras.

El problema de protestar un cheque electrónico radica en el hecho de que al solicitar el levantamiento de protesto se debe acompañar el título, es decir, el cheque (soporte de papel). En el caso del cheque electrónico, pudiese pensarse que es imposible, porque como se sabe la característica principal de esta clase de cheque es que su soporte es electrónico.

En este punto cabe recordar el contenido del artículo 4 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas:

"Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este decreto ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizara conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas".

Como se sabe, la finalidad del levantamiento del protesto es dejar constancia de la falta de pago o aceptación de un título valor -en este caso, del cheque electrónico- con el objeto de evitar la prescripción de las acciones que tiene el poseedor del cheque contra el librador o los endosantes, conservando de igual forma el ejercicio de las acciones penales contra el librador. Frente a la situación de negativa de pago o de aceptación de un cheque electrónico, para dar cumplimento a la disposición de carácter imperativo establecida en el Código

³⁰ LANDÁEZ, Leoncio. *El Cheque. Aspecto Mercantil, Civil y Penal.* Editorial Jurídica Alva S.R.L. 4ta Edición. Caracas, 1999. Pág. 208

de Comercio en su artículo 452³¹ y ante la exigencia de que a la solicitud se anexe el título-valor a protestar, al tratarse de un documento electrónico, la autora propone la siguiente fórmula para llevar a cabo el protesto.

Una vez que el beneficiario presente el cheque para su pago, directamente o por medio de su entidad bancaria y el banco del librador lo notifique a él o a su banco de la negativa de pago, deberá proceder a la grabación del cheque en cualquier soporte electrónico duradero para solicitar el levantamiento de protesto y cumplir con las exigencias del Decreto-Ley sobre de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

Realizada la grabación del cheque electrónico y solicitado el levantamiento del protesto, el notario debe dirigirse a la entidad bancaria del librador y con la grabación que fue anexada a la solicitud verificar si los datos del cheque electrónico no fueron alterados. Para ello es necesario que esa información sea archivada y conservada tanto por el librador, el banco (librado), el beneficiario y la entidad bancaria del beneficiario si hubo intervención de la misma.

De esta manera, se estaría cumpliendo con lo pautado en los artículos 7 y 8 del Decreto-Ley Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas según los cuales, cuando se requiera que la información sea presentada en su forma original, en el caso de los mensajes de datos será necesario que la misma permanezca disponible y no haya sido alterada, es decir, que conserve su integridad, y cuando por exigencia de ley dicha información tenga que constar por escrito, en relación con mensaje de datos es necesario que la misma pueda ser consultada con posterioridad.

Según la definición dada por el artículo 2.c de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas de 2001, el mensaje de datos se refiere a "...la información generada, enviada o archivada o comunicada por medios electrónicos, óptimos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax".

Por su parte, el artículo 8 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en su primer aparte establece lo siguiente:

Cuando la ley requiere que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservando o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedaran satisfechos mediante la conservación de los mensajes de datos siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contenga pueda ser consultada posteriormente.

³¹ Artículo 452: "La negativa de aceptación o de pago **debe constar** por medio de documento autentico (protesto por falta de aceptación o protesto por falta de pago)",

- 2. Que conserven el formato en que se generó, archivo o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
- 3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje de datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido".

De esta manera se estaría garantizando que el mensaje de datos desde su emisión, pasando por la circulación de la red hasta llegar al receptor nunca fue modificado por algunas de las partes intervinientes en el proceso, aun cuando el cheque electrónico pueda emplear criptografía.

En ello, el notario público puede tener toda la certeza que la información contenida en la grabación presentada por el solicitante corresponde a la información almacenada en la base de datos del banco. En el caso de existir discrepancia, puede pedir el cotejo con el archivo del librador y el banco del beneficiario. Es importante señalar que según Rodner "En la teletransmisión no se crea inmediatamente en ninguno de los extremos (donde se envía el mensaje y donde se recibe), una copia física del documento; lo que se crea es un archivo electrónico, el cual luego se puede imprimir para tener un texto físico (en papel) del mensaje"³².

Conclusión

Claramente se puede apreciar que los únicos elementos que diferencian a esta clase de cheque –electrónico- con los cheques comunes son: la firma electrónica, la intervención del proveedor de servicios de certificación, el uso del certificado electrónico y la transmisión electrónica. Por lo demás, los cheques electrónicos deben reunir los requisitos de forma y de fondo de los cheques comunes. En el caso venezolano, los establecidos en los artículos 490 y siguientes del Código de Comercio.

De la comparación entre el cheque electrónico y el cheque común se concluye lo siguiente: el cheque electrónico, a pesar de poseer características que lo distinguen del cheque común, como ser firmado electrónicamente o transmitirse por medios electrónicos, debe considerarse como un título valor, al igual que su similar en papel -el cheque común- puesto que en él siguen estando presentes las características de incorporación, abstracción, literalidad, autonomía, negociabilidad y legitimidad propias de todo título valor, a pesar de que en esta oportunidad se cambia el formato papel por uno electrónico.

Como complemento, los cheques electrónicos ayudarían a reducir en gran medida la falsificación de los cheques. Recuérdese que los cheques electrónicos involucran la participación de los proveedores de servicios de certificación,

³² RODNER, James. *El Crédito Documentario*. 2da Edición. Editorial Arte, Caracas, 1999. Págs. 230-231

quienes se encargan de la creación de las firmas electrónicas y éstas últimas trabajan con sistemas criptográficos. lo que imposibilita que terceros ajenos a la transacción conozcan los datos contenidos en el cheque.

En relación con la descripción de los procesos de emisión, transferencia, verificación, contenido y presentación para su pago del cheque electrónico se concluye que las normas sobre endoso, protesto y lapsos para presentación al pago de los cheques comunes le son perfectamente aplicables al cheque electrónico. En cuanto para la verificación de esta clase de cheque, las entidades bancarias procederán a verificar los datos de la misma forma como si se tratase de un cheque común, con la salvedad de la verificación de la firma electrónica.

A pesar de que en la actualidad la tendencia generalizada es efectuar pagos electrónicos con tarjetas, el cheque electrónico a medida que se expanda su uso puede llegar a desplazar las tarjetas de crédito en virtud de sus propias características como la negociabilidad, literalidad, y autonomía; A un comerciante le resultaría mas atractivo recibir pagos con cheques electrónicos en función de esa cualidad circulatoria de todo título valor, lo cual le permitiría realizar futuras operaciones. Para garantizar la seguridad en la transacción, al igual que tarjetas de crédito será necesario el uso de protocolos de seguridad.

En lo concerniente a determinar la forma de protestar un cheque electrónico, en caso de ponerse en práctica el uso del mismo, y de no efectuarse una modificación legislativa que regule expresamente la forma de cómo debieran protestarse, es recomendable grabar el cheque en un soporte electrónico duradero para acompañar el levantamiento de protesto, siempre y cuando se de cumplimiento a lo establecido en los artículos 7 y 8 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Al examinar la aplicabilidad del cheque electrónico en el marco de la legislación patria, se llegó a la conclusión que aun cuando Venezuela no cuenta con ningún código o ley que regule expresamente el tratamiento de títulos valores electrónicos, sí existe un Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que, sumado a las disposiciones del Código de Comercio venezolano hacen viable su utilización.

Los Aportes en Ciencia, Tecnología e Innovación en Venezuela

Miguel Arrieta Zinguer*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La obligación de aportar en Ciencia, Tecnología e Innovación. 3. Carácter Tributario de los Aportes. 4. Sujetos del Aporte. 5. Modalidades de los Aportes. 6. Monto de los Aportes. 7. Temporalidad de los Aportes. 8. Procedimiento de los Aportes. 9. Obligaciones de los aportantes. 10. Sanciones. 11. Conclusiones.

Resumen

Los aportes en ciencia, tecnología e innovación, constituyen una obligación para las grandes empresas, que comercializan propiedad intelectual habiendo recibido financiamiento por parte del Estado. Constituyen un elemento de gran importancia para garantizar el financiamiento de las actividades científicas y tecnológicas en Venezuela, que ha logrado en poco tiempo de vigencia, la posibilidad de incrementar las inversiones de tal naturaleza en el país. Dichos aportes, permiten realizar inversiones en actividades de las propias empresas, que son reconducibles en aportes, así como efectuar aportes a instituciones de investigación públicas y privadas. La naturaleza de los aportes es controvertida, por cuanto parecieran tener carácter tributario, no obstante, existen algunos elementos que repugnan dicha posibilidad, y así ha sido establecido en la ley, donde se establece su carácter obligatorio, más no se reconoce su carácter tributario. La obligación de aportar, comprende además toda una serie de obligaciones de carácter formal, tales como la obligación de declarar y mantener un control contable de dichos aportes, y además la Ley en cuestión establece sanciones pecuniarias para caso de incumplimiento.

Palabras Clave: Ciencia, tecnología e innovación. Aportes. Tributos. Investigación.

Recibido: 30/4/2007 • Aceptado: 15/6/2007

* Abogado. Especialista en Derecho Mercantil. Magíster en Gerencia de Empresas. Doctorando en Ciencias Gerenciales Profesor Agregado de la Universidad Católica del Táchira. Profesor de postgrado en las Universidades de Los Andes y Yacambú. Conferencista y articulista en diversas publicaciones nacionales y extranjeras.

ISSN: 1317-9306

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

89-116

Abstract

The contributions in science, technology and innovation are an obligation for large companies, for whom sold intellectual property having received funding from the state. They are a very important element to ensure the funding of scientific and technological activities in Venezuela, which has succeeded in a short time of operation, the potential for increased investment in such nature in the country. These inputs allow investments in activities of the companies themselves, which are considered as contributions, as well as make contributions to public research institutions and private. The nature of contributions is controversial because it appeared to be a tax, however, there are some elements that repugnant that possibility, and this has been stipulated in the law, which states its binding but not recognized its tributary. The obligation to provide, also includes a range of obligations of a formal nature, such as the obligation to declare and maintain an accounting of those contributions, and in addition the law in question provides for financial penalties for non-compliance.

Keywords: Science, technology and innovation. Inputs. Taxes. Research.

1. Introducción

La actividad científica y tecnológica, se ha convertido en un elemento prioritario para el desarrollo de las naciones, toda vez que las actividades innovativas constituyen matrices esenciales para la elevación del nivel de vida de la población, máxime si se considera que nos encontramos frente a nuevos paradigmas en cuanto a la configuración misma de la sociedad, particularmente a partir de los cambios trascendentes devenidos por la masificación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que han traído un crecimiento impresionante de los sistemas de divulgación del conocimiento, democratizando, hasta cierto punto la adquisición y difusión del mismo. Estos fenómenos, vinculados a una nueva concepción de la ciencia misma.

En efecto, la modificación de los parámetros tradicionales, espacio-temporales (provenientes de los grandes descubrimientos en el ámbito de la física, la astrofísica, la biología celular y más recientemente de las tecnologías telemáticas, informáticas y cibernéticas), consiguieron no solamente el destruir irremisiblemente el orden antiguo, caracterizado por una realidad inmutable, el 'steady state', sino que fundamentalmente debe ser sustituido por un principio de explicación complejo, al pasar de la linealidad propia de lo cuantificable, medible, verificable, a una nueva realidad espacio-temporal caracterizada por la relatividad. Conforme esta concepción, se impone la explicación científica de objetos y fenómenos, conforme la cual, la descripción de todo objeto fenoménico, comprendido en sus cualidades, se debe descomponer en elementos simples, por lo que buscar explicaciones para dichos fenómenos, no es más que reconducir los fenómenos complejos, a partir de dichos elementos simples.

Por otra parte, la importancia del conocimiento científico, y de la necesidad de generar innovaciones en la sociedad, han sido reconocidos por parte de la Constitución venezolana de 1999, fundamentalmente en su artículo 110¹, que establece el interés público que tiene la actividad investigativa y de innovación, así como el valor que tiene para el desarrollo económico y social del país. De igual modo esta norma programática, determina la obligación que tiene el Estado de fomentar la actividad científica, tecnológica e innovativa en el país, así como el principio de corresponsabilidad con el sector privado, respecto de su financiamiento. Es precisamente en este sentido, que los aportes en ciencia, tecnología e innovación, comprenden disposiciones revolucionarias, en cuanto representan elementos que garantizan un financiamiento autónomo, capaz de fomentar el desarrollo de tal tipo de actividades a todo nivel en Venezuela, que está incidiendo en una nueva concepción del conocimiento científico, y en posibilidades insospechadas de desarrollo, tanto en el ámbito de las instituciones del Estado, que podrán contar con fuentes alternas de financiamiento, distintas de los fondos provenientes del erario público; como en el ámbito de las actividades privadas de investigación e innovación que realizan las empresas, centros de investigación e innovación, universidades e individualidades, que pueden contar con fuentes interesantísimas de financiamiento, que permitirán desarrollar proyectos innovativos, que tradicionalmente tenían difícil acceso a dichas fuentes de financiamiento. En el presente estudio se analizará la obligación de aportar que tienen las empresas y su naturaleza y alcance.

2. La obligación de realizar aportes en Ciencia, Tecnología e Innovación

Los aportes que establece la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI)², determinan una fuente de financiamiento para las actividades científicas y de innovación en Venezuela. Esta obligación debe apreciarse en una doble vertiente, como medio para la obtención de recursos

¹ La norma en cuestión, establece: "El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía".

² Aprobada por la Asamblea Nacional, en fecha 03-08.2005. Esta Ley derogó la anterior que fue dictada por medio del Decreto N° 1.290 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.291 de fecha 26 de septiembre de 2001, la cual adolecía, en palabras de BANEGAS MASIÁ, A. (2006). Contenido Tributario de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. En VIII Jornadas Venezolanas de Derecho

económicos para los organismos públicos y privados que se dedican a la realización de actividades investigativas y de innovación (aportes propiamente dichos), y por otra parte, constituyen la posibilidad que tienen las grandes empresas de realizar inversiones en actividades propias de su actividad, pero que tengan contenido innovativo, científico o tecnológico (inversiones reconducibles en aportes en ciencia, tecnología e innovación). En todo caso, constituyen un esfuerzo importante, que ha permitido, durante los primeros años de su vigencia, la posibilidad de incrementar sustancialmente el monto de las inversiones, tanto públicas como privadas en actividades científicas, tecnológicas e innovativas.

La LOCTI, establece en el Título III, disposiciones mediante las cuales se establecen aportes obligatorios para las denominadas 'grandes empresas', que se deben efectuar en actividades científicas y de innovación. Dichos aportes por su naturaleza tienen caracteres controvertidos en virtud de su carácter obligatorio y de las sanciones que determinan en caso de incumplimiento; no obstante, estimamos que es un esfuerzo importante para estimular la inversión en ciencia y tecnología, así como puede favorecer la generación de actividad investigativa en el país, derivada de la participación de las grandes empresas para facilitar la realización de las actividades relacionadas con la ciencia, la tecnología y la innovación. Malavé, E.³, destaca la importancia de las disposiciones en comento, por cuanto:

...se trata precisamente de dar cumplimiento al dispositivo constitucional consagrado en el artículo 110, según el cual el sector privado debe aportar recursos para contribuir con el fomento y desarrollo de las actividades relacionadas con la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información.

Se debe puntualizar que la Ley no define lo que debe entenderse por 'aporte' en materia de ciencia, tecnología e innovación; no obstante el Reglamento Parcial de la LOCTI referido a los Aportes e Inversión (RLOCTI)⁴, en su artículo 2º establece que se debe considerar que hay aportes: a) cuando se destinan recursos (bien sea que se trate de dinero efectivo, bienes, servicios, etc.), para programas,

Tributario 'Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales' (comp.) Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario.: "...de graves imprecisiones y era de muy dificil ejecución, además, carecía de un sistema de control y fiscalización tanto del aporte como del destino de los fondos aportados" (p. 402). Efectivamente, la obligación de realizar los aportes, que estaban establecida en la Ley del 2001, nunca entró en vigencia, mientras que la modificación de la norma en cuestión en la norma de 2005, permitió que éstas obligaciones entraran en vigencia a partir de los ejercicios económicos que se iniciaron con posterioridad al 01-01-2006.

3 MALAVÉ, E. (2006, marzo). "Carácter no Tributario del Aporte previsto en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación". Ponencia presentada en la II Jornadas de Derecho Tributario de las Telecomunicaciones. Caracas.

 4 Dictado según Decreto Nº 4891, de fecha 09-10-2006, publicado en Gaceta Oficial Nº 38544, de fecha 17-10-2006.

proyectos o actividades a desarrollarse por personas públicas o privadas (organismos, centros de investigación, entes o institutos, por ejemplo), siempre que hayan sido certificadas como beneficiarias de dichos aportes); b) Cuando se destinan sumas de dinero a favor de los fondos dependientes del Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y la Tecnología (MCT)⁵. A su vez, establece la norma en comento, que debe entenderse que se ha realizado una 'inversión' en ciencia, tecnología e innovación: "cuando una empresa destina en si misma o en sus empresas asociadas o consorciadas, filiales, o en empresas de la misma rama de actividad a que ésta se dedique, recursos propios en proporción al monto de su aporte..." claro está que estas inversiones deben dedicarse a las actividades definidas por la LOCTI, como propias de ciencia, tecnología e innovación, como se explicará más adelante.

3. Carácter tributario de los aportes

La naturaleza de las disposiciones en referencia es controvertida, toda vez que se ha prestado a discusión el carácter tributario o no de los aportes, establecidos por la ley en comento. Conviene precisar que la ley en cuestión habla de "aportes", no en el sentido de aporte de inversión que realiza, por ejemplo, un socio en una sociedad, sino que se refiere a un aporte con carácter obligatorio que puede ser sustituido mediante la realización de inversiones. No obstante, el punto trascendental es establecer si realmente se trata de tributos o no. Al respecto conviene precisar que los tributos son conceptuados por la más autorizada doctrina como: "...las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio sobre la base de la capacidad contributiva, en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines"6. En el caso de los aportes, estos tienen igualmente carácter obligatorio (se deben pagar independientemente de la voluntad del sujeto pasivo), pues los exige coactivamente el Estado (obligación ex lege de pagar a un ente público que es el Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y la Tecnología), en ejercicio de su poder de imperio, en virtud de una ley (la LOCTI); sobre la base de la capacidad contributiva (la ley conceptúa que nace el tributo por el hecho de que ciertos sujetos comercialicen propiedad intelectual habiendo obtenido financiamiento por parte del Estado, o bien que hayan obtenido ingresos brutos por encima de 100000 Unidades Tributarias);

⁵ En la actualidad podemos destacar, Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Fonacit, http://www.fonacit.gov.ve), y el Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones (Fidetel, http://www.fidetel.gob.ve). Respecto de éste último, el artículo 14 del RLOCTI, establece que el pago de la contribución especial que tienen que hacer los obligados, conforme la LOTEL (artículo 152), respecto de este fondo, se reconoce como pago del aporte, a los efectos de la LOCTI.

⁶ VILLEGAS, H. (1994) *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario.* Depalma. Buenos Aires.

los recursos en cuestión son utilizados bien por la propia empresa o por terceros como inversiones en ciencia y tecnología, que constituye una finalidad de interés para el Estado⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia venezolana⁸ ha precisado el concepto y caracterización de los tributos, así:

...la doctrina ha desarrollado el concepto de tributo como el medio o instrumento por el cual los entes públicos obtienen ingresos; es decir, es el mecanismo que hace surgir a cargo de ciertas personas, naturales o jurídicas, la obligación de pagar a la Administración Tributaria de que se trate sumas de dinero, cuando se dan los supuestos previstos en la ley. En otras palabras, es la prestación en dinero que la Administración exige en virtud de una ley, para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines. En este orden de ideas, se debe enfatizar que las características de los tributos son las siguientes:

- 1. Son debidos a un ente público: por cuanto es el sujeto activo de la relación jurídica-tributaria, y en definitiva es el órgano titular del crédito.
- 2. Son coactivos: porque se consideran obligaciones que surgen con independencia de la voluntad del contribuyente, por ministerio de la Ley, cuando se da el supuesto de hecho previsto en ella.
- 3. Se establecen con el fin de procurar los medios precisos para cubrir las necesidades financieras de los entes públicos: su finalidad no es otra que el sostenimiento de los gastos públicos.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda que los aportes son medios por el cual un ente público (MCT, que en cuanto a este respecto sería una Administración Tributaria en ciencia y tecnología), obtiene ingresos, en virtud de la obligación que compete a los sujetos pasivos (entes que comercialicen propiedad intelectual y hayan obtenido financiamiento del Estado, o grandes empresas), quienes independientemente de su voluntad y por virtud de la LOCTI, cuando se dan los elementos que hacen nacer el hecho imponible, tienen el deber de pagar sumas de dinero, para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines.

- 7 El artículo 110 de la Constitución Nacional del año 1999, establece: "El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía".
- 8 Sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 26-07-2006, caso: Inversiones Mukaren, C.A. vs. CONAVI, disponible en fuente electrónica, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/01928-270706-2006-0823.htm

Como puede apreciarse, los 'aportes' establecidos en la LOCTI, reúnen los elementos esenciales para ser considerados como tributos. Sin embargo, cabe destacar que si bien en Venezuela los tributos son siempre pagaderos en efectivo⁹, (a diferencia de lo que ocurre en otros países como Brasil y México), y los aportes son realizados en efectivo pero pueden sustituirse mediante la realización de inversiones, lo cual implicaría que el cumplimiento de la obligación se realizaría por medio de una prestación en especie, por lo que podría hablarse de una especie de destinación de recursos presupuestarios, por cuanto la norma busca garantizar que se realicen inversiones en áreas prioritarias para el desarrollo nacional (ciencia, tecnología e innovación); los montos recaudados tienen una destinación específica, puesto que o bien se dirigen al MCT o sus instituciones dependientes, o bien los sujetos pasivos sustituyen los aportes mediante la realización de inversiones en actividades de directo interés del Estado, que se realicen en la propia empresa, o en sus empresas filiales.

Romero-Muci, H.¹⁰, destaca la existencia de tributos atípicos, así:

...La doctrina española más moderna....advierte la existencia de formas tributarias atípicas, fronterizas con las prestaciones patrimoniales de carácter públicos, alertando que tales formas atípicas tienden a eludir la institucionalidad tributaria, configuradas como tributos "parafiscales", "como cajón de sastre donde entran todas aquellas prestaciones que son tributos, pero que no se regulan como tales". "No se trata de una nueva categoría tributaria sino desviaciones del 'tributo' pero que no justifican la inaplicación de los principios de justicia tributaria constitucional".

⁹ Tal y como destaca la sentencia Inversiones Mukaren, C.A. (anteriormente citada), que establece que el tributo es: "...es la prestación en dinero que la Administración exige en virtud de una ley, para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines". De lo que resulta que los tributos en Venezuela son siempre pagaderos en dinero efectivo.

¹⁰ ROMERO-MUCI, H. (2006) Deconstruccionismo y la Huida del Derecho Tributario: "El caso de las Contribuciones previstas en las leyes Orgánicas de Ciencia, Tecnología e Innovación y contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas". En VIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario 'Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales' (comp.) Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario (p. 227), refiriéndose a la concepción de la doctrina española (RIVAS NIETO, M.), respecto de los tributos que se satisfacen mediante cesiones obligatorias por razones urbanísticas, que según el autor citado, en nuestro país se han realizado de conformidad con el antiguo artículo 68 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (actual artículo 120 de la Ley Orgánica de Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio).

Tabla Nº 1 Comparación con el concepto de tributos y los aportes establecidos en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación

TRIBUTOS	APORTES	
Prestaciones comúnmente en dinero	Prestaciones en dinero o en especie.	
Su cumplimiento es demandado por el Estado.	También.	
Constituyen una manifestación del poder de imperio.	También.	
Deben estar establecidos previamente en una ley (principio de la legalidad).	Han sido creados por ley (LOCTI).	
Sobre la base de la capacidad contributiva.	Toma en cuenta la capacidad económica, sólo parcialmente.	
Para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines.	Las inversiones efectuadas, así como los aportes en efectivo, tienen un destino específicamente establecido a favor de un sector de particular interés para el Estado.	

Fuente: Elaboración propia.

Estas desviaciones de la forma tradicional que han asumido los tributos históricamente, separan la finalidad de los tributos de la clásica función recaudatoria, que busca la obtención de ingresos que le demanda al Estado el cumplimiento de sus fines, vinculándola con la realización de la solidaridad social y el cumplimiento de determinados objetivos de interés para el Estado, un desarrollo importante de la parafiscalidad, el cual afecta los principios de unidad del tesoro y de no afectación de los ingresos a finalidades específicas; pero que garantiza el financiamiento autónomo de ciertas actividades de interés para el ente estatal. En la actualidad se estima que la finalidad exclusivamente financiera de los tributos, ha pasado a ser también una forma de intervención pública, que se justifica en la cada vez más evidente existencia de finalidades extrafiscales, orientadas a la generación de importantes actividades por parte de entes públicos o privados, que se justifican en los deberes de solidaridad y la función social de la propiedad privada, y no exclusivamente en el principio de generalidad tributaria (artículo 133 CN). En el presente caso, el tributo establecido en la LOCTI, busca el desarrollo de actividades de investigación, desarrollo e innovación científica en el país, que justifican la existencia misma del aporte, aun cuando encubren su carácter estrictamente tributario.

Ahora bien, en cuanto a la caracterización tributaria de los aportes establecidos en la LOCTI, dentro de las categorías tributarias tradicionales (impuestos, tasas o contribuciones especiales), resulta particularmente interesante dentro de cuál categoría podríamos subsumir los mismos¹¹. Los tributos se clasifican básicamente vinculados y no vinculados, destacando dentro de la primera categoría a los impuestos, en los cuales el hecho generador es independiente de la existencia de cualquier actividad por parte del Estado, mientras que en la segunda se encuentran las tasas y contribuciones especiales, en las cuales sí existe una actividad del Estado que determina la generación de la obligación tributaria, representada en la prestación de servicios o la realización de servicios por parte del Estado que son divisibles en el contribuyente y resulten inherentes a la soberanía del Estado; mientras que en el caso de las contribuciones especiales, el hecho generador está representado por la existencia de un

11 La jurisprudencia nuestro máximo tribunal, en la sentencia Inversiones Mukaren, C.A., ha precisado el carácter de los diversas especies tributarias (referida especialmente al caso de la contribución establecida en la Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional <actualmente Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda>), de la siguiente manera: "...la doctrina ha clasificado a los tributos en tres (3) grupos, a saber: impuestos, tasas y contribuciones especiales. Entendiendo por impuesto, aquel ingreso exigido sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos o supuestos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo (obligado por Ley al pago del tributo), como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición o gasto de la renta, y cuya característica primordial que lo diferencia de las otras especies de tributos, es que la materia gravada resulta independiente de toda actividad del Estado respecto del contribuyente, es decir, se adeuda por el simple acaecimiento del presupuesto de hecho previsto en la norma, indistintamente del destino concreto que la ley le haya asignado. Por otra parte, las tasas se han definido como aquellos tributos cuvo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos cuando concurran las siguientes circunstancias: i) que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados, y ii) que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, en tanto impliquen intervención del ejercicio de autoridad, o porque con relación a dichos servicios esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente. En definitiva, la tasa origina el derecho de los particulares a una contraprestación que equivale a la obtención de un servicio por parte del Estado. En cuanto a las contribuciones especiales, se considera que son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención, por el sujeto pasivo, de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. Es por ello que las contribuciones especiales son comúnmente clasificadas por la doctrina en dos (2) grupos, a saber: i) contribuciones por mejoras, aquellas cuyo presupuesto de hecho contiene una mejora, un aumento de valor de determinados bienes inmuebles, como consecuencia de obras, servicios o instalaciones realizadas por los entes públicos; y ii) contribuciones parafiscales o también llamadas "por gastos especiales del ente público", que son aquellas en las que el gasto público se provoca de modo especial por personas o clases determinadas. Es decir, que son exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo, y tienen como características primordiales que: a) No se incluye su producto en los presupuestos estatales; b) No son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; c) No ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos".

provecho a favor de los particulares, derivado de la realización de una obra pública, o de la prestación de servicios que redunden en beneficio del propio contribuyente o de la colectividad en general.

Dadas las consideraciones anteriores, al verificarse la mayor parte de los elementos que determinan la existencia de los tributos, no cabe duda que los aportes en análisis, son tributos¹². Ahora en cuanto a su categorización como tributos, parecieran asemejarse a las contribuciones especiales, toda vez que el hecho generador se encuentra en la realización de determinado tipo de actividades¹³ por parte de determinados sujetos¹⁴; la base imponible está representada por los ingresos brutos obtenidos. Aparte de lo anterior, cabe destacar que se trataría de un tributo pagadero en especie, y que en caso de no realizarse las inversiones requeridas, debería pagarse al MCT, quien como Administración Tributaria, está dotado de las facultades de verificación, determinación y fiscalización del tributo en cuestión.

Ahora bien, en el caso específico de los aportes establecidos en la LOCTI, dentro de qué categoría tributaria los podríamos subsumir? Asumiendo que los aportes tienen una naturaleza tributaria, poseen características que parecieran permitieran subsumirlos dentro de las categoría de las contribuciones especiales o de los impuestos¹⁵. Si bien es cierto que los aportes pareciesen asemejarse a la categoría de contribuciones especiales, toda vez que el hecho generador del tributo está representado por una ventaja o beneficio que percibe, bien el contribuyente o bien la colectividad en general (representado en las inversiones que debe hacer el contribuyente en actividades científicas o tecnológicas, o en las actividades que puede realizar el MCT en beneficio del desarrollo del sector tecnológico nacional). Ahora bien, también es cierto que las contribuciones especiales se diferencian de los impuestos porque el hecho generador, en ellos es independiente de cualquier actividad estatal, y de las tasas porque el hecho generador está representado por un servicio que presta el Estado que es divisible y se actualiza en el contribuyente.

Con respecto a las contribuciones especiales (tradicionalmente se las clasifica en contribuciones de mejoras, en las que el beneficio en el contribuyente viene representado por el aumento de valor o mejora que se produce sobre un bien que le pertenece, y contribuciones o exacciones parafiscales, en las cuales el beneficio se produce en favor del contribuyente o de la colectividad en general,

- 12 No obstante la reticencia por parte de la LOCTI, a denominarlo como tal.
- 13 Como por ejemplo comercialización de propiedad intelectual, desarrollo de actividades mineras, de hidrocarburos, etc.
- 14 Como son el hecho de tener el carácter de "gran empresa", conforme el volumen de ingresos brutos obtenidos por su operación económica, o el ser integrante del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- 15 No así en la categoría tributaria de las tasas, puesto que éstas demandan la prestación de un servicio de carácter divisible e inherente a la soberanía del Estado, que se actualiza en el contribuyente.

como consecuencia de la realización de especiales actividades de organismos públicos).

En este caso, el ente acreedor del tributo es el MCT; no obstante, no cabe duda que el destino de los fondos proveniente de los aportes, ingresará directamente al ente responsable de su ejecución, que es el ministerio en referencia (que a su vez es el ente recaudador y administrador del tributo en cuestión), y no a los entes específicamente fiscales del Estado¹⁶.

Ahora bien, no obstante lo anterior, se debe considerar que en los aportes, el hecho generador pareciera ser independiente de cualquier prestación realizada por el Estado, haciendo surgir la obligación de contribuir del simple acaecimiento de la circunstancia de obtener ingresos brutos superiores a las 100.000 Unidades Tributarias, o la obtención de ingresos brutos, para los comercializadores de propiedad intelectual. De hecho, la circunstancia de generarse la obligación de contribuir cuando se obtienen ingresos brutos por encima de una determinada cantidad, nos hace pensar que se trata de impuestos y no de contribuciones especiales, toda vez que los aportes se han establecido en el caso de las grandes empresas, de allí que quienes por sus operaciones económicas no alcancen tal magnitud de ingresos, o no realicen actividades de comercialización de propiedad intelectual habiendo obtenido financiamiento por parte de entes del Estado, no tienen la obligación de realizar los aportes, de donde se concluye que el hecho imponible en el tributo en cuestión, se vincula con la realización de determinadas actividades económicas, sobre la base de la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

No obstante, si bien como ya se dijo, la base imponible del tributo está representado por los ingresos brutos, que constituyen a no dudarlo, un indicio de capacidad contributiva, existen numerosos casos en Venezuela en los cuales, las contribuciones especiales se cuantifican sobre la base de los ingresos brutos (vgr. la contribución al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, o el Fondo del Servicio Universal, también en materia de telecomunicaciones). Si bien es cierto que en el caso de los 'grandes contribuyentes', la obligación de contribuir nace sólo cuando obtienen ingresos brutos por encima de las 100000 Unidades Tributarias, también es cierto que en el caso de las personas que comercialicen propiedad intelectual habiendo obtenido financiamiento del Estado, la obligación nace independientemente del monto de los ingresos brutos obtenidos de dicha actividad. Por lo demás, no cabe duda, de que no se trataría de una tasa, porque en este caso no existe la prestación de un servicio o realización de una actividad propia del Estado que se vincule o beneficie de alguna manera al contribuyente.

¹⁶ Si bien es cierto que en el caso que se sustituyen los aportes por inversión, el producto de los aportes no ingresa al patrimonio estatal, sino que se verifica mediante la realización de dichas inversiones, bien en la propia empresa, en empresas filiales, en entidades receptoras (universidades, centros de investigación, etc.).

Conviene precisar que al ser el hecho generador del tributo, independiente de cualquier actividad estatal vinculada al contribuyente, y al no existir un beneficio que perciba éste de la actividad estatal, no cabe duda que se trataría de un impuesto. Por lo demás, se debe considerar que el tributo en cuestión: "...aun cuando tiene un fin social....su pago no entra a formar parte del caudal del ente público responsable de la consecución del fin social"17. Concluye el autor citado, que:

Este tributo se refiere a una prestación pagada sin que se reciba una contraprestación por parte del Estado; no se genera de la interacción del sujeto pasivo y el Estado y surge de forma independiente a esa relación; refleja la capacidad contributiva del sujeto pasivo, pues en la medida que aumentan sus ventas o ingresos brutos, aumentará su aporte y finalmente, su fin es contribuir con la ciencia, tecnología e innovación, que es una obligación del Estado¹⁸.

No cabe duda que la finalidad del tributo establecido en la LOCTI es concretamente extrafiscal, por cuanto, salvo el caso en que se efectúen los aportes mediante la transferencia de sumas de dinero al MCT, el tributo en referencia no busca la finalidad de obtener recursos para el Estado, para sufragar los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines, pero sí busca que se realicen actividades que son de interés para el mismo.

Destaca Romero-Muci, H.19, la existência de las denominadas 'prestaciones patrimoniales de carácter público', las cuales:

Reúnen las mismas características de los tributos, salvo que no necesariamente son dinerarias y aunque posen finalidad públicas extrafiscales (incluidas las sancionatorias), no persiguen propósitos de cobertura de gastos públicos y porque finalmente su coactividad puede nos ser consecuencia de un carácter ex lege (carácter indispensable o monopolísitco de la prestación o de recepción obligatoria) y, en consecuencia, pueden estar sometidas a un régimen de derecho privado.

De donde la finalidad extrafiscal no justifica la exclusión del carácter tributario de los aportes establecidos en la LOCTI, puesto que reúne todos los elementos propios de los tributos, dado su carácter claramente coactivo y su destinación a una actividad de interés por parte del Estado, de allí que el autor en referencia, concluye que: "...a despecho de su condición parafiscal, participan de la naturaleza de las formas tributarias impositivas, esto es, son impuestos parafiscales²⁰". Entonces, no deja lugar a dudas el carácter impositivo de los

¹⁷ BANEGAS MASIÁ, A. op cit. Pp 418-421.

¹⁸ Op cit. Pp 419-420.

¹⁹ *Op cit.* P. 228. 20 *Op cit.* P. 231.

aportes en ciencia, tecnología e innovación, dada la naturaleza no vinculada a actividad estatal alguna que tiene el hecho generador del tributo; pero también destaca su cualidad de no ingresar los recursos necesariamente al patrimonio estatal (sólo ingresaría en caso de hacerse efectivo el aporte, y no para el caso en que se realicen las inversiones sustitutivas), y aun cuando los recursos obtenidos no se destinen a la realización de actividades en particular; está clara la finalidad claramente extrafiscal del tributo en cuestión.

4. Sujetos del aporte

En cuanto a los sujetos intervinientes en el tributo, el sujeto pasivo de la obligación, está representado por las grandes empresas o integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que comercialicen propiedad intelectual habiendo obtenido financiamiento por parte del Estado; mientras que el sujeto activo sería el MCT²¹, que es el ente del Estado encargado de planificar y ejecutar políticas para el desarrollo del Sistema Nacional de Ĉiencia y Tecnología, así como a: "...vincular los diversos agentes a instituciones, a fin de crear y consolidad redes abiertas, flexibles y procesos de trabajo integrados y fluidos, donde el conocimiento satisfaga demandas, aporte soluciones y contribuya a dinamizar el aparato productivo²²". El artículo 20 de la LOCTI, establece que: "El Ministerio de Ciencia y Tecnología es el órgano rector en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones y actuará como coordinador y articulador del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en las acciones de desarrollo científico y tecnológico, con los organismos de la Administración Pública Nacional".

Se debe precisar que si bien es cierto que el ente acreedor del tributo es el MCT, sin embargo el pago de la obligación, en principio no se efectúa al ente público en cuestión²³, sino que por el contrario se perfecciona en la realidad, mediante la destinación de un determinado porcentaje de recursos presupuestarios en determinadas actividades señaladas en el artículo 42 de la LOCTI, que pueden verificarse en la propia entidad aportante o en terceros.

- 21 Es el organismo rector de la materia (artículo 20 LOCTI), aparte que posee las facultades de control, fiscalización, verificación y determinación, por lo que pudiese aparentemente equipararse a una administración tributaria, de igual modo se establece la coordinación de las actividades del MCT, con el Seniat a los efectos de las declaraciones tributarias e información acerca del aportante (artículos 45 y 46 LOCTI).
- 22 Misión del MCT, disponible en: http://www.mct.gob.ve/publico/mct/pi mct.php?cont=Mision
- 23 Salvo que, a elección del sujeto obligado a aportar, se decida efectuar el aporte mediante transferencia de fondos a algún fondo u organismo adscrito el MCT; por lo que el espíritu de la norma es fomentar la inversión específica en ciencia, tecnología e innovación en actividades de la propia empresa, o de sus empresas filiales, o bien en institutos públicos o privados de investigación, y sólo si esto no es posible, es que se efectuará el pago del aporte al MCT.

La obligación de aportar está a cargo de dos categorías de sujetos²⁴: a) Las "grandes empresas", por las que se entiende que los sujetos pasivos de las mismas, a efectos de la ley en referencia, aquellas que obtengan ingresos brutos²⁵ anuales superiores a 100000 Unidades Tributarias, que asuman la forma de sociedades mercantiles, comunidades, asociaciones, fundaciones, corporaciones, establecimientos permanentes, centros o bases fijas situados en el territorio nacional²⁶, y b) Aquellas personas naturales o jurídicas, integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación²⁷, que comercialicen propiedad intelectual de bienes y servicios (Marcas, patentes de invención o mejora, software, servicios tecnológicos, métodos industriales, etc.), que haya sido desarrollada habiendo obtenido financiamiento por parte del MCT o de sus organismos adscritos, en cuyo caso puede tratarse de cualquier persona natural o jurídica. De manera que para la definición de los sujetos pasivos de las obligaciones en comento, la ley se refiere al volumen de los ingresos brutos de los mismos, así como a la actividad desarrollada por los mismos.

En cuanto a la actividad desarrollada por los sujetos pasivos, la ley establece la obligación de aportar, para quienes: A) Comercialicen propiedad intelectual en bienes o servicios, cuando para el desarrollo de los mismos, hubieren obtenido financiamiento del MCT, o de sus organismos adscritos²⁸. B) Realicen actividades

- 24 Conviene precisar que en cuanto a la calificación de las personas que pueden llegar a tener la categoría de sujetos pasivos de la obligación de aportar, se toma una clasificación bien parecida a la establecida en el artículo 7º de la LISLR.
- 25 El Reglamento define los ingresos brutos como aquellos obtenidos por las grandes empresas o sujetos obligados: "...por cualquier actividad que realice, sin tomar en consideración los costos o deducciones en que haya incurrido para obtener dichos ingresos. A los efectos de determinar el monto de la inversión en ciencia, tecnología e innovación, se aplicará supletoriamente lo establecido en el Título II, Capítulo I, de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tomando en cuenta las excepciones consagradas en el artículo 14 de la referida ley".
- 26 La redacción de la norma contenida en el artículo 44 de la LOCTI, es bien discutible, porque pareciera hacer ver una aparente distinción entre las compañías y sociedades (inexistente en Venezuela), aparte que en lugar de mencionar a las sociedades en nombre colectivo, comanditas simples o por acciones (que es la categorización correcta, conforme nuestra normativa mercantil vigente), menciona a: "...b)Las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, las comunidades, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho". Pareciese que en los casos de tratarse de sociedades irregulares o de hecho, se tratase únicamente de sociedades de personas, lo cual no es técnicamente correcto, puesto que nada obsta para que una sociedad anónima por ejemplo tenga el carácter de sociedad irregular, por ejemplo. Además que es técnicamente incorrecto contener en un mismo literal, donde se refiere aparentemente a las sociedades de personas, a las comunidades.
- 27 El artículo 2 de RLOCTI, define el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, como: "El conjunto de personas, organizaciones públicas o privadas, y las relaciones existentes entre ellas, dedicada a desarrollar procesos de investigación, producción y transferencia de conocimientos, dirigidos a la construcción de una cultura científico-tecnológica, cuyo organismo rector es el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología".
- 28 Esta obligación compete a quienes formen parte del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Artículo 34), y forman parte de este sistema, según el Artículo 3, todas: "...las instituciones públicas o privadas que generen y desarrollen conocimientos científicos y tecnológicos.

establecidas en las Leyes Orgánicas de Hidrocarburos e Hidrocarburos Gaseosos. C) Se dediquen a la explotación, procesamiento o distribución en materia minera. D) Se dediquen a la generación, distribución y transmisión de electricidad. E) Se dediquen a la producción de bienes y de prestación de servicios diferentes a los referidos en los literales anteriores. F) Las sociedades, comunidades o entidades constituidas y domiciliadas en el exterior o constituidas en el exterior y domiciliadas en Venezuela, que realicen actividades en el territorio nacional, mediante cualquier modalidad, inversión directa, o contrato a ser ejecutados en Venezuela.

5. Modalidades de los aportes

Las obligaciones relativas a los aportes, en comento²⁹, se refieren al deber de efectuar aportes en efectivo que tienen los sujetos obligados, pero que podría ser satisfecha mediante la realización de inversiones en materia de ciencia, tecnología e innovación³⁰, bien sea que las inversiones en cuestión se realicen en actividades de naturaleza científica o innovativa en la propia empresa, en las empresas filiales o consorciadas de la 'gran empresa', o bien que se realicen los aportes a instituciones que hayan sido certificadas por el organismo competente como beneficiarias de los aportes, o bien a fondos dependientes del MCT.

En cuanto a la forma de hacer los aportes, la ley no establece de qué manera pueden ser sustituidos los aportes obligatorios, por las inversiones realizadas, lo cual constituye un elemento que influye de manera negativa sobre la inteligencia de dicho texto legal, y particularmente sobre los derechos de los obligados por la ley, al no establecer un método claro para efectuar las inversiones sustitutivas de los aportes en cuestión. No obstante, el artículo 7º del RLOCTI, establece que los aportes e inversiones, podrán realizarse, a elección del sujeto obligado,

como procesos de innovación, y las personas que se dediquen a la planificación, administración, ejecución y aplicación de actividades que posibiliten la vinculación efectiva entre la ciencia, la tecnología y la sociedad..."

29 Las obligaciones en cuestión entraron en vigencia a partir del 01-01-2006, según la Disposición Transitoria Quinta de la LOCTI.

30 Conviene precisar que las disposiciones de la LOCTI, contenidas en el Título III de la ley en cuestión, no establecen expresamente de qué manera se sustituirá la obligación de aportar (obligación de dar), por la realización de inversiones (obligación de hacer); solamente establecen los artículos en cuestión (artículos 34, 35, 36, 37 y 38 de la LOCTI), una frase que hace referencia a que los sujetos pasivos: "...deberán aportar anualmente una cantidad correspondiente al... por ciento.... de los ingresos brutos obtenidos en el territorio nacional, en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley". No obstante el Parágrafo Único, del Artículo 42, le otorga dicha potestad al reglamentista, así: "El Reglamento de la presente Ley establecerá los mecanismos, modalidades y formas en que los sujetos señalados en este Título realizarán los aportes a que están obligados, así como también los lapsos y trámites que se deberán realizar ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología para la determinación de las actividades que serán consideradas a los efectos de los aportes".

mediante: A) Transferencia de dinero a fondos u organismos dependientes o adscritos al MCT. B) Transferencia de dinero a otros organismos o instituciones públicas o privadas, encargados de la ejecución de los recursos en cuestión. C) Administración directa de los recursos, en actividades, programas o proyectos ejecutados por las mismas empresas, o en coordinación con otros sectores. D) Prestación de servicios o suministro de bienes o insumos que se relacionen con proyectos en el área de ciencia, tecnología e innovación. E) Combinando las modalidades anteriormente señaladas.

El artículo 8 del RLOCTI establece que las modalidades de los aportes precisan que los bienes o servicios que sean objeto de los éstos, estén íntimamente relacionados con proyectos específicos, de conformidad con el artículo 42 de la LOCTI (requisito que no se exige en caso que el aporte se realice a un organismo, órgano o ente público), y que el valor de los mismos, debe ser el valor según libros de dichos bienes o el valor de mercado de los servicios a ser prestados. Por otra parte, se debe destacar que en caso que los aportes e inversión incluyan la adquisición de equipos e insumos en el exterior, el aportante debe procurar que dicha adquisición comporte una transferencia tecnológica para Venezuela; en estos casos, el MCT, podrá solicitar una justificación de las adquisiciones para determinar su reconocimiento como aporte o inversión.

En lo atinente al tipo de actividades que se pueden considerar a efectos de los aportes, éstas pueden consistir en elementos de variada naturaleza, dentro de las que encontramos³¹: A) Aportes en programas y proyectos establecidos en el Plan Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación, o bien en fondos u organismos dependientes del MCT.³² B) Inversión en proyectos de innovación relacionados con las actividades de la empresa, que involucren la obtención de nuevos conocimientos o tecnologías en el país, con participación nacional en los derechos de propiedad intelectual (utilización de las nuevas tecnologías para incrementar la productividad, introducción de nuevos procesos tecnológicos, participación en proyectos con Universidades, procesos de innovación empresarial, formación de talento humano, etc). C) Financiamiento de patentes nacionales. D) La creación o participación en incubadoras o viveros de empresas nacionales de base tecnológica. E) Participación en fondos de garantías o de capital de riesgo para proyectos de innovación o investigación y desarrollo. F) Inversión en actividades de investigación y desarrollo realizados por Universidades o Centros de Investigación en el país, creación de centros de

31 Artículo 42 LOCTI.

³² Dicho Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, establece una planificación con un horizonte temporal 2005-2030, que tiene por finalidad: "Construir una cultura científicotécnológica que oriente las potencialidades y capacidades nacionales hacia la transformación de la sociedad venezolana a partir de la configuración de valores y modelos de acción que promuevan una ciencia, tecnología e innovación pertinente, integral, de producción colectiva, comprometida con la inclusión y la vida en el planeta". http://www.gobiernoenlinea.ve/misc-view/sharedfiles/Plan-Nacional-CTI.pdf

investigación, creación de premios o estímulos a la investigación, financiamiento de la organización de eventos científicos. G) Inversión en actividades de fortalecimiento de talento humano nacional (organización y financiamiento de cursos de actualización y capacitación, fortalecimiento de los centros de investigación, financiamiento de becas. Resulta conveniente precisar que la enumeración que establece el artículo 42 de la LOCTI no tiene carácter taxativo, toda vez que el numeral 10°, establece que se puede considerar como aporte: "Cualquier otra actividad que en criterio del Ministerio de Ciencia y Tecnología pueda ser considerada inversión en ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones." De donde resulta clara la amplia facultad interpretativa que tiene el máximo organismo en la materia.

Resulta importante destacar que en los casos en que los aportes en la propia empresa o en sectores similares cuando se destinen a proyectos en servicios, o elementos en los que tradicionalmente exista dependencia de tecnología o servicios extranjeros, o en los que exista predominio por parte de empresas extranjeras; para que los aportes sean considerados a efectos de la LOCTI, se precisa que: La ejecución del proyecto se encargue a un consorcio³³, en el que participen una o más empresas venezolanas que tengan la oportunidad de adquirir conocimientos técnicos para emprender proyectos similares en el futuro, y además que la empresa o empresas venezolanas controlen más del 50% de la dirección o gerencia del consorcio³⁴.

6. Monto de los aportes

En cuanto al monto de los aportes se deben hacer toda una serie de consideraciones previas. A) La primera de ellas está referida a la base imponible del tributo, vale decir el modo de cuantificar el hecho imponible, que en el caso en análisis se refiere a los ingresos brutos obtenidos por el contribuyente. Sin embargo, se debe precisar que el concepto de ingresos brutos, difiere según la categoría de contribuyente de que se trate: i) Así en el caso de los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación que hayan obtenido financiamiento del Estado, denominados en la LOCTI "aportes por comercialización de resultados", los ingresos brutos que forman parte de la base imponible, son aquellos obtenidos de la comercialización de propiedad

³³ A efectos de la LOCTI, el Reglamento establece que se debe entender por 'consorcio': "Entidad económica, con o sin personalidad jurídica, conformada por dos o más empresas y creada mediante un contrato, con el fin de ejecutar uno o más proyectos relacionados con actividades u operaciones que forman parte del ramo de actividad de sus integrantes, independientemente de la forma que dicha entidad económica revista".

³⁴ La última parte del artículo 23 RLOCTI, autoriza al Ministro de Ciencia y Tecnología para modificar los porcentajes a efectos de la definición de 'consorcios' o de 'empresa nacional', tomando en consideración las capacidades locales existentes, respecto al sector de empresa específico de que se trate.

intelectual; ii) En el caso de las 'grandes empresas', la base imponible está representada por los ingresos brutos obtenidos por cualquier actividad que realice, sin tomar en consideración los costos o deducciones en que haya incurrido para obtener dichos ingresos³⁵. B) En segundo lugar, se debe destacar que para la determinación del monto de los aportes, y partiendo de la premisa de su carácter tributario; pareciese haberse vulnerado el principio de la legalidad en materia tributaria, puesto que la ley que establece el tributo, no determina el método de su cuantificación, puesto que el artículo 34, referido a los aportes por comercialización de resultados, se limita a establecer que los aportes en cuestión se realizarán según la modalidad de dicho financiamiento, una cantidad comprendida entre una décima por ciento (0,1%) y el medio por ciento (0,5%), dejando al reglamentista la facultad de establecer el método de cálculo del tributo en cuestión³⁶, violentando en consecuencia el principio constitucional referido, por cuanto afecta uno de los elementos esenciales del hecho imponible.

El RLOCTI, ha precisado respecto a los aportes por comercialización de resultados, para aquellas personas que comercialicen propiedad intelectual de productos o servicios, que los mismos variarán según la monto, tipo y duración del financiamiento obtenido para tal fin (Ver Tabla Nº 9)³⁷. De acuerdo con los criterios establecidos, el monto de los aportes variará de un 0,1% a 0,5% de los ingresos brutos que provengan de la actividad en cuestión. En caso que los porcentajes atiendan a varios criterios, por ejemplo, que se trate de una subvención con un lapso de 3 años, por un monto de entre 3500 Unidades Tributarias, se debería pagar un 0,3667% de los ingresos brutos correspondientes, puesto que conforme el artículo 15 del RLOCTI, se debe aplicar el promedio de los porcentajes que correspondan por cada uno de los critérios; de manera que en estos casos debe ser éste el monto establecido en el contrato de financiamiento respectivo. Esta alícuota debe aplicarse a los ingresos obtenidos en cada ejercicio económico. En caso de una enajenación gratuita, deberá contar con la aprobación expresa y por escrito del ente que otorga el financiamiento, conforme el artículo 16 del Reglamento respectivo, disposición ésta que establece una obligación tendente a dificultar o impedir que se produzcan cesiones de propiedad intelectual a título gratuito.

35 Artículo 2º RLOCTI.

³⁶ Precisa el artículo 3º del COT, en desarrollo del artículo 317 constitucional, que: "Artículo 3: Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo".

³⁷ No obstante, conviene precisar que el artículo 34 de la LOCTI, establece que los sujetos obligados: "...deberán aportar de acuerdo con la modalidad de dicho financiamiento, una cantidad comprendida entre una décima por ciento (0,1%) y el medio por ciento (0,5%) de los ingresos brutos obtenidos por dicha comercialización, en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley".

En cuanto a los aportes para las 'grandes empresas', se distingue el monto de los aportes, según el tipo de actividad desarrollada por la empresa en cuestión, así: A) Las que realicen actividades establecidas en las Leyes Orgánicas de Hidrocarburos e Hidrocarburos Gaseosos, es decir los vinculados con el mercado del petróleo y gas, deben pagar aportes sobre la base de los 2% de sus ingresos brutos. B) Se dediquen a la explotación, procesamiento o distribución en material minero (minerales metálicos, no metálicos, metales preciosos, piedra, caliza, yeso, caolín, etc.), deberán pagar el aporte sobre la base del 1% de sus ingresos brutos. C) Las empresas que se dediquen a la generación, distribución y transmisión de electricidad, deben aportar sobre la base del 1% de sus ingresos brutos. D) Se dediquen a la producción de bienes y de prestación de servicios diferentes a los anteriores, es decir cualquier otra actividad económica distinta de las anteriores, deberán aportar el 0,5% de sus ingresos brutos. Ahora bien, cuando la empresa en cuestión realice actividades gravadas con distintas alícuotas, se deberá pagar por la que corresponda a la actividad principal que genere la mayor cantidad de ingresos brutos. En el caso de la inversión extranjera, deberán realizar sus aportes sobre la base del porcentaje que corresponde a la actividad principal que genere la mayor cantidad de ingresos brutos en el territorio nacional³⁸.

Es conveniente puntualizar que en aquellos casos en que se efectúen los aportes, el artículo 8º del RLOCTI, determina que el monto de los mismos o de las inversiones sustitutivas precisan que el bien o servicio se encuentre vinculado directamente con un proyecto de investigación (para el caso que el aporte o inversión se realice en actividades de la misma empresa u otra empresa filial, o bien en actividades realizadas por universidades o centros de investigación). Quedan exceptuados de la vinculación a un proyecto específico, los aportes realizados en fondos u organismos de carácter público. Por otra parte, en cuanto a la valoración de los aportes, el reglamento distingue si se trata de bienes o de servicios; así el valor de los bienes a aportar será el valor que resulte de los libros contables de la empresa, mientras que el valor de los servicios, será el valor corriente en el mercado.

³⁸ El artículo 43 de la LOCTI, establece que: "En caso de dudas en la determinación de la actividad en la cual se deberán realizar los aportes establecidos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 38, los interesados podrán solicitar asesoría al Ministerio de Ciencia y Tecnología, el cual deberá en un lapso no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir de la solicitud, dar respuesta a los mismos. El lapso para responder podrá ser prorrogado por un lapso igual, por acto motivado del Ministro de Ciencia y Tecnología".

Tabla Nº 2 Monto de los aportes por comercialización de resultados según el RLOCTI

CRITERIO	MODALIDAD	APORTES
Según el Tipo de Financiamiento	Subvención	0,5%
	Crédito blando	0,4%
	Cofinanciamiento	0,3%
	Capital de Riesgo y Beneficio Compartido	0,2%
	Cualquier modalidad	0,1%
Según la duración del Financiamiento	Por un lapso menor a 2 años	0,1%
	Por un lapso de 2 a 5 años	0,2%
	Por un lapso de 5 a 10 años	0,3%
	Por un lapso de 10 a 15 años	0,4%
	Por un lapso mayor de 15 años	0,5%
Según el monto del Financiamiento	Menos de 500 U.T.	0,1%
	Entre 500 y 1500 U.T.	0,2%
	Entre 1500 y 3000 U.T.	0,3%
	Entre 3000 y 5000 U.T.	0,4%
	Mayor a 5000 U.T.	0,5%

Fuente: Elaboración propia.

No obstante las precisiones establecidas en el Reglamento, existen algunas interrogantes, sin respuesta hasta ahora, como sería: ¿Qué ocurriría en caso que una empresa (sujeto pasivo de la obligación de aportar), realizase inversiones por encima del monto obligatorio de acuerdo con la LOCTI; podría acumular para ejercicios económicos siguientes? Ni la ley ni el reglamento establecen una solución expresa al respecto, no obstante se debe reconocer que dado que la ley no establece la posibilidad de que estas se puedan acumular para los ejercicios siguientes, y dado que de existir, dicha posibilidad sería considerada como un beneficio fiscal, debemos concluir que al no estar establecido dicho

beneficio fiscal³⁹ en la ley, por aplicación del principio de la legalidad en materia tributaria, simplemente no existe.

Tabla Nº 3 Aportes establecidos en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación

Sujetos Pasivos	Actividad	Alícuota
Integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.	Comercialización de propiedad intelectual de bienes y servicios, desarrollada con recursos provenientes de financiamientos otorgados por el M.C.T	Del 0,1 al 0,5%
Grandes Empresas	Actividades establecidas en las Leyes Orgánicas de Hidrocarburos e Hidrocarburos Gaseosos	2%
Grandes Empresas	Explotación, procesamiento o distribución en materia minera, y generación, distribución y transmisión de electricidad.	1%
Grandes Empresas	Otros sectores de producción de bienes y de prestación de servicios	0,5%

Fuente: Elaboración propia

7. Temporalidad de los aportes

Queda claro que la obligación de realizar los aportes en ciencia, tecnología e innovación tiene un carácter anual, toda vez que la LOCTI fija un horizonte temporal claramente establecido. Las disposiciones legales y reglamentarias determinan que se tome en consideración para calcular el monto de los aportes, la cantidad de ingresos brutos que la empresa ha obtenido en el ejercicio económico anterior, para el caso de las grandes empresas, y el monto de los

³⁹ En cambio la LOCTI, sí establece la posibilidad de establecer beneficios fiscales, particularmente. Por otra parte la ley en análisis establece beneficios fiscales, específicamente: a) El artículo 39 abre la posibilidad para que el Ejecutivo Nacional dicte exoneraciones de impuesto sobre la renta, por los enriquecimientos de fuente territorial obtenidos por los obligados a realizar los aportes. B) También se establece la posibilidad de exoneración del impuesto de importación, a los insumos, equipos y materiales que se consideren de particular importancia para el desarrollo del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (artículo 40).

ingresos proveniente de la comercialización de los resultados, en el caso de los aportantes que comercialicen propiedad intelectual de bienes y servicios, cuando hayan obtenido financiamiento por parte del Estado. Otra prueba del carácter tributario de los aportes en ciencia, tecnología e innovación, es la manifiesta voluntad del legislador y del reglamentista en vincular la obligación de aportar con el Impuesto Sobre la Renta, al establecer que como éste, se debe declarar anualmente y en la misma oportunidad (dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico), y en caso de resultar una diferencia, respecto del monto de las inversiones realizadas, se paga de manera anual, igual que éste. De manera que el sistema establecido en la LOCTI, para el pago de los aportes e inversiones, determina para los sujetos pasivos la necesidad de establecer una programación anual, para proyectar el monto de las inversiones a realizar de conformidad con los resultados obtenidos en el ejercicio económico anterior.

De otra parte, conviene precisar que en cuanto a la oportunidad efectuar los aportes e inversiones, el RLOCTI (artículo 11 y 13), establecen que tanto en el caso que el sujeto pasivo haya realizado sus inversiones en su propia empresa o en una empresa filial, como para el caso que realice los aportes mediante las inversiones sustitutivas mediante la realización de proyectos de investigación, desarrollo o formación de recursos humanos en el país, o bien mediante el pago a entes adscritos o dependientes del MCT; los desembolsos en cuestión deben hacerse efectivos dentro del ejercicio económico de que se trate; para posteriormente al cierre del mismo proceder dentro del plazo legal a su declaración y pago del remanente (si fuere el caso), se deben realizar durante el ejercicio económico respectivo⁴⁰. Queda claro que el monto de los aportes e inversiones, constituyen gastos deducibles, a efectos del Impuesto sobre la Renta⁴¹, puesto que encuadra dentro de las disposiciones de la ley referida.

40 Cabe destacar que las disposiciones respecto a los aportes, entraron en vigencia a partir del 01-01-2006 (conforme la Disposición Transitoria Quinta de la LOCTI), pero dificilmente se pudieron poner en práctica por parte de los sujetos obligados, para ese ejercicio económico, toda vez que el RLOCTI entró en vigencia a partir de su publicación el 17-10-2006, escasamente con dos meses para poner en práctica las obligaciones que determina la Ley, pero que instrumenta materialmente el Reglamento, de manera que la mayoría de los sujetos pasivos se vieron impedidos de realizar oportunamente las obligaciones establecidas en la norma legal en comento, razón por la cual el MCT, fijó una prórroga para el cumplimiento de la obligación de aportar durante el primer año de vigencia de la obligación referida, de tal suerte que los sujetos obligados pudieran realizar su aporte y pagarlo efectivamente (con respecto al ejercicio económico 2006), hasta el 30-03-2007, pero exclusivamente para aquellas empresas para las que el ejercicio económico coincide con el año calendario. Disponible en: http://mct.gob.ve/publico/noticias/det_noticias.php?co=925 <consulta 01-02-2007>.

41 Así se desprende de la sana interpretación del artículo 27 de la LISLR, conforme el cual son deducibles, entre otros: "...3. Los tributos pagados por razón de actividades económicas o de bienes productores de renta, con excepción de los tributos autorizados por esta ley.... 20.Los gastos de investigación y desarrollo efectivamente pagados dentro del ejercicio gravable, realizados en beneficio del propio contribuyente pagador.... 22.Todos los demás gastos causados

8. Procedimiento de los aportes

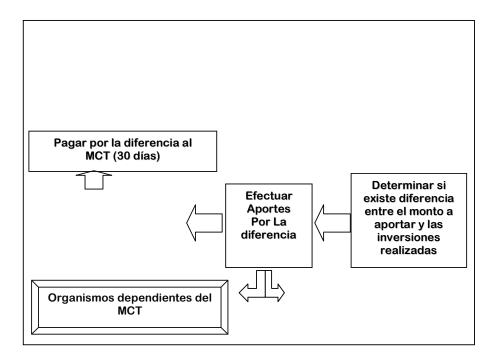
La LOCTI, establece un procedimiento que deben seguir los sujetos pasivos de la obligación de aportar, que podemos resumir en los siguientes pasos (ver Figura N° 1):

- 1. Se debe calcular los ingresos brutos del ejercicio anterior a aquél en el que corresponde aportar⁴².
- 2. Aplicar la alícuota que corresponda, según se trate de empresas que comercialicen propiedad intelectual habiendo obtenido financiamiento por parte del Estado; grandes empresas dedicadas a actividades de hidrocarburos, mineras, de transmisión o distribución eléctrica, o bien prestadoras de servicios o productoras de bienes, distintos a los anteriores (entre 0,1 y 0,5% de los ingresos brutos provenientes de la comercialización de propiedad intelectual; 2%; 1%, o 0,5%; según los casos).
- 3. Se deben cuantificar las inversiones realizadas durante el ejercicio económico, que puedan subsumirse dentro de las actividades establecidas en el artículo 42 de la LOCTI, a los efectos de considerarla como aportes; con el objeto de establecer el monto de los aportes efectivamente realizados en el ejercicio económico.
- 4. Establecer si existe una diferencia entre el monto de los aportes a los que se está obligado, de conformidad con el porcentaje del monto de los ingresos brutos a que alcance la obligación de aportar, y el monto de las inversiones descritas en el literal anterior.
- 5. Efectuar aportes por la diferencia entre el monto de los aportes a que se está obligado y el monto de las inversiones realizadas en las actividades establecidas en el artículo 42 de la LOCTI, los cuales se pueden realizar a los entes que hayan sido certificados como 'beneficiarios' de los aportes (universidades, centros de investigación, etc.), o bien a favor de entes públicos.
- 6. Declarar el monto de los aportes e inversiones, dentro de los 90 días siguientes al cierre del ejercicio económico (mismo término para hacer la declaración del ISLR)⁴³.
- 7. Efectuar aportes en efectivo por la diferencia en los entes u organismos dependientes del MCT, en el plazo de 30 días siguientes a la fecha límite para hacer la declaración de los aportes e inversiones.

o pagados, según el caso, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir la renta".

⁴² El artículo 12 del RLOCTI, establece que el cálculo del aporte se realizará tomando en consideración los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio anterior. Es importante precisar, como ya se indicó, que las obligaciones relativas a los aportes entraron en vigencia a partir del 01-01-2006, de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la LOCTI; por lo que se aplicará a los ejercicios económicos que comiencen con posterioridad a la fecha indicada, tomando como base de cálculo, los ingresos brutos obtenidos por la empresa en el ejercicio anterior.

Figura № 1 Procedimiento para el pago de los aportes establecidos en la LOCTI



Fuente: Elaboración propia

El RLOCTI, establece la posibilidad de que los aportantes en ciencia, tecnología e innovación, puedan presentar una solicitud de aprobación del Plan Anual al MCT, en el que se describa la planificat de les aportes e i que estiman realizar, con el objeto de la cal Piclasida paragrate de dicho monto de los

de las actividades realizadas, con la finalidad de Subsumirlos der actividades establecidas en el artículo 42 de la LOCTI. Dicha soli contener todos los requisitos contenidos en el artículo 49 de la Ley O

Procedimientos Administrativos (LOPA). El artículo 27 de la norma reglamentaria establece que el organismo en cuestión cuenta con 60 días continuos para notificar al solicitante la aprobación o improbación de los aportes e inversiones realizados, en caso de no producirse la notificación en cuestión, operará el silencio administrativo positivo, puesto que se deben estimar aprobadas las inversiones y aportes contenidas en el Plan Anual en cuestión. Contra la decisión del MCT, se podrán intentar los recursos administrativos establecidos en la LOPA.

Cuantifica las Inversione realizada:

aportes

9. Obligaciones de los aportantes

Las normas analizadas determinan el establecimiento de toda una serie de deberes formales para los aportantes, que podemos resumir en las siguientes:

- A) Obligación de inscribirse: tanto los aportantes, como los beneficiarios tienen la obligación de inscribirse en el registro establecido ante el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (ONCTI)⁴⁴, por medios electrónicos, mediante la página http://sidcai.oncti.gob.ve.
- B) Remitir ciertos recaudos por medios físicos, por ante los organismos dependientes del MCT, con el objeto de obtener el correspondiente certificación como aportantes o beneficiarios de los aportes en ciencia, tecnología e innovación, certificación que corresponde al MCT⁴⁵.
- C) Llevar los libros y registros contables⁴⁶ que permitan la verificación posterior de los aportes e inversiones, para lo cual deberán llevar un registro particularizado de los mismos (libros contables auxiliares o bien por medio del libro mayor analítico, por ejemplo)⁴⁷; de tal suerte que se permita la verificación posterior por parte del organismo fiscal competente (MCT, según el Título IV del Capítulo III de la LOCTI)⁴⁸, Estas facultades de verificación, fiscalización y control, la puede ejercer el ministerio en cuestión, respecto de: "a) Los registros de las operaciones de inversión y aporte de las grandes empresas y demás aportantes establecidos en esta Ley. b) Los documentos, transacciones, emolumentos, gastos y demás actividades donde se pueda determinar el cumplimiento del aporte señalado en esta Ley y de las demás disposiciones que se dicten al efecto. c) Las inversiones o aportes totales o en ejecución...documentos, transacciones, emolumentos, gastos y demás actividades donde se pueda determinar el cumplimiento del aporte señalado en esta Ley y de las demás disposiciones que se dicten al efecto⁴⁹".
 - 44 Artículos 3 y 4 del RLOCTI.
 - 45 Artículo 6 RLOCTI.
- 46 El artículo 29 RLOCTI, establece que los obligados a realizar los aportes: "...deberán llevar en los libros de contabilidad auxiliares u otros registros contables, una partida que permita generar un reporte auditable donde se detalle la utilización de los aportes o inversiones que han recibido".
- 47 El aparte único del artículo RLOCTI, establece: "Aquellas Grandes Empresas o sectores de empresas cuyas contabilidades se rijan por leyes o entes especiales, deberán llevar la contabilidad atendiendo a las instrucciones o normativas que impartan dichos entes, pero siempre permitiendo que se genere un reporte auditable para que el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología o la Autoridad Aduanera y Tributaria encargada de realizar la fiscalización de los aportes e inversiones ejerzan las competencias establecidas en el artículo 45 de la Ley".
- 48 El MCT posee amplias facultades de verificación, fiscalización y control en materia de los aportes, propios de su carácter como Administración Tributaria en la materia.
 - 49 Artículo 47 de la LOCTI.

Para tales efectos, el MCT podrá establecer convenios para tal fin con la administración tributaria y aduanera nacional.

- D) Suministrar la información que le sea requerida respecto de las actividades relativas a los aportes e inversiones en materia de ciencia, tecnología e innovación.
- E) Elaborar un Plan Anual de la Inversiones a realizar, tal como se explicó anteriormente, el cual no constituye propiamente una obligación, toda vez que conforme el RLOCTI, está concebido como una posibilidad para los sujetos pasivos de la obligación de aportar.
- F) Justificar los motivos por los cuales se realizan las inversiones en el exterior en lugar de hacerlas en el país, lo cual debe efectuarse en aquellos casos en que sea requerido por el MCT.
- G) Hacer la declaración y pago de los aportes, conforme se explanó anteriormente⁵⁰.

10. Sanciones

La LOCTI establece un régimen sancionatorio en el Título VIII, conforme el cual se crean toda una serie de sanciones de carácter pecuniario para los casos de incumplimientos al suministro de información a la obligación de aportar, y a las normas de financiamiento. Cabe destacar que las multas en cuestión, se expresarán en Unidades Tributarias conforme las que estén vigentes para el momento de la comisión del hecho ilícito sancionado, pero se pagarán conforme el valor de la Unidad Tributaria vigente para el momento de la cancelación, en concordancia con el sistema establecido en el COT de 2001 (artículo 70 LOCTI)⁵¹. La normativa en cuestión, comprende básicamente:

- 50 El artículo 32 RLOCTI, establece que los sujetos pasivos de dicha obligación: "...deberán emplear los formularios de declaración y pago debidamente autorizados por el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, o a través de los procedimientos y medios electrónicos que se establezcan".
- 51 Con anterioridad a la reforma del COT de 2001, el principio aplicado en el régimen sancionatorio tributario, relativo a las sanciones de carácter tributario era la aplicación de las sanciones conforme la Unidad Tributaria vigente para el momento de la comisión del ilícito tributario; mientras que a partir de la reforma en cuestión, se introdujo el principio referido, conforme el cual se deben pagar las sanciones, de acuerdo con la Unidad Tributaria del momento del pago. (Parágrafo Primero del artículo 94: Parágrafo Primero: "Cuando las multas establecidas en este Código estén expresadas en unidades tributarias (U.T.) se utilizará el valor de la misma que estuviere vigente para el momento del pago"). Este principio es muy polémico, por cuanto pone en crisis el principio de irretroactividad de la pena, dado que en la práctica produce una suerte de 'indexación' de la pena, ya que en general, el ajuste del valor de la Unidad Tributaria, se produce conforme el índice inflacionario producido en el año fiscal inmediatamente anterior (aunque para el ajuste de la Unidad Tributaria correspondiente al año 2007, no se cumplió con lo establecido en el artículo 121, numeral 15° del COT, que establece que: "Reajustar la unidad tributaria (U.T.) dentro de los quince (15) primeros días del mes de febrero de cada año, previa

- A) Multa por incumplimiento de las normas de financiamiento. El artículo 71 determina que quienes incumplan con las normas relativas a la obtención de financiamiento por parte del MCT o sus órganos adscritos, para el desarrollo de actividades científicas, tecnológicas, innovativas; se les impondrán dos clases de sanciones, por una parte la prohibición de otorgar nuevos financiamientos por un plazo de 2 a 5 años, así como la imposición de sanciones pecuniarias, de entre 10.000 a 50.000 Unidades Tributarias.
- B) Multas por falta de suministro de información. Establece el artículo 72 ejusdem, que quienes deban informar al MCT sobre cualquier aspecto e incumplan (miembros del SNCTI, que tengan la obligación de suministrar información), con su obligación por cualquier causa, serán sancionados con multas comprendidas entre diez Unidades Tributarias (10 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.
- C) Multas por incumplimiento del aporte. El artículo 73 de la LOCTI, establece que aquellos que incumplan con la obligación de aportar los montos establecidos en el Título III de la Ley, serán sancionados con multas equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del monto que deben aportar, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas.

11. Conclusiones

Los aportes que establece la LOCTI constituyen un importante instrumento para garantizar el financiamiento de las actividades de investigación e innovación en Venezuela, lo cual debe apreciarse en una doble vertiente: por un lado constituyen una fuente de financiamiento por parte de las grandes empresas, para las actividades científicas e innovativas realizadas por las instituciones públicas (fondos e instituciones adscritas al MCT) o privadas (universidades, centros de investigación e instituciones de investigación); pero además comprenden la posibilidad para las empresas de realizar inversiones en materia científica e innovativa, que son reconducibles en aportes, en actividades de las propias empresas y empresas filiales. Estos aportes, creados por la ley en cumplimiento de los principios establecidos en la Constitución de 1999 (artículo

opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Indice de Precios al Consumidor (IPC) en el Area Metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, publicado por el Banco Central de Venezuela. La opinión de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, deberá ser emitida dentro de los quince (15) días continuos siguientes de solicitada". Toda vez que el ajuste de la UT se produjo sobre la base del 12% <de Bs. 33.600 a Bs. 37.632 y no conforme al aumento del 17%, que fue la variación porcentual del Indice de Precios al Consumidor, en referencia. De modo que conforme el principio de la norma tributaria marco, recogido por la LOCTI, se 'ajusta' el monto de las penas, produciendo una suerte de doble sanción por la comisión de cada hecho ilícito.

110), han permitido incrementar de manera importante el porcentaje de inversión en ciencia y tecnología en Venezuela.

Los aportes de la LOCTI, tienen un carácter controvertido, por cuanto son obligaciones que parecieran tener un carácter tributario, dado que reúnen gran parte de los elementos propios de la naturaleza de los tributos. No obstante, la ley de la materia niega tal carácter, y simplemente no los definen como tales, por cuanto poseen elementos que diferencian dichos aportes de los tributos, en su consideración constitucional en Venezuela. En caso de asumir el carácter tributario de los aportes, el problema sería el calificar dentro de qué categoría tributaria podrían subsumirse, puesto que los aportes poseen caracteres que se aproximan a las contribuciones especiales y a los impuestos.

La obligación de aportar compete a las grandes empresas, que se distinguen por el monto de sus ingresos brutos, y sobre la base de las actividades a las cuales se dedican, así como a los comercializadores de propiedad intelectual que han recibido financiamiento por parte del Estado. Las obligaciones vinculadas a la obligación de aportar, comprenden la realización de ciertos deberes formales, tales como la obligación de declarar, la de mantener un registro contable separado respecto de los aportes, la obligación de suministrar información al MCT, la de hacer los aportes dentro del ejercicio económico, entre otras; aparte de la existencia de disposiciones de carácter penal (penas pecuniarias), para garantizar la efectividad de las obligaciones establecidas en la LOCTI.

Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela

Gustavo Adolfo Amoni Reverón*

SUMARIO: Prolegómenos. 1. El gobierno electrónico, 2. Internet como actividad reservada, 3. Internet como actividad no reservada. 3.1 Internet bajo el régimen de libertad de empresa limitada por cargas u obligaciones de interés general, A. La actividad es de titularidad privada, B. La regulación del sector es posible por habilitación de la cláusula del Estado Social, C. Se pueden asignar cargas u obligaciones de interés general, D. La Administración Pública, por razones de interés social, ostenta potestades de supervisión, control, sancionadoras y arbitrales. 4. Conclusión, 5. Bibliografía.

Resumen

Actualmente, basado en el gobierno electrónico, la obtención del pasaporte venezolano y de divisas extranjeras requiere Internet. Imponer el ejercicio de tales derechos exclusivamente *en línea*, basta para reconocer al "ciberespacio" como necesidad básica, por ello, el Estado queda obligado a garantizarlo en el mínimo necesario, *ex* artículo 2 constitucional. El gobierno electrónico supone, entre otros beneficios, optimizar los trámites públicos mediante tecnologías de información, en especial: Internet. En consecuencia, la regulación económica de la "super red" más conveniente para desarrollar este modelo en Venezuela es la libre empresa con cargas de interés general, porque permite la evolución tecnológica y el acceso universal económico.

Palabras clave: Internet, regulación económica, tecnologías de comunicación, gobierno electrónico

Abstract

In Venezuela, based on the e-government model, applications for passports and authorization to exchange money are submitted exclusively through the Internet. This situation is enough to define it as a basic need, which must be guaranteed by the State

Recibido: 30/6/2007 • Aceptado: 28/7/2007

* Abogado Summa Cum Laude de la Universidad de Carabobo. Abogado Auxiliar de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007 ISSN: 1317-9306 117-132

according to 2nd article of the Constitution. E-government implies, among other benefits, the optimization of public services with information technologies, specially Internet. In the light of what has been said, the most convenient Internet economic regulation in order to develop e-government in Venezuela is free market with public service duties, thus boosting technological evolution and universal access regardless of individual income.

Key words: Internet, economic regulation, comunication technologies, e-government.

Prelegómenos

La cláusula del Estado Social consagrada en el texto constitucional implica una garantía de "mínimos"; en virtud de ella, el Estado debe velar porque, literalmente, todos los ciudadanos puedan vivir con dignidad, ya que tienen asegurada la satisfacción de sus necesidades básicas. El Estado social debe garantizar un mínimo de energía, de salud, de seguridad, de educación, e inclusive, un mínimo de tecnología. Con el fin de precisar los medios suficientes para satisfacer el mínimo de las necesidades básicas, es necesario determinar tales necesidades. Para ello, no basta acudir a criterios biológicos y sociales, sino también jurídicos, ya que el Estado puede imponer obligaciones que pasan a formar parte del catálogo de esas necesidades básicas del hombre, de modo que una vez aparecida la necesidad básica, el Estado Social deberá garantizarla con un nivel mínimo de eficiencia que no podrá ser disminuido.

Ese mínimo garantizado por el Estado Social en las diversas áreas esenciales para la subsistencia y desarrollo del hombre y la sociedad, debe evolucionar, más aún cuando su estancamiento pudiera atentar contra el derecho fundamental a la igualdad, pilar del Estado de Derecho. No es igual el mínimo de energía que requiere la Valencia de hoy, que el mínimo que requería hace cincuenta años, ni es igual el mínimo de centros médico-asistenciales que requiere Maracaibo, que el mínimo requerido en Quiriquire, Edo. Monagas. Para determinar el mínimo, es necesario verificar los medios existentes en un lugar y época determinados, siendo exigible el medio menos complejo que pueda cubrir de manera eficiente la necesidad de que se trate. Por ejemplo, el metro no puede considerarse como medio de transporte mínimo en una zona de escasa población, donde no hay servicio de taxi o autobús, ya que sería alguno de éstos, el mínimo garantizado, sin que pudiera considerarse satisfecha tal necesidad con el empleo de carretas tiradas por caballos.

Es función del Estado, establecer la forma en la que han de prestarse los servicios que se dispondrán para garantizar efectivamente el mínimo de satisfacción de las necesidades básicas, bien sea reservándose o no su prestación. En consecuencia, el Estado pudiera reservarse la prestación del

servicio de energía y dejar el servicio de transporte al libre mercado, pero imponiéndole ciertas cargas, o viceversa. Las opciones son muchas y variadas.

A la luz de las consideraciones anteriores, ¿es posible considerar Internet como una necesidad básica? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es el mínimo que debe garantizar el Estado y de qué modo será más eficiente?

Un criterio biológico niega tal interrogación; un criterio sociológico la hace discutible, por cuanto dependerá del desarrollo del grupo poblacional de que se trate, pero en el caso de Venezuela, si se analiza desde el punto de vista jurídico, se observa que existe, al menos hasta ahora, el ejercicio de dos derechos que erigen a Internet en necesidad básica, y que en consecuencia, impone que deba ser garantizada por el Estado. Se trata de la solicitud de pasaportes y la autorización para cambiar bolívares por divisas extranjeras, que en los actuales momentos, por una radical aplicación del modelo de gobierno electrónico, sólo pueden realizarse mediante Internet, por lo que el Estado Venezolano, en virtud del artículo 2 constitucional, está en la obligación de garantizar el mínimo necesario para que los ciudadanos puedan ejercer tales derechos; lo contrario implicaría un tratamiento desigual para los ciudadanos y por tanto, inconstitucional.

El modelo de gobierno electrónico se basa en la optimización de tramites públicos agilizándolos, reduciendo costos (Ejemplo: Transporte y soportes físicos como el papel) y facilitando su realización a distancia empleando tecnologías de información, especialmente, a través de Internet.

En este orden de ideas, el objeto de este estudio consiste en determinar cuál es el régimen jurídico-económico de Internet que resulta más conveniente para instaurar y desarrollar un modelo de gobierno electrónico en Venezuela.

1. El gobierno electrónico

En Bélgica¹, el gobierno electrónico ha sido definido como una forma de actuación administrativa utilizando de modo óptimo las tecnologías de información y comunicación. ("Le e-Government ou gouvernement électronique est une manière fondamentalement nouvelle, intégrée et continue de fournir des services publics en utilisant de façon optimale les technologies de l'information et de la communication -TIC-").

El gobierno electrónico no se limita simplemente a ofrecer páginas web de la Administración Pública, sino que implica un profundo cambio en su funcionamiento, así, la recepción, el procesamiento y el intercambio de datos en el seno de una misma Administración o entre Administraciones son adaptados a la prestación de servicios por parte del Estado de forma electrónica de manera que respondan a las necesidades de los ciudadanos y las empresas.

1 **LE GOUVERNEMENT ÉLECTRONIQUE (OU E-GOVERNMENT)** [página web]. Disponible: http://economie.fgov.be/information_society/administrations/e-government_BE/e government_definition_fr_001.htm#e-Government_Consulta: 2008, Octubre 15].

El gobierno electrónico modifica la interacción entre los poderes públicos, por una parte, y las empresas y los ciudadanos por la otra, para lograr así mayor velocidad, accesibilidad y transparencia.

En este mismo sentido, la Ley de Gobierno Electrónico de Estados Unidos (E-government Act), en el numeral 3 de la sección 3.601, define el gobierno electrónico como el uso gubernamental de herramientas basadas en Internet y otras tecnologías de información combinadas con procesos que implementen estas tecnologías para incrementar el acceso hacia la información del Estado y el envío de tal información y servicios a los particulares y entes públicos; además de proporcionar efectividad, eficiencia y calidad de servicio en las operaciones públicas.

Bajo la misma orientación de la legislación estadounidense, en el caso venezolano, el artículo 2 del proyecto de Ley de Infogobierno² define al gobierno electrónico o infogobierno como un "Modelo de gestión pública que se fundamenta en el uso intensivo de las tecnologías de información para proveer medios ágiles, confiables, efectivos y eficaces de información, comunicación y participación de los ciudadanos, para la prestación segura y directa de servicios, y que tiene como objetivo fundamental transformar al Estado como resultado de las mejoras de los procesos y el aumento de la eficiencia y transparencia en el Poder Público, generados por el uso de las Tecnologías de Información".

Como se puede apreciar en las definiciones citadas, todas hacen referencia al empleo de las tecnologías de información y comunicación en la interacción entre los particulares y el Estado, así como en la prestación de servicios de manera eficiente por parte del Estado. Además, destaca como nota común la incorporación de tales tecnologías en toda actividad del Estado y no sólo su empleo como medio de información pública.

Para lograr la instauración de este modelo se requiere una compleja red de centros de recepción, procesamiento y envío de datos, en otras palabras, se requiere la prestación de servicios de Internet de forma eficiente, que cumpla con los requisitos necesarios para garantizar el buen funcionamiento de este modelo de gestión pública.

Ese servicio pudiera ser prestado por el Estado, por los particulares o por ambos. Para definir cuál es el modelo que mejor se adapta a tal fin, se analizarán las características del régimen de reserva y de libertad de empresa que permite la Constitución.

2. Internet como actividad reservada

En Venezuela, de conformidad con el artículo 112 constitucional, rige el principio de libertad de empresa, pero éste puede verse limitado e inclusive

2 | http://www.cavedatos.org.ve/download/cdt 367.pdf. Consultado el 8 de octubre de 2008.

excluido por el Estado cuando impone ciertas cargas a los titulares de este derecho, o cuando lo excluye plenamente mediante su reserva expresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 302 constitucional. Según José Ignacio Hernández G.³,

"(...) Hay que distinguir... entre la reserva de titularidad y la reserva de gestión. En la primera, el Estado se reserva solamente la titularidad de la actividad, permitiendo al sector privado intervenir en la gestión de las actividades de titularidad pública; en el segundo supuesto, por el contrario, el Estado además de reservarse la titularidad, se reserva la gestión del servicio sobre el que recae la publicatio, supuesto en el cual la participación del sector privado queda proscrita".

Llegado a este punto es necesario preguntarse: ¿Para instaurar un modelo de gobierno electrónico en Venezuela, es necesario que el Estado se reserve la prestación del servicio de Internet?

Como se afirmó *ut supra* el gobierno electrónico requiere la existencia de un sistema con las características que actualmente tiene Internet, sin perjuicio de que en el futuro surjan tecnologías superiores o diversas. Ello deja en evidencia la necesidad de que se garantice su prestación de forma general, permanente, espacialmente ilimitada, a costos accesibles y mutable; de esta forma, todos los ciudadanos, en cualquier momento, desde cualquier lugar, a bajo costo y progresivamente con mayor calidad, puedan interactuar con el Estado para ejercer sus derechos de forma más óptima.

Las referidas características pueden ser definidas así:

a. Generalidad: No puede concebirse en un Estado Social la desigualdad entre los ciudadanos, más todavía cuando esa desigualdad no puede hacerla desaparecer quien la origina a pesar de estar llamado garantizar lo contrario. Por tal razonamiento, cuando la Administración impuso como única forma de obtener el pasaporte, su tramitación a través de Internet, colocó en estado de desigualdad a las personas con ingresos insuficientes para adquirir una computadora y costear el servicio de Internet, y las personas que no están en la capacidad de pagar por ello.

La generalidad es uno de los objetivos más importantes que se pretende alcanzar al reservar una actividad al Estado, puesto que la Administración, de conformidad con el artículo 141 constitucional, "...está a servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de ...eficacia y eficiencia..."; situación que no ocurre cuando la actividad prestacional es dejada

³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. FUNEDA y Ediciones IESA, Caracas, 2004.

al mercado, en vista de que sólo cubrirá aquellos sectores capaces de pagar la contraprestación económica que exige el prestador privado.

La Administración, en caso de reservarse la prestación del servicio de Internet, no podría actuar en busca de intereses distintos al público, puesto que no sólo sus actos serían nulos sino que su actuación pudiera ser delictiva. Esta es una de las ventajas que implicaría la reserva al Estado de la prestación de Internet, que el Estado debe velar porque todos los ciudadanos puedan acceder al servicio mientras que el mercado sólo se interesa por aquellos que puedan pagar el precio exigido. El problema sería entonces determinar si el Estado está en capacidad de hacerse cargo de ello.

b. Permanencia: Una de las características del gobierno electrónico es la de proporcionar a los ciudadanos, oficinas virtuales en las que puedan realizar los trámites administrativos que requieran, en cualquier momento. El gobierno electrónico ofrece acceso a la administración sin barreras temporales, aunque situaciones de orden material hagan imposible la respuesta inmediata a sus peticiones o la posterguen por cualquier otra razón de orden lógico o jurídico.

Para ello se requiere que el servicio de Internet sea prestado de forma continua, que su prestador pueda proveerlo en todo momento y así pueda cumplirse con una de las ventajas fundamentales del gobierno electrónico: la disponibilidad de la Administración sin limitación temporal. El gobierno electrónico no tiene horario de recepción de solicitudes, quejas y documentos en general, de allí la importancia de disponer todos los días y a toda hora de un servicio de Internet para evitar que el modelo que se pretenda implantar pierda un de sus características más importantes.

Con la finalidad de lograr la permanencia del servicio, no se observan situaciones que favorezcan la prestación de Internet por el propio Estado o por los particulares. Sin embargo, pudiera ocurrir que dejar plenamente la prestación de este servicio al arbitrio de particulares pudiera someter al Estado al riesgo de que sea suspendido el servicio por problemas económicos del prestador, e incluso, por la propia voluntad de quien tiene el poder de suspender, aunque sea temporalmente, la prestación del servicio. Sin embargo, como se verá posteriormente, en el régimen de actividades no reservadas existen mecanismos legales para regular tales situaciones

c. Ilimitación espacial: Otro de los grandes atractivos del gobierno electrónico es la ausencia de limitación espacial para acceder al Estado. Este modelo de interacción virtual permite a los ciudadanos acceder a los diferentes órganos y entes públicos desde cualquier lugar del mundo en el que se encuentren siempre que dispongan de una computadora y un servidor de Internet, de allí la importancia del régimen jurídico-económico que se fije para prestar este servicio, puesto que de las posibilidades reales de su expansión dependerá la mayor accesibilidad de los ciudadanos al Poder Público.

Sin embargo, al eliminar las barreras físicas ofreciendo un servicio al mismo tiempo a un gran número de sujetos ubicados en diferentes lugares, debe contarse con un sistema capaz de soportar la gran demanda que se generará y así evitar que el sistema colapse y se interrumpa la prestación del servicio o la actividad de que se trate. Si no se cuenta con la infraestructura, la tecnología, el material y el recurso humano necesario, los resultados serán contrarios a los esperados, y al ser ineficaz el modelo, es inútil su puesta en practica como medio único de acceso y por ende inconstitucional, ya que la eficacia y la eficiencia son dos de los principios en los que se basa la Administración, según lo consagrado en el citado artículo 141 de la Constitución Nacional.

Esta característica puede ser cumplida por los prestadores de servicios de Internet, ya sea en régimen de libre competencia o por el propio Estado, previa reserva, siendo aplicables las mismas consideraciones expuestas con relación a la generalidad, a la cual remitimos.

d. Costo bajo: El interés de la administración, ya se ha dicho, es el interés público, en tanto que el interés particular es el interés privado. La Administración persigue el bien común, mientras que los particulares persiguen, principalmente, el desarrollo propio. Partiendo de las premisas anteriores, habría que concluir que si el Estado se reserva la prestación del servicio de Internet, la tarifa que como contraprestación económica tendrían que cancelar los usuarios, tiene que ser menor que el precio que impondría el mercado con la creciente inflación existente en el país.

Todo inversionista, y es lógico, persigue una ganancia. El Estado persigue la satisfacción de las necesidades aún cuando la ganancia sea mínima o nula puesto que la función del Estado Social es garantizar el mínimo indispensable de bienes y servicio que satisfagan las necesidades básicas de los ciudadanos y no obtener beneficios económicos mediante la prestación de tale bienes o servicios.

De allí que considerando únicamente este aspecto desde el punto de vista de una libertad irrestricta de fijación de precios controlada sólo por la ley del mercado, y la fijación de tarifas como contraprestación del servicio prestado por el Estado, el costo tarifado debe ser menor que el precio fijado libremente. Sin embargo fuera de ese caso de estudio académico, en el régimen de actividades no reservadas, el Estado también puede valerse de medios legales para controlar la fijación de precios, como se indicará posteriormente.

El costo del servicio de Internet es fundamental para la instauración de un modelo de gobierno electrónico porque ese medio es el que permite la interacción entre el Estado y los particulares. Con un servicio a un costo elevado, sería poco probable para una parte importante de la población acceder al Estado por esta vía, lo que implicaría una desigualdad no tolerable en el Estado Social, especialmente cuando se trata de cubrir necesidades básicas.

e. Mutabilidad: La mutabilidad es un requisito indispensable para la prestación de cualquier servicio en condiciones de alta calidad. Un servicio que se preste apartado de las conquistas logradas por el progreso de la humanidad siempre será insuficiente y más aún cuando se trata de tecnología, *per se* cambiante de forma acelerada.

Para evolucionar tecnológicamente se requiere inversión. La libre competencia protegida constitucionalmente por el artículo 113, impulsa a los competidores a ofrecer mejores servicios en la búsqueda de más y mejores clientes. Como el Estado Social sólo debe prestar el servicio mínimo indispensable para cubrir la necesidad de que se trate, al reservarse una actividad, es factible suponer un estancamiento en la evolución de los servicios ofrecidos.

El derecho a la libre empresa permite no sólo el libre acceso al mercado sino la libre fijación de precios (aunque es posible fijar ciertos límites); esta situación apareja un incremento en la ganancia y en consecuencia se puede disponer de una mayor cantidad de dinero para invertir en innovación tecnológica. No es igual acceder a Internet por un sistema de banda ancha móvil que acceder mediante el sistema de marcado por la línea telefónica, en ambos casos la velocidad de conexión, en proporción con la cantidad de datos movilizados, es diametralmente opuesta. De modo que, en lo que se refiere a este aspecto, destacan claramente las ventajas que brinda la prestación privatizada de los servicios de Internet ante su prestación por parte del Estado.

3. Internet como actividad no reservada

Para José Ignacio Hernández⁴, la libre iniciativa privada no implica una regla de abstención para el Estado, por el contrario, los distintos órganos que ejercen el Poder Público deben intervenir en el orden económico para proteger la libertad de empresa. La economía de mercado además de incluir la actuación de los Poderes Públicos, exige su participación, en el entendido de que deben promover la iniciativa económica privada por disposición expresa del artículo 112 de la Constitución Venezolana. Es decir, aunque la ordenación jurídica de la iniciativa privada restrinja su libre ejercicio, tal proceder, por razones de interés social, tiene su fundamento en la norma de la Constitución que impone a la Administración garantizar, proteger y promover la libertad de empresa o libertad económica.

El planteamiento anterior sustentado en la cláusula del Estado Social sigue la orientación filosófica que admite que toda libertad implica restricciones, de lo contrario, habría anarquía e imposición del más poderoso sobre los débiles, ya que si cada quien hace lo que puede de acuerdo con lo que quiere, el caos

⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. FUNEDA y Ediciones IESA, Caracas, 2004.

impediría el ejercicio de verdaderas libertades. Así, para que haya libertad económica, debe haber restricción de esa libertad con miras al interés colectivo y no al interés privado que guía a quienes intervienen en el mercado en régimen de libre competencia.

De conformidad con los razonamientos expuestos, la libertad de los particulares en la economía no es consecuencia de la ausencia de reserva de una actividad por parte del Estado, por el contrario, la cláusula del Estado Social habilita al Estado para que límite tales actividades y así pueda lograr el mínimo nivel de satisfacción de las necesidades básicas al que está obligado.

Partiendo de tal afirmación, un medio del que se vale el Estado para intervenir en la libertad de empresa es a través del servicio universal o la imposición de cargas de "servicio público" o de "interés general", instituciones que se erigen como restricciones al derecho a ejercer la libre empresa, por medio de las cuales se asignan a los particulares obligaciones positivas⁵.

Visto que la prestación de Internet bajo el régimen de la libertad de empresa admite la imposición de cargas u obligaciones de interés general, se pasará a analizar si Internet, bajo un régimen de actividad no reservada, puede cumplir con los requisitos que exige la instauración de un modelo de gobierno electrónico en Venezuela.

1.1 Internet bajo el régimen de libertad de empresa limitada por cargas u obligaciones de interés general

Para precisar el régimen actual de Internet es necesario analizar la legislación que regula su prestación. En este sentido, en el ámbito constitucional, no se encuentra una disposición expresa que reserve la prestación de Internet al Estado, no obstante, se pueden indicar como referencias indirectas:

- 1. Que el Estado reconocerá el interés público de los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional (Art. 110); y,
- 2. Que los centros educativos deben incorporar el conocimiento y la aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones según lo determine la ley (Art. 108).

Entre los sistemas de información y nuevas tecnologías existentes, lógicamente se encuentra Internet.

5 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. FUNEDA y Ediciones IESA, Caracas, 2004.

En un grado normativo inferior, se debe acudir a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTel), texto normativo que tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones (Art. 1), las cuales define como "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse" (Art. 4).

De modo que al ser Internet una red interconectada de computadoras que permite intercambiar datos, sonidos e imágenes, queda incluida dentro del género de las telecomunicaciones, y en consecuencia, su prestación está regulada por la ley orgánica referida.

Esta ley, califica a las telecomunicaciones, y en consecuencia a Internet, como "actividades de interés general" (Art. 5), lo cual, al no ser una declaratoria expresa de reserva, deja la prestación de servicios de Internet bajo el régimen de actividades no reservadas al Estado.

Con idéntica orientación, existen dos instrumentos normativos que declaran el interés público en los sistemas de información, entre los cuales destaca Internet: El primero de ellos es la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI), que dispone que las actividades científicas, tecnológicas y de innovación son de interés público y general; el segundo, es el Decreto Nº 825 de 22 de mayo de 2000 sobre Internet como prioridad (Decreto 825/2000), que declara a esta actividad telecomunicacional como "prioridad nacional", lo cual, no puede servir de fundamento para considerar Internet como actividad reservada.

Por su parte, el proyecto de Ley Orgánica de Servicios Públicos (PLOSP), regula los aspectos generales relacionados con las telecomunicaciones *en todas sus áreas* (Telefonía, Internet, televisión, etc.) para garantizar al usuario el derecho constitucional a comunicarse (Art. 104). Cuando hace referencia a las "telecomunicaciones" las califica de "servicio" (Artículos 104, 105, 106 y 109), y aún cuando finaliza indicando que hay servicios de telecomunicaciones públicos y privados (Art. 111), no reserva tal actividad.

De acuerdo con lo expuesto, hasta que se legisle en otro sentido, el servicio de Internet en Venezuela será prestado bajo el régimen de libre empresa, y en consecuencia:

A. La actividad es de titularidad privada: La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LOTel) prevé que será necesaria la habilitación administrativa previa, o la concesión, si es el caso, para "el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones". En el primer caso (habilitación previa), se trata de un acto declarativo, puesto que el autorizado ya posee un derecho subjetivo a prestar el servicio de telecomunicaciones (Art. 9) LOTel; en el segundo caso (concesión), no existe un derecho preexistente del particular

a prestar el servicio, sino que este nace con el acto concesional de la Administración.

El sometimiento de una actividad a la habilitación se justifica, en el caso bajo examen, por razones de organización y de garantía de calidad de servicio, entre otras, que implican que se imponga a los particulares el cumplimiento de ciertas condiciones técnicas, económicas, profesionales, etc., dice Ariño⁶, cuya verificación por el ente regulador, permitan al solicitante ejercer el derecho a prestar el referido servicio sin que el Estado pueda negarse a otorgar la habilitación.

Eso es precisamente lo que ocurre en Venezuela con el servicio de Internet cuya prestación requiere de habilitación previa (Art. 23 LOTel). Una vez que el ente regulador (La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en lo sucesivo, CONATEL), determina que se han cumplido los requisitos y condiciones previstos en la ley, la única opción de que dispone es otorgar la habilitación administrativa requerida (Art. 29 LOTel); por argumento en contrario, sólo podrá negarla si se comprueba que el interesado no cumple con los extremos de ley (Art. 30 LOTel). Sólo en un caso puede negarse la habilitación para prestar servicios de Internet, basándose en criterios de oportunidad o conveniencia, a quien cumpla con todos los requisitos exigidos: Cuando surjan graves circunstancias atinentes a la seguridad del Estado que, a juicio del Presidente de la República, hagan aconsejable negar su otorgamiento (Art. 108, cardinal 5 LOTel).

Si se tratase de una actividad de titularidad pública, CONATEL pudiera dictar una decisión debidamente motivada, en la que determine si autoriza o no al requirente, haciendo uso de la discrecionalidad administrativa de la que goza.

Adicionalmente, el Decreto 825/2000, prevé que el Ministerio de Infraestructura, (actualmente es CONATEL quien tiene la competencia), tramitará el otorgamiento de las habilitaciones administrativas necesarias para prestar servicios de acceso a Internet de manera expedita, simplificando los requisitos exigidos (Art. 6), de modo tal, que una vez presentada la solicitud de habilitación para prestar servicios de Internet acompañada de todos los requisitos, no sólo deberá otorgar la habilitación, sino que tales requisitos deberán simplificarse (respetando los niveles mínimos de calidad exigible para una adecuada prestación del servicio) y la autorización deberá hacerse en el menor tiempo posible.

B. La regulación del sector es posible por habilitación de la cláusula del Estado Social: De acuerdo con Yosmari García Moreno⁷, las telecomunicaciones constituyen una actividad indispensable para el desarrollo

⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 1997.

⁷ GARCÍA MORENO, Yosmary: I y II Congreso de Derecho de las Telecomunicaciones, nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela. Ed. Publicaciones Ucab, Caracas, 2001.

social y económico del país, por lo que requieren de la intervención del Estado para garantizar la protección de los intereses involucrados, sin obstaculizar el libre mercado sino más bien, estableciendo regulaciones que permitan proteger la libre competencia e imponer a los particulares ciertas cargas de interés general.

La posibilidad de la regulación alcanza los aspectos de mayor importancia en el régimen de la libre actividad económica, pues de tal regulación depende que el Estado, a través de los particulares, pueda cumplir las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Constitución Nacional, y en el caso objeto de este estudio, los requisitos que exige la implantación de un modelo de gobierno electrónico. Uno de estos aspectos es la prestación del servicio a un costo accesible para todos los ciudadanos.

Quienes ofrecen bienes o servicios en un régimen de libre competencia, disponen de libertad para fijar los precios, pero limitada tanto por las reglas del mercado como por la regulación que prevea el Estado por razones de interés social.

En Venezuela, la LOTel permite a los prestadores de servicios de telecomunicaciones fijar libremente sus precios, salvo por lo que respecta a los servicios prestados en función de una obligación de servicio universal cuyas tarifas requieren ser publicadas en la Gaceta Oficial nacional, previa aprobación de CONATEL. Igualmente, podrán fijarse tarifas en caso de que exista una limitación a la libre competencia determinada por la Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), derivada de la existencia de carteles, monopolios, oligopolios u otras formas de dominio de mercado. En este último caso, las tarifas se mantendrán vigentes hasta que existan las condiciones que permitan la competencia efectiva en ese mercado.

Con fundamento en lo expuesto hasta aquí, los prestadores de servicios de Internet en Venezuela podrán establecer libremente el precio de dicha actividad, salvo en lo que se refiere a las obligaciones de servicio universal impuestas por la LOTel y desarrolladas por el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones (RLOTel) o en los demás casos antes referidos. En el mismo sentido, el PLOSP, prevé especialmente entre los aspectos generales de las telecomunicaciones, que el costo tarifario que se debe cancelar como contraprestación del servicio, será regulado por esa ley (Art. 104).

Una carga u obligación de interés general puede ser la interconexión, a costos accesibles, con las páginas web de las distintas dependencias públicas, de modo que se haga efectivo el modelo de gobierno electrónico que se instaure.

C. Se pueden asignar cargas u obligaciones de interés general: Al no estar reservada la actividad catalogada como servicio de interés general, el Estado, en pro del bien colectivo, deberá imponer al prestador de tal servicio

ciertas cargas u obligaciones; entre ellas, destaca Araujo⁸, con carácter fundamental, la obligación de servicio universal.

Estas obligaciones, en lo que respecta a la prestación del servicio de Internet, se obtienen a partir del régimen definido en RLOTel, según el cual, la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones es aquella que se asigna a un operador de servicios de telecomunicaciones mediante los mecanismos previstos en él, en atención a la satisfacción del propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo, desarrollo del servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones para la población. (Art. 3 RLOTel y 49 LOTel).

Los objetivos que se persiguen al asignar obligaciones de servicio universal a una actividad, tanto individualmente considerada (Tal sería el caso de establecer obligaciones específicas para los prestadores del servicio de Internet) como de acuerdo con criterios más generales (Ej. Las telecomunicaciones), están principalmente dirigidos a la satisfacción de las necesidades de quienes han resultado excluidos del desarrollo nacional; por ello afirma acertadamente Vaquer⁹ que esta noción de servicios económicos de interés general, no olvida la solidaridad social.

En el caso de las telecomunicaciones en general, el RLOTel establece objetivos primordiales que guían estas obligaciones, de los cuales, aplicados al servicio de Internet, se puede destacar la integración de las comunidades geográficamente aisladas profundizando la prestación del servicio de Internet mediante la extensión de cableado, fibra óptica, sistemas que funcionen con ondas electromagnéticas o con la tecnología que surja en el futuro. Con lo cual, se cumplen los requisitos de generalidad e ilimitación espacial que exige cualquier modelo de gobierno electrónico.

Consciente del gasto que implica cumplir a cabalidad con estas obligaciones, durante períodos mínimos de cinco años (Art. 28 RLOTel), y de la posibilidad de tener que ampliarlas cuando la demanda del servicio dentro del área geográfica no pueda ser satisfecha bajo los parámetros del proyecto original, los prestadores del servicio de Internet, según las obligaciones de servicio universal que deban cumplir, podrán optar por subsidios de acuerdo con determinadas condiciones previstas en el RLOTel.

D. La Administración Pública, por razones de interés social, ostenta potestades de supervisión, control, sancionadoras y arbitrales: Aplicando exclusivamente al servicio de Internet las potestades de que dispone CONATEL para regular los servicios de telecomunicaciones en general, se pueden indicar

⁸ ARAUJO-JUÁREZ, José: *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Ed. Vadell hermanos, Caracas, 2003.

⁹ VAQUER CABALLERÍA Marcos. *El nuevo servicio público*, VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias". Ed. FUNEDA, Caracas, 2002

como potestades de dicho ente, las siguiente: Inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios de Internet (potestad de supervisión); Administrar, regular y controlar el uso de los recursos limitados utilizados en Internet (potestad de control); Otorgar, revocar y suspender las habilitaciones administrativas y concesiones según la ley (potestad sancionadora); Actuar como árbitro en la solución de conflictos que se susciten entre los operadores de servicios en los casos previstos en la ley (potestad arbitral).

Araujo¹⁰ comenta que estas potestades las ostentará la Administración Pública si la actividad posee trascendencia social además de ser útil a la comunidad por su carácter básico, esencial o mínimo, de lo contrario, sería innecesaria la regulación.

Las telecomunicaciones en general son de una utilidad indiscutible en el estado actual de la civilización. Basta pensar en situaciones de emergencia en la que una llamada a los bomberos o a la policía podría salvar la vida de una o más personas, o en la importancia de la transmisión de acontecimientos de interés nacional para mantener a la sociedad informada de lo que sucede.

En el caso de Internet, esa utilidad general que derivada de su carácter básico, esencial o mínimo, se refleja en la rapidez y facilidad para acceder a información de todos los rincones del planeta, para expresar las propias ideas sin limitaciones, interrelacionarnos con el resto del mundo de forma eficiente y económica, para facilitar el acceso del ciudadano al Estado mediante formulas de gobierno electrónico, entre otras.

4. Conclusión

La sociedad venezolana de hoy está urgida de una optimización integral de la interacción con el Estado. Los trámites públicos deben realizarse de forma simple y célere, dejando en el pasado la interminables diligencias, el agotador tránsito entre diferentes oficinas públicas y la espera infinita por la satisfacción del derecho a la petición y la oportuna y adecuada respuesta con el que contamos todos los venezolanos.

Para lograr tal cambio, en el mundo se ha venido gestando la implementación de las ventajas de las nuevas tecnologías en los procesos gubernamentales, principalmente en lo que se refiere al acceso de los ciudadanos al Estado. Entre tales avances tecnológicos destaca Internet como elemento indispensable para instaurar las ventajas del gobierno electrónico, modalidad de actuación estatal que pretende agilizar y facilitar la interrelación Estado-ciudadano, y que en el caso venezolano, al hacer depender exclusivamente de Internet el ejercicio de dos derechos, este medio de telecomunicación queda constituido

¹⁰ ARAUJO-JUÁREZ, José: Manual de Derecho de los Servicios Públicos. Ed. Vadell hermanos, Caracas, 2003.

automáticamente en una necesidad básica, ya que sin Internet no se pudiera tener obtener el pasaporte ni divisas extranjeras, y en consecuencia el derecho a la libre circulación quedaría limitado únicamente al territorio nacional. De allí la necesidad de garantizar la prestación de servicios de Internet, actividad que, según el estudio realizado, puede ser ejercida por el propio Estado, o puede ser dejada a la libre empresa, siempre que se establezcan las garantías mínimas que permitan a la ciudadanía en general, disfrutar de las ventajas que supone acceder al Estado en cualquier momento, desde cualquier lugar, a bajo costo y con un nivel mínimo de calidad, de forma que efectivamente sea satisfecho, es decir, el mínimo de Internet que debe garantizar el Estado es el necesario para que los ciudadanos puedan acudir a él y así ejercer los derechos que sólo pueden materializarse en el ciberespacio.

Para lograr este objetivo son más las ventajas que se observan en la prestación del servicio por la libre iniciativa privada, que el Estado debe promover, que la excepcional reserva de tal actividad, sobrecargando al Estado de funciones que no le son propias. Esta situación es más ventajosa no sólo porque el Estado no se abarrota de actividades prestacionales, sino porque la propia inversión en régimen de libre competencia fomentará la evolución tecnológica del servicio prestado y el Estado, habilitado por la cláusula del Estado Social, podrá limitar la libertad de empresa de modo que imponga obligaciones que garanticen su prestación a los menos aventajados económica y geográficamente hablando; es decir, el Estado podrá regular la prestación de servicios de Internet de modo que sea ofrecido en cumplimiento de los requisitos que exige el modelo de gobierno electrónico, como lo son la generalidad, la permanencia, la ilimitación espacial, la accesibilidad en los costos y la mutabilidad.

A pesar de ello, no debe descartarse que el Estado organice un sistema propio de redes exclusivamente para la intercomunicación entre órganos de uno o todos los entes públicos, no susceptible de manipulación por terceros, de modo que pueda garantizar su soberanía tecnológica y por ende, su independencia en la instauración de un modelo de gobierno electrónico eficiente y garantista.

Bibliografía

- ARAUJO-JUÁREZ, José: *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Ed. Vadell hermanos, Caracas, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 1997.
- CONSŤITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial Nº 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000.
- DECRETO SOBRE INTERNET COMO PRIORIDAD. Nº 825. Gaceta Oficial Nº 36.955, 22 de mayo de 2000. República Bolivariana de Venezuela.
- E-GOVERNMENT ACT. Consultado el 9 de diciembre de 2006, en: http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c107:5:./temp/~c1075T1Wyb:e9144:. Estados Unidos de América.
- HERNÁNDEZ GÓNZÁLEZ, José Ignacio: La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. FUNEDA y Ediciones IESA, Caracas, 2004.
- GARCÍA MORENO, Yosmary: I y II Congreso de Derecho de las Telecomunicaciones, nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela. Ed. Publicaciones Ucab, Caracas, 2001.
- LEY ORGÁNICA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN. Gaceta Oficial Nº 37.291, 26 de septiembre de 2001. República Bolivariana de Venezuela.
- LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES. Gaceta Oficial Nº 36.970, 12 de junio de 2000. República Bolivariana de Venezuela.
- PROYECTO DE LEY DE INFOGOBIERNO. Disponible en http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=695. [Consultado el 9 de diciembre de 2006]
- PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Aprobado en primera discusión, 15 de junio de 2006.
- REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES SOBRE EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES. Gaceta Oficial N° 37.781, 23 de septiembre de 2003. Reformado mediante Decreto N° 3.227, 8 de noviembre de 2004. República Bolivariana de Venezuela.
- LE GOUVERNEMENT ÉLECTRONIQUE (OU E-GOVERNMENT) [página web]. Disponible: http://economie.fgov.be/information_society/ administrations/e-government_BE/e_government_definition_fr_001.htm#e-Government [Consulta: 2008, Octubre 15].
- VAQUER CABALLERÍA Marcos. El nuevo servicio público, VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias". Ed. FUNEDA, Caracas, 2002

La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores

Ángela Guisado Moreno*

SUMARIO: I. Preliminar. II. Unificación del Derecho privado en Europa *Versus* Unificación del Derecho contractual europeo. 1. Aclaraciones previas. 2. La oportunidad y conveniencia de la unificación jurídica. A) Argumentos a favor de la unificación jurídica B) Argumentos en contra de la unificación jurídica. III. Movimientos unificadores. 1. Iniciativas en el ámbito institucional comunitario. 2. Iniciativas académicas en el ámbito regional europeo. 3. Tentativas de unificación a nivel internacional. IV. La normativa europea de consumo y la reguladora del comercio electrónico como instrumentos de unificación jurídica. V. Consideraciones finales.

Resumen

El derecho de información del consumidor es un derecho plenamente consagrado tanto en la legislación comunitaria europea, como particularmente en la española. Sin duda, es un derecho clave en la contratación electrónica y, en términos más amplios, en el nuevo modelo que reclama denominarse Sociedad de la Información. No obstante, pese al mencionado reconocimiento legal y a la importancia de la información para el nuevo modelo de sociedad, los entornos operativos asociados a Internet acusan notables déficits y asimetrías de información en perjuicio del consumidor. Con todo, lo que resulta paradójico y sorprendente es que dentro de las redes de comunicación como Internet, las deficiencias de información que han de soportar los consumidores sean aun superiores a las que habitualmente se producen fuera de ellas.

Palabras clave: Derecho de información. Consumidor. Contratación electrónica. Comercio electrónico. Sociedad de la Información.

Recibido: 28/3/2008 • Aceptado: 14/4/2008

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Extremadura. aguisado@unex.es

ISSN: 1317-9306

133-158

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

Abstract

The right of consumer information is a right established in the European Community and in Spanish legislation. No doubt, it is an essential right in the field of electronic contracts and, in a broader sense, in the new paradigm called Information Society. Despite the legal recognition and the importance of information for the new model of society, business environments associated with Internet suffer from considerable shortcomings and information imbalance in detriment of consumers. It is ironic and surprising that within the communication networks like Internet, the shortcomings of information consumers suffer are even higher than what usually occurs outside of them

Keywords: Right of information. Consumer. Electronic Contracts. Electronic Commerce. Information Society.

I. Preliminar

Es bien conocida la marcada tendencia de los mercados a unificar sus normas, lo que resulta fácil de entender ya que operar con diversidad normativa resta competitividad e incrementa costes (de transacción, de información y de litigios). Por lo que se refiere a Europa, este viene siendo un tema especialmente controvertido que aún hoy forma parte de un debate abierto en el que siguen apuntándose muy diversas soluciones. Es evidente que no es lo mismo hablar de algo tan genérico como la unificación del Derecho privado en Europa que de la unificación de una más concreta realidad, como es el Derecho contractual europeo. Con todo, lo cierto es que la realidad económica contemporánea requiere de un Derecho lo más unificado posible, y tanto esta realidad económica como el derecho unificado que la regule habrán de situarse hoy en el contexto de una economía abierta a la creciente globalización económica y al impacto de la llamada Sociedad de la Información¹. Imposible escapar de estos dos vendavales.

Hoy la Unión Europea (UE) está integrada por veintisiete Estados que comparten moneda (el euro), mercado (el Mercado Interior), pero no Derecho.

1 Se trata del nuevo modelo socio-económico y cultural propiciado por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación –como Internet- donde la información (que se emite, transita y es recibida a través de las redes), se erige en el centro neurálgico del sistema. La arquitectura de redes que da soporte al sistema permite tanto el acceso generalizado a un enorme flujo de información como el intercambio de ésta entre todo tipo de sujetos, instituciones y empresas, afectando a todos los ámbitos y facetas de la actividad humana, incluido el comercio y la contratación. Para una aproximación a los efectos del fenómeno globalizador, así como al alcance y significado de la Sociedad de la Información, nos permitimos remitir a GUISADO MORENO, A., Formación y perfección del contrato en Internet, Marcial Pons, Madrid, 2004, espec. pp. 25-49.

Sólo determinados ámbitos del Derecho de la contratación privada han sido armonizados mediante el instrumento de las directivas comunitarias que se han ido trasponiendo a los ordenamientos de los Estados miembros. El resto del Derecho privado, y dentro de éste, el Derecho contractual, sigue rigiéndose por normas divergentes, con toda la problemática inherente a esta situación.

Una mirada al mapa jurídico europeo bastará para advertir la existencia de algunos derechos nacionales unificados (los casos de Inglaterra, Suiza, Italia y Holanda), lo que contrasta vivamente con la situación a nivel de la UE, plano este donde el proceso de unificación avanza muy tímidamente. Las dificultades son obvias en orden a dicha unificación, pues nadie discute que en el viejo continente concurren distintas culturas y sistemas jurídicos, pero el óptimo funcionamiento del Mercado Interior (necesitado de normas homogéneas) constituye un argumento de peso a la hora de justificar cualquier esfuerzo de unificación, ya proceda de las instancias comunitarias propiamente dichas, ya de las denominadas 'fuerzas sociales' que vienen trabajando en pro de esta idea en el plano del Sotf Law. En este sentido, es clave el papel desempeñado por ambos tipos de agentes pues, como se ha dicho, el fenómeno ofrece una perspectiva bifronte, la de la norma positiva y la de la creación social². De ahí la referencia obligada a las diversas iniciativas y esfuerzos unificadores llevados a cabo desde distintos sectores y ámbitos. También, y dada su conexión con el tema, constataremos el impacto que en el citado proceso de unificación están teniendo dos tipos de normas: de un lado, la normativa comunitaria de consumo, ámbito en el que el grado de armonización es notable, a juzgar por la incesante oleada de directivas comunitarias sobre esta materia; de otro lado, las nuevas normas reguladoras de la contratación electrónica B2B y B2C³, campo en que, pese a su relativamente corto recorrido temporal, se está alcanzando también un cierto grado de armonización vía directivas. En ambos casos se trata de normas que han sido incorporadas por los Estados miembros a sus respectivos Derechos internos, introduciendo relevantes innovaciones y con la particularidad de que no atienden a la naturaleza civil o mercantil de las partes o los contratos, por lo que constituyen una vía de aproximación a la deseada unificación jurídica. Se podrá decir que es una aproximación parcial por cuanto limitada por razón de su campo material de aplicación, pero aun así no cabe negar que ambas realidades agrupadas (Derecho del consumo y contratación electrónica -ésta última en su doble vertiente B2B y B2C-) constituyen una parte muy significativa del Derecho de la contratación privada. Y no es mera afirmación retórica, pues

² En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., "La unificación europea del Derecho contractual europeo, entre la realidad y el deseo", *Derecho de los Negocios*, núm. 201, junio de 2007, pp. 1-5, espec. p. 5.

³ Como es sabido, B2B y B2C son los acrónimos universalmente conocidos y utilizados para designar al comercio electrónico entre empresas/profesionales (*business to business*) y al comercio electrónico entre empresarios/profesionales y consumidores (*business to consumers*), respectivamente.

más allá del volumen de contratación (y negocio) que representan, sendas realidades encarnan 'materia sensible' y 'avanzadilla contractual', respectivamente.

Pese a las dificultades con que tropieza el proceso de unificación jurídica, todo parece indicar que la necesidad de alcanzar dicha unificación se ha acentuado en los últimos tiempos en que Internet -y las nuevas tecnologías en general- imprimen un acelerado ritmo a la realidad social y económica, agilizando el funcionamiento de los mercados y favoreciendo el fortalecimiento de la contratación electrónica. No se descarta, por otra parte, que la normativa de protección del consumidor –incluida contratación electrónica B2C- como el restante acervo normativo sobre contratación electrónica, acaben integrándose dentro del futuro Código de Contratos, Principios contractuales europeos, o comoquiera que se denomine al texto en que finalmente se materialice la unificación del Derecho contractual europeo –pues este es otro de los puntos donde los interrogantes siguen abiertos-.

II. Unificación del Derecho privado en Europa versus unificación del Derecho contractual europeo

1. Aclaraciones previas

Dado que el tema de la unificación es de una enorme complejidad técnicojurídica, a fin de situar correctamente los términos del debate, convendrá hacer algunas advertencias previas:

- a. Hay que diferenciar entre armonización y unificación, términos alusivos a procesos situados en distintos niveles o grados. La *armonización* implica una aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros (en orden al establecimiento o funcionamiento del Mercado Interior), y sin que los derechos nacionales sean reemplazados por el Derecho comunitario; la *unificación*, por el contrario, va más allá, pues supone que los derechos nacionales se sustituyen o son reemplazados por el Derecho comunitario.
- b. En segundo lugar, recordemos que el sintagma Derecho privado abarca el Derecho civil y el mercantil, pero también otras disciplinas jurídicas como el Derecho internacional privado, el laboral y el procesal.
- c. Finalmente conviene aclarar que la expresión "Derecho privado europeo" tiene mayor amplitud que la expresión "Derecho privado comunitario", en la medida en aquél comprende no sólo este último, sino también la jurisprudencia comunitaria, convenios internacionales supracomunitarios e incluso, principios de *soft law* procedentes de diversas instituciones.

Por tanto, habremos de ser cautelosos a la hora de abordar el tema de la unificación jurídica europea, máxime teniendo en cuenta que la idea-fuerza que preside la actuación comunitaria es el óptimo funcionamiento del Mercado Interior, esto es, las transacciones comerciales seguras y, por consiguiente, los contratos que a tal fin se desenvuelven en dicho mercado. Lo demás tal vez pueda esperar, pues seguramente dentro del Derecho privado hay determinadas áreas que no requieren una unificación inminente. Todo ello induce a pensar que, por el momento, resulta más fácil y conveniente optar por un proceso encaminado a la unificación del Derecho de contratos europeo, aun cuando, como veremos, hay quien defiende la idea de acometer un proceso de unificación de más dilatado alcance (la unificación de todo el Derecho privado, ya sea a través de un Código, ya sea a través del establecimiento de Principios Generales).

2. La oportunidad y conveniencia de la unificación jurídica

Es evidente que en el momento actual la unificación de todo el Derecho privado es una opción difícilmente factible, por los muchos e importantes obstáculos que habría de superar –entre otros, las divergencias entre los sistemas continental y anglosajón- además de requerir el consenso de todos los países comunitarios. De ahí el escepticismo que parte de la doctrina viene manteniendo sobre este gran proyecto europeo que, aunque deseable, estiman poco realista o dificilmente viable⁴. Se entiende, así, que haya un apoyo más decidido en favor de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, discrepándose sobre la técnica de la unificación (mediante cláusulas contractuales generales, mediante simples principios, ¿finalmente un Código europeo de contratos?)⁵.

Con todo, el problema en el momento actual no está tanto en saber si la unificación del Derecho contractual se hará en Europa (que, a buen seguro, se hará, y de hecho, ya se viene haciendo), como en saber cómo se hará, a través de qué vía y el mayor o menos grado de vinculación que se asignará, finalmente, al documento resultante. Y en este sentido, no faltan argumentos tanto en favor como en contra del referido proceso de unificación, con independencia del alcance que se le atribuya (todo el Derecho privado, el Derecho de obligaciones, o el Derecho de la contratación).

Argumentos a favor de la unificación jurídica

Por lo que hace al plano comunitario, en la doctrina mayoritaria continental es lugar común la idea de que un Mercado Único exige un Derecho privado

⁴ Cfr. ULMER, P., "Las vías de la unificación del Derecho privado en Europa, Revista del Derecho Mercantil, núm. 209, 1993, pp. 1004-1019, espec. p. 1013.

5 Vid. LEIBLE, S., "Vías para la unificación del Derecho privado europeo, Anuario de

Derecho Civil, Vol. 59, núm. 4, 2006, pp. 1589-1610.

unitario, y de ahí la afirmación de que un espacio económico común debería llevar consigo un Derecho privado común⁶.

Entre los argumentos esgrimidos a favor de dicha unificación, podemos citar los siguientes:

- a) Económico: Promover el mejor funcionamiento del Mercado Interior (y con ello, potenciar la economía europea y agilizar las transacciones transfronterizas seguras). No se olvide que la consecución del Mercado Interior, desde la perspectiva de los Tratados comunitarios, es un fin atendible en sí mismo⁷. Ello implica fomentar las operaciones transfronterizas y evitar/reducir los costes de transacción, información y de litigios para los contratantes (costes que sin duda desincentivan la celebración de contratos transnacionales sobre todo en el caso de los consumidores y las pequeñas y medianas empresas).
- b) Político: Partiendo de que hoy el Mercado Interior comunitario es un hecho (con independencia de su plena consecución) y de que existe la unidad monetaria, ambas realidades habrán de conducir en buena lógica a la unidad jurídica, pues se mantiene que una Unión fuerte ha de apoyarse en la consabida trilogía "un mercado, una moneda, un Derecho". Razones de coherencia vendrían asimismo a justificar la existencia de unas mismas normas dentro del Mercado Interior en orden a la consecución de un auténtico Mercado Único.
- c) Histórico: Se parte de la idea de que ya existió en la vieja Europa una unificación jurídica desde el inicio de la Edad Media hasta principios del siglo XIX (si excluimos el caso inglés), si bien luego iría progresivamente desapareciendo debido principalmente a los grandes movimientos codificadores, y también como consecuencia de la distinta evolución de la dogmática jurídica en cada uno de los distintos Estados europeos⁸. De ahí que las raíces comunes que comparten los derechos continentales se encuentren en ese ius commune procedente de la recepción del Derecho Romano en la Edad Media y enseñado en las Universidades de países como Italia, Francia, España, Alemania, países del Benelux,

⁶ Así, ULMER, P., «Las vías de la unificación del Derecho privado en Europa», cit., p. 1011.

⁷ Recordemos que el Derecho comunitario europeo tiene entre sus fines y desde el Acta Única Europea de 1986, la creación del Mercado Interior, el más grande del mundo, que vendría a superar con creces la idea del "mercado común" plasmada en el Tratado de Roma. El concepto de "mercado interior" fue después ampliamente desarrollado en los Tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997), que remarcan la idea de que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, produciéndose (vía directivas) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento de dicho mercado interior.

⁸ Cfr. ULMER, P., «Las vías de la unificación del Derecho privado en Europa», cit., p. 1005

Portugal y Dinamarca. Todos ellos comparten, en mayor o menor grado, una misma tradición jurídica. Desde esta óptica, el proceso de unificación se entendería, no tanto como el nacimiento de un nuevo Derecho europeo, como el resurgimiento de ese *ius commune* patrimonio de los países europeos⁹, lo que ya de entrada supondría un paso importante de cara a la deseada unificación.

B) Argumentos en contra de la unificación jurídica

Entre las razones esgrimidas en contra podemos destacar las siguientes¹⁰:

- a. La ausencia en el panorama europeo de conceptos y técnicas comunes aplicables a los problemas jurídicos, como consecuencia de distintas tradiciones que durante siglos han pervivido aisladas unas de otras. Esta es una afirmación que, a nuestro juicio, sólo puede aceptarse en términos relativos. La diversidad de mentalidades jurídicas y culturales es especialmente notoria entre el sistema continental (*Civil Law*) y el sistema anglosajón (*Common Law*), pero la contraposición entre estos sistemas no es tan acusada a partir de la armonización operada vía directivas comunitarias en sectores relevantes del Derecho de contratos (contratos de consumo y contratación electrónica)¹¹ y, asimismo, a partir de la elaboración del *Contract Code* de McGREGOR¹².
- b. La necesidad de respetar el pluralismo y la diversidad de Europa (en el plano social, lingüístico, cultural y legal). Obsérvese que este postulado representa una idea muy aséptica de una Europa nacionalista, pero tal vez sea poco realista en el escenario actual, en el que la globalización y las telecomunicaciones favorecen y promueven, inevitablemente, un acercamiento de los países, sobre todo a través de la implantación de unos mismos patrones culturales.
- 9 Tesis que sostienen ciertos sectores de la doctrina. Así, CASINOS MORA F. J., "¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del Derecho contractual europeo: Notas críticas", en *Derecho Patrimonial Europeo* (coord. Guillermo Palao Moreno *et al*), monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 67-81.
- 10 Cfr., con carácter general, la ya clásica monografía de SÁNCHEZ LORÊNZO, S. A., *Derecho privado europeo*, ed. Comares, Granada, 2002. También sobre la materia, CÁMARA LAPUENTE, S., "El hipotético "Código Civil Europeo": ¿por qué, cómo y cuando?", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo (coord. Antonio Cabanillas Sánchez), Vol. 1, 2002 (Semblanzas. Derecho civil. Parte general), pp. 347-379, espec. p. 349.
 - 11 Sobre esta cuestión infra, epígrafe IV.
- 12 En efecto, el Parlamento británico tomó la iniciativa de codificar y reformar el Derecho vigente redactando un Código de Contratos en el seno de la *Law Comisión* inglesa. El referido proyecto acabó materializándose en el *Contract Code*, redactado por el profesor Harvey McGREGOR, y fue presentado posteriormente en el Congreso de Pavía, causando un extraordinario impacto por constituir un claro ejemplo del posible acercamiento entre el sistema continental y el anglosajón.

- c. El insuficiente número de transacciones transfronterizas. De aceptarse como válida esta afirmación, dificilmente cabe esperar que la situación cambie sustancialmente de no producirse la unificación jurídica del Derecho contractual europeo, pues en el escenario actual los operadores económicos se ven obligados a soportar importantes costes de transacción, de información y de litigios (lo que desincentiva tanto el comercio dentro de la UE, como el comercio a nivel global).
- d. La pérdida de las ventajas que podría suponer la "competición entre ordenamientos jurídicos", punto este en el que han hecho especial hincapié algunos de los seguidores del Análisis Económico del Derecho¹³. Para esta línea de pensamiento no es necesariamente buena ni imprescindible la unificación jurídica (al menos, la operada vía legislativa), sino que, por el contrario, podría ser ventajoso para los operadores económicos tener la posibilidad de elegir entre los distintos ordenamientos aquél que mejor se ajusta a sus concretos intereses. No es seguro, a nuestro entender, que esta 'posibilidad de elegir ordenamiento' represente una ventaja cuando no se traduce *de facto* en un ahorro de costes, sino más bien en todo lo contrario (en especial, para los consumidores y las pequeñas y medianas empresas), además de ser contraria a la seguridad jurídica.

A las razones anteriores cabría añadir el problema de la posible falta de legitimación' de las autoridades comunitarias para llevar a cabo la unificación. No obstante, convendrá aclarar que este es un tema donde las opiniones están enfrentadas. Frente a quienes cuestionan la falta de competencia de las autoridades comunitarias en punto a la referida unificación jurídica¹⁴, otros

¹³ En ese sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva", en AA.VV., *Derecho Privado Europeo* (coord. Sergio Cámara Lapuente), Madrid, 2003, pp. 107-127.

¹⁴ Entre las razones esgrimidas para negar la competencia de las autoridades comunitarias están las siguientes: no venir contemplada la posibilidad de la unificación en ninguno de los Tratados, de Roma a Niza; no poder realizarse vía reglamentos sin la competencia del Consejo Europeo; y no ser factible tampoco vía directivas, dada la inidoneidad de éstas para operar la unificación, todo lo más, la armonización, como hasta ahora ha venido aconteciendo. Así pues, la unificación del Derecho de obligaciones parece requerir la modificación de los Tratados constitutivos para ampliar la competencia de las autoridades comunitarias (Consejo y Parlamento), lo que supondría la firma de un tratado del mismo tipo que el Convenio de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, y que habría de ser ratificado por los veintisiete Estados que hoy integran la UE. Cfr. LARROUMET, C., «La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa», *Revista de Derecho Privado*, nueva época, núms. 13-14, enero-agosto de 2006, pp. 69-80, aunque aquí hemos utilizado la versión electrónica, localizable en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.pdf (consulta realizada en marzo de 2008).

autores, por el contrario, no observan dificultades de relieve en este sentido¹⁵. De hecho, un sector de la doctrina romanista confía en la implantación de un Código Europeo de Contratos, una vez superados, de un lado, los reparos políticos de corte soberanista y, de otro, tal vez la reforma del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), dado el cuadro competencial fijado definitivamente por el Tratado de Ámsterdam de 1997 y la redacción del art. 94 TCE, que prevé una armonización a través de directivas, las que como es sabido establecen mínimos y precisan de un desarrollo normativo posterior por parte de los Estados miembros, con lo que dificilmente a través de esta técnica podrá operarse la unificación del Derecho privado en el seno de la UE¹⁶. Dicha unificación jurídica parece más viable por la vía del art. 95 TCE (otros instrumentos, entre los que estaría el reglamento), siempre que se vincule la unificación del Derecho privado con la eficiencia del mercado común y el respeto a los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad consagrados en el art. 5 TCE¹⁷.

Con todo, aun aceptando que exista un déficit de competencia por parte de las instancias comunitarias para llevar a cabo una completa unificación jurídica, este obstáculo podría ser sorteado mediante la ampliación de las competencias comunitarias (como ha venido ocurriendo con las sucesivas reformas de los Tratados, Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam y Niza), si bien no se oculta que este es uno de los puntos candentes donde podemos encontrarnos con actitudes muy renuentes por parte de algunos Estados miembros.

III. Movimientos unificadores

1. Iniciativas en el ámbito institucional comunitario

Haciendo una apretada síntesis, puede afirmarse que las primeras iniciativas de armonización jurídica de las instituciones comunitarias parten del Parlamento Europeo. Se trata de dos Resoluciones relativas a la armonización del Derecho material europeo, adoptadas en 1989 y 1994, respectivamente, mediante las cuales el mismo Parlamento había exhortado a los Estados miembros a un

¹⁵ Vid. GARCÍA RUBIO, M. P., "Hacia un Derecho europeo de contratos", Estudios de Derecho mercantil europeo (coord. Elena F. Pérez Carrillo), Madrid, 2005, pp. 83-102, espec. pp. 84-85.

¹⁶ Debido al carácter parcial y fragmentario de las directivas; la multitud de excepciones y exenciones que suelen contener; el uso de términos abstractos con el riesgo de resultados divergentes como consecuencia de la transposición a los ordenamientos de los Estados Miembros; riesgo de transposiciones no simultáneas, erróneas o inadecuadas.

¹⁷ Sobre las relaciones entre unificación, armonización comunitaria y los principios de subsidiaridad y proporcionalidad del art. 5 TCE, GARCÍA-PECHUÁN, M., *Ambito de prognosis y discrecionalidad en el Derecho europeo* (un estudio de la cláusula de necesidad del art. 5.2 y 3 del TCE), Valencia, 2002.

esfuerzo de armonización de sus derechos nacionales con miras a la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado¹⁸.

Especialmente significativa es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001, sobre el Derecho de los contratos en Europa¹⁹. La Comisión deseaba conocer la opinión sobre los problemas relativos al funcionamiento del Mercado Interior por la coexistencia de las diversas regulaciones nacionales. Tras recabar las opiniones y puntos de vista ofrecidos por muy variados sectores (gobiernos, empresas, profesionales, grupos de consumidores, universidades, justicia de los Estados miembros), la Comisión entiende que la actuación comunitaria puede orientarse en cuatro direcciones distintas, en espera de recibir propuestas y sugerencias de los sectores interesados:

- No tomar ninguna iniciativa
- Promover principios comunes del Derecho de los contratos para conciliar las divergencias nacionales y reforzar la convergencia de los Derechos de los Estados miembros.
- Mejorar la calidad de la legislación vigente
- Elaborar una legislación comunitaria completa

En este contexto, y en respuesta a la aludida Comunicación, el Parlamento Europeo emite una Resolución el 15 de noviembre de 2001, sobre aproximación de Derecho civil y mercantil en los Estados miembros²⁰. Mediante esta Resolución el Parlamento Europeo, además de lamentar que la Comisión limite la acción unificadora/armonizadora al Derecho contractual privado, sugiere la sustitución de la técnica de la directiva por el reglamento como instrumento jurídico más idóneo a la finalidad perseguida.

Por su parte, el Comité Económico y Social el 17 de julio de 2002 a través de un dictamen sobre la citada Comunicación²¹, además de llamar la atención sobre los numerosos problemas técnicos planteados en el proceso de unificación/armonización del Derecho contractual europeo, apuesta por la utilización de técnicas de *soft law*, la búsqueda del tronco común representado por los principios jurídicos del Derecho privado (comunes a todos los Estados de la UE), o la preferencia por la técnica del reglamento.

- 18 Nos referimos a las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (DOCE, C 158, de 26-06-1989, pp. 400-401) y a la de 6 de mayo de 1994 (DOCE C 295, de 25-07-1994, pp. 518-519), respectivamente.
- 19 Bruselas, COM (2001), 398 final. Y decimos que es clave esta Comunicación porque con ella y a partir de ella el criterio en el seno de las instituciones comunitarias parece orientarse hacia la unificación del Derecho contractual europeo (sector en el que el legislador comunitario ya cuenta con una importante producción normativa vía directivas, principalmente), y no el genérico de la unificación del Derecho privado.
 - 20 DOCE de 13 de junio de 2002, núm. E 140, pp. 538 y ss.
 - 21 DOCE de 7 de octubre de 2002, núm. C 241, pp. 1 y ss.

Clave a los efectos que nos ocupan es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de febrero de 2003 sobre "Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción"22, que incluye entre sus propuestas clave la elaboración de un «Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo» (MCR, en adelante). A través de esta Comunicación, la Comisión da cumplida cuenta de las respuestas recabadas en relación con la primera Comunicación y constatando que no hay un apoyo generalizado a la opción de abandonar el enfoque sectorial (pese a sus problemas y deficiencias) propone un enfoque plural en la actuación comunitaria. Ello significa combinar los instrumentos reguladores tradicionales (directivas y reglamentos) con otros de carácter no normativo (autorregulación, acuerdos voluntarios sectoriales, etc.), continuar en la línea de seguir mejorando y simplificando el acervo existente y garantizar la coherencia del acervo futuro en el ámbito contractual, para lo que aboga por un MCR que establezca principios y terminología comunes, sirva de modelo para los agentes económicos, los legisladores nacionales e, incluso, terceros países.

En mayo de 2005 se crea la Red de Excelencia *Common Principles of European Contract Law* cuyo objetivo es entregar una propuesta para el MCR a fines de 2008. Dicha Red está actualmente financiada por la UE y aglutina a más de ciento cincuenta investigadores de todos los Estados Miembros de la UE, con la particularidad de que algunos de estos investigadores forman parte de más de un grupo de los señalados a fin de evitar repeticiones innecesarias y optimizar los esfuerzos realizados.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 23 de marzo de 2006, sobre "El Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro", requiere de la Comisión una clarificación sobre el modo en que ésta tendrá en cuenta los resultados de los talleres de la Red MCR y los grupos de expertos de cara a la elaboración del MCR. En su Resolución de 7 de septiembre de 2006, sobre el Derecho Contractual Europeo, el mismo Parlamento apoya enérgicamente un enfoque en pro de un MCR más amplio en las cuestiones de Derecho contractual.

Por último, conviene hacer referencia a la reunión del Consejo de Ministro (de Justicia) celebrado los días 19 y 20 de abril de 2007, en la que el Consejo adopta una actitud de cierta cautela, pues partiendo de la conveniencia de elaborar unas cláusulas contractuales que abarquen toda la UE, sugiere que ésta es una tarea que atañe a las propias partes contratantes, dentro del respeto al Derecho comunitario imperativo y a las disposiciones nacionales, incluidas las relativas a la información y la protección de los consumidores.

²² Bruselas, 12 de febrero de 2003, COM (2003), 68 final. Un estudio específico de esta Comunicación puede verse en DE LA MATA, A., "Un paso más hacia la unificación del Derecho Privado Europeo: Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un Derecho contractual europeo más coherente, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003, pp. 2177-2105.

2. Iniciativas académicas en el ámbito regional europeo

En paralelo con las actuaciones de las instancias comunitarias se han ido produciendo otras en ámbitos académicos y universitarios, algunas de ellas de gran relevancia. Se trata de Grupos o Comisiones de juristas (profesores e investigadores de distintos países que, desde diferentes perspectivas y a veces también con diverso alcance, han abordado el tema de la unificación del Derecho privado en Europa, contribuyendo así a enriquecer el debate y poniendo el resultado de sus trabajos al servicio del proceso unificador). Entre los referidos grupos, destacan los siguientes:

- A finales de los ochenta se constituyó un grupo de trabajo bajo la dirección del profesor danés Ole LANDO, conocido como 'Comisión LANDO'. Fruto del trabajo de esta Comisión integrada por representantes de todos los Estados miembros, aunque sin mandato representativo fueron los "Principios del Derecho Europeo de los Contratos", cuya última versión es del 2002²³. Inspirados en dos textos emblemáticos como son la Convención de Viena de 1980 sobre el Contrato de Compraventa Internacional y los Principios de UNIDROIT de 1995, sobre Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de la Comisión LANDO representan un compromiso entre las soluciones del Common Law y las del Derecho continental, buscando servir de modelo a una futura unificación europea en materia de obligaciones y contratos. De hecho, constituyen la obra más elaborada que se ha llevado a cabo en Europa sobre unificación en materia contractual, pues están concebidos para toda clase de contratos, entre cualesquiera personas, internacionales o internos, aunque sólo para el ámbito de la UE.
- El llamado "Grupo de Pavía", al que le corresponde la autoría del denominado European Contract Code, a Preliminary Draft. El origen del grupo puede decirse que fue el Congreso celebrado en Pavía en 1989 bajo la dirección del profesor Giuseppe GANDOLFI. En este Congreso participaron representantes de todos los países de la todavía Comunidad Económica Europea, acordándose la confección del referido Código tomando como base el Libro IV del Código civil italiano de 1942 y el Contract Code, obra de McGREGOR, representativos del Civil

²³ Existen, pues, tres versiones de los Principios elaborados por la Comisión LANDO, Principios de Derecho Contractual Europeo de 1995/2000/2002. Sobre la relevancia de los Principios de Derecho Contractual Europeo, de cara a una posible y futura unificación del Derecho contractual en Europa, LANDO, O., "El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", *Derecho de los Negocios*, núm. 116, 2001, pp. 1-20. Asimismo, LANDO, O., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*. Edit. Colegios Notariales de España, 2003; LANDO, O/BEALE, H. L., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo)*, Consejo General del Notariado, 2008.

Law y del Common Law, respectivamente. Más tarde, en 1993, se crea la denominada "Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía", a cuyo cargo corrió la elaboración de un Anteprovecto de la Parte General de un futuro Código Europeo de Contratos, conocido como Anteproyecto GANDOLFI²⁴. Este Anteproyecto articula una serie de reglas que aportan soluciones a problemas concretos; ofrece una unificación del Derecho civil y mercantil y resulta aplicable a todo tipo de relaciones contractuales, ya se produzcan en el interior de un solo Estado de la UE o bien presenten elementos trasnacionales. Se ha dicho de él que tiene la virtud de haber tenido en cuenta la tradición romanista como punto de encuentro de los derechos contractuales europeos y de haber armonizado las soluciones de los sistemas continentales con las del Common Law²⁵. Con todo, la idea de un código europeo en una materia tan versátil como los contratos presenta los inconvenientes propios de toda codificación en su tradicional sentido, esto es, el riesgo de su rápido desfase ante el dinamismo de la realidad socioeconómica. Además, de aceptarse su naturaleza puramente doctrinal, se plantea la cuestión de su carácter vinculante para las partes que contratan en el marco geográfico de la UE y para los jueces y tribunales nacionales²⁶.

- El Study Group on an European Civil Code, cuya finalidad es la confección de un Código Civil Europeo, si bien reducido al ámbito del Derecho patrimonial. La dirección de este grupo la asume el profesor alemán Christian von Bar desde 1998 y actualmente las distintas secciones que lo integran trabajan para completar reglas comunes sobre compraventa, servicios y contratos de larga dirección, servicios financieros, alquiler de bienes muebles, garantías del crédito, responsabilidad civil, transmisión de la propiedad, seguros, trust, cuasicontratos y comercio electrónico. La metodología que utiliza es la misma que la de la Comisión LANDO: un análisis comparativo entre los diversos sistemas jurídicos europeos tendente a identificar analogías y

²⁴ El citado Anteproyecto fue publicado en francés como *Code Européen des Contracts* (coord. G. GANDOLFI), Milano, 2001. En el 2002 fue publicada una segunda edición, revisada, corregida y completada, asimismo coordinada por GANDOLFI y también relativa al Libro I del Anteproyecto.

²⁵ Ásí, CASINOS MORA, F. J., "¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del Derecho contractual europeo: Notas críticas", cit., p. 79.

²⁶ Estos últimos sólo vendrían obligados a aplicarlo en sustitución de los derechos nacionales a partir de su refrendo legislativo europeo, y en tanto esto no se produzca, solo lo aplicarían cuando las partes hubieran libremente aceptado someterse a él en sus relaciones negociales. Cfr. CASINOS MORA, F. J., "¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del Derecho contractual europeo: Notas críticas", cit., pp. 78-80. En este sentido, el Código de Derecho Contractual Europeo no pasaría de ser una solución de soft law, de modo análogo a lo que sucede con otros instrumentos como, por ejemplo, la Convención de Viena de 1880, si bien es cierto que con un contenido de derecho material más amplio. *Ibídem*, pp. 80-81.

- diferencias entre ellos. Hasta la fecha los esfuerzos de este grupo no han cristalizado en un resultado definitivo, pero continúan en línea de avance los trabajos en las distintas secciones.
- El grupo de Trento (*The Common Core of European Contract Law* o Núcleo Común del Derecho Privado Europeo). Opera desde la Universidad de Trento y su propósito es realizar una cartografía del Derecho existente en Europa para identificar los elementos comunes del mapa europeo. Se trata, más que de promover la reacción de principios, reglas o preceptos, en la profundización en el conocimiento de los rasgos comunes y divergentes del Derecho privado europeo.
- Grupo de TILBURG: Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil, fundado por el profesor de la Universidad de Tilburg (Viena), Yaap SPIER y al que se han incorporado numerosos juristas no comunitarios.
- Finalmente, el nuevo grupo de *acquis communitaraire*, surgido en 2001 con el propósito de simplificar, mejorar y dar coherencia al acervo comunitario existente en materia contractual, en línea con una de las principales líneas de actuación marcadas por las instancias comunitarias.

Cabe apuntar, por último, que, como regla general, los trabajos de estos grupos están auspiciados y financiados por la UE, a fin de que puedan servir como base para la futura unificación del Derecho privado europeo, y más a corto plazo, del Derecho contractual europeo.

3. Tentativas de unificación a nivel internacional

Las tendencias e intentos de unificar el Derecho privado, vienen detectándose desde hace tiempo no ya sólo en ámbitos supranacionales, como la UE, sino a nivel internacional. Es el llamado Derecho del comercio internacional en su doble vertiente de Derecho uniforme o de los convenios internacionales (DUCI) y de "nueva *lex mercatoria*" (unificación "legislativa" y unificación "efectiva", respectivamente). El proceso de globalización y la revolución tecnológica en que hoy estamos inmersos, con la irrupción del comercio y la contratación electrónicos no hacen sino agudizar las tendencias referidas.

Por lo que hace al DUCI o legislación "legislativa", ésta se ha producido sobre la base de los convenios internacionales, entre los que podemos destacar los siguientes:

a) El Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, sobre contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, aprobado en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, cuyo texto está en proceso de revisión a fin de adaptarlo a las nuevas formas de comunicación

y nuevos soportes (electrónicos), al igual que acontece con otros convenios relativos a transportes²⁷.

- b) El Convenio de Viena de 11 de abril de 1980²⁸, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Aun cuando este último Convenio rige sólo para los contratos entre empresas y no para los contratos de consumo, recordemos que ha servido de inspiración a algunos de los grupos de trabajo (iniciativas académicas) anteriormente referidos. La importancia del Convenio de Viena es vital, pues no en vano se considera el instrumento más idóneo y completo para preparar la unificación jurídica.
- c) Asimismo, en el ámbito del DUCI hemos de referirnos a la Convención de Naciones Unidas sobre Comunicaciones Electrónicas (Nueva York, 2005), con la que se pretende ofrecer soluciones prácticas para las cuestiones que se plantean en la utilización de medios electrónicos de comunicación para la celebración de contratos internacionales. El propio Preámbulo de esta Convención expresa el deseo de "encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos". Con un alcance más amplio que la Convención de Viena (pues no se constriñe al contrato de compraventa), la Convención sobre comunicaciones electrónicas pretende facilitar la aplicación de los principios rectores del comercio electrónico en la celebración y ejecución de los contratos internacionales en general²⁹.

De otro lado está la llamada unificación "efectiva", obra de los propios operadores económicos, quienes progresivamente han ido instituyendo condiciones generales, contratos-tipo y usos formulados por la práctica internacional. Estamos ante un Derecho autónomo, en el sentido de desconectado de los ordenamientos nacionales, que carece de fuerza vinculante, salvo que las partes contratantes lo acaten como obligatorio en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Pese a las aludidas limitaciones este Derecho tiende a regir las relaciones contractuales internacionales, constituyendo la "nueva *lex mercatoria*" de los tiempos actuales. Como manifestaciones significativas de este fenómeno tenemos los denominados INCOTERMS (normas para la interpretación de ciertos términos comerciales, cuya última versión es de 2000),

²⁷ Así, por ejemplo, el Convenio de Berna de 9 de mayo de 1990, relativo a los transportes internacionales por ferrocarril, o las reglas de Hamburgo de 1978 en relación con el transporte marítimo.

²⁸ BOE de 30 de enero de 1991.

²⁹ Sobre la cuestión, MADRID PARRA, A., "El Convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica", en *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (coord. por Agustín Madrid Parra y María Jesús Guerrero Lebrón), 2007, pp. 39-116, espec. p. 48 y 55.

así como las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) reguladores del crédito documentario, incluida la versión electrónica, que representan otro ejemplo de unificación por la vía de la autorregulación³⁰.

En el seno de CNUDMI/UNCITRAL y en el ámbito de la "nueva *lex mercatoria*", merecen especial mención dos leyes modelos que ya son emblemáticas: la Ley Modelo de Comercio Electrónico de UNCITRAL de 1996 (modificada en 1998) y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas de 2001. Pese a carecer de valor vinculante, se trata de dos valiosos textos por su carácter orientador tanto para los poderes legislativos formales como para los propios operadores económicos. Como es sabido, su naturaleza es distinta de la de los convenios o convenciones: las convenciones son instrumentos internacionales que los Estados se obligan a integrar en sus respectivos ordenamientos; las leyes modelo, por el contrario, no han de ser incorporadas a los Derechos nacionales y carecen de valor normativo porque no son propiamente leyes (más que la expresión "ley modelo", debiera emplearse la de "modelo de ley"), sólo tienen el valor de un texto orientativo (pura *lex mercatoria*). De ahí que la técnica de la convención permita un mayor grado de unificación jurídica³¹.

Los ya mencionados Principios de UNIDROIT de 1995³² para los contratos de comercio internacional, están asimismo al servicio de la deseada unificación

- 30 Cfr., DÍAZ MORENO, A.,/GUERRERO LEBRÓN, M. J., "La Revisión de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios: las nuevas RUU 600", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 107, 2007, pp. 9-44. Sobre la versión electrónica de esta atípica modalidad contractual, GUISADO MORENO, A., "El crédito documentario electrónico: entre el vacío legal y el poder autorregulador del mercado", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 41, junio de 2004, pp. 67-103.
- 31 Así, OLIVENCIA RUIZ, M., UNCITRAL: "Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 207, enero-marzo, 1993, pp. 16-18. También del mismo autor, "Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del derecho de la insolvencia", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Justino Duque*, Tomo II, 1998, espec. pp. 1655-1657.
- 32 Convendrá apuntar que los Principios de UNIDROIT —elaborados en Roma por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado- en 1994 se han ampliado, revisado y reeditado en el 2004, y son un conjunto de reglas dirigidas a los propios operadores del tráfico a fin de que éstos las incorporen en sus contratos. Sobre la versión primera de estos principios (publicada en 1995), ABASCAL ZAMORA, J. M., "Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT", *Derecho de los Negocios*, núm. 81, junio de 1997, pp. 11 y ss. Sobre la versión de 2004, SIQUEIROS, J. L., "Los nuevos Principios de Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales", en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, núm. 11, mayo-agosto de 2005, pp. 129-145. Aquí hemos utilizado la versión electrónica, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr6.pdf. Asimismo, más recientemente, PERALES VISCASILLAS, M. P., "La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas", *La Ley, Revista Juridica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografia*, núm. 3, 2007, pp. 1750-1761.

jurídica, por cuanto que se elaboraron trazando una línea de convergencia mundial entre los diversos sistemas jurídicos. La nueva versión de 2004 introduce algunos cambios, en parte motivados por exigencias de la importancia adquirida por la contratación electrónica. Pero el propósito del Instituto de Roma sigue siendo el mismo: el de ofrecer a la comunidad internacional un instrumento de reglas generales que las partes puedan voluntariamente adoptar en sus contratos o ser susceptibles de aplicarse en el caso de que las misma no hubieran establecido el derecho que debe regir sus relaciones comerciales.

Otro ejemplo de unificación en el plano internacional lo constituyen los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), puesto que por primera vez se establecen normas de comercio internacional que son aplicables no sólo a las mercaderías, sino también a los bienes inmateriales y a los servicios³³. La existencia de estas reglas internacionales a nivel mundial favorece la progresiva globalización del mercado, al hacer que en todos los Estados miembros de la OMC (que son la mayoría y los más importantes del mundo), rijan unas mismas reglas, al menos, en cuanto a los mínimos de protección.

Reténgase que muchos de los ejemplos anteriormente expuestos constituyen una prueba de que el fenómeno de unificación jurídica trasciende el ámbito regional comunitario y el propio marco del Mercado Interior. Se trata de instrumentos que gozan de (o aspiran a) un mayor ámbito de aplicación y responden a una más amplia vocación de unificación del Derecho privado y, singularmente, del Derecho de contratos.

IV. La normativa europea de consumo y la reguladora del comercio electrónico como instrumentos de unificación jurídica

Como ya se avanzó, en el proceso de construcción del Derecho europeo de contratos son clave tanto las normas de consumo como las reguladoras de la contratación electrónica. No en vano los esfuerzos unificadores llevados a cabo se han centrado esencialmente en ámbitos conectados a la plena realización del Mercado Interior, y en orden a potenciar la economía europea y agilizar unas transacciones seguras. Sin duda, esto concierne (y mucho) a los consumidores, ya no sólo en su condición de operadores económicos en dicho mercado, sino también en su calidad de personas que viven dentro de ese espacio cuya economía se pretende potenciar y cuyo derecho se pretende unificar. No se olvide, además, que "Derecho del consumo" y contratación electrónica son campos necesariamente intercomunicados por cuanto que la contratación electrónica

³³ Así lo reflejan, en efecto, sus tres Acuerdos: para el comercio internacional de mercancías (regido por el GATT de 1994), para el comercio de servicios (en especial, telecomunicaciones, transporte, turismo, financieros y profesionales, Anexo 1B, AGCS, o en siglas inglesas, GATS) y para los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional (Anexo 1C, ADPIC, o en siglas inglesas, TRIPS).

B2C no es sino "Derecho del consumo", dado que ambos comparten zonas de concurrencia normativa.

Por lo que se refiere a la normativa de consumo, bien pudiera decirse que desde que iniciara su andadura en el mapa europeo, estas normas no han dejado de hacer de "puente" entre dos orillas —el Derecho civil y el mercantil-, con la consiguiente armonización del Derecho europeo de contratos. Sin entrar en las disputas doctrinales en torno a la autonomía jurídica de nuevo *ius*, autonomía que unos critican abiertamente³⁴ y otros defienden "a capa y espada"³⁵, nos interesa ahora poner de relieve la aludida función "puente" del "Derecho del consumo", que al no diferenciar entre contratos u operadores civiles y mercantiles, opera *de facto* una armonización (unificación parcial, si se quiere) en el ámbito de la contratación privada.

Es realmente sorprendente, por otra parte, el gran número de directivas que el legislador comunitario ha elaborado sobre contratos específicos o concretas técnicas comerciales con finalidad tuitiva de los consumidores europeos. De hecho, el avance experimentado por el Mercado Interior en su escalada hacia el 'Mercado Único' es muy difícil de concebir sin todo este material tuitivo. En efecto, más allá de los también importantes 'efectos colaterales' de las directivas comunitarias de consumo³⁶, no hay duda de que éstas han venido actuando una

- 34 La autonomía del llamado Derecho del consumo con respecto al Derecho privado clásico (civil y mercantil) ha sido criticada dentro de la doctrina italiana por LENER y SACCO (Vid. LENER, R., Forma contrattuale e Tutela del Contraente «Non Qualificato» Nel Mercato Finanziario, Publicazione della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma-Giuffré, Milano, 1996, pp. 47-48; asimismo, SACCO, R., «La circolazione del modelo giuridico francese», Revista Diritto Civile, 1995, I, pp. 515 y ss). No obstante, posicionamientos aún más duros contra la autonomía del nuevo ius mantienen, dentro de la doctrina española, autores como ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Protección de los consumidores y Derecho de los contratos", Anuario de Derecho Civil, núm. 1994, II, pp. 305 y ss.; BUSTOS PUECHE, J. E., "Juicio crítico al pretendido Derecho de consumo", La Ley, núm. 3375, de 22 de octubre de 1993, pp. 966-973; PEINADO GRACIA, J. I., "El pretendido «Derecho de los consumidores» y el sistema", Revista de Derecho Mercantil, núm. 224, abril-junio, 1997, pp. 797-855.
- 35 Entre los defensores del nuevo Derecho de consumo, REICH, KRÄMER o BOURGOIGNIE. Dentro de la doctrina española, entre otros, GARCÍA-CRUCES y MARTÍNEZ AGUIRRE.
- 36 Sintéticamente, puede afirmarse que las citadas directivas han tenido un doble efecto: por una parte, han provocado (o coadyuvado a) la descodificación del Derecho civil y mercantil en aquellos países -como España- donde esta dualidad perdura, al tiempo que se incrementaba el número de 'leyes especiales', a las que se han reconducido viejas materias que antes estaban en los Códigos, o en las que se han ubicado materias nuevas que nunca estuvieron en los Códigos. Se trata de una técnica (nos referimos a esta de las 'leyes especiales' como consecuencia de un proceso de 'descodificación') que ha sido criticada por ahondar en las diferencias entre el régimen que pretende ser general y el específico de los contratos de consumo, además de condenar al Código Civil y al Código de Comercio (en los países donde esta dualidad subsiste) a un papel muy marginar en lo que respecta a su vocación didáctica e integradora. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P., "Hacia un Derecho europeo de contratos", en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil Europeo* (coord. Elena F. Pérez Carrillo), Madrid, 2005, pp. 83-103. En particular, sobre el fenómeno de

armonización del Derecho de la contratación de los Estados miembros y una aproximación de los distintos sistemas jurídicos, pues en la medida en que no diferencian entre contratos civiles y mercantiles (ni atribuyen naturaleza de uno u otro signo a los sujetos contratantes), ayudan a superar en este relevante sector del tráfico la va clásica dicotomía entre Derecho civil y el Derecho mercantil en los países del Civil Law. Luego, pese a las consabidas limitaciones de la técnica de la directiva, lo cierto es que las directivas comunitarias de consumo han jugado y juegan (con todas las matizaciones que se quieran) un significativo papel como elemento de integración de los Derechos nacionales de los países comunitarios en amplios sectores del Derecho de la contratación y sus materias conexas³⁷. Algo similar puede afirmarse en relación con las directivas comunitarias sobre contratación electrónica, aun cuando en esta esfera el acervo normativo es mucho menos abundante, y el ámbito subjetivo de estas directivas viene siendo más amplio, por cuanto que se refieren no sólo a los contratos de consumo, sino también a los celebrados exclusivamente entre empresas o sujetos profesionales.

Asimismo, y como se dijo, por influencia de las directivas comunitarias, paulatinamente se produce la superación de la tradicional dualidad "contratación civil/contratación mercantil" (una de las cuestiones más polémicas en buena parte de los países europeos). En efecto, la tradicional distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles viene siendo reemplazada por aquella que distingue entre contratos celebrados con consumidores y contratos entre empresas o profesionales. La normativa de consumo, como es natural, sólo se ocupa de esa nueva categoría de contratos que vinculan a profesionales y consumidores, en tanto que las normas sobre contratación electrónica disciplinan tanto la contratación con consumidores (B2C) como la que tiene lugar entre las empresas (B2B).

El concepto de consumidor y la necesidad de tutela de éste constituyen el núcleo fundamental de la normativa comunitaria de consumo, proporcionando así conceptos clave y elementos de cohesión del Derecho europeo de contratos, como ponen de manifiesto —más o menos explícitamente- las muy numerosas directivas comunitarias sobre la materia. Así, y a título de ejemplo, podemos citar las siguientes:

la descodificación mercantil, SÁNCHEZ CALERO, F.,/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho* Mercantil, Vol. I, Pamplona, 2007, pp. 56-57.

³⁷ Criterio que comparten, entre otros autores, REYES LÓPEZ, M. R., "El Derecho comunitario y el Proyecto de reformar la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, 2006 (Ejemplar dedicado a: El Derecho de los consumidores ante la Unión Europea), pp. 37-45, espec. p. 43.

- Directiva 85/577/CEE, referente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales³⁸.
- Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, sobre Crédito al Consumo (está en proyecto una nueva Directiva de Crédito).
- Directiva 90/314/CE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados³⁹.
- La Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa⁴⁰, la 85/734/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos⁴¹ o la 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos⁴².
- Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas⁴³.
- Directiva 94/47/CE relativa a la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (en lo sucesivo, Directiva *time sharing*)⁴⁴.
- Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia⁴⁵.
- 38 Directiva del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE núm. L 372, de 31 de diciembre), modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990 (DOCE núm. L 61, de 10 de marzo).
 - 39 DOCE núm. L 158, de 23 de junio.
- 40 Directiva del Consejo de 10 de octubre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE núm. L 250, de 19 de septiembre), modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997 (DOCE núm. L 290, de 23 de octubre) para introducir la publicidad comparativa, y más recientemente por la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas.
- 41 Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm. L 228, 1992), modificada por la Directiva 1999/34/CEE (DOCE núm. L 141, 1999).
- 42 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE núm. L 11, de 5 de enero de 2002). *Vid.* asimismo, el art. 2 a, 5º del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, norma mediante la que esta Directiva ha sido incorporada al Derecho español.
- 43 Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE núm. L 95, de 21 de abril).
- 44 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE núm. L 280, de 29 de octubre).
- 45 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144, de 4 de junio).

- Directiva 1999/44/CE, referente a determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo⁴⁶.
- Directiva 2000/13/CEE, en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios⁴⁷.
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas⁴⁸.

Mención especial merece la Directiva de servicios (Directiva Bolkestein)⁴⁹, que habrá de ser incorporada por los Estados miembros antes de finales del 2009. Inscrita en la "estrategia de Lisboa", esta directiva se propone crear un auténtico Mercado Interior de servicios en 2010. Como objetivos más concretos se persigue: facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en otros Estados miembros y la libre prestación de servicios entre los Estados miembros, ampliar la posibilidad de elección de los destinatarios de los servicios y mejorar la calidad de tales servicios tanto para los consumidores como para las empresas usuarias de servicios.

Por otra parte, es evidente que la irrupción de las normas reguladoras de la nueva contratación electrónica ha venido a convulsionar en importantes aspectos el mundo de la contratación privada. Más allá de la polémica en torno a la conveniencia de hablar de un "Derecho del comercio electrónico" o bien de un "Derecho de la contratación electrónica", lo cierto es que estas nuevas realidades propiciadas por las tecnologías de la información y la comunicación (y significativamente, Internet) han conducido a la elaboración de normas comunes y principios rectores en orden a conciliar las propias peculiaridades de esta nueva forma de contratación con el Derecho preexistente de contratos. A ello contribuyen asimismo los principios rectores de la contratación electrónica (inalteración del Derecho preexiste en materia de obligaciones y contratos; equivalencia funcional de los actos electrónicos y de los actos manuales; neutralidad tecnológica de las normas; y buena fe), que actúan como instrumento de cohesión ya no sólo dentro del ámbito electrónico, sino también entre éste y

⁴⁶ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171, de 7 de julio).

⁴⁷ DOCE L 109, de 6 de mayo.

⁴⁸ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOCE núm. L 149, de 11 de junio), que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/04 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOCE L376, de 27 de diciembre de 2006), también conocida como "Directiva Bolkestein" en honor al primer comisario europeo que la impulsó.

el Derecho preexistente de contratos⁵⁰. Al mismo tiempo, este "nuevo *ius*" del comercio y la contratación electrónica también está sirviendo de "puente" entre el Derecho civil y el mercantil, pues no clasifica los contratos que regula en civiles y mercantiles, sino, como venimos diciendo, en contratos con consumidores y contratos entre profesionales. Desde esta perspectiva, las normas sobre contratación electrónica —en su doble vertiente B2C y B2B- constituyen otro instrumento, si no de auténtica unificación, sí al menos de armonización jurídica del Derecho europeo de contratos

Pues bien, en el concreto campo del comercio y la contratación electrónicos cabe destacar las muy conocidas Directiva de comercio electrónico de 2000 y Directiva sobre firmas electrónicas de 1999⁵¹, cuya incorporación a los ordenamientos de los Estados miembros ha supuesto un significativo grado de armonización en una materia novedosa y, sin duda, clave para el Mercado Interior. Con todo, no existe auténtica unificación ni armonización total, pues hay aspectos contractuales importantes que no resultan armonizados, quedando a merced de las legislaciones nacionales, como ocurre con el de la perfección del contrato, aspecto este que, además de resultar criticable y sumamente problemático en el plano interno⁵², suele traer como consecuencia asociada la falta de armonía entre las normas de los Estados miembros -un serio obstáculo tanto para los intercambios comerciales dentro de la UE, como para los que las empresas comunitarias realizan con terceros operadores no comunitarios-. En particular, y por lo que hace al ámbito de la comercialización a distancia de servicios

- 50 Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., Derecho de la contratación electrónica, cit., pp. 33-58. Un examen actualizado del tema hace el autor en "Los principios de la contratación electrónica, revisitados", Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas, cit., pp. 21-38.
- 51 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE núm. L 178, de 17 de julio) y Directiva 1999/93, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13, de 19 de enero de 2000).
- 52 Mención especial merecen en este sentido las normas españolas sobre perfección del contrato, pues las nuevas versiones de los artículos 1262 del Código Civil de 1889 y 54 del Código de Comercio de 1885 que introduce la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002 (Ley 34/2002, de 11 de julio) contienen ahora soluciones unificadas para contratos civiles y mercantiles celebrados a distancia, pero inadecuadas y confusas tanto para la contratación electrónica, como para cualquier modalidad de contratación a distancia. De ahí las duras críticas dirigidas por la doctrina, Cfr. con carácter precursor y en relación con lo que entonces era un proyecto de ley, ILLESCAS ORTIZ, R., "Claroscuros con patitos: de nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica", Revista de la Contratación Electrónica, núm. 27, mayo 2002, pp. 3-26. Asimismo, PERALES VISCASILLAS, M. P., "Sobre la perfección del contrato: el 'popurri' de los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio", Revista de la Contratación Electrónica, núm. 33, mayo 2002, pp. 69-84; GUISADO MORENO, Á., Formación y perfección del contrato en Internet, cit., pp. 194-213.

financieros destinados a los consumidores, la Directiva 2002/65⁵³ supone un decisivo avance en el proceso de armonización de este tipo de servicios dentro del Mercado Interior, aunque su plena transposición a algunos Derecho nacionales, como el español, también está resultando un tanto 'accidentada'⁵⁴.

Por tanto, y pese a las 'fisuras' aludidas, inevitables seguramente dadas las limitaciones de la técnica empleada, lo cierto es que ambas vías, normativa de consumo y normas sobre contratación electrónica (B2B y B2C), han sido y están siendo decisivas para el buen funcionamiento y consolidación del Mercado Interior. Ambas han servido y siguen sirviendo para proporcionar conceptos claves y elementos de cohesión del Derecho europeo, contribuyendo así por vía legislativa a la formación de un derecho común.

A lo anteriormente expuesto cabe añadir que ya desde hace tiempo se viene reclamando la necesidad de "poner orden" en el Derecho comunitario de consumo. El "aluvión" de directivas comunitarias de consumo ha acabado convirtiendo la materia en un conjunto de normas absolutamente ingobernable. De ahí el firme propósito de las autoridades comunitarias de reelaborar, actualizar, simplificar y dar coherencia a esta materia, eliminando las múltiples contradicciones detectadas, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente⁵⁵. Similares

- la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DOCE núm. L 271, de 9 de octubre), y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. Por lo que hace al Derecho español, esta Directiva ya fue parcialmente incorporada para el concreto sector de la comercialización electrónica de seguros mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (BOE de 5 de noviembre de 2003), y cuya incorporación definitiva al Derecho español se ha producido mediante la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (BOE núm. 166/2007, de 12 de julio). Vid. RICO CARRILLO, M., "La contratación de seguros en Internet", en AA.VV, Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas, cit., pp. 325-349; asimismo, ILLESCAS ORTIZ, R., "La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y la dogmática contractual electrónica", Revista de la Contratación Electrónica, núm. 84, julio 2007, pp. 3-23, pp. 3-23.
- 54 En efecto, esta Directiva ha sido objeto de una especie de 'transposición escalonada' por parte del legislador español que concluyó recientemente con la ya mencionada Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Norma que, para este concreto sector de los servicios financieros, propone soluciones, en materia de perfección del contrato, no coincidentes con las que establece el derecho codificado español, ya referidas.
- 55 En efecto, así se plasma claramente en la ya mencionada Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho Contractual Europeo de 2001 y su Plan de acción sobre un Derecho Contractual europeo más coherente de 2003, así como también en también el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2001[COM (2001), 531 final, presentado por la Comisión el 2 de octubre de 2001] y en la Comunicación de la Comisión "Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006" [COM (2002), 208 final, de 7 de mayo de 2002].

necesidades de coherencia y sistematización se vienen detectando en las normas sobre comercio y contratación electrónica, pues también este es un ámbito en el que se ha venido legislando de manera desordenada y asistemática⁵⁶.

Ahora bien, dada la indiscutible interacción entre el Derecho del consumo y el Derecho de contratos privados, que en absoluto constituyen compartimentos estancos, se postula la conveniencia de integrar el Derecho de consumo europeo en el futuro texto en que se materialice la unificación del Derecho contractual europeo⁵⁷, sin perjuicio de los cambios que resulten necesarios en punto a la revisión, reelaboración, actualización y simplificación del primero⁵⁸. En términos parecidos cabe referirse al Derecho del comercio electrónico (o de la contratación electrónica), elenco normativo –heterogéneo y proteico- al que aún le falta poso y consolidación, pero que asimismo se adscribe al Derecho de obligaciones y contratos.

Cuestión distinta será la dificultad de conciliar dentro del mismo texto la normativa contractual común y las normas de derecho contractual protectoras de los consumidores, especialmente tuitivas para éstos, independientemente de que actúen o no como contratantes electrónicos. Dificultad, en cualquier caso, es término distinto de imposibilidad.

- 56 Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M., "El régimen general de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar", en *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, cit., pp. 233-250.
- 57 De forma similar a como ha sucedido en países como Alemania, donde mediante una profunda reforma llevada a cabo mediante la Ley de 26 de noviembre de 2001 se incluyó buena parte de la normativa consumerista en el BGB. Asimismo, en el Código civil de los Países Bajos se funde el Derecho civil, el mercantil y el de consumo. Por su parte, el Código civil italiano de 1942 sigue constituyendo un magnífico ejemplo de integración de las normas especiales junto a las normas comunes, aun cuando ciertamente no todas

las normas de consumo se incluyen en él.

58 Se ha hablado así de la elaboración de un Código europeo de consumo como sistema de sistematización y ordenación de todas las directivas sobre la materia (para lo cual, además, no es discutible la competencia de la UE, al contrario de lo que sucede para el resto del Derecho contractual). En el plano nacional esta es una fórmula utilizada por países europeos como Francia, Alemania o Austria, y en otros, como España, está prevista legalmente aunque aún no se ha llevado a la práctica, con el consiguiente incumplimiento por el legislador de los plazos por él mismo estipulados (primero, en la Ley de Garantías de la Venta de Bienes de Consumo de 10 de julio de 2003, que en su disposición final cuarta, habilitaba al Gobierno para que en el plazo de tres años procediera a refundir en un único texto la materia de protección de los consumidores, y posteriormente, en la Ley para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios de 29 de diciembre de 2006, cuya Disposición Adicional quinta establecía como fecha límite para proceder a dicha refundición de textos sobre la materia el 1 de enero de 2008).

V. Consideraciones finales

El tema de la unificación del Derecho contractual europeo aun está siendo objeto de debate y, en el momento actual, sigue habiendo dudas y cuestiones abiertas. Mientras la doctrina continúa especulando cómo se llevará a cabo dicha unificación (desde un Código civil europeo o unos Principios generales, y más restrictivamente, un Código de Derecho contractual —en el que integrar o no las normas del consumidor-), las autoridades comunitarias se decantan por ofrecer un MCR con el que se pretende establecer principios y terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo. El MCR no constituye sino una primera y provisional solución, que no cierra el paso a soluciones más integradoras, ya procedan de las propias instancias comunitarias (vía legislativa), ya lo hagan de las fuerzas sociales que vienen trabajando en el tema de la unificación del Derecho privado (civil, de las obligaciones, o meramente contractual) tanto a nivel regional europeo como a nivel internacional.

Lo cierto es que el aludido MCR ni opera la unificación del Derecho contractual europeo, ni opera siquiera la armonización de éste, ni tampoco se configura como una norma positiva, aunque eso si, no excluye ni suplanta posteriores actuaciones y desarrollos normativos que en buena lid habrán de concluir finalmente con la unificación del Derecho privado de los Estados miembros, cuanto menos en el ámbito del Derecho contractual. El referido documento nada tiene que ver, en principio, con la idea de un Código europeo, aun cuando responda a la finalidad de reducir las divergencias entre los Derechos contractuales de los Estados miembros y conseguir una mayor coherencia en la formulación del acervo comunitario en el ámbito de la contratación privada. Todo parece indicar que, por ahora, las instancias comunitarias no han querido (o no han podido) comprometerse con un resultado de mayor calado.

No se descarta que tras este modesto resultado se oculte un problema de déficit competencial de la UE para elaborar un Código Europeo de Contratos (no digamos ya un Código Europeo de Derecho Privado). Y aun cuando este es obstáculo en principio subsanable, algunos Estados miembros podrían oponerse a una ampliación de las competencias comunitarias por ver en ello una amenaza a su soberanía nacional, entre otras razones.

Con todo, y más allá de la posible falta de competencia o legitimación, es obvio que el tema de la unificación/armonización forma parte de la agenda política de las autoridades comunitarias, aun cuando por el momento hayan optado por una actuación cautelosa. Ya la propia denominación de los textos anunciados, MCR y Documento Facultativo, es tributaria de este 'talante de cautela'. Pero, además, las instancias comunitarias son conscientes de que ni su 'autoridad política' ni su condición de legislador formal, les permite excluir del proceso de unificación jurídica a los agentes sociales ni a las partes contratantes. Sin la intervención de éstos, dificilmente la unificación del Derecho contractual europeo podría responder a las necesidades reales del tráfico.

En cualquier caso, la evolución del proceso de unificación del Derecho contractual europeo habrá de acompasarse, en su caso, a lo establecido en el Tratado de la Constitución Europea, cuya vigencia, como es notorio, se frustró por la falta de ratificación de dos Estados miembros, Francia y Holanda. No obstante, y pese a este inicial fracaso, se mantiene la conveniencia de esta Constitución para Europa, aun cuando todo parece indicar que habrán de producirse algunos cambios en su texto a fin de asegurar el consenso de los Estados miembros.



La participación ciudadana y el gobierno electrónico

María Antonia Cuberos de Quintero*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Acerca del Ciudadano. 3. La Participación Ciudadana en el Gobierno Electrónico. 4. Un Reto de Gerencia. 5. Una Aproximación a la Definición de Participación Ciudadana en el Gobierno Electrónico.

Resumen

La participación ciudadana y el gobierno electrónico son dos conceptos que en la actualidad se comienzan a relacionar en Venezuela. La tecnología de la información y comunicación está articulando a los ciudadanos a través de grupos y comunidades virtuales. El Estado, mediante la iniciativa del gobierno electrónico, busca mejorar el desempeño de la Administración Pública, teniendo como una meta a la participación ciudadana y así reafirmar la democracia. En este artículo, se reflexiona sobre la participación ciudadana y su relación con el gobierno electrónico, bajo un enfoque metodológico a veces inductivo y otros deductivo, puesto que el cuerpo teórico sobre participación ciudadana en el, ó, mediante el gobierno electrónico es aún incipiente. Se intentó encontrar el significado de esa participación ciudadana en una aproximación definitoria.

Palabras claves: Gobierno electrónico, ciudadano, participación ciudadana, democracia.

Abstract

Citizen participation and the electronic government are two concepts which at the present time have begun to relate each other in Venezuela. Technology of information and communication are articulating citizens through groups and virtual communities. The State, by means of the initiative of the electronic government, looks for the improvement of performance of Public Administration, having the aim of citizen

Recibido: 12/4/2007 • Aceptado: 18/7/2007

* Licenciada en Educación mención Física y Matemática e Ingeniero de Sistemas. Especialista en Sistemas de Información. Cursante de estudios de Doctorado en Ciencias Gerenciales en la Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada Nacional. Profesora de pregrado de la UCAT y de la UNEFA. mcuberos@ucat.edu.ve

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007 ISSN: 1317-9306 161-173

involvement and thus reaffirms the democracy. In this article, a reflection was made on citizen participation and its relation with electronic government, under a methodological approach sometimes inductive and others deductive, since the theoretical body of citizen participation in it, or by means of the electronic government, is still incipient. It was tried to find the meaning of that citizen participation in a definite approximation.

Key words: Electronic Government. Citizen. Citizen Participation. Democracy.

1. Introducción

El gobierno electrónico comprende un conjunto de iniciativas y programas con las cuales se busca obtener un mejor desempeño en la labor del gobierno y la Administración Pública bajo el empleo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC); entre las iniciativas, se encuentra la participación ciudadana. En diversas definiciones existentes sobre gobierno electrónico se plantea la idea de la participación ciudadana. Pero ¿A qué se refiere esta participación? ¿Qué es? ¿En qué consiste? ¿Cómo ha sido su abordaje? ¿Por qué se considera? En este artículo se espera obtener respuestas a tales interrogantes, de una manera inductiva y deductiva, puesto que el cuerpo teórico sobre participación ciudadana en el o mediante el gobierno electrónico es aún incipiente.

Se pretende reflexionar sobre la participación ciudadana y su relación con el gobierno electrónico. Para situarse en la relación planteada, se considera inicialmente la idea del ciudadano que realiza la acción, para luego revelar planteamientos acerca de la intención de la participación en el gobierno electrónico, infiriendo en el desafío que representa para la gerencia y llegar a manera de aproximación a una definición de participación ciudadana en el gobierno electrónico.

2. Acerca del ciudadano

Inicialmente, es bueno hacer una consideración sobre el ciudadano como tal, es un individuo con derecho a voto, que sabe en el mundo en el cual se encuentra; es decir, un ser humano que conoce, tiene sus valores, sabe la posición que ocupa en el mundo, posee una visión acerca de éste y está al corriente sobre sus derechos y deberes. Pero ¿es esa la realidad de todos?. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo¹, indica que de los 73 países de los

¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO: Informe 2005 sobre Desarrollo Humano: Desigualdad y Desarrollo Humano, 2005, http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_chapter_21.pdf, PP. 7

cuales se tiene información, 53 -que comprenden más del 80 % de la población mundial- han visto crecer la desigualdad en cuanto a desarrollo humano y sólo 9, que representa el 4 % de la población, la han visto disminuir. Entonces, es bueno asimilar que existen seres humanos con deficiencias de conocimiento, con particularidades en cuanto a su modo de ser y actuar, que poseen otra visión del mundo; ellos también han de ser participantes.

No obstante, partamos del hecho de que se cuenta con un ciudadano que, en el contexto en el cual se encuentra, está informado, tiene sus intereses, sabe que para lograr sus metas tiene que alinear los suyos con los del colectivo, buscar su bienestar y condiciones de vida acordes al momento y a la sociedad en la cual le ha tocado vivir y que recibe el nombre de Sociedad de la Información. En este escenario en el cual se está ubicando al ciudadano, habría que empezar a realizar las consideraciones sobre la participación ciudadana en el gobierno electrónico. En otras palabras, el requerimiento primario para poder hablar de participación ciudadana es la presencia de cultura de información en el ser humano.

3. La participación ciudadana en el gobierno electrónico

¿Cuál es el rol que viene desempeñando el ciudadano en el gobierno electrónico? Al encontrar la respuesta, se puede ir infiriendo lo que significa e implica la participación ciudadana en este ámbito. Cardona², plantea que el ciudadano es un solicitante de servicios públicos e información, es decir que su papel sigue siendo el mismo que ha venido desempeñando a lo largo de los años: un rol pasivo. Ahora emplea probablemente un sitio Web; pero entonces ¿Qué hace aquel que no tenga acceso a tal recurso, motivado a que no tiene Internet en su zona de habitación porque, la plataforma tecnológica para ello no se ha implementado allí?; sigue un procedimiento tradicional, de colas, de paseo de taquilla en taquilla, de consumo de tiempo. Por tanto, pensar en participación ciudadana, en el ámbito del gobierno electrónico, conlleva a un requerimiento: la infraestructura de tecnología en el contexto dentro del cual se mueve el ciudadano; para que entonces, pueda participar como solicitante de servicios e información.

Cardona³, señala que el ciudadano tiene el rol de sujeto del Estado, ya que está sujeto a normas, regulaciones y decisiones, las cuales han sido definidas por la Administración Pública. En tal sentido ¿puede llamarse a esto participación? lo llamaría mejor *atadura*, puesto que el ciudadano es entonces alguien que acata y se somete a los dictados de la Administración Pública. Está claro que lo

² CARDONA, Diego: El gobierno electrónico. Una revisión desde la perspectiva de la prestación de servicios, 1er congreso Catalán de Gestión Pública, Barcelona, 2002 http://www.congres.lluert.net/comunicacions/grup3/Cardona.pdf, pp.3

^{3 (}Ibíd.)

normativo ha de plantearse dentro del campo de la participación, pero de acuerdo con lo que plantea el autor, al ciudadano se le informa cómo debe actuar, sin embargo, no es participante en las conformaciones de las normas. El legislador, representa un colectivo ¿Pero, le pregunta éste a sus representados sobre las decisiones que le corresponde tomar al momento de legislar la norma? ¿Se dan facilidades mediante el gobierno electrónico para que ello suceda?

No obstante, también contempla el autor⁴ un rol de participación activa para el ciudadano en los procesos de definición de políticas; es decir, si cuenta con la plataforma tecnológica adecuada, el ciudadano interviene en la enunciación de estrategias, pero ¿que encierra tal término? ¿sólo la propuesta de políticas? o va más allá de presentar la idea, ¿iría hacia la discusión, deliberación, afinamiento, redacción y aprobación definitiva? es decir, ¿interviene en el proceso de toma de decisiones?; si la respuesta a esta última pregunta fuese afirmativa, sería la posición ideal para llegar a lo que debe ser una democracia. Pero, llegar a tal situación, a ese escenario; implica que el ciudadano está muy bien informado, está capacitado tanto políticamente como tecnológicamente para poder actuar y /o participar.

Otro rol, contemplado por el autor⁵ para el ciudadano, es el de elector; es decir, elige sus representantes. Por supuesto que existen evidencias sobre este tipo de participación. En Venezuela, por ejemplo, se han procurado elecciones en los últimos nueve años, bajo el esquema del gobierno electrónico. Claro está que se han utilizado centros de votación coordinados por el Consejo Nacional Electoral (CNE), con maquinaria electrónica y plataforma tecnológica dispuesta para tal fin; sin embargo, existen dudas al respecto sobre los resultados, en el sentido de fraude y en lo que se refiere a la confidencialidad del voto, a la seguridad de los datos y votos de los electores, por la cercanía entre el organismo electoral y el gobierno. Se unen las demoras en el proceso de votación, evidenciadas en las filas de la gente en los centros de votación; así como en lo referente a la participación del ciudadano, reflejado en la abstención. En las elecciones del año 2000, las primeras bajo la forma electrónica del e-gobierno, la abstención fue del 76,5 y 76,2 %⁶, aunque las razones son de valor político y de desconfianza; para el año 2006⁷, la abstención fue de 25,94%.

Lo anterior, hace reflexionar sobre la confianza que en el ciudadano despierta hasta ahora, su participación como elector en el e-gobierno; se plantea la consideración acerca de lo necesario de procesos transparentes y de aprendizaje sobre los mismos, por parte del ciudadano, para que pueda llegar a conocer sobre la confiabilidad y seguridad requerida en la información o data que se

- 4 (Ibíd.)
- 5 (Ibíd.)
- 6 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: Estadísticas electorales, http://www.cne.gob.ve/estadisticas/e005.pdf, 2004, pp. 1
- 7 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: Noticias, http://www.cne.gob.ve/noticiaDetallada.php?id=4075, 2006, PP.1

transmite por medios electrónicos. Además, se ha de considerar la revisión de la participación ciudadana, bajo el rol de elector, para buscar la factibilidad de mecanismos de intervención de otros entes autónomos, sin relación o dependencia del gobierno.

De los anteriores párrafos, se puede inferir que la participación ciudadana es, de acuerdo al autor, una forma de actuar del ciudadano con la Administración en varias de sus facetas, bien sea como cliente de servicios que ofrece el ente público o como sujeto activo en la definición de políticas; aunque no está claro hasta donde llega en esta fase; además de su rol de elector. Todo ello, por supuesto en el campo del gobierno electrónico, es decir, mediante el empleo de las TIC. En esta postura se refleja sólo una dimensión del ciudadano frente al gobierno electrónico; sin embargo, ¿Dónde queda el ciudadano que comparte con otros sobre temas de importancia para su colectivo o a nivel total, como por ejemplo el calentamiento global o la falta de insumos para limpieza en un hospital público y que son situaciones que atañen al Gobierno?. La participación ciudadana es vista por el autor bajo una mirada aún muy convencional, la innovación no ha llegado a su máxima expresión.

En el orden de planteamientos sobre participación ciudadana, Araya⁸, considera al ciudadano en el rol de participante activo; es decir, que el ciudadano actúa en el diseño de las políticas públicas, pero, incrementa su actuación en el sentido de que genera reclamos, se retroalimenta, mejora la comunicación con las autoridades y fiscaliza la labor pública, mediante Internet. Ahora bien, cabe la pregunta ¿La intervención en el diseño de las políticas públicas es hasta que nivel? ¿Llega a la deliberación de lo que se pretende implementar o es sólo una participación en la iniciativa y luego lo que se presenta es la participación gubernamental de lo que se ha aprobado en su seno?. Además ¿Bajo que premisa puede hablarse de mejora en la comunicación con las autoridades, ¿Qué es aquello que se mejora en la comunicación? ¿Cómo puede medirse si realmente se mejora o se empeora?. En otras palabras, la participación ciudadana encierra control y evaluación del desempeño de ella; se requiere saber si los objetivos que se promueven, realmente se alcanzan. Sin embargo, el autor ofrece sobre la participación ciudadana un panorama muy estrecho, el ciudadano todavía no es partícipe en la toma de decisiones de los asuntos públicos y de su interés en la comunidad.

Por otra parte, Petrizzo⁹, plantea a la participación ciudadana como un proceso autopoiético, es decir que se autoproduce a partir de los diagnósticos locales, que los mismos ciudadanos realizan acerca de sus necesidades, pasando a ser marco de la democracia participativa y en donde las TIC son el vínculo

⁸ ARAYA DUJISIN, Rodrigo: "Internet, política y ciudadanía", Revista Nueva Sociedad: Gobierno Electrónico y Democracia, 195, 2005, PP.56-71.

⁹ PETRIZZO PÁEZ, María Angélica: "Participación ciudadana y tecnologías de la información y la comunicación: hacia una administración pública relacional", Revista Nueva Sociedad: Gobierno Electrónico y Democracia, 195, 2005, PP.88-101

interciudadano. Los ciudadanos están en red y son conscientes de su pertenencia a una comunidad, saben que decirse, para qué y cuentan con el apoyo de una Administración Pública local de carácter relacional, en la que todos los actores sociales están también en red. Los beneficios que se derivan de la decisión y la gestión de las opciones de desarrollo escogidas, se reinvierten a través del crecimiento y fortalecimiento de redes sociales de ciudadanos.

En estas ideas acerca de la participación ciudadana se denotan aspectos muy interesantes. Como primer punto está la generación, la emergencia de la participación ciudadana: los ciudadanos se coordinan y organizan al estar vinculados entre sí por las TIC y ante las necesidades que detectan en su comunidad, deciden manifestarse para lograr el cubrimiento y solución a ellas, junto con la Administración local, articulándose procesos decisorios y gestionándose alternativas de desarrollo. Ello implica un sentido de pertenencia que de alguna forma ha tenido que ser moldeado o motivado entre los ciudadanos por su comunidad; además de un aprendizaje e involucramiento con las TIC y un conocimiento sobre sus deberes y derechos en la vida ciudadana.

En segundo lugar, es interesante, el concepto de Administración Pública local relacional; es decir, que la Administración busca la relación con los actores sociales del contexto. Luego existe un cambio de paradigma, las instituciones buscan el acercamiento, la relación, el cara a cara con la ciudadanía; de tal suerte, busca lograr la conectividad de ella con los ciudadanos, pero también de los ciudadanos entre sí. Por último y ligado a lo anterior, es interesante la presencia de la red en el escenario local; se plantea un sistema interconectado: Administración, ciudadanos y demás actores sociales por donde fluye información acerca de lo que sucede en la comunidad, sus problemas y necesidades en un lenguaje entendible, comprensible y que la Administración pública local atiende, por lo que se fortalecen las redes sociales de ciudadanos. La implementación del concepto en cuanto a la conectividad entre ciudadanos se ha visto en el empleo de la telefonía móvil, mensajería instantánea y correo electrónico para lograr convocatorias y coordinación de acciones ciudadanas específicas como en los casos del corralito en Argentina, o las redes sociales de apoyo entre familias y grupos organizados durante el paro petrolero en Venezuela en el año 2002.

Reflexionando sobre el planteamiento que hace el citado autor, puede decirse que éste representa el deber ser de la participación ciudadana en cuanto a la resolución de las necesidades de una localidad en el gobierno electrónico. Pero ¿Qué sucede con el establecimiento de políticas, la revisión de la gestión y la transparencia, las compras, la gestión del personal y otras actividades sujetas a la Administración Pública y sobre las cuales también tiene pertinencia el ciudadano? Por supuesto que sería el inicio de la participación, de allí, el término "autopoiético" como lo plantea Petrizzo, en fases posteriores se iría llevando su participación a otros escenarios. Lo importante, es la consideración de la red, o

en todo caso, de la infraestructura tecnológica, para luego si llevar al proceso de culturización de la ciudadanía y promover en ella la participación.

En el orden de ideas de Petrizzo, se encuentra Porras¹⁰, este autor considera la presencia de una esfera pública madura, en donde el uso de Internet y el resto de las Tecnologías de la Información y Comunicación, llevan hacia el mejoramiento de la democracia y, por ende, a la participación ciudadana. El autor, se refiere a un espacio en donde los ciudadanos debaten libremente los temas que perturban su bienestar común y pueden dudar de la actuación de las autoridades gubernamentales. Los flujos de comunicación que se habilitan son unidireccionales y en algunas iniciativas bidireccionales, con el establecimiento de dispositivos que recopilan y procesan las demandas ciudadanas.

A partir de la consolidación de tal espacio, señala el autor, y estando el ciudadano convencido de que su participación está en relación directa con su bienestar particular, de que sus deliberaciones inciden en las decisiones de sus gobernantes, de que posee un alto sentimiento de pertenencia hacia su comunidad, de que las reglas de juego establecidas son formal y explícitamente aceptadas; igualmente que se han desarrollado en él hábitos de tolerancia hacia los demás, de resistencia al abuso del poder o la responsabilidad por las consecuencias de toma de decisiones falibles; sólo a partir de todo ello, es que se asegura la participación ciudadana y el mejoramiento de la democracia.

De las consideraciones de este autor, se obtiene un requerimiento fundamental para la participación ciudadana: el ciudadano debe estar plenamente convencido de que esa actitud participativa es confiable; que la esfera pública virtual, en el entorno telemático, le permite expresar y contraponer sus diferentes visiones sobre el bien común y que es posible llegar a acuerdos. Casos relacionados con los planteamientos del autor, se evidencian en América Latina en los portales ciudadanos, plazas públicas virtuales o municipios transparentes; iniciativas que en menor o mayor grado son inspiradas en modelos foráneos y cuyo propósito es la intermediación social. El portal ciudadano del gobierno Federal de Chile (http://www.portalciudadano.cl/) es uno de ellos, al cual se unen las iniciativas en el citado país de los diarios ciudadanos, como por ejemplo "El Morrocotudo" (http://www.elmorrocotudo.cl/admin/render/portada/), entre otros. También puede ejemplificarse la presencia de Internet ciudadana en el caso de "Acción ciudadana contra el sida" (http://www.internet.ve/accsi/)

Las ideas de Porras convencen al igual que las de Petrizzo. Es notoria la previa estructuración de un ambiente propicio en el espacio ciudadano. Ahora bien ¿Cómo se llega a esa esfera pública?. Responder a tal interrogante hace pensar en la motivación, la implicación y creación de compromiso hacia el contexto en donde se encuentra el ciudadano, la reafirmación de la confianza

¹⁰ PORRAS, José Ignacio: "Internet y las nuevas oportunidades para la deliberación pública en los espacios locales", *Revista Nueva Sociedad: Gobierno Electrónico y Democracia*, 195,2005, pp. 102-116.

en los nuevos mecanismos de deliberación y su incidencia sobre las decisiones que tomen las autoridades gubernamentales; aspectos todos importantes, si se quiere llegar a la participación del ciudadano en el gobierno electrónico. En otras palabras, el espacio público ha de reconfigurarse mediante la tecnología para promover organizaciones sociopolíticas que posibiliten la participación ciudadana en el gobierno electrónico. Todo ello amerita una acción gerencial tanto del lado del gobierno, como de los mismos actores sociales.

La presencia de una info-estructura social pública es un requerimiento para la participación ciudadana; así se darían las condiciones para que la ciudadanía aproveche las oportunidades, beneficios, ventajas que ofrecen las TIC, incluyendo a Internet; pudiendo no sólo avanzar hacia el empoderamiento social que lleve hacia la participación en los asuntos públicos de su comunidad; sino también, al acceso a la educación, información y conocimiento; para entonces, poseer cultura de información como se indicó inicialmente. Es necesario considerar que la presencia de los espacios ciudadanos debe estar regulada y normada en busca de su independencia y autonomía del Gobierno o de la empresa privada.

Criado y Ramilo¹¹, en su propuesta sobre Administración Relacional, plantean tres dimensiones que configuran la relación de los gobiernos y Administraciones con otros actores y que conllevan a la articulación de distintos proyectos de Administración electrónica, ellas son: la prestación de servicios, la promoción de la democracia y la dinamización y elaboración de políticas públicas. Es, en las dos últimas, en donde se aprecia más el abordaje hacia la participación ciudadana.

Los autores plantean con respecto a la segunda dimensión, que se requiere potenciar los espacios existentes y la creación de otros nuevos en los que las comunidades puedan ser consultadas y expresen de manera periódica sus preferencias. Las TIC poseen un gran potencial para reforzar la democracia y pueden convertirse en un catalizador que anime a los otros actores a participar en el proceso democrático. Los autores citados se muestran muy entusiastas y optimistas en el sentido de darle a las tecnologías el papel que evite la asimetría en la información, que facilite el acceso a todos los ciudadanos a la Red y a sus contenidos, que favorezca la capacitación en cuanto a la generación de sus propias valoraciones y que impulse a tomar parte en los procesos democráticos. Se destaca nuevamente en el planteamiento el requerimiento de espacios nuevos o reforzamiento de los existentes para que la colectividad pueda expresar sus opiniones, bien sea mediante consultas, o a través de alternativas preferenciales. Lo interesante de esta posición que asumen los autores, es la importancia que se da a la interacción con las TIC para potenciar la democracia, en donde la participación ciudadana es vital.

¹¹ CRIADO, Ignacio y RAMILO, María: De la administración Pública electrónica a la Administración Pública Relacional: aportaciones para una propuesta analítica integradora,. Cultura & Política@Ciberespacio., http://cibersociedad.rediris.es/congreso, 2003, pp.7.

Dos alternativas con respecto a lo que puede ser la participación ciudadana plantea Subirats¹². En la primera, considera la presencia de comunidades plurales que emergen de espacios autónomos y de redes relacionales, desarrolladas a partir de la inserción de las TIC. La idea se fundamenta en la Sociedad de la Información, sociedad relacional, caracterizada por actores con creciente subjetividad y por facilidades comunicacionales originadas por las tecnologías; en tal atmósfera se demanda una gran autonomía, surgen nuevas redes y agregados sociales, así como nuevas culturas cuyo valor agregado es la diferencia.

La dinámica en el desarrollo de las TIC lleva hacia un pluralismo de la Red que se entreteje por las interacciones entre Estado, sociedad, familia y demás redes, allí se entrecruzan múltiples y diversas peculiaridades. Se potencia la autonomía social, generándose inclusión y cohesión, al margen de lo uniforme y de los derechos abstractos del ciudadano. La ciudadanía social que de allí surge, localiza sus propios valores en esa red asociativa y cívica que se va entretejiendo y extiende su desarrollo en el escenario cada vez más consolidado de la sociedad de la comunicación. De todo ello, pueden orientarse nuevas formas de ciberdemocracia. Esta alternativa puede verse reflejada ya inicialmente en Venezuela y América Latina, la presencia de sitios como www.antichavez.com, www.antiescualidos.com; o, www.redciudadanaarg.org.ar y www.rebelion.org, hacen anticipar la urdimbre cívica que plantea Subirats.

En la segunda alternativa, el autor plantea la idea de la democracia directa, pues las TIC hacen que el obstáculo que la ha impedido desaparezca. El ciudadano puede intervenir en las deliberaciones desde donde se encuentre; ahora bien, para lograr la consistencia en la toma de decisiones, se requiere implementar mecanismos que aseguren la deliberación y que canalicen opiniones y debates; y es allí, en donde como moderador-catalizador entre el gobierno y el demos, tienen un papel los partidos políticos; aunque ¿porqué no puede ser una Organización no Gubernamental (ONG)?

En sus ideas, Subirats propone un sistema en donde se puedan implementar procesos referendarios de toda la ciudadanía con derecho a voto, acerca de decisiones que el parlamento toma, así como de otras consideraciones significativas, con el soporte de las TIC y sus desarrollos futuros. Tales momentos de decisión se planifican programándose previos debates públicos mediados por los partidos políticos. Todo ello representa el rompimiento de un paradigma, la democracia se refuerza sin que las instituciones potencien sus posiciones de poder; los partidos políticos cambiarían su forma de operar, el papel del parlamento sería otro y el ciudadano sería un ser educado componente de la sociedad del conocimiento.

¹² SUBIRATS, Joan: Los Dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación., www.democraciaweb.org/subirats.PDF, 2002, pp. 14-15.

Ahora bien, Kliksberg¹³ plantea que en América Latina la población presiona para que la democracia obtenida a través de larga luchas adquiera características cada vez más activas. Se busca reemplazar la democracia pasiva por la democracia inteligente, el ciudadano persigue estar ampliamente informado, desea tener a su alcance múltiples canales que le permitan hacer llegar continuamente sus puntos de vista, pero no sólo para elegir cada cierto tiempo a sus autoridades, sino también para ejercer influencia constante sobre la gestión de los asuntos públicos; por otra parte, se están produciendo procesos de fortalecimiento de la sociedad civil, se aumentan cada día las organizaciones de base, se mejora su capacidad de acción, se enriquece así, el tejido social.

De esta manera, el contexto de cambio ha creado actitudes y percepciones culturales que ven a la participación de la comunidad como una de las vías principales para activar la democracia de manera concreta. La población demanda participar ante las necesidades que surgen de la realidad, en un escenario de pobreza e iniquidad que no puede ser admitido en un sistema democrático, se reclaman repuestas urgentes e imaginativas para enfrentarlo. En la participación comunitaria o de la ciudadanía puede haber potencialidades para obtener logros significativos y a la vez propiciar equidad a través de las TIC, manifestada bajo la forma del gobierno electrónico, una estrategia posible que puede ofrecer caminos para llegar a la democracia que se visualiza para la sociedad virtual que se aproxima.

4. Un Reto de Gerencia

Las ideas de Subirats, Araya, Criado y Ramilo, Petrizzo, Porras y Kliksberg aquí presentadas representan una indudable innovación tanto en la máquina pública como en la sociedad. El hombre ha demostrado la capacidad, desde su aparición en el mundo, para lograr mejorar su calidad de vida e ir en busca de su mejor bienestar, por lo que más que una utopía, considero los planteamientos de estos autores un verdadero reto de gerencia. ¿Por qué razón se piensa así?. La gerencia a la que me refiero es la del Gobierno, la de los gobernantes; puesto que si considero la definición de democracia de Dahrendorf¹⁴, "Democracia es la voz del pueblo que crea instituciones, las cuales controlan el gobierno y hacen posible cambiarlo sin violencia. En este sentido el *demos*, el pueblo, es el soberano que da legitimidad a las instituciones de la democracia", entonces, el gobierno debe emplear los medios, métodos, estrategias, acciones, en fin: conocimiento de administración y gerencia para evitar que la democracia y sus instituciones se hundan, dejen de existir como tal, bajo la denominación de democráticas.

¹³ KLIKSBERG, Bernardo: Más ética más desarrollo, Temas, Buenos Aires, 2004, pp. 171-172.

¹⁴ DAHRENDORF, Raúl: "Después de la democracia". Entrevista de Antonio Polito, Crítica S.L, 2002, Barcelona, pp.10.

Luego, el objetivo que el Gobierno se propone es su legitimación por parte del pueblo; para ello, ha de emplear de forma planificada los medios de que dispone, en este caso el medio disponible es la gente, el demos; sin él, no puede haber legitimación. Ahora bien, las personas se articulan en la Sociedad de la Información mediante las TIC; entonces, el Gobierno toma del ambiente las señales del distanciamiento del pueblo, las codifica e interpreta un bajo nivel de legitimidad; se adhiere al empleo de las TIC, en su afán de lograr la receptividad del soberano, utiliza las ciencias de la información y diseña un sistema: el gobierno electrónico. Si, porque, realmente el gobierno electrónico es un sistema, ya que se da una verdadera interacción dinámica entre ciudadanos, funcionarios, procesos, tecnologías para lograr ciertos objetivos que coadyuvan a la legitimación del Gobierno. A partir, de la implementación del e-gobierno, la gerencia ha de realizar una planificación de estrategias que lo lleven mediante aquel, en el momento justo, a la verdadera participación ciudadana, la cual conduzca a la segura legitimación. Es ella, la participación ciudadana, la tabla de salvación, la que hace mantener a flote a la democracia y sus instituciones.

5. Una aproximación a la definición de participación ciudadana en el gobierno electrónico

En los abordajes presentados sobre participación ciudadana en el gobierno electrónico, se encuentran ciertos elementos destacables: la presencia a manera potenciadora de las TIC, incluyendo Internet; la existencia de un área geográfica, un territorio, un contexto en donde la gente tiene intereses comunes y en donde se quiere el bien común; la idea de reforzamiento de la democracia, bien sea por la facilidad del voto, o por la definición o diseño de políticas por parte del ciudadano; la presencia previa de comunidades organizadas, redes de ciudadanos y esferas públicas estructuradas; la previa presencia de redes de interconexión entre Estado, sociedad y otros actores sociales para dar idea de Estado relacional; y la existencia de procesos deliberatorios y de toma de decisiones en colectivo, de manera instantánea, pero previo debate con la aparición de un actor, que ha disminuido su peso en la palestra pública, como lo es, el participación ciudadana en el gobierno electrónico no se ha dado. A manera de aproximación, la autora de este artículo, plantea la siguiente:

La participación ciudadana, mediante el gobierno electrónico, representa la acción que ejerce, de acuerdo a sus particularidades o diferencias humanas y creencias, el ciudadano con derecho a voto; mediante la cual, delibera en un lenguaje entendible, sobre materia pública de forma previamente programada; con la coordinación de partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, grupos y movimientos; para articular alternativas, soluciones a problemas, programas, planes, y otros proyectos con objetivos comunes e intereses subjetivamente compartidos; dando lugar al ejercicio de la voluntad

popular en un escenario o comunidad particular; bajo la premisa de calidad y los principios de eficiencia y efectividad de la gestión del e-gobierno, lo cual conduce al acercamiento entre el Estado y Sociedad para la legitimación de la democracia.

Referencias bibliográficas

- ARAYA DUJISIN, Rodrigo (2005). *Internet, política y ciudadanía.* Revista Nueva Sociedad: Gobierno Electrónico y Democracia, *195*, 56-71.
- CARDONA, Diego (2002). El gobierno electrónico. Una revisión desde la perspectiva de la prestación de servicios. 1er congreso Catalán de Gestión Pública. Barcelona. Septiembre de 2002 [Consulta: 2007, abril 10] Disponible: http://www.congres.lluert.net/comunicacions/grup3/Cardona.pdf
- Consejo Nacional Electoral (2004) *Estadisticas electorales (2004)* [Consulta: 2007, abril 12]. Disponible: http://www.cne.gob.ve/estadisticas/e005.pdf
- Consejo Nacional Electoral (2006). *Noticias* [Consulta: 2007, abril 12] Disponible: http://www.cne.gob.ve/noticiaDetallada.php?id=4075
- CRIADO, Ignacio y RAMILO, María (2003). De la administración Pública electrónica a la Administración Pública Relacional: aportaciones para una propuesta analítica integradora. Cultura & Política@Ciberespacio. 1er Congreso ONLINE del Observatorio para la Cibersociedad. Comunicaciones-Grupo 8. Democracia y participación ciudadana en la sociedad interconectada. [Consulta: 2007, abril 10] Disponible: http://cibersociedad.rediris.es/congreso
- DAHRENDORF, Raúl (2002). Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito. Editorial Crítica S.L. Barcelona
- KLIKSBERG, Bernardo (2004). *Más ética más desarrollo*. (3ra ed.). Buenos Aires: Temas Grupo Editorial SRL
- PETRIZZO PÁEZ, María Angélica (2005). Participación ciudadana y tecnologías de la información y la comunicación: hacia una administración pública relacional. Revista Nueva Sociedad: Gobierno Electrónico y Democracia, 195, 88-101.
- PORRAS, José Ignacio (2005). *Internet y las nuevas oportunidades para la deliberación pública en los espacios locales*. Revista Nueva Sociedad: Gobierno Electrónico y Democracia, 195, 102-116
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005) *Informe 2005 sobre Desarrollo Humano: Desigualdad y desarrollo Humano* Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. [Consulta: 2007, abril 15] Disponible: http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_chapter_21.pdf
- SUBIRATS, Joan (2002). Los Dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación. [Consulta: 2007, abril 6] Disponible: www.democraciaweb.org/subirats.PDF

Informáticos Forenses: Criminalistas informáticos en una sociedad de la información y el conocimiento

Jeimy J. Cano*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Avances en materia de ciberseguridad. 3. Cibercrimen y ciberterrorismo: acciones emergentes. 4. Necesidades tácticas y operacionales para combatir el cibercrimen. 5. Preparación para adelantar una investigación forense en informática. 6. Reflexiones finales.

Resumen

El creciente aumento de la criminalidad informática y el mayor uso de las tecnologías de información en la sociedad actual establecen un concepto de seguridad nacional, que no sólo responda a los elementos del mundo físico, sino a los de una sociedad digital. En este sentido, la administración de justicia debe revisarse y reinventarse a sí misma para investigar y perseguir a los nuevos criminales en un contexto digital. En este sentido este documento presenta y analiza la formación de investigadores forenses en informática como ese nuevo paradigma en la administración de justicia para enfrentar el crimen del siglo XXI.

Palabras Clave: Informática forense, computación forense, delitos informáticos, delitos por computador, evidencia digital, forensia digital.

Abstract

The growing number of computer crime and the increased use of information technology in today's society establish a concept of national security, which not only responds to the elements of the physical world, but to those of a digital society. In this sense, the administration of justice must be reviewed and reinvent itself to investigate

Recibido: 5/3/2008 • Aceptado: 20/4/2008

ISSN: 1317-9306

175-184

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

^{*} Ingeniero de Sistemas y Computación, Universidad de los Andes. Magíster en Ingeniería de Sistemas y Computación, Universidad de los Andes. Ph.D in Business Administration, Newport University. Miembro investigador del Grupo de Estudios en Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI). Facultad de Derecho. Universidad de los Andes de Colombia. jjcano@yahoo.com

and prosecute the criminals in a new digital context. In that sense this document presents and analyses the computer forensic expert training as a new paradigm in the administration of justice to deal with the crime of the XXI century.

Key words: Computer forensics, computer crime, digital forensics, digital evidence, computer expert witness

1. Introducción

Revisando el documento de Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT 2008) se detalla la siguiente afirmación en su prólogo: "(...) Los dirigentes se esfuerzan por garantizar la seguridad de sus ciudadanos en las carreteras y las autopistas de sus países, y no existe ninguna diferencia entre éstas y la superautopista de la información, por la cual jóvenes y ancianos transitan durante horas cada día. (...)", dicha declaración establece un llamado formal a los gobiernos para que reconozcan que sus fronteras y responsabilidades están más allá de los niveles físicos percibidos por todos nosotros y reconoce que las comunicaciones y relaciones a través de los instrumentos tecnológicos son parte inherente de la sociedad digital de cada uno de los países.

Si esta afirmación es correcta y la Sociedad de la Información es una realidad concreta y emergente a nivel global, se hace necesario repensar la administración de justicia en este contexto convergente y emergente del mundo real y digital, donde los ciudadanos advierten nuevos riesgos al ejercer su libertad y donde la delincuencia organizada, potencia sus acciones a través del uso eficiente de los mecanismos tecnológicos y digitales, sin aparente atención de las instancias gubernamentales pertinentes y bajo el supuesto de que esta realidad "no es tan grave" como nos han hecho creer.

En este contexto, los entes investigadores de las naciones, deben comprender que el mundo digital, inmerso dentro de la Sociedad de la Información¹, no es otra cosa que una expansión evidente de las fronteras nacionales, en un mundo

1 Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. Numeral 40: **Destacamos** la importancia de enjuiciar la ciberdelincuencia, incluida la que se produce en una jurisdicción pero repercute en otra. **Destacamos además** la necesidad de concebir instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales eficaces y eficientes, para promover la cooperación internacional, entre otros, de los organismos encargados de aplicar la ley en materia de ciberdelincuencia. **Instamos a los gobiernos** a que, en cooperación con otras partes interesadas, promulguen leyes que hagan posible la investigación y enjuiciamiento de la ciberdelincuencia, respetando los marcos vigentes, por ejemplo, las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 55/63 y 56/121 sobre la "Lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos" y el *Convenio sobre el Delito Cibernético* del Consejo de Europa. Disponible en: http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.doc (Consultado 3-03-2008)

donde las personas pierden su nacionalidad local, para convertirse en ciudadanos en una aldea global. El sólo hecho de reconocer lo anterior, debe llevar a los mencionados entes a comprender que las formas de lucha contra las amenazas en el mundo físico, no son las mismas en el mundo virtual, donde la identidad se transforma y se pierde tan rápido como un "click" al hacer una operación de un computador.

Mientras un atacante o intruso se demora algunas horas, para desarrollar su actividad criminal, con una probabilidad de éxito mayor al 50%, una investigación, puede tomar semanas, meses o años con una probabilidad de logro inferior al 50%. Si esta declaración es correcta, la formación de investigadores en este nuevo contexto digital, se hace una necesidad urgente para comunicarle a la delincuencia de la sociedad digital que estamos preparados para enfrentar sus nuevas estrategias y propuestas.

Este documento desarrolla una reflexión básica que justifica la necesidad de la formación de nuevos investigadores de conductas punibles en medios digitales, como la respuesta natural de la justicia en una Sociedad de la Información y del Conocimiento que debe repensar su actuar y acciones más allá del mundo conocido y arriesgarse a dar un "salto de fe" y descubrir las nuevas posibilidades y habilidades que puede alcanzar ahora en un mundo digital y convergente.

2. Avances en materia de ciberseguridad

Afirma el documento de la UIT (UIT 2008): "(...) Actualmente, los ciberdelitos son cometidos por un sindicato del crimen organizado, que obtiene ventajas financieras y utiliza diversos instrumentos para atacar diferentes plataformas en distintos países, y frente a él ninguna nación se encuentra inmunizada", dicho comentario establece que la inseguridad en la sociedad de la información es una realidad evidente y creciente según se manifiesta en el reporte de Mcafee sobre Criminología publicado en 2007².

Si las fuerzas armadas, son instrumentos gubernamentales de nivel estratégico, táctico y operacional para mantener la paz y el orden en las naciones, la pregunta que se formula es, ¿quién debe atender los temas relacionados con la inseguridad nacional en la sociedad digital?, ¿quién debe reconocer y fortalecer las fronteras electrónicas de un país frente a ataques informáticos? Si bien, este documento no busca tratar de dar respuesta a estos interrogantes, si quiere establecer referentes básicos para que se revisen los alcances de la inseguridad informática en el contexto de la gobernabilidad de una nación y de la protección de sus ciudadanos en el escenario de un estado, ahora en una componente particular: el digital.

² Informe de Criminología de Mcafee 2007. Disponible en: http://www.mcafee.com/us/research/criminology_report/default.html (Consultado 3-03-2008)

Colombia no presenta importantes avances en estos temas, pero si existen esfuerzos que se inician en esta materia como lo es el documento de la CRT, denominado "Recomendaciones al gobierno nacional para la implementación de una Estrategia Nacional de Ciberseguridad" (CRT 2007), donde se establecen los elementos fundamentales para que el país reconozca que la seguridad de la nación se extiende en el dominio de las relaciones que establecen las infraestructuras de telecomunicaciones, y como fruto de la utilización y masificación de las tecnologías de información.

El documento de la CRT tiene entre otros objetivos, identificar caminos para la disuasión del crimen cibernético; recomendar la implementación y desarrollo de marcos jurídicos relacionados con la ciberseguridad que sean consistentes con los parámetros internacionales; dar recomendaciones para la elaboración de sistemas de respuesta ante incidentes de seguridad en la red, incluyendo la vigilancia, análisis y respuesta a estos incidentes y proponer lineamientos para la implementación de una cultura nacional de ciberseguridad que mejore los niveles de protección de las infraestructuras críticas de información en Colombia.

Esta iniciativa, alineada con las directrices internacionales en temas sobre protección de infraestructuras críticas, anima la dinámica del análisis de la inseguridad de país en materia informática y de telecomunicaciones en todos los sectores de nación, no hace énfasis en el fortalecimiento de la administración de justicia en el tema de formación de investigadores forenses en informáticas o informáticos forenses, como una estrategia formal que fortalezca la justicia en los casos donde la falta punible está materializada en un ambiente digital.

Si fortalecemos nuestras fronteras electrónicas y desarrollamos una cultura formal sobre la ciberseguridad y no integramos a esta dinámica a la administración de justicia, estamos avocados a que los intrusos nos encuentren debilitados frente a los procesos jurídicos que se instauren sobre sus hechos y el gobierno estaría faltando a su deber de mantener un estado social de derecho.

3. Cibercrimen y ciberterrorismo: Acciones emergentes

La inseguridad informática, utilizada como estrategia táctica y estratégica por el crimen organizado es un problema potencial que afecta a todos los que de una u otra forma utilizamos los medios informáticos para comunicarnos. Así como existen medios de inteligencia y contrainteligencia autorizados por los gobiernos, también existen "estrategias" alternas para ubicar información de las personas y sus perfiles

Si bien Internet y la web han abierto la puerta a nuevas experiencias de redes sociales, amigos y contactos profesionales, también es una "inmensa" bases de datos nuestros que utilizando las herramientas adecuadas y alguna seña particular, es capaz de establecer datos privados o tan personales que se piensa están resguardados en sitios donde tenemos registradas fotos, documentos, entre otros elementos.

La era de la cibercrimen y el ciberterrorismo tiene las bases fundadas en el Internet y todas las redes de información disponibles a través de buscadores, redes sociales como facebook, myspace, entre otros. ¿Ha efectuado el ejercicio de "buscar su nombre" en algún buscador de Internet?, ¿de consultar la información relacionada con su cuenta de correo electrónico? Es interesante lo que se puede encontrar, pues muchas veces se adiciona información en los sitios que se visitan, que los buscadores hábilmente capturan e indexan dentro de sus bases de datos, corroborando lo que un especialista en el tema comenta: "las cláusulas de privacidad de los sitios en internet que capturan datos, no tienen elementos técnicos formales suficientes para cumplir con las mismas".

El cibercrimen (basado en las potencialidades de la inseguridad informática) como elemento emergente en el escenario de un mundo interconectado, tiene elementos que lo hacen imperceptible y característico de una "sorpresa predecible" (BAZERMAN, M. y WATKINS, M. 2004).

- La gente piensa que eso es un invento de "los paranoicos" y que si pasara, no sería tan grave.
- Se tienen datos y noticias relacionadas con este tema, pero dispersas y poco difundidas.
- Los gobiernos no tienen tiempo para mirar esto, dado que existen otros temas más prioritarios para sus naciones.

Adicionalmente a estos elementos planteados, se suman las falsas alarmas, las cuales crean inmunización y fatiga en los analistas, que disminuyen su atención en los problemas potenciales emergentes, generando una falla estructural en el sistema de inteligencia de las naciones que no permite reconocer una amenaza real cuando esta llega.

La inseguridad informática es una sorpresa predecible, algo con lo cual se convive, y aún así, sus manifestaciones, cada vez más silenciosas y estratégicamente concebidas, no nos alertan sobre los efectos que ésta puede traer al adecuado funcionamiento de las organizaciones. Esta situación genera una resistencia natural a estar atentos por algo que no podemos evitar, pero que sí podemos intentar comprender y no sólo identificar.

En razón a lo anterior y conscientes de las tendencias internacionales sobre la delincuencia organizada en Internet, se hace evidente que debemos formar un nuevo especialista que apoye las investigaciones que en materia jurídica se desarrollen para que sea el custodio de la verdad expuesta a través de evidencias digitales y como garante de un proceso que contempla una conducta criminal apoyada en fallas de las tecnologías de información, en sus procesos y procedimientos corporativos y en el posible mal uso de las mismas.

4. Necesidades tácticas y operacionales para combatir el cibercrimen

Para la UIT, la ciberseguridad consiste en "(...) proteger contra el acceso no autorizado y la manipulación y destrucción de recursos y activos esenciales, (...)", definición que si bien establece un lineamiento concreto para los gobiernos e interesados, limita un entendimiento profundo del concepto de seguridad informática, pues considera a la inseguridad de la información, causante de los riesgos identificados, como la enemiga de la sociedad.

Cuando comprendemos que el estudio de la inseguridad de la información, nos permite ver el otro lado de la distinción de la seguridad, podemos alimentar un modelo de estrategias más consistente y real frente a las fallas emergentes de un sistema y no frente a los controles que se diseñan para protegerlo. Es decir, pensando como "el atacante" puede ver aquello que desde la cotidianidad del uso del sistema, no puedo ver.

La realidad de la inseguridad de la información y la materialización de la delincuencia en medios electrónicos, nos debe llevar a mirar en perspectiva, lo que la justicia requiere para enfrentar el desafío de un atacante anónimo, que se mimetiza en la red, que manipula evidencias, que elimina rastros y que conoce en lo detalles las herramientas de apoyo y soporte de investigaciones informáticas.

En este contexto, el *Nacional Intitute of Justice* - NIJ del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (STAMBAUGH, H., BEAUPRE, D., ICOVE, D., BAKER, R., CASSADAY, W y WILLIAMS, W. 2001) adelantó un estudio que establece aquellos elementos y consideraciones que se hacen necesarias para apoyar tanto táctica como operacionalmente a la administración de justicia para enfrentar el reto de la cibercriminalidad informática y de las telecomunicaciones.

Los resultados del estudio establecen 10 temas críticos donde se debe trabajar para avanzar en el fortalecimiento de las habilidades de la administración de justicia y su relación con las nuevas armas de delincuencia informática.

- 1. Concientización del público
- 2. Estadísticas y datos sobre delitos informáticos
- 3. Entrenamiento uniforme y cursos de certificación para investigadores
- 4. Asistencia en sitio para las unidades de lucha contra el delito informático
- 5. Actualización del marco normativo
- 6. Cooperación con los proveedores de alta tecnología
- Investigaciones y publicaciones especializadas en crímenes de alta tecnología
- 8. Concientización y soporte de la gerencia
- 9. Herramientas forenses y de investigación criminal informática
- 10. Estructuración de unidades de lucha contra el delito informático

Como se puede observar, en el resultado del estudio del NIJ el combate del cibercrimen requiere toda una estrategia de formación y articulación que permita a la sociedad contar con una administración de justicia moderna y acorde con los retos que la criminalidad le impone. El no considerar algunos de los elementos planteados por la investigación, implica debilitar el modelo de administración de justicia en el escenario de una sociedad de la información y generar un espacio de acción más amplio para los artificios jurídicos que serán utilizados por los delincuentes para evadir las sanciones que deben tener por sus acciones.

5. Preparación para adelantar una investigación forense en informática

De acuerdo con el reporte de investigación desarrollado por Forrester (GALVIN 2006), existen cuatro (4) reglas de oro asociadas con las investigaciones forenses en informática, las cuales resumen los mínimos requeridos para contar con resultados consistentes y formales:

- No existen dos investigaciones iguales: Cada investigación pone a
 prueba la experiencia del investigador, su habilidad y sus conocimientos.
 Si bien el investigador reconocerá aspectos comunes en sus análisis,
 deberá liberarse de su manera tradicional de actuación y descubrir la
 riqueza del caso analizado.
- 2. **La preparación es crítica**: La falta de preparación casi garantiza resultados inexactos. La preparación requerida incluye entrenamiento, experiencias pasadas, herramientas y procedimientos formales.
- 3. Siga una metodología consistente y conduzca cada investigación como si se llevara a una audiencia: La formalidad de las investigaciones y su correcta ejecución establece el nivel de confiabilidad y credibilidad de los resultados obtenidos.
- 4. Documente todo: Generalmente el éxito de las investigaciones está en los detalles, cada uno de ellos hacen parte del acervo probatorio y por tanto, conocer como se llegó a ellos, quién tuvo acceso, cuándo ocurrió son elementos que permiten conocer de primera mano los hechos el caso que se investiga.

Esta reglas muestran que la formación del informático forense, no sólo debe ajustarse a un conjunto de procedimientos y buenas prácticas en temas tecnológicos, sino al desarrollo de un profesional que, reconociendo la inseguridad informática, las habilidades de los cibercriminales y las condiciones jurídicas del entorno donde actúan, es capaz de avanzar en el desarrollo de una disciplina emergente denominada criminalística digital.

La criminalística digital, como resultado nativo de una sociedad digital, es una práctica emergente que busca articular las prácticas generales de la criminalística tradicional para indagar, reconocer y presentar un análisis científico y formal de la evidencia digital disponible en una escena del crimen. Los delitos informáticos o situaciones donde los derechos y libertades individuales son vulnerados a través de elementos digitales, se convierten en la especialidad de los nuevos investigadores que deben estar entrenados para confrontar y demostrar que comprender la nueva dinámica de una Sociedad de la Información y con un uso creciente de Tecnologías de Información y Comunicaciones.

Si un adecuado entendimiento de los temas tecnológicos la probabilidad de una persecución y judicialización de un posible criminal informático es limitada. Basado en esta preocupación se planteó una investigación detallada en los Estados Unidos en 2000 (JAY MYERS 2000, pág.11) que buscaba determinar los conocimientos requeridos para detectar, investigar y perseguir crímenes de alta tecnología. Este estudio revisó los programas de pregrado disponibles sobre justicia criminal y cómo estos se estaban formando en los temas de alta tecnología.

Los resultados de esta investigación encontraron que los contenidos de los programas revisados debían ser actualizados para preparar a sus egresados frente a un tipo diferente de criminalidad, ahora a través de tecnologías de información. Adicionalmente, la pluralidad de enfoques y formas de comprender los delitos a través de medios computarizados, hacía que los enfoques curriculares cambiaran y no hubiese uniformidad de las enseñanzas en los programas objeto del estudio.

De otra parte, el estudio detectó que no existía un número suficiente de profesionales con una apropiada combinación de conocimiento de investigaciones y habilidad en tecnologías de información para combatir el problema creciente de los cibercrímenes. En este contexto, se sugiere que la formación de los nuevos profesionales en la lucha de los cibercrímenes debían formarse al menos en tres áreas a saber: Justicia Criminal y Criminología, Principios de Contabilidad y Auditoría y, Administración y Operación de Tecnologías de Información (en el documento originalmente se tiene *Computer Operations and Technology*).

De manera semejante se adelantó un estudio en Latinoamérica (CANO 2005) sobre la formación de profesionales en este mismo sentido. Este estudio exploratorio realizado con la colaboración y apoyo de la red de especialistas en Derecho informático, ALFA-REDI (http://www.alfa-redi.org) establece conclusiones semejantes y ofrece una propuesta complementaria a las expuestas en el estudio Norteamericano.

Dentro de los hallazgos del estudio se tienen:

- 1. No existe una definición clara de qué es un perito informático.
- 2. No es clara la formación de estos profesionales híbridos, a quienes no les es indiferente su área de formación ni las ciencias jurídicas.
- 3. "Mientras la justicia no considere la formación de este profesional plural y criminalista digital, los delincuentes, intrusos o agresores en el entorno digital, estarán planeando nuevas estrategias y artimañas para poner en

- aprietos a la justicia, que deberá fallar posiblemente con pocos y limitados fuentes de información y análisis integrales". (CANO 2005, pág.11)
- 4. "(...) se requiere la formación de un perito informático integral que siendo especialista en temas de tecnologías de información, se quiera formar en las disciplinas jurídicas, criminalísticas y forenses." (CANO 2005, pág.9)
- 5. "El perito informático, que podemos contextualizar como criminalista digital, es la evolución natural de los instrumentos de la justicia para establecer un nuevo referente frente al rápido avance de las tecnologías de información y así preparar y ajustar los instrumentos científicos, técnicos y legales, para decirle a los litigios y problemas en el entorno digital que estamos preparados para asumir el reto y confrontar el desafío de la inseguridad informática con argumentos, técnicas y procedimientos que aseguren la transparencia y confianza de los procesos y sus resultados." (CANO 2005, pág.11)

6. Reflexiones finales

A pesar de que en el mediano plazo el mercado de las investigaciones forenses en informática estará en crecimiento (GALVIN 2006), dada la tasa progresiva de la cibercriminalidad y los nuevos brotes de desestabilización asociados con el ciberterrorismo, deberán ocurrir eventos de importante magnitud para que se tome conciencia de la necesidad de la formación de los informáticos forenses.

Lamentablemente sólo en medio de la incertidumbre y la zozobra informática y jurídica, es donde las personas y naciones comprenden que deben actuar frente a amenazas emergente como el cibercrimen y el ciberterror. En este sentido, es deber tanto de la academia, como de la industria, como del gobierno y sus instituciones hacer un "pare" en el camino concretar estrategias de fortalecimiento de sus infraestructuras críticas de información y de su aparato de investigación criminal en medios informáticos, de tal forma que se genere un espacio de confianza y legitimidad del estado en las nuevas fronteras de la interacción de los ciudadanos en un entorno digital y global.

Formar un investigador forense en informática demanda el reconocimiento de algunas de las características de las TIC's³ como habilitadores de la criminalidad informática: (RAYMOND CHOO, K. K, SMITH, R. y McCUSKER. 2007, pág.6)

- Las TIC están intimamente conectadas con la vida personal y de negocio.
- Los sistemas de computación y las redes facilitan el uso privado y comercial, pero potencian riesgos que pueden ser explotados por los delincuentes.
- 3 TIC Tecnologías de Información y Comunicaciones.

 Las redes de computadores son de alcance global y la información fluye a través de ellas sin consideraciones de nacionalidad o jurisdicción

En este contexto, un investigador forense en informática es un científico interdisciplinario que fiel a los principios fundamentales de la ciencia y su método, es capaz de profundizar y descubrir en los elementos materiales probatorios informáticos, relaciones causales y sistémicas que permitan detallar las acciones, causas, efectos e individuos vinculados con alguna punible. Para ello se requiere, una formación integral formal, con requisitos tan exigentes como lo expuestos en los programas de justicia criminal, que lleven como mensaje explícito para los interesados: es hora de ir más allá del cumplimiento de las normas y hablar de una administración de riesgos derivada de la convergencia entre los mercados, la tecnología y los aspectos normativos.

Los informáticos forenses, como profesionales entrenados para rastrear las inseguridad informática, saben que habrá ocasiones donde el delincuente tomará ventaja por su habilidad y destreza sobre los medios informáticos, pero también sabe que su formación le dará la ventaja para aprender de su "enemigo" y así desaprender de lo que conoce, para acercarse tanto como pueda a la habilidad que tiene "el lado oscuro de la fuerza" para sorprender el sistema.

La administración de justicia moderna tiene una oportunidad para reconstruir y fortalecer su labor ahora en una sociedad de la información y del conocimiento. Tiene una responsabilidad histórica para apoyar y comprender en el *ciber ciudadano*, sus derechos y libertades individuales, cuando una conducta punible se materializa en un ambiente informático, lo cual se requiere un cuerpo de profesionales investigadores entrenados y facultados que ofrezcan garantías procesales y probatorias semejantes a las conocidas en el mundo *offline*, ahora en un mundo *online*.

LEGISLACIÓN

LEY 22/2007, DE 11 DE JULIO, SOBRE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

PREÁMBULO

Ι

La presente Ley tiene como objeto completar la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Una parte de ella fue incorporada mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

Esta Directiva debe aplicarse de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Derecho derivado, en particular con la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como la "Directiva sobre comercio electrónico", que fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Lo que la Directiva y, por tanto, la Ley denominaron como sociedad de la información se refiere a la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet, como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Se señaló entonces, y se ve confirmado en la realidad, que la incorporación de esas nuevas tecnologías a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo.

Pero la aparición y el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías causan incertidumbres jurídicas inevitables que han de ser compensadas con las necesarias reformas legislativas.

A esta preocupación hizo frente la primera Directiva de carácter general sobre comercio electrónico y, posteriormente, la Directiva específica sobre servicios financieros que ahora se incorpora al Derecho español.

Por otra parte, el legislador comunitario, al considerar que los servicios financieros demandaban una regulación específica, quiso extenderla más allá de la contratación electrónica, a todos los servicios que se prestaran a distancia, sin la presencia física de las partes contratantes, como es el caso de la contratación por vía telefónica, por fax u otros sistemas de alcance similar, toda vez que la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, había excluido expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios financieros.

H

En consecuencia, la regulación específica sobre comercialización a distancia de los servicios financieros, dentro del objetivo general de ofrecer una adecuada protección a los clientes consumidores de servicios financieros, contiene elementos peculiares.

Se respeta, como es obligado, lo esencial de la libertad contractual y, por ello, se insiste en la vigencia del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la comercialización a distancia de los servicios financieros.

Aunque ello no obsta para que se armonicen las normas de los Estados miembros de la Unión Europea en aspectos que se consideran imprescindibles para la construcción del mercado interior. En el caso objeto de esta

Ley, lo más importante es la protección de los consumidores, ya que en otras disposiciones ya está asegurada la protección de servicios financieros prestados en los Estados miembros con completa libertad, en el marco de la legislación comunitaria.

Ш

Los objetivos principales de la Directiva y, por tanto, de la Ley se centran en una mayor protección de los consumidores, atendiendo siempre a las especiales características de los servicios financieros.

En prueba de ello, se establece un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato. Puede considerarse que las exigencias son suficientes para que el contrato pueda cerrarse con completo conocimiento por las partes contratantes de sus respectivos derechos y obligaciones.

La figura singular que se regula es el derecho de desistimiento, en cuya virtud el cliente puede rescindir el 29986 Jueves 12 julio 2007 BOE núm. 166 contrato firmado en un plazo determinado sin argumentar más que su voluntad de hacerlo. Pero dada la naturaleza de muchos servicios financieros, este derecho no lo podrá ejercitar en los importantes casos que la Ley recoge. Estos casos se fundamentan, principalmente, en la inevitable fluctuación de las condiciones de muchos contratos financieros, lo que hace necesario que las obligaciones contractuales hayan de cumplirse desde el inicio de la formalización del contrato o porque esas condiciones contractuales exijan una seguridad jurídica especial, como es el caso de las hipotecas.

Debe también destacarse que la Ley ofrece garantías complementarias a los consumidores para protegerse contra el uso fraudulento de las tarjetas de pago cuando fueran utilizadas para el pago de servicios financieros e igualmente en cuanto concierne a servicios y comunicaciones no solicitadas.

La Ley asegura, por otra parte, la necesaria defensa judicial para el consumidor y promueve, de manera decidida, el uso de la reclamación extrajudicial, cuando la requiera el consumidor.

Por último, la Ley establece un equilibrado régimen sancionador, armonizando el que establece la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información con los regímenes específicos vigentes para los prestadores de servicios financieros.

Capítulo I

Objeto, ámbito de aplicación y carácter imperativo de los derechos recogidos en la Ley

Artículo 1. Objeto.

Esta Ley establece el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia, sin perjuicio de la aplicación de la normativa general sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que se contiene en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico y, en su caso, en el capítulo II del Título III y disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y demás normativa de aplicación general a los consumidores, así como la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

- 1. Esta Ley se aplicará a los contratos de servicios financieros prestados a distancia por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras.
- 2. En el caso de servicios financieros prestados por sujetos distintos de los mencionados en el apartado precedente, esta Ley se aplicará a los proveedores de los mismos establecidos en España y a los que se ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España. A los efectos de esta Ley, se entenderá que un proveedor de servicios está establecido en España u opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando se den las circunstancias y presunciones previstas en el artículo 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- 3. Las disposiciones de esta Ley se aplicarán igualmente cuando la contratación a distancia se lleve a cabo con la participación de uno o varios intermediarios.
- 4. Esta Ley, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 34/2002, también se aplicará a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y resulten afectadas las siguientes materias:
 - a) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
 - Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.
 - c) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas que tengan la condición de consumidores.
 - d) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.

 e) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitada.

Estos proveedores de servicios quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen dichas materias.

En todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español.

No será aplicable lo dispuesto en las letras a) a e) a los supuestos en que, de conformidad con las normas reguladoras de las materias enumeradas anteriormente, no fuera de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio.

5. Sin perjuicio de que a los proveedores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo les sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2, relativo al principio de libre prestación de servicios, y 8, relativo a las restricciones a la prestación de servicios, de la Ley 34/2002, las obligaciones previstas en esta Ley se aplicarán a esos proveedores cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.

Artículo 3. Carácter imperativo. Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley.

La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo BOE núm. 166 Jueves 12 julio 2007 29987 estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

Artículo 4. Ámbito material.

1. Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor, cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato.

En el caso de contratos relativos a servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido por operaciones sucesivas o una serie de distintas operaciones del mismo tipo escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la presente Ley solamente se aplicarán al acuerdo inicial.

En caso de que no exista un acuerdo inicial de servicio pero que las operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo se realicen entre las mismas partes, los artículos 7 y 8 de la presente Ley se aplicarán cuando se realice la primera operación. No obstante, cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se entenderá como la primera de una nueva serie de operaciones, siendo en consecuencia de aplicación lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley.

- 2. A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros. En particular, se entenderá por:
 - a) servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
 - b) servicios de inversión: los definidos como tales en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

- c) operaciones de seguros privados: las definidas en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.
- d) planes de pensiones: los definidos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.
- e) actividad de mediación en seguros: la definida en el artículo 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.
- 3. Se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares.

Capítulo II

Régimen de los contratos a distancia

Artículo 5. Las partes. Las partes del contrato a distancia son el proveedor y el consumidor.

Se considera como proveedor toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia. A los efectos de esta Ley, se considera como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización.

A los efectos de esta Ley, se consideran como consumidores las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

Artículo 6. Instrumentos técnicos. 1. En la comercialización a distancia de los servicios financieros, deberá quedar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la

información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada.

2. Se entiende por proveedor de una técnica de comunicación a distancia toda persona, física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia.

Artículo 7. Requisitos de información previa al contrato.

- 1. El proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, al menos, la información que a continuación se detalla.
 - 1) En cuanto al propio proveedor:
 - a) la identidad y actividad principal del proveedor, la dirección geográfica en que el proveedor esté establecido y cualquier otra dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el proveedor;
 - b) cuando intervenga un representante del proveedor establecido en el Estado miembro de residencia del consumidor, la identidad de dicho representante legal, la calidad con la que éste actúa, su dirección geográfica, teléfono, fax y, en su caso, correo electrónico a los cuales pueda dirigirse el consumidor para sus relaciones con el representante, así como la identidad completa del proveedor;
 - c) en caso de que las relaciones comerciales del consumidor sean con algún profesional distinto del proveedor, como los representantes o intermediarios de entidades financieras, la identidad de dicho profesional, la condición con arreglo a la que actúa respecto al consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el profesional;
 - d) cuando el proveedor esté inscrito en un registro público, el registro en el que el proveedor esté inscrito y su número de registro, o medios equivalentes de identificación en dicho registro;
 - e) si el proveedor o una determinada actividad del proveedor está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la correspondiente autoridad de supervisión.

- 2) En cuanto al servicio financiero:
 - a) una descripción de las principales características del servicio financiero, en los términos que determinen las normas reglamentarias de desarrollo;
 - b) el precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio;
 - c) en su caso, una advertencia que indique que el servicio financiero está relacionado con instrumentos que 29988 Jueves 12 julio 2007 BOE núm. 166 implican riesgos especiales, tales como los de escasa o nula liquidez, la posibilidad de que no se reembolsen íntegramente los fondos depositados o de que el precio del servicio se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros;
 - d) la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo;
 - e) toda limitación del período durante el cual la información suministrada sea válida;
 - f) las modalidades de pago y de ejecución;
 - g) cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste;
 - h) en el caso de los planes de pensiones se informará al consumidor de que las cantidades aportadas y el ahorro generado se destinarán únicamente a cubrir las situaciones previstas en el contrato y no podrán ser recuperados para otro fin distinto que los supuestos excepcionales contemplados en las condiciones contractuales, todo ello de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

- 3) En cuanto al contrato a distancia:
 - a) la existencia o no de derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor;
 - b) las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento;
 - c) la duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos;
 - d) información acerca de cualquier derecho, distinto del contemplado en la letra a), que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda contener el contrato en ese caso;
 - e) el Estado o Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor, antes de la celebración del contrato;
 - f) las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y a la jurisdicción competente para conocer el asunto;
 - g) la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato y ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo, de acuerdo con el consumidor.
- 4) En cuanto a los medios de reclamación e indemnización:
 - a) a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, de carácter público o privado, puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos,

- b) la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización, sean de carácter obligatorio o voluntario.
- 2. Toda la información exigida en el apartado 1 deberá suministrarse indicando inequívocamente su finalidad comercial y se comunicará de manera clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- 3. En el caso de comunicación a través de telefonía vocal, se observarán las siguientes normas:
 - a) al comienzo de toda conversación con el consumidor se indicará claramente la identidad del proveedor y el fin comercial de la llamada iniciada por el proveedor;
 - b) previa aceptación expresa del consumidor, sólo deberá suministrarse la información siguiente:
 - 1. la identidad de la persona en contacto con el consumidor y su vínculo con el proveedor;
 - 2. una descripción de las características principales del servicio financiero;
 - el precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, incluidos todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no se pueda indicar un precio exacto, la base del cálculo que permita al consumidor comprobar el precio;
 - indicación de que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo;
 - 5. la existencia o inexistencia de un derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11;
 - c) el proveedor informará al consumidor acerca de la existencia de información adicional disponible previa petición y del tipo de información en cuestión.

4. La información sobre las obligaciones contractuales, que deberá comunicarse al consumidor durante la fase precontractual, deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación a la que se sujete el contrato, si se celebra.

Artículo 8. Requisitos adicionales de información

Artículo 9.
Comunicación
de las
condiciones
contractuales
y de la
información
previa.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7, serán de aplicación los requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia.

- 1. El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los anteriores artículos 7 y 8, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.
- 2. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación, el proveedor habrá de cumplir las obligaciones previstas en el apartado 1, inmediatamente después de la formalización del contrato cuando éste se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en dicho apartado 1.
- 3. En cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtener BOE núm. 166 Jueves 12 julio 2007 29989 las condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar la técnica o técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.
- 4. El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el Capítulo II, en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española.

Artículo 10.

Derecho de desistimiento.

1. El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida.

El plazo para ejercer el derecho de desistimiento empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el artículo 7.1, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información.

- 2. El derecho de desistimiento no se aplicará a los contratos relativos a:
 - a) servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de desistimiento, entre ellos, las transacciones sobre:
 - 1. operaciones de cambio de divisas,
 - 2. instrumentos del mercado monetario,
 - 3. valores negociables,
 - 4. participaciones en instituciones de inversión colectiva.
 - 5. contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,
 - 6. contratos de futuros sobre tipos de interés,
 - 7. contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones, opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos relacionados en los anteriores guiones, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés.
 - contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado,

- 9. contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta Ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente;
- b) los contratos de seguros siguientes:
 - 1. contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos,
 - los de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes.
 - 3. aquéllos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado 1,
 - 4. los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador,
 - 5. los planes de previsión asegurados;
- c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro;
- d) créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles;
- e) créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble;
- f) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7;
- g) los planes de pensiones.
- 3. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación

de cualquier modo admitido en Derecho. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo.

- 4. En el caso de que al contrato a distancia sobre el que se haya ejercido el derecho de desistimiento, se le haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor, dicho contrato adicional también quedará resuelto, sin penalización alguna.
- 5. Las previsiones contenidas en la presente Ley en relación con el derecho de desistimiento no serán de aplicación a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento reconocido en otra norma.

Artículo 11.

Pago del
servicio
prestado
antes del
desistimiento.

1. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento.

El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización.

- 2. El proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:
 - a) Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3), a).
 - b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento.
- 3. El proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe mencionado en el apartado 1. Dicho plazo se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento.
- 4. El consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento.

Artículo 12. Pago mediante tarjeta. Cuando el importe de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato a distancia hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad.

Artículo 13. Servicios no solicitados 1. No se podrán prestar servicios financieros a un consumidor, incluso en el supuesto de renovación tácita de un contrato a distancia, sin la solicitud previa de aquél, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado.

No se considerará que existe renovación tácita de un contrato a distancia, en el caso de las diferentes prestaciones derivadas de un contrato sucesivo o cuando la renovación al vencimiento del contrato esté expresamente prevista en el contrato inicialmente suscrito a falta de denuncia por una de las partes y siempre que no se modifiquen las condiciones contractuales inicialmente pactadas.

2. En el caso de prestación no solicitada, el consumidor quedará eximido de toda obligación, sin que la falta de respuesta pueda considerase como consentimiento. No obstante, si el consumidor hiciera uso efectivo del servicio financiero no solicitado deberá satisfacer el importe de la parte realmente utilizada o disfrutada, sin que tal deber suponga la prestación del consentimiento para obligarse mediante un nuevo contrato no solicitado ni la obligación de satisfacer gastos o comisiones, ni, en general, cantidades no acordadas previamente con la entidad proveedora del servicio.

Artículo 14. Comunicaciones no solicitadas. 1. Las comunicaciones no solicitadas por vía telefónica, por fax o por vía electrónica se regirán por lo dispuesto, respectivamente, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como, en su caso, por lo previsto en sus respectivas normativas de desarrollo.

Sólo será posible la utilización por parte del proveedor de otras técnicas de comunicación a distancia que permitan una comunicación individual, distintas de las mencionadas en el anterior apartado, con el consentimiento previo del consumidor.

2. El uso de las técnicas descritas en el anterior apartado no supondrá gasto alguno para el consumidor.

Artículo 15. Acciones de cesación.

- 1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios.
- 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.
 - 3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:
 - a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
 - b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
 - c) El Ministerio Fiscal.
 - d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Todas las entidades citadas en este apartado podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

4. Los proveedores de técnicas de comunicación a distancia pondrán fin, cuando así les sea requerido judicialmente, a la

prestación del servicio de comunicación a distancia que esté siendo utilizado indebidamente.

Artículo 16. Reclamación extrajudicial.

- 1. El proveedor y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral del Consumo, o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa comunitaria, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros.
- 2. Los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, que intervengan en la resolución de reclamaciones sobre servicios financieros prestados a distancia, habrán de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la «Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros» (FIN NET) o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto.

Artículo 17. Carga de la prueba. Corresponderá al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución.

Capítulo III Régimen sancionador

Artículo 18. Sanciones administrativas.

- 1. Los proveedores de servicios financieros a distancia estarán sujetos al régimen sancionador establecido en este Capítulo cuando la presente Ley les sea de aplicación y, subsidiariamente, al previsto en la Ley 34/2002, de 11 de BOE núm. 166 Jueves 12 julio 2007 29991 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
- 2. En el caso de los proveedores de servicios financieros incluidos en el artículo 2.1 de esta Ley, se considerarán normas de ordenación y disciplina, las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la obligación de dejar constancia de

las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero según establece el artículo 6.1; a los requisitos de información previa al contrato establecidos en el artículo 7; a las obligaciones de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa reguladas en el artículo 9 y a las contenidas en el artículo 14 relativas a servicios no solicitados.

Su incumplimiento será sancionado según lo establecido por la normativa sectorial correspondiente, con las siguientes especialidades:

- a) Para las entidades de crédito, y cualesquiera otras que presten servicios financieros, de acuerdo con el artículo 2.1 de esta Ley, que figuren inscritas en los registros administrativos del Banco de España, y siempre que las infracciones no tengan carácter ocasional o aislado, como una infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- b) Para las empresas de servicios de inversión, las instituciones de inversión colectiva, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras, respectivamente, como una infracción grave de acuerdo con lo previsto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, y la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus sociedades gestoras.
- c) Para las entidades aseguradoras, como infracción grave o muy grave de acuerdo con los artículos 40.4.b y 40.3.b del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.
- d) Para los mediadores de seguros, como infracción grave o muy grave de acuerdo con los artículos 55.3.a) y 55.2.c) de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de seguros y reaseguros privados.
- e) Para las entidades gestoras de fondos de pensiones, como infracción grave o muy grave de acuerdo con los artículos 35.3.ñ) y 35.4.ñ) del Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

- 3. En el caso de proveedores de servicios financieros distintos de los contemplados en el apartado 2 precedente, el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en la legislación específica sobre protección de consumidores y usuarios.
- 4. Cuando, como consecuencia de una actuación sancionadora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.
- 5. El consumidor podrá rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna.

Disposición adicional primera

Modificación de la Ley 26/1984, 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios.

Se introduce un nuevo apartado, 19 bis, a la disposición adicional primera ("Cláusulas abusivas") con la siguiente redacción:

"19 bis. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula".

Disposición adicional segunda

Plan de medidas de lucha contra las actividades de captación a distancia de información confidencial de forma fraudulenta.

En el plazo de seis meses, el Gobierno, conjuntamente con las Comunidades Autónomas, y en colaboración con los agentes económicos afectados, presentará un plan de medidas de lucha contra las actividades de captación a distancia de información confidencial de forma fraudulenta, incorporando medidas de protección de los consumidores y usuarios que prioricen los elementos de seguridad en las transacciones y minimicen los riesgos y consecuencias económicas que para los ciudadanos se derivan de estas conductas delictivas.

Disposición derogatoria

Quedan derogados a la entrada en vigor de esta Ley:

- a) El artículo 6 bis de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- b) Los párrafos segundo y tercero del apartado 1 del artículo 83.a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

c) Del apartado 2 del artículo 83.a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, el inciso que dice:

"Tratándose de un contrato de seguro comercializado a distancia, la comunicación se hará de acuerdo con las instrucciones que el tomador haya recibido de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados".

- d) La disposición adicional segunda de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- e) El primer párrafo del apartado 3, el apartado 4 y el apartado 5 del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

Disposición final primera

Competencia constitucional.

La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6.ª, 8.ª, 11.ª y 13.ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas.

Disposición final segunda

Incorporación de Derecho de la Unión Europea

Mediante esta Ley se completa la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Disposición final tercera Entrada en vigor

Esta Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto.

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley. Madrid, 11 de julio de 2007.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

Decreto No. 4.891 de fecha 9 de octubre de 2006

HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En ejercicio de la atribución que le confieren los artículos 236 numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 89 ejusdem, último aparte del artículo 34 y parágrafo único del artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, en Consejo de Ministros.

Dicta

El siguiente,

REGLAMENTO PARCIAL DE LA LEY ORGÁNICA DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN REFERIDO A LOS APORTES E INVERSIÓN

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por finalidad definir y establecer los lineamientos, mecanismos, modalidades, formas y oportunidad en que los sujetos pasivos señalados en el Título III de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, deberán cumplir con la obligación de aportar e invertir en las actividades señaladas en el artículo 42 de dicha Ley. Así como lo referente a los beneficiarios de los aportes e inversiones en relación a los mecanismos de control de los aportes señalados en los Títulos III y IV de la Ley.

Igualmente, se pretende estimular la inversión en actividades de investigación y desarrollo en general, la formación de talento y el fortalecimiento de la demanda de Ciencia y Tecnología con el fin de incidir en la modernización y reactivación de este sector, incentivando la formación de redes empresariales, la vinculación con el sector académico y de investigación, así como el establecimiento de procesos de innovación que permitan una mejor inserción competitiva de la producción venezolana en los mercados nacionales, regionales y mundiales, dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Artículo 2. A los efectos de la aplicación del presente Reglamento, se entiende por:

1. Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación:

El conjunto de personas, organizaciones públicas o privadas, y las relaciones existentes entre ellas, dedicada a desarrollar procesos de investigación, producción y transferencia de conocimientos, dirigidos a la construcción de una cultura científico-tecnológica, cuyo organismo rector es el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología.

2. Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación:

Es el instrumento de planificación y de orientación proveniente del Ejecutivo Nacional, dinámico y ajustable donde se define para el corto, mediano y largo plazo los lineamientos y objetivos estratégicos que deberán desarrollar los órganos del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, así como, aquellas instituciones de educación superior y organizaciones del sector privado que se hayan acogido a sus lineamientos, a nivel nacional y regional, en función de las necesidades y prioridades del país, así como de los recursos disponibles en aras de participar con el desarrollo nacional endógeno.

3. Actividad de Innovación:

Es el conocimiento, procesamiento, aplicabilidad o materialización de una idea con un componente de nivel inventivo o desarrollada durante el desempeño de actividades de investigación, que va encaminada a dar como resultado un bien, proceso o producto nuevo o una mejora de lo existente, que pueden ser desarrollados o utilizados en la industria, en el comercio o en un nuevo enfoque de un servicio social.

4. Formación de Talento Humano:

Son los procesos cognoscitivos o educativos en las diferentes modalidades orientados a la formación, actualización o capacitación de personas, encaminados al desarrollo de actividades de ciencia, tecnología, innovación, gestión o aplicación del conocimiento.

Se reconocerá como aporte e inversión en la actividad de capacitación de talento humano, aquella dirigida a estudios de Alto Nivel, entendidos estos como aquellos superiores al bachillerato.

5. Transferencia de Tecnología:

Proceso e interrelación que se establece entre un sujeto, persona o empresa que posee la tecnología o los conocimientos para producir, utilizar o manejar un bien, negocio, producto o servicio y que traslada, intercambia, entrega, vende o negocia a otra persona, sujeto o empresa, dichos conocimientos, procedimientos o formas de hacer, para su captación, aplicación, producción y aprovechamiento por el entorno social y económico del país, procurando la apropiación del conocimiento por parte de la colectividad.

6. Laboratorio:

Unidad organizada para la actividad científica y tecnológica de carácter experimental, computacional o de procesamiento de datos o cualquier otra forma que indique el desarrollo de investigaciones, pruebas, ensayos, requeridas o necesarias en el campo de las actividades científicas, tecnológicas o de innovación.

7. Centro, Instituto o Unidad de Investigación y Desarrollo:

Organización que integra un sistema de laboratorios de carácter permanente, relacionados entre sí, por el tema de investigación, por sus actividades, por el método seguido o por los fines perseguidos. Así como la unidad integrada de laboratorios y personas e instituciones que se desempeñan en el ámbito de las actividades científico-tecnológicas.

8. Ingresos Brutos:

Se refiere a los beneficios o proventos económicos que obtiene la gran empresa o sujeto obligado e integrante del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, por cualquier actividad que realice, sin tomar en consideración los costos o deducciones en que haya incurrido para obtener dichos ingresos.

A los efectos de determinar el monto de la inversión en ciencia, tecnología e innovación, se aplicará supletoriamente lo establecido en el Título II, Capítulo I, de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, tomando en cuenta las excepciones consagradas en el artículo 14 de la referida ley.

9. Inversión:

Se entiende a los efectos del presente Reglamento, que hay inversión, cuando una empresa destina en si misma o en sus empresas asociadas o consorciadas, filiales, o en empresas de la misma rama de actividad a que ésta se dedique, recursos propios en proporción al monto de su aporte ,para el desarrollo de las actividades contenidas en el artículo 42 de la Ley.

10. Aporte:

Se considera que hay aporte, cuando se destinan recursos (dinero, bienes, servicios, etc) para programas, proyectos o actividades que van a ser desarrolladas por los órganos, entes, institutos, centro de investigación, y en general cualquier persona pública o privada que haya sido certificada como beneficiaria de dichos aportes. Igualmente se entiende por aporte, cuando se destinan cantidades de dinero a favor de los fondos dependientes del Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología.

11. Ciencia:

A los efectos del presente Reglamento, el término "ciencia" comprende las ciencias naturales, exactas, sociales y humanas.

12. Consorcio:

Entidad económica, con o sin personalidad jurídica, conformada por dos o más empresas y creada mediante un contrato, con el fin de ejecutar uno o más proyectos relacionados con actividades u operaciones que forman parte del ramo de actividad de sus integrantes, independientemente de la forma que dicha entidad económica revista.

13. Empresa Venezolana:

Toda empresa, independientemente de la forma que revista, registrada y domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, con actividades y sede comercial en el país, y con participación de accionistas, socios, asociados o miembros venezolanos en el capital social no menor a: 1) cincuenta por ciento (50%) para el caso de empresas fabricantes, empresas distribuidoras y/o ensambladoras y empresas de servicio, y 2) ochenta por ciento (80%) para el caso de empresas consultoras, empresas de construcción y montaje, empresas contratistas generales de servicios de ingeniería integrados y empresas contratistas generales de ejecución IPC (ingeniería, procura y construcción).

14. Actividad Minera:

Está referido a aquellas actividades señaladas por el Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU), tales como:

- Extracción de minerales de uranio y torio,
- Extracción de minerales metalíferos como el hierro,
- Extracción de metales preciosos.
- Extracción de minerales metalíferos no ferrosos.
- Extracción de minerales de níquel.
- Extracción de minerales no metálicos como: piedra, arena, arcillas, cal, yeso, caolín y bentonitas.
- Extracción de piedra, arena y arcillas comunes.
- Extracción de yeso y anhidrita.
- Extracción de caolín, arcillas de uso industrial y bentonitas.
- Extracción de arenas y grava silíceas.
- Extracción de Caliza y Dolomita.
- Explotación de minerales para la fabricación de abonos y productos químicos.
- Éxtracción de halita (sal)
- Extracción de piedras preciosas.
- Extracción de esmeraldas.
- Extracción de otras piedras preciosas y semipreciosas.

- Extracción de otros minerales no metálicos NPC.
- Fabricación de productos no metalúrgicos básicos.
- Industrias básicas de hierro y acero.
- Industrias básicas de metales preciosos y de metales no ferrosos.
- Fundición de metales tales como hierro y acero.
- Fundición de metales no ferrosos.
- Explotación de minas y canteras.
- Extracción de carbón, carbón lignitico y turba.
- Extracción y aglomeración de hulla (carbón de piedra).
- Extracción y aglomeración de carbón lignítico
- Extracción y aglomeración de turba

15. Actividad eléctrica:

Está referido a aquellas actividades señaladas por el Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU), tales como:

- Suministro de electricidad, gas y agua
- Suministro de electricidad, gas, vapor y agua caliente.
- Generación, captación y distribución de energía eléctrica.
- Fabricación de gas; distribución de combustibles gaseosos por tuberías.
- Suministro de vapor y agua caliente.

Artículo 3. Las Grandes Empresas, deberán inscribirse por ante el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, por ante el Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología, o el órgano adscrito designado por dicho Ministerio, a los fines de llevar un registro de las mismas y el control de los aportes e inversiones que estas realicen.

Artículo 4. Las universidades o instituciones de educación superior, unidades, institutos o centros de investigación y desarrollo, y cualquier otra institución, pública o privada que deseen ser beneficiarias de los aportes e inversiones que realicen las Grandes Empresas, deberán inscribirse por ante el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, por ante el Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología o por ante el órgano adscrito designado por dicho Ministerio, a los fines de llevar un registro de las mismas y el control de los aportes que estas reciban y facilitar las tareas de coordinación del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, a fin de propiciar y orientar los aportes de las Grandes Empresas en proyectos específicos.

Artículo 5. El Registro a que se refieren los artículos 3 y 4 del presente Reglamento, se realizará utilizando preferiblemente medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicación.

El Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, el Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología o el órgano adscrito que éste designe, utilizará sistemas de seguridad que permitan el libre acceso, el registro y almacenamiento de documentos preferiblemente en medios electrónicos.

Artículo 6. Una vez inscritos los sujetos obligados a aportar e invertir y las universidades o instituciones de educación superior, unidades o centros de investigación y desarrollo, y cualquier otra institución que desee ser beneficiaria de los aportes o inversiones, deberán acudir ante el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, o el órgano adscrito designado por el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, a presentar los recaudos necesarios para que se les otorgue la certificación de inscripción.

Artículo 7. Los aportes e inversiones a que se refiere el título III de la Ley, que deben realizar los sujetos señalados en dicho Título III, podrán ser efectuados, según convenga a los obligados, bajo las siguientes modalidades:

- a) Transferencia a fondos u organismos dependientes o adscritos al Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología.
- b) Transferencia de cantidades líquidas de dinero a otros organismos, organizaciones, entes o instituciones públicos o privados, que serán los encargados de su ejecución;
- c) Administración directa de los recursos, en actividades, programas o proyectos ejecutados por las mismas empresas, o en coordinación con otros actores:
- d) Prestación de servicios o suministro de bienes o insumos relacionados con programas o proyectos de ciencia, tecnología e innovación;
- e) Combinando las modalidades anteriores.

Los aportes e inversión podrán realizarse en una o varias de las actividades descritas en el artículo 42 de la Ley.

Artículo 8. Las modalidades mediante las cuales se realicen los aportes e inversiones deberán cumplir con las siguientes condiciones:

- a) Que el bien o servicio a aportar esté intimamente relacionado con un proyecto específico, de los establecidos en el artículo 42 de la Ley.
- b) El valor que se tomará en cuenta a los efectos de los aportes e inversiones en las modalidades que convengan los obligados, será el valor en libros del bien o el valor de mercado de los servicios a ser prestados en calidad de aporte e inversión.

- Artículo 9. En el caso que el aporte se realice a un organismo, órgano o ente público, no será necesario que los recursos esté destinados a la ejecución de un programa, proyecto o actividad concreta. En todo caso el Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología, podrá establecer mediante resolución la normativa para determinar cuando los aportes sean necesariamente destinados a la ejecución de un programa, proyecto o actividad concreta.
- Artículo 10. Las actividades consideradas aportes e inversión en ciencia, tecnología e innovación, enumeradas en el artículo 42 de la Ley, están encaminadas a la apropiación paulatina del conocimiento, por lo que estas actividades estarán preferiblemente enmarcadas en proyectos específicos, los cuales podrán ser formulados por:
- a) Los sujetos pasivos de dicha obligación; directamente o en coordinación con otros actores, o participar en proyectos formulados por otros entes,
- b) Otras instituciones u organismos beneficiarios de los aportes que se encarguen de ello; según alguna de las modalidades contempladas en el artículo 7 de este reglamento;
- c) Otros entes, organismos, empresas, centros, institutos o unidades de investigación; y
- d) Por cualquier integrante del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, registrado por ante el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación o el órgano adscrito designado por el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología.

Las empresas asociadas o consorciadas, filiales, o las empresas de la misma rama de actividad a que ésta se dedique, podrán participar en forma conjunta en el financiamiento de proyectos científicos, tecnológicos y de innovación de los establecidos en el artículo 42 de la Ley.

- **Artículo 11**. Las Grandes Empresas, podrán realizar sus aportes e inversiones, durante todo el ejercicio económico respectivo, y deberán realizar la declaración definitiva de las inversiones o aportes realizadas durante el ejercicio económico correspondiente, en la misma fecha en la cual realicen la declaración definitiva anual de impuesto sobre la renta.
- **Artículo 12**. El monto del aporte e inversión en las actividades señaladas en el artículo 42 de la Ley, se determinará tomando como base de cálculo los ingresos brutos del ejercicio económico anterior al que corresponda cumplir con la obligación de aportar e invertir.

Al hacer la determinación de los ingresos brutos se considerará como parte satisfecha del porcentaje de inversión o aporte a que esta obligada la empresa, los gastos que haga en si misma, efectivamente pagados, durante dicho ejercicio

económico anual, por los conceptos de investigación y desarrollo o cualquiera de los presupuestos de inversión establecidos en el articulo 42 de la ley

Artículo 13. Las empresas cuyo aporte e inversión se realice en cantidades líquidas a fondos dependientes del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, lo podrán realizar en cualquier oportunidad durante el ejercicio económico correspondiente.

Artículo 14. El aporte al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones que realizan las Grandes Empresas que presten servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 152 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, será reconocido como aporte e inversión en actividades científicas, tecnológicas y de innovación, por encontrarse dentro del supuesto de hecho contenido en el numeral 2 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Artículo 15. A los fines de determinar el porcentaje que deberán aportar los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que comercialicen propiedad intelectual de bienes y servicios, desarrollada con recursos provenientes parcial o totalmente de los financiamientos otorgados a través del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología o sus organismos adscritos conforme al artículo 34 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, se tomará en consideración los siguientes criterios:

- 1. Según el tipo de financiamiento:
 - a) Si se trata de un financiamiento bajo la modalidad de subvención, el monto será del 0,5%.
 - b) Si se trata de un financiamiento bajo la modalidad de crédito blando, el monto será del 0,4%.
 - c) Si se trata de un financiamiento bajo la modalidad de cofinanciamiento, el monto será de 0,3%.
 - d) Si se trata de un financiamiento bajo la modalidad de Capital de Riesgo y Beneficio Compartido, el monto será de 0,2%.
 - e) Cualquier otra modalidad de financiamiento, el monto será del 0,1%.
- 2. Según la duración del financiamiento:
 - a) Si el financiamiento es por un lapso menor de 2 años, porcentaje será del 0,1%.
 - b) Si el financiamiento es por un lapso de 2 a 5 años, porcentaje será del 0,2%.
 - c) Si el financiamiento es por un lapso de 5 a 10 años, el porcentaje será del 0.3%.
 - d) Si el financiamiento es por un lapso de 10 a 15 años, porcentaje será del 0,4%.

- e) Si el financiamiento es por un lapso mayor de 15 años, porcentaje será del 0,5%.
- 3. Según el monto del financiamiento:
 - a) Si el monto del financiamiento es menor a 500 U.T., el porcentaje será de 0,1%.
 - b) Si el monto del financiamiento es entre 500 U.T. y 1500 U.T., el porcentaje será de 0,2%.
 - c) Si el monto del financiamiento es entre 1500 U.T. y 3.000 U.T., el porcentaje será de 0,3%.
 - d) Si el monto del financiamiento es entre 3.000 U.T. y 5.000 U.T., el porcentaje será de 0,4%.
 - e) Si el monto del financiamiento es mayor a 5.000 U.T. el monto será de 0,5%.

El porcentaje que deberán aportar los sujetos señalados en el encabezamiento del presente artículo, en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley, será la media que resulte de sumar cada uno de los porcentajes establecidos en los criterios anteriores, dividido entre tres (3).

Dicho monto deberá ser establecido en el contrato de financiamiento respectivo.

Artículo 16. A los fines del artículo anterior, el porcentaje debe aplicarse sobre los ingresos brutos obtenidos durante el ejercicio económico, por la comercialización que realicen del producto objeto de la propiedad intelectual, desarrollada parcial o totalmente con recursos provenientes de financiamientos otorgados a través del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología o sus organismos adscritos.

Cuando la comercialización de la propiedad intelectual se realice a título gratuito, deberá contar con la autorización del órgano o ente que haya otorgado el financiamiento, lo cual deberá constar por acto motivado.

Parágrafo Único: La obligación de aportar e invertir en las actividades señaladas en el artículo 42 de la Ley, se extiende a todos los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación que comercialicen la propiedad intelectual desarrollada con recursos provenientes de financiamientos otorgados por el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología o sus organismos adscritos, hayan sido o no los beneficiarios del financiamiento que le dio origen.

Artículo 17. A los efectos del artículo 35 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, se entiende por actividad de hidrocarburos, las establecidas y reguladas por las Leyes Orgánicas de Hidrocarburos e Hidrocarburos Gaseosos y demás leyes vinculantes a estas actividades.

Artículo 18. A los efectos del artículo 37 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, se entenderán comprendidas dentro de la producción de bienes y servicios, las empresas que elaboren, fabriquen, procesen, distribuyan, comercialicen, exploten, o realicen cualquier otra actividad de colocación de bienes o productos tangibles o intangibles en el mercado, así como todas las actividades de servicio que presten las Grandes Empresas como sujetos pasivos de la Ley.

Artículo 19. En el caso de las Grandes Empresas que desarrollen de forma concurrente varias de las actividades de las establecidas en los artículos 35, 36 y 37 de la Ley, deberán realizar sus aportes e inversiones en base al porcentaje que corresponde a la actividad principal que genere la mayor cantidad de ingresos brutos. En el caso de la inversión extranjera, deberán realizar sus aportes en base al porcentaje que corresponde a la actividad principal que genere la mayor cantidad de ingresos brutos en el territorio nacional, mediante cualquier modalidad, inversión directa, o contrato a ser ejecutados en Venezuela, sin menoscabo de los acuerdo que se realicen por medio de contratos, tratados o convenios.

Artículo 20. Las Grandes Empresas que realicen el aporte e inversión correspondiente, en actividades de capacitación de talento humano del personal de su propia empresa, deberán procurar que ese talento humano una vez capacitado realice la transferencia de los conocimientos adquiridos, que permita el aprovechamiento de éstos en el entorno social y económico del país.

Artículo 21. En el caso que, los aportes e inversión de los sujetos obligados incluyan la adquisición de equipos e insumos en el exterior, se procurará que dicha adquisición comporte una transferencia tecnológica para el país. El Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, o el organismo designado, podrá solicitar una justificación razonada de estas adquisiciones para determinar su reconocimiento, total o parcial, como aporte e inversión para los efectos del cumplimiento de la ley.

No obstante, la adquisición de equipos e insumos en el exterior por parte de las Grandes Empresas, será reconocida como aporte e inversión, si dicha adquisición se efectúa en el marco de una actividad o proyecto de los contemplados en el artículo 42 de la Ley, o si tiene por objeto su utilización por universidades, instituciones de educación, laboratorios, centros de investigación y desarrollo, u otros miembros del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación para cualesquiera de las actividades contempladas en el referido artículo 42 de la Ley.

Artículo 22. A los efectos del artículo 40 de la Ley, se consideran insumos, equipos y materiales de particular importancia para el desarrollo del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, aquellos que estén directamente

relacionados con el desarrollo de programas o proyectos específicos enmarcados en dicho Plan. El Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, por requerimiento de la Autoridad Aduanera y Tributaria, emitirá un informe donde exprese su opinión al respecto.

Artículo 23. Los aportes o inversión en proyectos relacionados con las actividades de la empresa en sectores, actividades o servicios en los que exista dependencia de tecnología o servicios extranjeros, o en las que tradicionalmente haya existido predominio por parte de empresas extranjeras, serán considerados aportes e inversión en ciencia, tecnología e innovación bajo el artículo 42 de la Ley, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a. La ejecución del respectivo proyecto debe ser encomendada a un consorcio con participación de una o más empresas venezolanas, de manera que las empresas venezolanas que participen en el referido consorcio tengan la posibilidad de adquirir los conocimientos técnicos y la experiencia necesaria para emprender proyectos similares en el futuro, no obstante que no adquieran derechos sobre la propiedad intelectual de la empresa extranjera o del consorcio; y
- b. La empresa venezolana que forme parte del consorcio debe controlar al menos el cincuenta por ciento (50%) de la dirección y gerencia del consorcio.

El Ministro o Ministra con competencia en materia de Ciencia y Tecnología queda autorizado para modificar mediante Resolución, los porcentajes mínimos en las definiciones de "consorcios" y de "empresas venezolanas" y en aquellas ramas de industria o actividades en las que así sea apropiado, habida cuenta de las capacidades locales existentes en las mismas.

Artículo 24. Cuando el monto del aporte e inversión que realicen las personas obligadas en virtud del Título III de la Ley, sea inferior al monto al cual están legalmente obligados, la diferencia entre ambos deberá ser cancelada mediante depósito a favor de algunos de los fondos, órganos o entes adscritos al Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, dentro de los treinta días siguientes al momento de efectuada la respectiva declaración de aportes e inversiones, a través de los mecanismos internos que establezca el Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología.

Artículo 25. Las Grandes Empresas que requieran la exoneración total o parcial del pago de uno o varios de los impuestos establecidos en leyes tributarias, por los enriquecimientos netos de fuente territorial, en virtud del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Título III del la Ley, deberán presentar su solicitud por ante la Autoridad Aduanera y Tributaria acompañada de los requisitos formales y de fondo exigidos por dicha Autoridad y contener la certificación de

cumplimiento de aporte emitida por el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología.

Artículo 26. Las Grandes Empresas, a requerimiento del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, deberán suministrar información relacionada con las actividades en las que realicen los aportes e inversiones establecidos en el Título III de la Ley.

Artículo 27. Toda empresa obligada a efectuar aportes e inversiones de conformidad con la Ley, podrá presentar anualmente ante el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología un Plan Anual con la descripción de los proyectos y actividades en los que tiene previsto efectuar aportes e inversiones de conformidad con el artículo 42 de la Ley. Si el Ministerio de con competencia en materia Ciencia y Tecnología considera que cualquiera de las actividades o proyectos propuestos en el Plan Anual no puede ser considerado inversión o aporte en ciencia, tecnología o innovación dado que no es subsumible en alguno de los numerales del artículo 42 de la Ley, notificará dicha decisión a la empresa interesada dentro del lapso de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la fecha de la presentación de dicho Plan Anual; en el entendido de que a falta de notificación dentro del lapso antes previsto, la empresa podrá efectuar los aportes e inversiones requeridos por la Ley en las actividades y proyectos descritos en el Plan Anual.

La solicitud por medio de la cual se someta el Plan Anual a la consideración del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Contra las referidas decisiones del Ministerio con competencia en materia de ciencia y tecnología, los interesados podrán interponer los recursos administrativos contenidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Artículo 28. A los efectos del control, fiscalización, verificación y determinación cuantitativa y cualitativa de los aportes e inversiones por parte del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, las Grandes Empresas que destinen los mismos a la ejecución de proyectos científicos, tecnológicos y de innovación de los establecidos en el artículo 42 de la Ley, deberán llevar en los libros de contabilidad auxiliares u otros registros contables una partida que permita generar un reporte auditable de los ingresos y egresos de dichos proyectos.

Aquellas Grandes Empresas o sectores de empresas cuyas contabilidades se rijan por leyes o entes especiales, deberán llevar la contabilidad atendiendo a las instrucciones o normativas que impartan dichos entes, pero siempre permitiendo que se genere un reporte auditable para que el Ministerio con

competencia en materia de Ciencia y Tecnología o la Autoridad Aduanera y Tributaria encargada de realizar la fiscalización de los aportes e inversiones ejerzan las competencias establecidas en el artículo 45 de la Ley.

- Artículo 29. A los efectos del control, fiscalización, verificación y determinación cuantitativa y cualitativa de los aportes e inversiones por parte del Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, los receptores de los mismos, deberán llevar en los libros de contabilidad auxiliares u otros registros contables, una partida que permita generar un reporte auditable donde se detalle la utilización de los aportes o inversiones que han recibido.
- Artículo 30. A los fines del control, fiscalización, verificación y determinación cuantitativa y cualitativa de de los aportes establecidos en el Título III de la Ley, los organismos, órganos, entes y fondos adscritos al Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología receptores de dichos aportes, contarán con un sistema de información, donde se reflejen individualmente cada uno de dichos aportes y cualquier otra información pertinente.
- Artículo 31. El Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, los entes adscritos o fondos creados para ello y en definitiva, cualquier persona que reciba aportes e inversiones provenientes de las personas obligadas en virtud de lo establecido en el Título III de la Ley, deberán velar por el pleno cumplimiento de los fines para los cuales fueron otorgados dichos aportes e inversiones.
- **Artículo 32.** Las personas obligadas en virtud del Título III de la Ley a aportar e invertir en actividades científicas, tecnológicas y de innovación, deberán emplear los formularios de declaración y pago debidamente autorizados por el Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología, o a través de los procedimientos y medios electrónicos que se establezcan.
- **Artículo 33**. El Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología podrá celebrar los acuerdos con terceros u organismos públicos que considere necesarios, para cumplir con las actividades de inspección y fiscalización de los aportes e inversiones.
- **Artículo 34**. El Ministerio con competencia en materia de Ciencia y Tecnología podrá designar expertos y ordenar auditorias, para la evaluación y determinación de los aportes e inversiones.

Disposición Transitoria

Única. Los ingresos brutos obtenidos durante el ejercicio económico correspondiente al año 2005, será la base de cálculo para los aportes e inversiones a realizarse durante el ejercicio económico correspondiente al año 2006.

La declaración definitiva de aporte e inversión correspondiente al ejercicio económico del año 2006, deberá ser realizada por parte de la Grandes Empresas, en la oportunidad que corresponda realizar la declaración definitiva de impuesto sobre la renta en el año 2007.

Disposición Derogatoria

Única. Se derogan las disposiciones de rango sublegal que colidan con el presente Reglamento.

Dado en Caracas a los nueve días del mes de octubre del año dos mil seis. Años 196° de la Independencia y 147° de la Federación.

Ejecútese, (L.S)

HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS

Refrendado *José Vicente Rangel* El Vicepresidente Ejecutivo (L.S)





EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA POLÍTICO ADMINISTRTIVA

Exp. N° 2007-0411 Caracas, 22 de mayo de 2007. 197° y 144° Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

El 17 de abril de 2007, los abogados Gustavo Reyna, Pedro Perera, Margarita Escudero, María Alejandra Correa, José Valentín González, Rafael Chavero Gazdik v Alvaro Guerrero Hardy, inscritos en el INPREABOGADO bajo los Nos. 5.876, 21.061, 45.205, 51.864, 42.249, 58.652 v 91.545, respectivamente. actuando con el carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil RADIO CARACAS TELEVISIÓN RCTV, C.A., inscrita el 2 de junio de 1947 en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, bajo el Nº 621, Tomo 3-A; de los ciudadanos Marcel Granier, Eladio Lárez Villamizar, Edgardo Mosca, Anani Hernández, Inés Bacalao, José Escalona, Isabel Valero, Rogelio Jaua, Julian Isaac, Odila Rubin, Francisca Castro, Pablo Mendoza, Daniela

Bergami, Oswaldo Quintana y Eduardo Sapene, venezolanos, mayores de edad, titulares de las cédulas de identidad Nos. 1.743.327, 2.672.201 6.317.199, 6.098.898, 3.182.799, 4.358.297, 3.480.357, 6.978.052, 5.308.505, 4.084.347, 6.117.047, 5.537.535, 4.088.465, 6.339.035 y 3.249.587, respectivamente, en su condición de accionista el primero y Directivos de RCTV los restantes; de los ciudadanos Magdi Gutiérrez, Miguel Ángel Rodríguez, Iván Pérez, Rita Núñez, Álvaro Algarra, Lolymar Viloria, Pedro Guerrero, María Castillo, Teo Castro, Luis Gómez, Isnardo Bravo, Erika Corrales, Berenice Gómez, Mercedes París, Tinedo Guía, Jennifer de Santana, Alejandro Silva, Jonnathan Quintero, Manuel Gago, León Hernández, David de Matteis, Alexys Palmera, Jhenny Chirinos, Trina Ballesteros,

David Pérez, Junior Acosta, Ana Virginia Escobar, Javier García, Iris García, Violeta Rosas, Deilui Pernalete, Jofrana González, Isabel Mavarez, Ronald Rojas, Soraya Castellano, Randy Carrero, María Arriaga, Yuly Belle Youseff, Adriana Terán, Elizabeth Pérez, Elaine Marrero, Melanny Hernández, Vanesa Vásquez, Tamara Slusnys, Adriana Carrillo, Nayeli Villareal, Jessica Flores, Jossybell Avila, Morella Colina, Dioneila Abreu, Maryalejandra Pastrán, Marialcy Carreño, Jemmy García, Marielysa Castellano, Yamel Rincón, Pedro Beomón, Adriana Mussett, Adriana Toledo, Mirna Abreu, Eduardo Rivas, Larissa Patiño, Dayana Vásquez, Esther Gómez, Andrés Mendoza, Morella Giordana, Sasha Escalante, Irene Contreras, Yamileth Angarita, Mariemma Ramos, Norbis Guerra, María Baleato, Jenny Do Nascimento, Lourdes Mata, Lama Castellanos, Carla Betancourt. Verónica Hernández, María González y Francia Sánchez, mayores de edad, titulares de las cédulas de identidad Nos. 14.880.547, 9.205.122, 8.168.233, 9.061.858, 14.890.178, 6.338.255, 12.674.941, 15.879.781, 9.246.247, 6.315.863, 10.507.669, 6.991.889, 3.750.868, 13.476.531, 2.964.192, 13.270.831, 14.909.728, 13.253.675, 16.173.831, 12.832.147, 14.286.778, 9.653.443, 10.279.934, 15.871.853, 10.822.799, 15.012.589, 10.545.674, 11.178.408, 8.272.661, 13.190.823, 12.603.899, 16.558.002, 12.869.747, 14.484.229, 6.195.914, 6.682.752, 5.223.287, 12.880.372, 13.665.625, 3.626.283, 11.666.310, 15.978.936

13.800.105, 9.486.095, 10.312.112, 15.395.761, 12.869.620, 14.738.156, 3.155.687, 6.599.267, 13.865.159, 11.539.241, 14.049.649, 16.899.673, 14.889.633, 6.135.706, 14.690.133, 15.541.446, 15.294.917, 10.786.646, 9.971.399, 16.034.653, 15.801.652, 15.396.525, 15.395.491, 14.990.418, 14.909.776, 11.941.919, 11.924.445, 14.200.715, 11.663.954, 12.784.082, 5.532.462, 12.172.526, 15.048.145, 13.066.559, 14.139.495 y 13.833.050, respectivamente, todos periodistas de RCTV; de los ciudadanos Solisbella Sánchez, Andreina Rodríguez, Eduardo Torres, Luis Galaviz, Jorge Ramírez, Juan Ramírez, Manuel Yépez, Buenaventura Briceño, Joffry Castillo, José López, Jonathan Aular, Yomel Rondón, César Sánchez, Juan Rojas, Ramón Moreno, Maikel Risquez, Dhennys Arenas, Lae-Ros Escobar, César Díaz, Deyvis Espinoza, Carolina Guidón, Miguel González, Luciana Peña, Lucyrnar Valladares, Jesús Ramírez, Juan Duarte, Franklin Luna, Simón Martínez, Francisco Maldonado, Jóvito Villalba, Ana Primera, Eva Espinoza, Arturo Valbuena, Aura Meza, Oscar Becerra, Jenny de Araujo, Cristina Valladares, Félix Vivas, María Saja, Jonathan Acevedo, Alex González, José González, Wilmer Martus, Leonardo Romero, Lennis Terán, María Arteaga, Luis Mota, Marco Camargo, Angel Cedeño, Reinaldo Trujillo, Andrea Quiroga, Adiala Salas, Leonardo Moscoso, José Luna, Desireé Segovia, Ayaris Prato, Luis Carreño, William Sosa, José Grau, María Sánchez, Guillermo Piñate, Evelys Flores, Leonay Corso,

Ilena Torrealba, Osman Mendoza, Ismelix Millán, Simón Rodríguez, Luis Martínez, Armando Zambrano, Douglas Márquez, Jesús Zerpa, Giovanni Mejías, Giovanni Campos, Raúl Medina, Winston Gutiérrez, Luis Hernández, Jorge Díaz, Ismael García, Wildejhon Azuaje, José Rengel, Ronald Pérez, Oswaldo García, Marlene Betancourt, María Jacinto, Miguel Guzmán, Ingrid Hernández, Ximena Planchart, Lia Lezama y Héctor Durán, venezolanos, mayores de edad, titulares de las cédulas de identidad Nos. 11.928.686, 11.035.710, 5.968.915, 11.741.231, 10.118.280, 11.670.914, 14.908.822, 4.348.811, 10.545.907, 16.034.634, 15.759.248, 12.395.553, 5.529.928, 6.138.836, 4.282.980, 13.158.036, 12.056.315, 14.428.994, 10.346.299, 11.563.897, 11.539.311, 14.121.436, 18.078.057, 13.612.063, 13.563.825, 12.834.819, 16.871.532, 13.251.767, 12.624.865, 2.103.786, 5.753.097, 5.413.550, 4.856.148, 3.721.257, 5.605.958, 14.746.216, 11.733.562, 15.727.691, 4.248.903, 12.358.078, 14.532.525, 13.638.426, 16.007.308, 6.836.185, 11.671.519, 17.665.593, 14.898.106, 16.006.964, 16.389.415, 11.197.250, 17.730.294, 17.148.264, 16.971.102, 16.508.748, 15.342.778, 11.590.892, 15.830.802, 10.115.371, 6.033.953, 5.595.008, 15.186.701, 13.727.143, 10.375.816, 13.532.810, 17.146.449, 16.571.085, 7.929.446, 6.182.245, 14.141.075, 6.214.856, 13.438.692, 12.054.754, 12.782.217, 16.093.585, 12.261.301, 6.965.300, 11.820.217, 15.842.908, 6.113.117, 10.871.672, 12.112.342, 2.111.160, 5.114.535, 6.301.507,

11.158.691, 14.015.917, 14.121.563, 16.030.321 y 6.297.204, respectivamente, en su condición de trabajadores de prensa adscritos a la Vicepresidencia de Información y Opinión de RCTV; interpusieron ante esta Sala "demanda de anulación con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada" conforme al aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela v el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, contra la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424, ambas de fecha 28 de marzo de 2007, emanadas del MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LAS TELECOMUNI-CACIONES Y LA INFORMÁTICA, mediante las cuales fue declarado el decaimiento por falta de objeto de la solicitud formulada por la empresa recurrente en fecha 5 de junio de 2002, para la transformación de su título de concesión otorgado de acuerdo con la legislación anterior, en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como también en los actos administrativos antes identificados fueron desestimadas las solicitudes presentadas el 24 de enero de 2007 por la mencionada sociedad mercantil, para la renovación o extensión de la concesión para prestar el servicio de televisión abierta hasta los años 2022 y 2027, respectivamente.

El 18 de abril de 2007 se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Evelvn Marrero Ortíz.

Por escrito de fecha 8 de mayo de 2007, la representación judicial de la parte recurrente ratificó la solicitud de amparo cautelar y, asimismo, la solicitud de medida cautelar innominada, requerida en forma subsidiaria al amparo cautelar, y consignó los medios probatorios a los fines de demostrar los requisitos del periculum in mora y el periculum in damni.

Realizado el estudio de las actas que conforman el expediente y examinado el escrito presentado, el cual contiene el recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, esta Sala Político Administrativa habida cuenta que, en esta oportunidad, únicamente le corresponde pronunciarse acerca de su competencia para conocer de la nulidad, su admisibilidad y del amparo cautelar solicitado, precisa que en esta decisión no se extenderá en los alegatos expuestos por los recurrentes respecto a la legalidad de los actos impugnados.

Así, pasa la Sala a decidir de acuerdo a las siguientes consideraciones:

I

DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD

En fecha 17 de abril de 2007 los abogados Gustavo Reyna, Pedro Perera, Margarita Escudero, María Alejandra Correa, José Valentín González, Rafael Chavero Gazdik v Alvaro Guerrero Hardy, actuando con el carácter de apoderados judiciales de la empresa Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., -en lo sucesivo RCTV, C.A.- de sus Directivos, Periodistas y un grupo de Trabajadores de Prensa, antes identificados, interpusieron el recurso contencioso administrativo de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada conforme al aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, contra la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424, ambas de fecha 28 de marzo de 2007, emanadas del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

En el escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad exponen los apoderados actores que la empresa RCTV, C.A., comenzó a operar como televisión abierta en el año 1953 y desde el año 1987 es titular de una concesión otorgada por veinte (20) años, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987 contentivo del

Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras.

Expresan, que conforme al artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970 del 12 de junio de 2000, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) mediante la Resolución Nº 093 publicada en la Gaceta Oficial N° 37.342 del 10 de diciembre de 2001, estableció el "Cronograma de Transformación de los Títulos de Concesión o Permiso otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", procedimiento este que debía efectuarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la prenombrada Ley en la Gaceta Oficial de República Bolivariana de Venezuela, y con base al cual la empresa recurrente procedió, el 5 de junio de 2002, a solicitar dicha transformación.

Señalan, que, posteriormente, dadas las declaraciones públicas rendidas por el Presidente de la República y otros funcionarios del Ejecutivo Nacional acerca de la no renovación de la concesión de RCTV, C.A., la referida empresa solicitó mediante comunicación del 24 de enero de 2007 al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (i) la transformación de su título con un supuesto derecho a operar hasta el 12 de junio de 2022; (ii) subsidiariamente, la transformación de su título con un supuesto derecho a operar hasta el 27 de mayo de 2027 y (iii) subsidiariamente, la renovación de la concesión por un período de veinte (20) años adicionales

Oue, el 28 de marzo de 2007 RCTV. C.A., fue notificada de la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, mediante la cual declaró el decaimiento del procedimiento administrativo de transformación del título de concesión en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones (televisión abierta en VHF) y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico. Asimismo, señaló en dicha decisión que la concesión otorgada a la sociedad mercantil accionante vence el 27 de mayo de 2007.

En la misma fecha de la notificación de la Resolución N° 002, el 28 de marzo de 2007, la mencionada empresa fue notificada de la Comunicación N° 0424, por la cual el referido Ministro señaló el vencimiento de la concesión de RCTV, C.A. el 27 de mayo de 2007, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1° del Decreto N° 1577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras del 27 de mayo de 1987.

Así, expresan los apoderados actores que de acuerdo con las disposiciones del Decreto N° 1.577, RCTV, C.A. tendría derecho a la extensión del plazo de la concesión por veinte (20) años más, a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a la fecha en la que vence el plazo de veinte (20) años de la concesión otorgada el 27 de mayo de 1987, en virtud de que la recurrente –según afirman- ha dado

cumplimiento a la normativa en materia de telecomunicaciones y, por tanto, no ha sido objeto de sanciones.

Señalan, que los actos recurridos constituyen la materialización de declaraciones rendidas públicamente meses atrás por el Ejecutivo Nacional, las cuales han sido reseñadas tanto por la prensa nacional como internacional, lo cual les da el carácter de hecho público y notorio comunicacional.

Indican, que en el caso bajo examen se han utilizado los recursos, potestades y poderes por parte de los funcionarios y autoridades del Estado con el objeto de imponer a un medio de comunicación social e independiente su línea política editorial, opiniones e informaciones. En este sentido, indican que se habría fomentado v consentido la actuación agresiva de grupos afectos a la ideología del gobierno y discursos públicos amenazadores e insultantes contra RCTV. C.A., sus periodistas y trabajadores de prensa, además de haberse aprobado leyes que restringen ilegítimamente la libertad de expresión.

Manifiestan, que los ataques contra la empresa recurrente, sus periodistas y trabajadores fueron advertidos y repudiados por organizaciones protectoras de la libertad de expresión nacionales e internacionales, pero que no obstante, el Estado venezolano –haciendo caso omiso de tales advertencias- decidió cerrar a RCTV, C.A., por la vía de la no renovación de la concesión.

Expresan, que la decisión de desconocer el derecho de preferencia a la extensión de la concesión otorga-

da a RCTV, C.A., respondería a un castigo arbitrario por la línea editorial e informativa de carácter independiente, crítico y pluralista mantenido con relación a las actuaciones del Ejecutivo Nacional.

Indican, que la motivación expresada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática en sus declaraciones públicas incorpora elementos que serían inciertos, como lo es el hecho de que el Estado requiere la frecuencia utilizada por RCTV, C.A. para el desarrollo del Plan Nacional de Telecomunicaciones, el cual –a decir de la empresa recurrente- no ha sido aprobado ni publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Manifiestan, que de ser cierto que el Estado requiriese frecuencias, las hay disponibles en las bandas VHF y UHF, por lo cual sería falso que se requieran frecuencias para implementar nuevas políticas en materia de telecomunicaciones. Añaden, que si el Estado realmente necesitara esas frecuencias, tomaría medidas extremas para recuperarlas de los distintos concesionarios y no sólo de RCTV, C.A.

Arguyen, que otros órganos del Poder Ejecutivo Nacional han desmentido las motivaciones del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática para no extender o renovar la concesión de las frecuencias operadas por RCTV, C.A., evidenciando que la verdadera razón de tal medida es censurar la información dada por su mandante.

Señalan, por otra parte, que también se le ha atribuido a la empresa recurrente la violación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, del Código Penal y de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

1. VICIOS DE INCONSTITU-CIONALIDAD

Respecto a los vicios de inconstitucionalidad de los actos administrativos impugnados, los apoderados judiciales de la empresa RCTV, C.A., sus Directivos, Periodistas y un grupo de Trabajadores de Prensa, expresan lo siguiente:

Que los actos recurridos violan el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en los artículos 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con las decisiones recurridas se impide a los recurrentes difundir libremente ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda mediante las frecuencias asignadas a RCTV, C.A., en todo el territorio nacional, así como también se restringe el derecho de expresión, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, lo que está prohibido en el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los apoderados actores hacen referencia a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y concluyen que con las medidas tomadas por el Ejecutivo Nacional se viola el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en sus dimensiones individual y social.

Manifiestan, que según lo ha señalado el Secretario de la Organización de Estados Americanos (OEA) la medida anunciada contra los recurrentes afecta el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión por el efecto disuasivo de esa medida sobre el resto de los medios de comunicación en el país.

Alegan, asimismo, la violación del derecho al debido proceso y a ser oído por una autoridad imparcial, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en el 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habida cuenta que tanto el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática como otros altos funcionarios del Ejecutivo Nacional, habrían anunciado públicamente antes de la emisión de los actos recurridos, la desestimación por motivos políticos de las solicitudes planteadas por RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007.

Denuncian haberse vulnerado, igualmente, los derechos al debido proceso y a la defensa, previstos en el artículo 49 de la Constitución venezolana, en concordancia con los artículos 25 eiusdem y 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, por la negativa de la Administración a evacuar las pruebas promovidas por su representada el 24 de enero de 2007 e impedirle el acceso al expediente durante todo el procedimiento administrativo.

En tal sentido, afirman que la empresa RCTV, C.A., promovió pruebas de informes encaminadas a demostrar (i) Que la concesión de RCTV, C.A, no ha sido transformada, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y (ii) Que existen otros operadores de servicios de televisión que habrían sido objeto de sanciones por violación de la Ley y que se les permitiría seguir operando después del 27 de mayo de 2007.

Indican, que la impertinencia de las pruebas esgrimida por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, omitiendo todo procedimiento sobre ese particular es inaceptable, pues dichas probanzas tenían por objeto demostrar que una eventual negativa a extender o renovar la concesión de RCTV, C.A., constituirían violaciones a la Constitución, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y a otras disposiciones legales y reglamentarias.

Expresan, haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en los artículos 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; toda vez que tanto las declaraciones manifestadas públicamente por autoridades pertenecientes al Ejecutivo Nacional como los actos administrativos recurridos constituyen

una sanción por la supuesta comisión de infracciones al Código Penal, a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y a otras disposiciones legales, aun cuando no se ha podido demostrar la comisión de dichas infracciones mediante una decisión firme de carácter administrativo o judicial.

Arguyen, no haber racionalidad alguna justificativa de que RCTV, C.A. sea la única empresa a la cual se le haya notificado de una supuesta reserva de frecuencias, de la expiración del término para la concesión y del decaimiento de su solicitud de transformación de títulos, permitiéndosele a otras operadoras —con características idénticas a las de RCTV, C.A. según afirman—continuar transmitiendo su señal después del 27 de mayo de 2007.

Manifiestan, que en el caso planteado se viola la garantía de irretroactividad prevista en los artículos 24 de la Constitución venezolana y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al desconocerse el derecho de preferencia de la empresa recurrente para la extensión por otros veinte (20) años de su concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, como lo establece el artículo 3 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, y aplicarse retroactivamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Alegan, que si bien el régimen previsto en el Decreto N° 1.577 fue sustituido por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta última Ley debe aplicarse respetando y reconociendo los derechos adquiridos por los operadores bajo el régimen anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 *eiusdem*, entre los cuales se encuentra el derecho de preferencia para la extensión de la concesión por veinte (20) años adicionales a los previstos en el artículo 1º del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987.

Afirman, que la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424 incurren en un contrasentido al reconocer, por una parte, que de acuerdo con el artículo 1° del Decreto N° 1.577 la concesión tiene una duración de veinte (20) años; y al obviar, por la otra, el contenido del artículo 3 de ese mismo Decreto el cual –a su juicio- consagra el derecho de preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años.

Denuncian la violación de los derechos a la propiedad y no confiscación, consagrados en los artículos 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el contenido del ordinal 1° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con la negativa de transformar los títulos otorgados al amparo de la legislación anterior a las previsiones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la negativa de extender o renovar la concesión, bajo el argumento de que el Estado se reservará la explotación y uso de la frecuencia utilizada por RCTV, C.A., se

desconocen los derechos de la sociedad mercantil recurrente para continuar operando esa frecuencia, así como los beneficios económicos que dicha actividad le reportaría.

Para respaldar su afirmación, sostienen que el equilibrio económico del contrato constituye una garantía económica para los particulares conforme a las condiciones generales tomadas en consideración al momento de la celebración del contrato de concesión, la cual –afirmanasegura al particular que contrata con la Administración Pública que esa relación se mantendrá a pesar del ejercicio de las prerrogativas públicas relativas a la potestad de modificar o terminar el contrato por causas distintas a las inicialmente previstas.

Aseguran, que los actos recurridos omiten pronunciamiento alguno sobre la afectación de los derechos económicos inherentes a la concesión otorgada a RCTV, C.A.; y que la Administración ha debido reconocer que con su decisión unilateral de no renovar o extender la concesión se causa un daño económico a RCTV, C.A., por lo cual debía otorgársele una indemnización por el lucro cesante y la no recuperación de la inversión realizada en virtud de la expectativa legítima de continuar con la concesión.

Indican que, en el caso concreto, no se verifica ninguno de los supuestos previstos en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para considerar disponible la frecuencia asignada a la empresa recurrente, por lo que la negativa de transformar los títulos no podía realizarse sin el previo reconocimiento de los derechos

de RCTV, C.A. y el otorgamiento de la correspondiente indemnización.

Denuncian la violación del derecho a la libertad económica, en tanto y en cuanto las decisiones del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática impiden que RCTV, C.A. ejerza la actividad que venía desarrollando, sin que se hubiese configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo que justifique dichas decisiones.

Niegan que el sacrificio particular de RCTV, C.A. se deba a razones de interés general, pues –según sus dichos- en el espectro radioeléctrico están disponibles frecuencias suficientes con las características técnicas requeridas por el Estado para desarrollar su política pública de telecomunicaciones y, además, porque conforme con lo establecido en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la frecuencia operada por RCTV, C.A. no puede considerarse disponible.

Agregan, que la solicitud de transformación de los títulos de RCTV, C.A. fue presentada a tiempo, desde el año 2002, sin que exista justificación alguna por parte de la Administración para no dar una oportuna respuesta, lo cual era una obligación irrenunciable y legalmente impuesta a la autoridad administrativa, que habría tenido que respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión.

Señalan, que la Administración debió respetar el derecho de la sociedad mercantil recurrente a la extensión de la vigencia de la concesión por otros veinte (20) años, contados a partir de su vencimiento el 27 de mayo de 2007, siempre que se hubiese verificado el cumplimiento de la normativa aplicable, según lo prevé el artículo 3 del Decreto Nº 1.577.

1.2. VICIOS DE ILEGALIDAD

Los representantes judiciales de la parte recurrente denuncian que los actos administrativos objeto de nulidad incurren –a su decir- en los siguientes vicios de ilegalidad:

Que, los actos recurridos violan el principio de jerarquía de los actos administrativos, toda vez que contradicen lo dispuesto por un acto de superior jerarquía y de carácter general como lo es el Decreto Nº 1.577 del 27 de mayo de 1987, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 33.726 de la misma fecha, contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, el cual establece -a su criterio- un derecho de preferencia a favor de operadores como RCTV, C.A., para la extensión de la concesión por veinte (20) años adicionales.

Denuncian, asimismo, la violación del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues tanto la Resolución N° 002 como la Comunicación N° 0424, ambas del 28 de marzo de 2007, no pueden –a su decir- vulnerar lo dispuesto por un acto general como el Decreto N° 1.577 el cual contiene el referido reglamento.

Igualmente, alegan la violación de los principios generales del derecho los cuales constituven un límite "fundamental" al ejercicio de las potestades administrativas. En este sentido, aluden a la motivación, al objeto y a la proporcionalidad y adecuación como elementos que deben estar presentes en las decisiones de la Administración como las ahora impugnadas. Hacen también referencia a los principios de buena fe y confianza legítima los cuales debieron ser aplicados en el caso planteado, en relación al derecho de preferencia que -afirman- tenía la empresa recurrente para la extensión del lapso de la concesión.

Exponen, que los actos administrativos objeto de nulidad se encuentran viciados por incompetencia subjetiva e imparcialidad, pues el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática se encontraba incurso en la causal de inhibición prevista en el numeral 3 del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, aun así, decidió declarar el decaimiento del procedimiento administrativo para la transformación de los títulos otorgados a RCTV, C.A. contraviniendo lo previsto en el artículo 30 eiusdem.

Alegan, el vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto la Resolución Nº 002 y la Comunicación Nº 0424 concluyen que con la entrada en vigencia de dicha Ley el derecho a la extensión de la concesión quedó extinguido.

Añaden, que manifestar, como lo hace el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, que las estaciones de televisión abierta no tienen derecho a la renovación de sus títulos, contradice -a juicio de los recurrentes- lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme al cual existe un derecho a obtener el otorgamiento de las habilitaciones correspondientes para operar una estación de televisión abierta, siempre que no se vulnere el derecho de preferencia de los operadores más antiguos y que la solicitud de renovación se ajuste al Plan Nacional de Telecomunicaciones.

Igualmente, esgrimen que es falso afirmar la inexistencia de frecuencias disponibles para que el Estado establezca una estación de televisión abierta de "servicio público" con cobertura nacional, pues hay una amplia disponibilidad de frecuencias para tales fines, según lo demuestra el Informe Técnico sobre la Disponibilidad de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, anexo al escrito mediante el cual se interpuso el recurso de nulidad.

Afirman, que se configura el vicio de desviación de poder toda vez que se utiliza una potestad administrativa para un fin diferente a aquel de carácter reglado, para cuya tutela el ordenamiento jurídico se la otorgó a la Administración Pública.

Sobre este último particular, manifiestan que hay un cúmulo de pruebas que demuestran que la decisión del Ejecutivo Nacional de rechazar la solicitud de renovación o extensión de la concesión de RCTV, C.A., se debe a motivos políticos, totalmente ajenos al interés general.

Arguyen, la ilegalidad del objeto de los actos recurridos habida cuenta que el artículo 191 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevé que ninguna persona natural o jurídica, podrá controlar más de una estación de televisión abierta en la misma banda de frecuencia por localidad, por lo que si el Estado establece una estación de televisión abierta de "servicio público" en la frecuencia asignada a RCTV, C.A., se estaría controlando más de una frecuencia por cada localidad del territorio nacional en la banda de VHF, pues –según afirmanla Administración controla la frecuencia asignada a "VTV". Agregan, que si bien el Estado puede reservarse más de una estación de televisión por localidad y en la misma banda, sólo podrá utilizar una de esas frecuencias para servicios de televisión abierta.

Expresan que, en el caso bajo examen, hubo ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, pues el Ejecutivo Nacional no llevó a cabo el procedimiento administrativo para la transformación de los títulos otorgados a RCTV, C.A., debidamente solicitada el 5 de junio de 2002, conforme a lo establecido en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

1.3. DELAMPARO CAUTELAR

Los apoderados actores solicitan se decrete medida de amparo cautelar, en los siguientes términos:

Oue se decrete amparo cautelar con el fin de ordenar al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática: "...se abstenga de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide..." el recurso contencioso administrativo de nulidad y que "...tome todas las medidas necesaria a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación..." por la violación de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, a ser oído por una autoridad imparcial, a la presunción de inocencia, a la igualdad y la no discriminación y a las garantías de irretroactividad de la ley y la libertad económica.

Sostienen, que el requisito del fumus boni iuris se cumple en este caso debido a la grave presunción de violación de los derechos y garantías constitucionales mencionados. Respecto al periculum in mora señalan que, tal como lo ha establecido la jurisprudencia, en el amparo constitucional dicho requisito se cumple con la sola verificación del fumus boni iuris.

No obstante lo anterior, afirman que: "...dejar de operar implicaría, entre otras cosas, la afectación de todas las relaciones laborales existentes con los cerca de 3.000 trabajadores de RCTV; la imposibilidad

de cumplir con los compromisos asumidos con los anunciantes; la imposibilidad de cumplir con los compromisos asumidos frente a los proveedores de producciones filmicas y demás componentes de la programación; la paralización de todas las producciones de programas informativos, dramáticos, deportivos y de entretenimiento que actualmente forman parte de la programación de RCTV; así como la pérdida de operatividad de una serie de equipos y materiales técnicos de difícil recuperación...".

Indican, que otro daño irreparable vendría dado por las recientes inversiones, tanto en equipos como en capacitación de recursos humanos, realizadas por RCTV, C.A., las cuales han triplicado sus activos fijos.

Insisten, que otro daño de difícil reparación sería el efecto persuasivo de las decisiones recurridas en los distintos medios de comunicación social, al evidenciarse la disposición de las autoridades gubernamentales de cerrar, no extender o renovar los títulos jurídicos de aquellos operadores que no sigan la línea editorial del Ejecutivo Nacional, además de la restricción a la libertad de expresión en su dimensión social, pues –según sus dichos- se estaría privando a la colectividad de recibir la información libre y plural que transmite RCTV.

1.4. DE LA MEDIDA CAUTE-LAR INNOMINADA

Los representantes judiciales de la parte recurrente solicitan se decrete, de manera subsidiaria, medida

cautelar innominada, de conformidad con lo previsto en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela v el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, con el objeto de ordenar al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Înformática que: "...(i) se abstenga de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que ha venido operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación y (ii) tome todas las medidas necesarias a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que ha venido operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación...".

Finalmente, en el petitorio del escrito del recurso, solicitan se anule la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424, ambas de fecha 28 de marzo de 2007, dictadas por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, y se ordene al referido Ministro:

"...(ii) (...) transforme los títulos de RCTV en habilitación administrativa de radiodifusión sonora y televisión abierta y en concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico con atributos de televisión abierta VHF establecimiento y explotación de redes, a nivel nacional.

con fines de lucro, en las frecuencias que venían siendo utilizadas por RCTV, (...) y ORDENE a Conatel la inscripción de dichos títulos en el Registro que lleva (...).

(iii) (...) cuando cumpla con lo solicitado en la sección (ii) (...) proceda a reconocer la extensión de la habilitación administrativa de radiodifusión sonora y televisión abierta y la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico con atributos de televisión abierta VHF y establecimiento y explotación de redes, a nivel nacional, con fines de lucro, por veinte (20) años en las frecuencias que venían siendo utilizadas por RCTV, (...) y ORDE-NE a CONATEL la inscripción de esa extensión en el Registro que lleva (...).

(iv) Subsidiariamente, si se desestima la solicitud anterior, ORDE-NE al Ministro (...) proceda a renovar la habilitación administrativa (...) y ORDENE a CO-NATEL la inscripción de esa renovación (...). (v) ORDENE al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (...), o quien haga sus veces, que adopte todas las medidas necesarias para permitir que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta (...).

(vi) ORDENE al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (...), o quien haga sus veces, que se abstenga de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF (...).

(vii) ORDENE al ciudadano Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (...), o quien haga sus veces, que respete plenamente la libertad de pensamiento y expresión de los Demandantes y de la sociedad venezolana y, en consecuencia, se abstenga de adoptar cualquier decisión que lesione ese derecho, ya sea directa o indirectamente, en relación con la actividad que desarrollan los Demandantes (...)".

II DE LA COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente acerca de su competencia para conocer del recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad interpuesto conjuntamente con amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada. Al respecto es pertinente señalar, de conformidad con jurisprudencia

pacífica de esta Sala, que cuando el recurso contencioso administrativo de nulidad es ejercido conjuntamente con la acción de amparo constitucional, esta última, es decir, la acción de amparo, se convierte en accesoria de la acción principal, en virtud de lo cual la competencia para conocer de ambos asuntos será determinada por la competencia para conocer del

recurso de nulidad que constituye la acción principal.

En este sentido, se observa que, en el caso de autos, el recurso de nulidad se ha interpuesto contra la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424, ambas de fecha 28 de marzo de 2007, emanadas del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

Ahora bien, ha sido igualmente jurisprudencia pacífica de este Alto Tribunal, aquella conforme a la cual la competencia de esta Sala Político-Administrativa para conocer de la nulidad de los actos administrativos del Poder Ejecutivo Nacional está circunscrita a los actos emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central -en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal- que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, son: el Presidente o Presidenta de la República. el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras. Asimismo, le corresponde conocer de

los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los Gabinetes Sectoriales y Gabinetes Ministeriales.

En este orden de ideas, dado que en el caso bajo examen se ha ejercido un recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con amparo cautelar v. subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra actos emanados del titular de un órgano de la Administración Pública Central, concretamente el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, la competencia para su conocimiento y decisión corresponde a esta Sala Político-Administrativa, conforme a lo dispuesto en el numeral 30 del artículo 5 de la Lev Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido en el numeral 5 del artículo 266 del Texto Constitucional. Así se declara.

III DE LA ADMISIÓN DEL RECURSO

Determinada como ha sido la competencia de esta Sala para conocer del recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo constitucional, y subsidiariamente, solicitud de medida cautelar

innominada, se pasa a decidir preliminarmente sobre la admisibilidad de la acción de nulidad con el objeto de examinar la petición de amparo cautelar, para lo cual corresponde analizar las causales de inadmisibilidad previstas en el aparte 5 del artículo 19 de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de

Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sin emitir pronunciamiento alguno con relación a la caducidad de la acción, en función de lo previsto en el Parágrafo Único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, aspecto que será examinado al momento de la admisión definitiva que realice el Juzgado de Sustanciación.

Dicho lo anterior, observa la Sala que en el presente caso no se verifica ninguna de las restantes causales de inadmisibilidad enunciadas en el precitado aparte 5 del artículo 19, toda vez que no se advierte ninguna prohibición legal de admitir la acción propuesta, no se han acumulado acciones excluyentes y se ha acompañado la documentación necesaria a los fines de la admisión del recurso.

Sin embargo, en el escrito del recurso se observa la existencia de conceptos que podrían ser considerados ofensivos e irrespetuosos contra personas e instituciones públicas, como los contenidos en los folios 16, 17 y 18, referidos a los mensajes de odio y rechazo contra los medios de comunicación social y los periodistas. No obstante lo anterior la Sala, en aras de garantizar el acceso a la justicia, no tomará en cuenta tales conceptos a los fines de la admisión del recurso.

Respecto al interés de los recurrentes en la interposición del recurso, la Sala advierte lo siguiente:

En el caso concreto, la acción ha sido ejercida por la empresa RCTV, C.A., alegando la violación de derechos constitucionales y legales, así como los posibles perjuicios económicos que se derivan de los actos recurridos por dicha sociedad.

Igualmente, concurren como accionantes los Directivos, Periodistas y un grupo de Trabajadores de Prensa de la mencionada empresa. Sin embargo, de la lectura del extenso escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad, aprecia la Sala que solamente serían atinentes a dichos accionantes las denuncias de violación "directa" del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como los perjuicios económicos que en su esfera personal se derivan de los actos impugnados.

Lo anterior hace pertinente un pronunciamiento de la Sala respecto a la legitimación de los Directivos, Periodistas y el grupo de Trabajadores de Prensa para acudir al proceso, más aun cuando los mismos no son sujetos de la relación jurídica existente entre RCTV, C.A. y la Administración, en virtud de la concesión que le fue otorgada a dicha empresa.

Por otra parte, el examen de la legitimación activa cobra especial relevancia en este proceso, toda vez que sólo es posible acordar el amparo cautelar ante la verificación del *fumus boni iuris*, para cuyo fin es indispensable comprobar una presunción grave de lesión de los derechos constitucionales cuyo goce y ejercicio se pretende, así como el aparente derecho o interés que tenga el solicitante para que se le otorgue la medida.

De esta manera, la legitimación activa no sólo corresponde a los destinatarios del acto recurrido, sino a quienes se encuentren en una especial situación de hecho respecto a la decisión impugnada, como ocurre con los Directivos, Periodistas y el grupo de Trabajadores de Prensa de RCTV, C.A., quienes alegan que los efectos de dichos actos se extenderían a su esfera jurídica; por esta razón la Sala estima suficiente considerar, en esta etapa del proceso, que los referidos Directivos, Periodistas y el grupo de Trabajadores de Prensa tienen el interés procesal necesario

para la interposición del recurso. (Vid. sentencias de esta Sala Nos. 5.663 del 21 de septiembre de 2005 y 6.474 del 7 de diciembre de 2005; ratificadas por la sentencia N° 1.939 del 27 de julio de 2006).

Por lo anterior, esta Máxima Instancia admite provisoriamente el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado, cuanto ha lugar en derecho. Así se declara.

IV DE LA MEDIDA CAUTELAR DE AMPARO

Considera necesario esta Sala señalar, que mediante sentencia N° 402 de fecha 20 de marzo de 2001 (Caso: Marvin Enrique Sierra Velasco) esta Sala Político Administrativa, luego de concluir en la necesidad de reforzar la idea de una tutela judicial efectiva, consideró de obligada revisión el trámite que se le había venido dando a la acción de amparo ejercida de forma conjunta, pues resultaba incompatible con la intención del Constituyente de 1999, la cual se encuentra orientada en la idea de lograr el restablecimiento de derechos de rango constitucional en la forma mas expedita posible.

Por esa razón, se estableció que el carácter accesorio e instrumental propio del amparo ejercido de manera conjunta, hace posible asumirlo en idénticos términos que una medida cautelar, con la diferencia de que el primero alude exclusivamente a la violación de derechos y garantías de rango constitucional, circunstancia esta que por su trascendencia hace más apremiante el pronunciamiento

sobre la procedencia de la medida solicitada.

En atención a tales circunstancias y al reconocimiento del poder cautelar del Juez Contencioso Administrativo. en virtud de la celeridad e inmediatez necesarias para atacar la transgresión de un derecho de naturaleza constitucional, estimó la Sala que en tanto se sancione la nueva ley que regule lo relacionado con la interposición y tramitación de esta especial figura, es necesaria la inaplicación del trámite previsto en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por considerar que el mismo es contrario a los principios que informan la institución del amparo, lo cual no es óbice para que continúen aplicándose las reglas de procedimiento contenidas en dicha Ley, en todo aquello que no resulte incongruente con la inmediatez y celeridad requeridas en todo decreto de amparo.

En su lugar, se acordó una tramitación similar a la seguida en los casos de otras medidas cautelares, por lo que una vez admitida la causa principal por la Sala deberá emitirse al mismo tiempo, un pronunciamiento sobre la providencia cautelar de amparo solicitada con prescindencia de cualquier otro aspecto, cumpliéndose con el propósito previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, afirmó el fallo en referencia, y así se ratifica en esta oportunidad, que la tramitación seguida no reviste en modo alguno violación del derecho a la defensa de la parte contra quien obra la medida, pues ésta podrá hacer la correspondiente oposición a la misma una vez ejecutada, siguiendo al efecto el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Por lo anterior, ante la ausencia de un *iter* indicado expresamente por la Ley, conforme a la previsión actualmente contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela este Máximo Tribunal procederá, previo el examen de los alegatos y pruebas correspondientes, a la revocación o confirmación de la medida acordada como consecuencia de la solicitud de amparo cautelar.

Concluyó la Sala en dicho fallo, que cuando se proponga la solicitud de amparo conjuntamente con el recurso de nulidad, una vez decidida la admisibilidad de la acción principal, deberá resolverse de forma inmediata sobre la medida cautelar requerida y, en caso de ser acordada, se abrirá un cuaderno separado con el objeto de

tramitar la oposición respectiva, cuya remisión se hará seguidamente al Juzgado de Sustanciación conjuntamente con la pieza principal contentiva del recurso de nulidad, a fin de que se continúe la tramitación correspondiente.

Visto lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca del amparo cautelar solicitado con ocasión de la emisión y notificación de la Resolución N° 002 y de la Comunicación N° 0424, ambas de fecha 28 de marzo de 2007, emanadas del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, con el objeto de ordenar al mencionado Ministro "...se abstenga de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide..." el recurso contencioso administrativo de nulidad y que "...tome todas las medidas necesaria a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación...".

A tal fin, resulta menester analizar, en primer término, el requisito del fumus boni iuris, con el objeto de constatar la existencia de una presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales invocados por la parte actora, para lo cual deberá atenderse no a un simple alegato de perjuicio sino a la efectiva argumentación y acreditación

de hechos concretos que lleven a presumir seriamente la denunciada transgresión.

En segundo lugar, corresponderá revisar la existencia del *periculum in mora*, determinable por la sola verificación del extremo anterior, según jurisprudencia de esta Sala, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho o garantía de orden constitucional, o su limitación fuera de lo permitido por el Texto Constitucional, habrá de conducir a la preservación, in limine, de su pleno ejercicio, dada la naturaleza de los intereses debatidos en tales casos y el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable a la parte presuntamente afectada en sus derechos.

En el caso de autos, la representación judicial de la empresa RCTV, C.A., sus Directivos, Periodistas y un grupo de Trabajadores de Prensa alegó que los actos administrativos objeto del recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido violan los siguientes derechos constitucionales:

1. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión

Denuncian los apoderados actores que los actos recurridos violan el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en los artículos 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con las decisiones recurridas se impide a los recurrentes difundir libremente ideas, opiniones, informaciones, con-

tenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda mediante la frecuencia asignada a RCTV, C.A., en todo el territorio nacional, así como también se restringe el derecho de expresión, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, lo que está –a su decir-prohibido en el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Hacen referencia a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y concluyen que con las medidas tomadas por el Ejecutivo Nacional se viola el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en su dimensión individual, es decir, la posibilidad de difundir ideas, opiniones e informaciones; y en su dimensión social, que comporta el derecho de todos los miembros de la sociedad a recibir esas ideas, informaciones y opiniones.

Manifiestan, que según ha señalado el Secretario de la Organización de Estados Americanos (OEA) la medida anunciada contra los recurrentes afecta el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión, por el efecto disuasivo de esa medida sobre el resto de los medios de comunicación en el país.

En este contexto, el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

"Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión,

sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra ni los mensajes discriminatorios ni los que promuevan la intolerancia religiosa".

En sentido similar, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

"Artículo 13.

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya se oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

- 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
- 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional."

Ahora bien, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (Vid. entre otras, sentencia Nº 1.381 de fecha 11 de julio de 2006), la libertad de pensamiento y expresión es una situación jurídica activa o de poder que faculta a los sujetos de derecho a manifestarse libremente, en tanto y en cuanto no se incurra en las circunstancias excepcionales que la propia Constitución establece como límites a su ejercicio.

En este sentido, este derecho no tiene carácter absoluto pues su desarrollo tiene como límites el respeto de ciertos valores y principios constitucionales.

Aunado a lo anterior, aunque el artículo 57 Constitucional reconoce el signo individual del derecho a la libertad de expresión, la mencionada norma incorpora un aspecto social con el cual lo individual debe conjugarse y formar un todo armónico, que no admite fractura entre el individuo y su posición frente al conglomerado social, pues ciertos derechos indivi-

duales requieren de un marco social o económico para su desarrollo, como bien lo indicó la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.381 de fecha 11 de julio de 2006, antes aludida.

Por otra parte, cabe señalar que el numeral 28 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como competencia del Poder Público Nacional el régimen de las telecomunicaciones que comprende la administración del espectro radioeléctrico.

En sintonía con lo expuesto, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 36.970 del 12 de junio de 2000, prevé el espectro radioeléctrico como un bien de dominio público de la República Bolivariana de Venezuela para cuyo uso y explotación deberá contarse con la respectiva concesión, de conformidad con la ley.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113 de la Constitución, cuando se trate de la explotación de recursos naturales propiedad del Estado, como lo es el caso del espectro radioeléctrico, o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, éste podrá otorgar concesiones por tiempo determinado asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

De allí que, en principio, será sólo mientras dure la concesión que los recurrentes podrán ejercer el derecho a la libertad de pensamiento y expresión empleando la frecuencia radioeléctrica asignada a RCTV, C.A. bajo el título jurídico que deriva de la concesión; lo cual en modo alguno implica una presunta violación al referido derecho, toda vez que los recurrentes podrán dentro de la diversidad de los medios de difusión, exponer sus ideas, opiniones e informaciones.

Asimismo, debe considerarse que RCTV, C.A. tiene al igual que otros generadores de contenidos, la libertad de seguir ejerciendo dicho derecho a través de muchas otras formas de difusión, como lo serían los operadores de servicios de televisión por suscripción.

Respecto a la presunta violación del aludido derecho en su ámbito social, esto es, el derecho de todos los miembros de la sociedad a recibir ideas, informaciones y opiniones; debe señalarse que mediante los actos administrativos impugnados no se impide de manera alguna que la sociedad venezolana pueda recibir ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social de propiedad privada -que son la mayoría de los existentes en el paísa través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, razón por la cual debe desestimarse la presunta violación alegada sobre este particular. Así se declara.

2. Derecho al debido proceso

En el escrito contentivo del recurso eiercido, denuncia la representación judicial de los recurrentes la violación del derecho al debido proceso de RCTV, C.A., el derecho a ser oído por una autoridad imparcial; la violación del derecho a la defensa por la negativa de evacuar pruebas de informes promovidas por la referida sociedad mercantil y su acceso al expediente durante el procedimiento administrativo, así como la violación del derecho a la presunción de inocencia. consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 49 de la Constitución prevé en su encabezado y numerales 1, 2 y 3, lo siguiente:

"Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por lo cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

- 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
- 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete...".

Asimismo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

"Artículo 8.

- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...".

Ahora bien, cabe destacar que el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y a ser oído por una autoridad imparcial constituyen manifestaciones del derecho al debido proceso.

Así, mediante sentencia Nº 157 de fecha 17 de febrero de 2000, (caso: Juan Carlos Parejo Perdomo), criterio

reiterado en sentencias Nos. 2.425 del 30 de octubre de 2001 (caso: Hyundai Consorcio), y 1.421 del 6 de junio de 2006 (caso: Ángel Mendoza Figueroa), esta Sala dejó sentado lo siguiente:

"La doctrina comparada, al estudiar el contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado que se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

(...omissis...)

El artículo 49 del Texto Fundamental vigente consagra que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos".

En atención a lo expuesto, esta Sala procederá al análisis de las violaciones esgrimidas, de manera conjunta, por tratarse de la vulneración relativa a diversos aspectos de un mismo derecho, como lo es el del debido proceso.

Alega la parte recurrente, que al haber dictado el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática los actos ahora objeto del recurso de nulidad y amparo, se violó el derecho al debido proceso porque tanto el Ministro como otros altos funcionarios del Ejecutivo Nacional, habrían anunciado públicamente con anterioridad a la emisión de los actos recurridos, la desestimación de la solicitud de "extensión y renovación" de la concesión a RCTV, C.A.

En relación a la forma como se presenta esta denuncia, debe la Sala precisar que para evidenciar la supuesta violación a ser oído por una autoridad imparcial, sería necesario efectuar un estudio minucioso de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones de las autoridades mencionadas, y confrontarlos con los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal referidas por los recurrentes, lo cual sólo podrá realizarse en la oportunidad de la sentencia definitiva, pues le está vedado al Juez que conoce del amparo cautelar pronunciarse sobre la legalidad; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.

Por otra parte, expone la representación judicial de los recurrentes la violación del derecho a la defensa, por la negativa del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática de evacuar pruebas de informes promovidas por RCTV, C.A., y permitirle el acceso al expediente, con motivo de la solicitud presentada el 24 de enero de 2007 ante el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

En tal sentido, afirman que la empresa RCTV, C.A., promovió pruebas de informes encaminadas a demostrar: (i) Que la concesión de RCTV, C.A, no ha sido transformada, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y (ii) Que existen otros operadores de servicios de televisión que habrían sido objeto de sanciones por violación de la Ley y que se les permitiría seguir operando después del 27 de mayo de 2007, lo que -a su decir- se traduciría en una grave violación de la Constitución, de la Ley y otros instrumentos jurídicos.

Al respecto, esta Sala observa que un pronunciamiento sobre la presunta violación del derecho a la defensa en este caso, implicaría examinar la Comunicación Nº 0424 a la luz de los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal aplicables, lo cual se verificará con ocasión de la sentencia definitiva; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.

Por otra parte, debe indicarse que ciertamente consta en autos copia

simple de la solicitud de fecha 24 de enero de 2007 (Anexo 42 pieza Nº 2), dirigida por RCTV, C.A., al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, en la cual se expuso:

"...exigimos que el Ministerio (...) emita los nuevos títulos de RCTV, es decir, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico y la correspondiente habilitación administrativa, los cuales deben indicar que la extensión de veinte años contenida en el artículo 3º del Decreto 1.577 se inició el 12 de junio de 2002. Por consiguiente los nuevos títulos de RCTV expirarán el 12 de junio de 2022 (...).

Subsidiariamente, si ese Ministerio (...) llegase a considerar que la concesión de RCTV vence el 27 de mayo de 2007, exigimos que ese Despacho proceda a emitir los nuevos títulos de RCTV, es decir, la concesión de uso v explotación del espectro radioeléctrico y la correspondiente habilitación administrativa, los cuales deben reconocer el derecho adquirido a la extensión por veinte años adicionales contenida en el artículo 3º del Decreto Nº 1.577. Por consiguiente, los nuevos títulos de RCTV expirarían el 27 de mayo de 2027 (...).

Subsidiariamente, si ese Ministerio (...) considera que no es aplicable, por cualquier motivo, el derecho adquirido a la extensión de los títulos de RCTV por un período adicional de veinte años, solicitamos que ese Despacho (i) finalice el procedimiento de transformación de títulos de RCTV y (ii) proceda a renovar los títulos de RCTV (...)".

De la anterior transcripción, advierte la Sala que lo pretendido por la sociedad mercantil RCTV, C.A., comportaría realizar un estudio de la normativa legal aplicable al caso de autos, referida por la empresa en su solicitud, a los fines de determinar si, efectivamente, era necesario el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud formulada el 24 de enero de 2007, lo cual será decidido en la oportunidad de dictarse sentencia definitiva, por lo que debe desestimarse la presunta violación alegada al derecho a la defensa. Así se decide.

Igualmente, arguyen los apoderados judiciales de los recurrentes que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que tanto las declaraciones manifestadas públicamente por autoridades pertenecientes al Ejecutivo Nacional como los actos administrativos recurridos, constituyen una sanción por la supuesta comisión de infracciones al Código Penal, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y otras disposiciones legales, aun cuando no se ha podido demostrar mediante una decisión firme de carácter administrativo o judicial que, efectivamente, RCTV, C.A. incurriera en dichas infracciones.

Sobre este particular, de la lectura de los actos administrativos impugnados, no encuentra esta Sala señalamiento alguno por parte de la Administración, donde se evidencie que el contenido de los referidos actos comporte una sanción a la empresa recurrente por el incumplimiento de normas legales.

Así, en la Comunicación Nº 0424 de fecha 28 de marzo de 2007, el Ministro del Poder Popular de las Telecomunicaciones y la Informática señaló:

"...El vencimiento de un lapso no es una sanción. En efecto, el vencimiento del lapso por el cual fue otorgada la concesión para uso y explotación de una porción del espectro radioeléctrico a RCTV no es la consecuencia de una sanción, como lo quieren hacer ver los apoderados de RCTV en su escrito, sino el efecto de un hecho natural inexorable como lo es el que transcurra el tiempo y se produzcan como consecuencia de ello, los efectos legales asociados a ese hecho establecidos en una determinada norma jurídica...".

En este mismo sentido, la Resolución Nº 002 del 28 de marzo de 2007 indica:

"...Visto que el Estado Venezolano, en cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de garantizar servicios públicos de televisión, con el fin de permitir el acceso universal a la información, ha decidido como parte de las nuevas políticas públicas en materia del sector de telecomunicaciones, plasmadas en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, promover un nuevo modelo de gestión de televisión abierta que coexista con los otros va existentes en el país, bajo el esquema de televisión de servicio público, buscando

fomentar de esta manera la democratización del uso del medio radioeléctrico y la pluralidad de los mensajes y contenidos, para lo cual requiere de forma perentoria una frecuencia que le permita contar con una red de televisión abierta con alcance nacional, como la que quedará disponible al vencimiento de la concesión de Radio Caracas Televisión RCTV, C.A...."

Así, aprecia la Sala que la Resolución parcialmente transcrita, va referida al cumplimiento por parte del Estado venezolano de la obligación que le impone el artículo 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de garantizar servicios públicos de televisión para cuyo propósito ha implementado nuevas políticas públicas en el área de telecomunicaciones, reservándose a los fines expuestos la explotación y uso de ciertas porciones del espectro radioeléctrico; no obedeciendo la actuación administrativa a infracción alguna por parte de RCTV, C.A., de las normas contenidas en la Lev Orgánica de Telecomunicaciones, en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión ni en otras disposiciones legales, o haber incurrido en delitos o faltas previstos en el Código

Con fundamento en lo expuesto, debe declararse que no ha quedado demostrada la violación alegada por los recurrentes sobre la presunción de inocencia de su representada. Así se declara.

3. Derecho a la igualdad y no discriminación

La parte actora sostiene que se ha violado flagrantemente el derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en los artículos 21 y 24 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, al tratar a su poderdante de forma desigual con respecto a operadores que se encuentran en idéntica situación que RCTV, C.A. y a los cuales se les ha dado un trato diferente y más beneficioso.

Arguyen, que en la Comunicación N° 0424 del 28 de marzo de 2007, el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática declaró que la concesión de la mencio-nada sociedad mercantil expira el 27 de mayo de 2007 a las 12:00 de la noche, pero -a decir de los actores- el vencimiento de la concesión no ha sido notificado a otras operadoras de televisión y radio, como Venevisión, Venezolana de Televisión y más de cien estaciones de radiodifusión sonora en amplitud modulada (AM), que se encuentran en iguales circunstancias que la empresa recurrente, a las cuales se les extendió su concesión por veinte (20) años en la misma fecha que a RCTV, C.A., esto es, el 27 de mayo de 1987, con la entrada en vigencia del Decreto Nº 1.577.

Sostienen, no haber racionalidad alguna que justifique que su representada sea la única empresa a la cual se le haya notificado acerca de una supuesta reserva de frecuencias, de la expiración del término para la concesión y del decaimiento de su solicitud de transformación de títulos; permitiéndosele a otras operadoras –con características idénticas a las de RCTV, C.A.- continuar transmitiendo su señal después del 27 de mayo de 2007.

Desde este contexto, debe la Sala referirse al artículo 21 de la Constitución, el cual consagra el derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

"Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

- 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
- 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ella se cometan.
- 3. Solo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana salvo las fórmulas diplomáticas.
- 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias".

De manera similar, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece:

"Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, resulta pertinente aludir al criterio sostenido por esta Sala en anteriores oportunidades. En efecto, el derecho a la igualdad debe interpretarse como aquel que tienen todos los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros. Asimismo, la discriminación existe cuando situaciones análogas o semejantes se deciden de manera distinta o contraria sin aparente justificación. Es por tal razón, que se ha sostenido que para acordarse la tutela requerida en caso de violación del derecho a la igualdad, resulta necesario que la parte presuntamente afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que frente a circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se ha manifestado un tratamiento desigual (Vid. sentencia Nº 1.450 de fecha 7 de junio de 2006).

Ahora bien, con relación a la referida denuncia de los recurrentes debe señalarse que de las pruebas cursantes en autos, no se desprende lo afirmado por ellos. Ciertamente, la representación judicial de RCTV, C.A.

no demuestra la condición de igualdad de circunstancias y de discriminación que dice tener frente al resto de los operadores; por lo que se desestima el alegato relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Así se declara.

4. Principio de irretroactividad de la ley

La representación judicial de los recurrentes manifiesta que, en el caso planteado, se viola la garantía de irretroactividad prevista en el artículo 24 de la Constitución venezolana y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al desconocerse el pretendido derecho de preferencia de la empresa recurrente para la extensión por veinte (20) años de su concesión de televisión abierta en VHF, con base en lo establecido en el artículo 3 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, y aplicarse retroactivamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Alega, que si bien el régimen previsto en el Decreto N° 1.577 fue sustituido por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta Ley debe aplicarse respetando y reconociendo los derechos adquiridos por los operadores bajo el régimen anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 eiusdem. Afirma, que RCTV, C.A., tiene derecho a que se le respete el lapso de veinte (20) años previsto en el artículo 1° del referido Decreto y su pretendido derecho de

preferencia para la extensión de la concesión por el mismo lapso.

En este sentido, el principio de irretroactividad de la ley se consagra en el artículo 24 de la Constitución, de la siguiente manera:

"Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea".

Por su parte, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

"Artículo 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Con relación a este principio, la Sala también se ha pronunciado, afirmando que se trata de la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Así, en sentencia Nº 1.842 del 20 de julio de 2006, la Sala señaló:

"...Ahora bien, considera necesario esta Sala señalar que el precepto contenido en el mencionado artículo 24 del Texto Fundamental, constituye la consagración constitucional de un principio general, mas no de un derecho constitucional como tal y que para determinar su conculcación se hace necesario el examen de las normas legales cuya aplicación retroactiva se alega y su adecuación en el tiempo a las situaciones de hecho examinadas por el acto administrativo cuya nulidad es solicitada; examen este que le está vedado al juez constitucional en la etapa cautelar, toda vez que en estos casos debe bastar la confrontación del acto o actuación atacada por vía de amparo con el Texto Constitucional para así determinar la violación denunciada. Por lo tanto, se reitera que cuando para establecer la existencia de una violación de orden constitucional se hace necesario el examen de normas de rango infraconstitucional, el mismo corresponderá a la etapa de decisión sobre el recurso de nulidad que es la acción principal en estos casos...." (Resaltado de la Sala).

Al respecto, advierte la Sala que para determinar si se configura en el caso concreto la violación del principio de irretroactividad, debe necesariamente examinarse el contenido del Decreto Nº 1.577 a la luz de la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones y otras disposiciones de rango inferior al mencionado texto legal, tales como el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones Sobre Habilita-

ciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 37.085 del 24 de noviembre de 2000, y la Providencia por la cual se dictan las Condiciones Generales de las Habilitaciones de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta, publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 38.520 de fecha 12 de septiembre de 2006.

Por lo anteriormente expuesto, esta situación no corresponde ser examinada en esta etapa del proceso. Así se declara.

5. Derecho de propiedad y no confiscación

Denuncian los representantes judiciales de la parte recurrente la violación de los derechos a la propiedad y no confiscación, consagrados en los artículos 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con la negativa de transformar los títulos otorgados al amparo de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la negativa de extender o renovar la concesión bajo el argumento de que el Estado se reservará la explotación y uso de la frecuencia utilizada por RCTV, C.A., se desconocen los derechos de la sociedad mercantil recurrente para continuar operando esa frecuencia, así como los beneficios económicos que dicha actividad le reporta.

Para respaldar su afirmación, sostienen que el equilibrio económico

del contrato constituye una garantía económica para los particulares conforme a lo establecido en las condiciones generales existentes al momento de la celebración del contrato de concesión, la cual –afirman- asegura al particular que contrata con la Administración Pública, que esa relación se mantendrá a pesar del ejercicio de las prerrogativas públicas de modificación o terminación del contrato, en condiciones distintas a las inicialmente previstas.

Señalan, que los actos recurridos omiten pronunciamiento sobre la afectación de los derechos económicos inherentes a la concesión obtenida por RCTV, C.A. Añaden, que la Administración ha debido reconocer que con su decisión unilateral de no renovar la concesión, se causa un daño económico a RCTV, C.A., por lo cual debía otorgársele una indemnización por el lucro cesante y la no recuperación de la inversión realizada, en virtud de la expectativa legítima de continuar con la concesión.

Indican que, en el caso concreto, no se verifica ninguno de los supuestos previstos en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para considerar disponible la frecuencia asignada a la empresa recurrente, por lo que la negativa de transformar los títulos no podía realizarse sin el previo reconocimiento de los derechos de RCTV, C.A., y el otorgamiento de la correspondiente indemnización.

En este contexto, debe aludirse a los artículos 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen el derecho de propiedad y la prohibición de las confiscaciones:

"Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes".

"Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes".

Igualmente, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a la propiedad privada en los siguientes términos:

"Artículo 21.

1 Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

- 2 Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la lev.
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

Respecto al derecho de propiedad tanto la jurisprudencia como la doctrina, han señalado que si bien se trata de un derecho sujeto a ciertas limitaciones que deben encontrarse acordes con determinados fines como lo son la función social, la utilidad pública y el interés general, dichas limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal o reglamentario, no pudiendo establecerse restricciones de una magnitud tal que menoscabe en forma absoluta este derecho.

Ahora bien, de los alegatos expuestos por la parte recurrente se aprecia que RCTV, C.A., pretende una indemnización, tanto por el lucro cesante como por la no recuperación de la inversión que –según afirmahan realizado en virtud de una expectativa legítima para continuar con la concesión y la no renovación o extensión de ésta por decisión de la Administración, desconocería su pretendido derecho de preferencia.

Asimismo, la recurrente expresa que "(...) resulta absolutamente inaceptable señalar que la República es la "Propietaria" del bien del dominio público denominado espectro radioeléctrico. Semejante concepción patrimonialista del dominio público que es inaceptable en un Estado Social ya que la relación entre el Estado y el bien del dominio público no se puede asimilar a la relación existente entre un particular y un bien de propiedad privada".

Ante este escenario, advierte la Sala que por expresas disposiciones del ordenamiento jurídico venezolano, el espectro radioeléctrico es un recurso limitado de telecomunicaciones y, lo que es más trascendente, en cuanto a su naturaleza jurídica se trata de un bien de dominio público inalienable e imprescriptible, cuyo titular es la República Bolivariana de Venezuela. la cual ejerce sobre dicho bien los atributos propios de esa titularidad; es decir, su uso, goce y administración, de conformidad con la Ley; por lo que esta Sala estima infundada la denuncia de violación del derecho de propiedad. Así se declara.

Con relación a la supuesta afectación del derecho de propiedad sobre los bienes utilizados para la explotación de la concesión distintos del espectro radioeléctrico, esta Sala observa que el vencimiento de la concesión como mecanismo de extinción natural de la misma con un plazo de duración conocido de antemano por el concesionario, en modo alguno puede entenderse como un supuesto de lesión del derecho de propiedad sobre dichos bienes, por lo que se rechaza tal argumento. Así se declara.

La Sala observa que a pesar de estar en presencia del posible vencimiento de una concesión, hasta el presente no se ha invocado la figura usual de la reversión de los bienes afectos a la concesión en beneficio del concedente. Por el contrario, RCTV, C.A. no ha aportado pruebas de que se le haya lesionado el derecho de propiedad ni confiscado porción alguna de su patrimonio.

Adicionalmente, tomando en consideración que RCTV, C.A., alega la pérdida de ciertos beneficios económicos (lucro cesante y recuperación de la inversión), debe señalar esta Sala que la determinación de tal pérdida comporta necesariamente el análisis de la existencia o no de un derecho de preferencia a favor de la empresa recurrente para obtener la extensión o renovación de la concesión a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a aquel en que vence la concesión otorgada; razón por la cual no puede la Sala en esta etapa cautelar emitir pronunciamiento alguno con fundamento en un pretendido derecho que constituye parte de lo que debe dilucidarse en la decisión definitiva. debiéndose desestimar el alegato formulado sobre este punto. Así se declara.

6. Derecho a la libertad económica

Los apoderados actores denuncian la violación del derecho a la libertad económica, en tanto y en cuanto las decisiones del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, impedirían que RCTV, C.A. ejerciese la actividad que viene desarrollando, sin que se haya configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo

que justifique dichas decisiones las cuales, según afirman, se encuentran al margen de la lev.

Al respecto, niegan que el sacrificio particular al que supuestamente se vería sometida su representada por la no renovación de la concesión se deba a razones de interés general como las alegadas por la Administración, pues -según los dichos de la parte recurrente- en el espectro radioeléctrico estarían disponibles frecuencias suficientes con las características técnicas requeridas por el Estado para desarrollar su política pública de telecomunicaciones y, además, porque conforme con lo establecido en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la frecuencia operada por RCTV, C.A. no podría considerarse disponible.

Agregan, que la solicitud de transformación de los títulos de RCTV, C.A., fue presentada a tiempo en el año 2002, sin que exista justificación alguna por parte de la Administración para no dar una oportuna respuesta, lo cual -según lo expuesto por la parte recurrente- era una obligación irrenunciable y legalmente impuesta a la autoridad administrativa en la cual se respetara el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión.

Señalan, que según lo previsto en el artículo 3 del Decreto N° 1.577 RCTV C.A., tendría derecho a una extensión de la concesión por veinte (20) años, por no haber sido objeto de sanción.

Visto lo anterior, estima la Sala necesario realizar las siguientes consideraciones: El derecho a la libertad económica se encuentra establecido en el artículo 112 de la Constitución, de la siguiente manera:

"Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país".

Por otra parte, el artículo 113 constitucional es del tenor siguiente:

"Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de

ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público". (Resaltado de la Sala)

Como puede observarse, el derecho a la libertad económica encuentra una limitación de orden constitucional en la disposición contenida en el artículo 113 antes transcrito, cuando el ejercicio del mismo suponga la explotación de un recurso natural propiedad del Estado, en cuyo caso se requerirá de una concesión que debe ser otorgada siempre por tiempo determinado, razón por la cual estima esta Sala que el vencimiento de una concesión en modo alguno puede ser entendido como una violación del derecho a la libertad económica.

Asimismo, resulta pertinente indicar que las concesiones comportan un privilegio de carácter exclusivo y excluyente, del cual únicamente durante su vigencia, previamente acordada, el titular puede obtener un beneficio económico por el uso y explotación del bien público, que con motivo de la concesión se le haya asignado.

Igualmente, el artículo 108 de la Constitución establece:

"Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley".

De acuerdo al texto de la referida norma constitucional, se observa que la decisión del Ejecutivo Nacional de propiciar la creación de una estación de televisión de servicio público constituye el cumplimiento de un expreso mandato constitucional, por lo que en modo alguno puede ser interpretado como una lesión al derecho a la libertad económica. Así se declara.

Por otra parte, no pasa inadvertido para la Sala lo alegado por la representación judicial de RCTV, C.A., respecto a la existencia de otras frecuencias televisivas disponibles en el espectro radioeléctrico, con las características técnicas necesarias para que el Estado desarrolle su política pública de telecomunicaciones, no pudiendo considerarse disponible –según afirman- la frecuencia operada por RCTV, C.A., a tenor de lo establecido en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sobre este último particular, cabe resaltar que los argumentos expuestos por los recurrentes están sujetos a las pruebas que se promuevan y evacúen en el transcurso del proceso de nulidad, razón por la cual su alegato no debe ser considerado en esta etapa procesal a efectos de evidenciar la supuesta violación del derecho a la libertad económica. Así se declara.

Asimismo, en lo que atañe al alegato referido a la obligación legalmente impuesta a la autoridad administrativa de respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión otorgada bajo la normativa legal anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tal motivo ésta debía haber transformado los títulos de RCTV, C.A.; debe indicarse -sin que ello constituya un señalamiento sobre el fondo de la controversia- que de las pruebas cursantes en autos no se deduce que la circunstancia de la no transformación de los mencionados títulos, haya impedido que la sociedad mercantil actora continúe operando la frecuencia radioeléctrica hasta la fecha del vencimiento de la concesión, lo cual fue expresamente reconocido por la Resolución Nº 002 recurrida. Así se declara.

Finalmente, en cuanto a la denuncia relativa a que la Administración tendría que respetar el pretendido derecho de la sociedad mercantil recurrente a la extensión por veinte (20) años de la concesión, con base en el artículo 3 del Decreto Nº 1.577, la Sala estima pertinente indicar que tal argumento requiere necesariamente un pronunciamiento sobre las normas legales aplicables al caso de autos, lo que –tal como antes se ha señalado- le está vedado al juez de la causa en esta etapa cautelar. En tal sentido, reitera la Sala que el amparo es un medio extraordinario de protección de los derechos constitucionales.

De lo expuesto se colige que, en el caso bajo análisis, no se verifica la presunción de buen derecho exigida a los fines de acordar la pretendida protección cautelar, por lo que —de acuerdo con el reiterado criterio de la Sala- resulta innecesario verificar el cumplimiento del "periculum in mora" el cual es determinable por "la sola verificación del requisito

anterior", es decir, el *fumus boni iuris*, debiendo esta Sala declarar improcedente la acción de amparo constitucional interpuesta en forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra la Resolución Nº 002 y la Comunicación Nº 0424 del 28 de marzo de 2007, ambas emanadas del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática. Así se declara.

Por último, ante la declaratoria de improcedencia del amparo cautelar se ordena remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación, a los fines de que se pronuncie sobre la caducidad de la acción y, de ser el caso, admita el recurso ejercido y abra cuaderno separado con el objeto de tramitar la medida cautelar innominada requerida.

OBITER DICTUM

Vista la improcedencia del amparo cautelar solicitado por los recurrentes, debe señalar esta Sala que la concesión es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los servicios públicos, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado.

En este sentido, resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado, por cuanto una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión.

Así, destaca la Sala que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones

y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.

V DECISIÓN

En virtud de las precedentes consideraciones, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

- 1. Su COMPETENCIA para conocer el recurso contencioso administrativo de nulidad por vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo constitucional y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, por los apoderados judiciales de la empresa Radio Caracas Televisión, C.A., sus Directivos, Periodistas y un grupo de Trabajadores de Prensa, antes identificados, contra la Resolución N° 002 y la Comunicación N° 0424, del 28 de marzo de 2007, emanadas del MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LAS TELECOMU-NICACIONES Y LA INFORMÁTICA.
- 2. ADMITE, sin perjuicio de la verificación por parte del Juzgado de Sustanciación de la Sala de lo atinente a la caducidad de la acción, el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. De ser procedente su

admisión definitiva, el Juzgado de Sustanciación ordenará abrir cuaderno separado a los fines de tramitar la medida cautelar innominada solicitada y la continuación del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, aparte 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

3. IMPROCEDENTE la solicitud de amparo cautelar interpuesta por Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., sus Directivos, Periodistas y un grupo de Trabajadores de Prensa, antes identificados, contra los actos recurridos en autos, por lo que respecta a la pretensión de seguir transmitiendo más allá del 27 de mayo de 2007, como operadora de televisión abierta y sus frecuencias accesorias, mientras se decide el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido por los recurrentes.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase el expediente al Juzgado de Sustanciación. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintidós (22) días del mes de mayo del año dos mil siete (2007). Años 197º de la Independencia y 148º de la Federación.

La Presidenta - Ponente Evelyn Marrero Ortíz

La Vicepresidenta Yolanda Jaimes Guerrero

Los Magistrados, Levis Ignacio Zerpa Hadel Mostafá Paolini Emiro García Rosas

La Secretaria, Sofia Yamile Guzmán

En veintitrés (23) de mayo del año dos mil siete, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 00763.

La Secretaria, Sofia Yamile Guzmán



EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Exp. N° AA20-C-2006-000119 Caracas, 24 de octubre de 2007. 197° y 144° Ponencia de la Magistrada: Isbelia Pérez Velásquez

En el juicio por resolución de contrato de distribución, resarcimiento por daños y perjuicios, lucro cesante, devolución del precio del inventario y daño moral, seguido por DISTRIBUI-DORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), representada por el abogado Orlando Álvarez y asistido ante este Supremo Tribunal por la abogada María del Socorro Rodríguez, contra ROCKWELL AUTOMA-TION DE VENEZUELA C.A., representada por los abogados Javier Ruán, Luís Alberto Tinoco Arría, Eduardo Ortega Ruíz, Miguel Angel Mora, Hernando Barboza Russian, Juan Carlos Señor y José Manuel Rodrigues; el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia el día 15 de diciembre de 2005, mediante la cual declaró

parcialmente con lugar la demanda, en consecuencia, resuelto el contrato de distribución suscrito entre ambas sociedades mercantiles el día 15 de noviembre de 1991; sin lugar las pretensiones deducidas por la actora por concepto de daños y perjuicios, lucro cesante, devolución del precio del inventario y daño moral; parcialmente con lugar la apelación interpuesta por la demandada; y sin lugar la apelación propuesta por la actora. De esta manera, modificó la sentencia apelada, dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial, de fecha 12 de mayo de 2005.

Contra la referida decisión de la alzada, tanto la accionante como la accionada, anunciaron recurso de casación, los cuales fueron admitidos mediante auto de fecha 23 de enero

de 2006 y posteriormente formalizados en tiempo oportuno. Hubo impugnación sólo por parte de la accionada contra el escrito de formalización presentado por la accionante. Concluida la sustanciación del recurso de casación y cumplidas las demás formalidades, la Sala procede a dictar sentencia bajo la ponencia de la Magistrada que con tal carácter la suscribe, en los términos siguientes:

PUNTO PREVIO

La Sala aclara el orden en que conocerá los escritos de formalización de los recursos de casación interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 15 de diciembre de 2005, y declara que el análisis de los mismos se hará de acuerdo con el orden de consignación.

En consecuencia, la Sala conocerá primeramente las denuncias por infracción de ley del escrito de formalización consignado el 15 de diciembre de 2005 a las 12:06 p.m. por DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A., luego procederá a resolver las denuncias por infracción de ley del escrito de formalización consignado el mismo día a la 1:52 p.m. por ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A. Así se establece.

RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO POR DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA) DENUNCIAS POR INFRACCIÓN DE LEY

I

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 19 y 244 del mismo Código, por falta de aplicación, sustentado en lo siguiente:

"...El artículo 244 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: ...Omissis... Y el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: ...Omissis... El Juzgado Tercero en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área

Metropolitana de Caracas, me desechó el medio de prueba testimonial porque no indiqué el objeto de la misma en el escrito de promoción de prueba, ante la negativa del juzgado ejercí el recurso de apelación, causa ésta que quedó asignada por distribución al Juzgado Quinto Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. Este tribunal sentenció que no tenía materia sobre el cual decidir, por considerar que faltaron algunos recaudos en el expediente de la apelación, hechos estos que cur-

san en el presente expediente e inclusive con su respectiva sentencia. Ciudadanos Magistrados, en sentencia N° RH-00010, de la Sala de Casación Civil del 29 de enero del 2004, con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Vélez, expediente N° 031112, expresó lo siguiente: "En otro orden de ideas, la Sala, en ejercicio de la función pedagógica que le corresponde desarrollar, advierte sobre la inadecuada utilización en las sentencias, en la expresión no tiene materia sobre el cual decidir" fin de cita. Más adelante la misma sentencia expresa lo siguiente: "De allí que es necesario desarraigar dicha expresión que bien pudiera ser sustituida para considerar como materia dispositiva, los supuestos entretejidos en las motivaciones y argumentos utilizados para estructurar la sentencia y que en definitiva limitan un pronunciamiento más allá de las sujeciones contenidas en la sentencia que toca proferir, por una parte y, por la otra, que la lógica jurídica nos enseña que siempre habrá algo sobre lo cual emitir un pronunciamiento o decidir, lo contrario equivale a que los jueces eludan el cumplimiento de sus funciones". Fin de cita. Más adelante en la sentencia se puede leer lo siguiente: "por lo expuesto se recomienda a los jueces o juezas de instancia, procurar acoger el presente criterio, para garantizar la sinderisis (sic) cuando se proceda a

dictar la máxima decisión procesal de la jurisdicción. En consecuencia se declara que en lo sucesivo y a partir de la publicación de la presente decisión, deberá procederse conforme a lo aquí expresado. Así queda establecido". Fin de cita. De haber prosperado esta apelación y ordenado al tribunal a-quo la admisión del medio de prueba testimonial, la sentencia hubiese sido favorable para nosotros porque se hubiesen demostrado los daños, especialmente con el proyecto de grúas ansaldo-cmi, porque los daños ocasionados en el estado Bolívar ya están demostrados y las facturas, los fax e email (sic) a través del principio de prueba por escrito...".

La Sala para decidir observa:

Lo primero que corresponde ser examinado, es la circunstancia de que la recurrente formula erradamente su denuncia. En efecto, esta Sala, en sentencia dictada el 16 de febrero de 1994 (Caso: Carlos Henrique Aranguren Zingg c/ Flat's S.R.L.), la cual se reitera en la presente decisión, dejó sentado que la disposición contenida en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, no es susceptible de ser infringida por los jueces de instancia, pues se está en presencia de una norma rectora para este Supremo Tribunal cuando debe declarar con lugar el recurso de casación por infracción de ley, en que sólo pueden incurrir los jueces de alzada.

En tal sentido, la Sala ha señalado que en cuanto a la denuncia concerniente al ordinal 2° del artículo 313, en concordancia con el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, la formalización adolece nuevamente de la técnica requerida, por cuanto el artículo 313 citado no es susceptible de ser infringido por los jueces de primera instancia, ya que no es un dispositivo técnico destinado a regular su actividad, sino a establecer los motivos de casación, es decir, los errores in procedendo o in iudicando en general, en los cuales pueden incurrir los jueces superiores y que pueden ser acusados por los recurrentes y censurados en casación. (Sentencia del 27 de octubre de 1988, Caso: Graciano Smith Teuffel c/ Manuel Domingo de Bastos Bandeira).

En conjunto con la infracción del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la formalizante también indicó que habían sido violados los artículos 19 y 244 del Código de Procedimiento C, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 19: El Juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia.

Artículo 244: Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y

cuando sea condicional, o contenga ultrapetita.

Para sustentar tal denuncia de violación, la recurrente argumenta que el juez declaró "no tener materia sobre la cual decidir", a pesar de que la doctrina de la Sala de fecha 29 de enero del 2004, ordena no emplear esa frase, por cuanto "...la lógica jurídica nos enseña que siempre habrá algo sobre lo cual emitir un pronunciamiento o decidir, lo contrario equivale a que los jueces eludan el cumplimiento de sus funciones...".

Lo imputado a la recurrida por la formalizante, en ningún caso puede ser considerado como configurativo de la violación de los artículos 19 y 244 en los cuales se sustenta la denuncia, pues la primera norma, prevé la circunstancia de que el juez de instancia se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, lo que no está planteado en el caso concreto, pues la recurrida declaró "no tener materia sobre la cual decidir" por no haber recibido las copias certificadas necesarias para resolver lo relativo a la inadmisibilidad de la prueba de testigos y; la segunda norma, corresponde a los requisitos formales de la sentencia, lo que ha debido ser planteado al amparo del ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

Aunado a lo anterior, el juez superior no podía estar al tanto de la doctrina de la Sala sobre la desaplicación del término "no tener materia sobre la cual decidir", pues ésta fue dictada luego de publicada la sentencia interlocutoria cuestionada.

Por todas las razones que anteceden, la Sala desestima la denuncia de infracción de los artículos 19 y 244 del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

II

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción del artículo 436 del mismo Código, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

"...En la página 21 de la sentencia se puede observar lo siguiente: "lo primero que hay que traer a colación es que según la demandante, Rockwell Automation de Venezuela, C.A., faltó a sus obligaciones contraídas con DIMCA, al ofertar desde una posición de dominio y sin su consentimiento, precios muy inferiores a las ofrecidos por ésta y ofrecer suministrarle a SIDOR, sin costo alguno, un convertidor por tipo de repuesto, como prueba de estas afirmaciones la actora invoca el contenido de los recaudos acompañados al libelo marcados G y H (folios 67 y 68 de la primera pieza).

Ambos documentos fueron desconocidos en el acto de la contestación de la demanda. Pedida su exhibición la demandada no los exhibió, como consta en el acta levantada al respecto, motivo por el cual la recurrida los dio por fidedignos y los

valoró como prueba de esos hechos.

La alzada no comparte el parecer del juzgado a quo en este sentido, pues ninguno de estos recaudos está firmado por el ingeniero Luís González Mederos, de modo que no puede pensarse que su falta de exhibición tenga la virtud probatoria asignada en sede de primera instancia. (fin de cita).

Ciudadanos Magistrados, me refiero a los memorando que cursan en el expediente con la letra G y H respectivamente, específicamente en los folios 67 y 68 que fueron desechados como medios de prueba por la recurrida porque no estaban firmados. Sobre estos dos medios de prueba, marcados "G" y "H" se solicitó en primera instancia su exhibición y la empresa ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A. no los exhibió, dándoles pleno valor probatorio. Estos dos medios de pruebas (firmas electrónicas) no se pueden valorar por el sistema legal de valoración de pruebas autógrafas, sino por las normas que establece el Decreto Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Esta ley entró en vigencia en fecha 28 de Febrero del año 2001, Gaceta Oficial

Nro. 37.148, pero la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica del Ministerio de Ciencias y Tecnología no está funcionando todavía. No tiene todavía ninguna empresa acreditada en la misma, por lo tanto Rockwell Automation de Venezuela, no es proveedor de esta institución y debido a esto no puede otorgar certificados electrónicos. Estos medios de pruebas deben valorarse por la regla de sana crítica y no por el artículo 1.368 del Código Civil, porque no es una firma autógrafa, sino una firma electrónica. En la exposición de motivo del Decreto Ley de Mensaje de Datos y firma electrónica dice lo siguiente: "En términos generales la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera expresa y en caso de un litigio, el juez o tribunal tendrá que allegarse de medios de pruebas libres y acudir a la sana crítica para determinar que operación realizada por medios electrónicos es no válida" (fin de cita). Al desecharme estos medios de pruebas perjudicó a mi empresa porque no pude demostrar las acciones dolosas de Rockwell en la negociación de DIMCA con la Siderúrgica del Orinoco en el proyecto de instalación de grúa ANSALDO-CMI. Desplazó a DIMCA en las negociaciones, ofreciéndole a SIDOR a espalda de ésta, un precio muy inferior al ofertado por DIMCA, tal como lo

demuestran los memorandos G y H desechados por la recurrida, valiéndose de su posición de ser una empresa transnacional v fabricante de productos electrónicos. Debido a esta intervención de Rockwell, LA SIDERÚRGICA DEL ORINOCO excluyó a DIMCA en la construcción del provecto de grúas ANSALDO-CMI y la retiró como su proveedor exclusivo de productos electrónicos. Recuerden ustedes que DIMCA era la única empresa autorizada por Rockwell para distribuir sus productos en el estado Bolívar. Ahora la única distribuidora en el estado Bolívar es la misma Rockwell...". (Mayúsculas, negrillas y subrayado del recurrente).

La Sala para decidir observa:

La formalizante delata la infracción del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, sustentado en que el juez superior desechó el valor probatorio de los memorandos marcados con las letras "G" y "H", con soporte en que los mismos no estaban firmados por ningún representante de ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., a pesar de que fue exigida su exhibición en la primera instancia y los mismos no fueron presentados.

Asimismo, señala que estos instrumentos no podían ser valorados por el sistema legal de valoración de las pruebas autógrafas, sino por las normas del Decreto Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, por ser éstas firmas electrónicas; que

motivado a que la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica del Ministerio de Ciencias y Tecnología no está funcionando todavía, no se han podido otorgar los correspondientes certificados electrónicos, razón por la cual señala que dichos instrumentos debieron ser valorados por la regla de sana crítica y no por el artículo 1.368 del Código Civil, como lo hizo la recurrida.

En efecto, la recurrente plantea, por un lado, que la sentencia de alzada no aplicó el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil para valorar los referidos memorandos, y por el otro, señala que la firma contenida en dichos instrumentos son firmas electrónicas y que debieron ser valorados de conformidad con el Decreto Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, a pesar de que de las actas del expediente no se encuentra que las pretendidas pruebas hubieran sido promovidas como documentos electrónicos, ni hubiera sido cuestionada su naturaleza jurídica por las partes, como se desprende de lo siguiente:

La Sala extremando sus facultades, pasa a transcribir algunos actos del proceso para comprobar cómo fue promovida la prueba, lo cual le está permitido, al haber sido delatada una norma que regula el establecimiento de los hechos en el contexto de una denuncia por infracción de ley, y en tal sentido observa:

En fecha 18 de noviembre de 2001, DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), promovió en su escrito de pruebas lo siguiente:

"...Promovemos la prueba de exhibición de documento a favor de mi representada, del instrumento que se hava en poder de ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., cuya copia simple cursa en este expediente en el folio 67 (hoy 68 por cambio de foliatura), marcada con la letra "H" y que tiene las siguientes características: memorando enviado por LUÍS GONZÁLEZ MADERO al Ing. CARLOS LEFEVRE, de fecha 28 de noviembre del año 2000, donde le ofrece un convertidor por tipo de repuesto, sin costo alguno.

El objeto de este medio de prueba es demostrar que efectivamente fue cierto que ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., le ofreció a SIDOR un convertidor por tipo de repuesto, sin costo alguno, tal como está expresado en la demanda, actitud ésta que tiene como objetivo desplazar los clientes que legítimamente había captado DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. DIMCA, en la zona para hacerse ilegalmente de la totalidad de los beneficios, tal como está descrito en la demanda...". (Mavúsculas v subrayado del promovente).

El 13 de diciembre de 2002, ROCKWELLAUTOMATION DE VENE-ZUELA C.A., presentó escrito de oposición a la admisión de las pruebas promovidas por la actora, en el cual expresó:

"...No (sic) oponemos a la admisión de la prueba de exhibición

de documentos promovida por la parte actora en el numeral 9 de su respectivo escrito de promoción de pruebas, al resultar dicha prueba manifiestamente ilegal. En efecto, no acompaña la parte promovente medio de prueba alguno que haga presumir al menos que el documento cuya exhibición se solicita se halla en posesión de RECKWELL (sic), lo que incumple los requisitos de promoción exigidos por el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil.

Por el contrario, la parte actora hace referencia a la exhibición de un documento dirigido a SIDOR que entendemos emana supuestamente de ROCKWELL, con fin de ofrecerle a la primera un convertidor por tipo de repuesto. Independientemente de que hemos desconocido oportunamente este documento, es evidente que en todo caso el documento en cuestión debería hallarse en posesión de SIDOR en su carácter de receptor de este supuesto documento, por lo que mal puede presumirse que el documento cuya exhibición se solicita se halla en posesión de RECKWELL (sic). Todo lo anterior demuestra la ilegalidad de la prueba de exhibición de documentos promovida por la parte actora en el numeral 9 de su escrito de promoción de pruebas, lo cual solicitamos sea declarado por este Juzgado negando su admisión...". (Mayúsculas y subrayado del promovente).

El 22 de enero de 2003, DISTRI-BUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIA-LES C.A. (DIMCA), contestó el escrito de oposición a la admisión de las pruebas promovidas por la actora, de la siguiente manera:

"...Rechazo lo alegado por la contraparte en el numeral 1.8, por cuanto se anexó copia simple del fax (memorando), enviado por el representante de Rockwell Automation de Venezuela C.A. y además porque el Ingeniero Luís González, como lo dije anteriormente, trabaja para esta empresa. Debo señalar que cuando se envía un fax el original queda en poder del emisor y no del receptor...". (Negritas de la Sala).

Como se evidencia de los actos del proceso precedentemente transcritos, la sociedad demandante expresó en su escrito de promoción de pruebas "...promuevo la prueba exhibición de documento a favor de mi representada..., cuya copia simple cursa en este expediente...' Luego, la demandada se opuso a la admisión de las pruebas porque "...era manifiestamente ilegal [pues] no acompaña... medio de prueba alguno que haga presumir...que el documento cuva exhibición se solicita se halla en posesión de RECKWELL (sic)...". Finalmente, la demandante al contestar la oposición a la admisión de las pruebas dejó sentado que "...se anexó copia simple del fax (memorando), enviado por el representante de Rockwell Automation de Venezuela C.A... cuando se envía un fax el original queda en poder del emisor y no del receptor...".

Es claro, pues, que los memorandos G y H fueron promovidos como "copias simples del fax", de los cuales se evidencia que antes de su envío no fueron firmados, circunstancia ésta que a juicio de la alzada impidió reconocer su autoría; asimismo, debe la Sala tomar en cuenta que a pesar de que las "copias simples de los fax" fueron recibidas por la demandante, ellas no tienen ninguna nota en su parte superior que indique que fueron remitidas por ese medio electrónico.

Las máquinas de telefax están programadas para que automáticamente indiquen el número de teléfono al cual están conectadas cada vez que se realiza una transmisión, de manera que cuando en la copia emanada del aparato receptor aparece el número telefónico del emisor, debe presumirse salvo prueba en contrario, que el titular de esa línea telefónica es el autor del telefax. En el caso del emisor, la máquina también emite un certificado de envío en el que deja constancia del número telefónico de donde se hizo la llamada, la fecha, la duración de la misma y si fue recibido o no por el receptor del telefax.

Én el presente caso, ninguno de los memorandos tiene el número telefónico del emisor, por tanto, no puede asegurarse que los documentos fueron transmitidos por fax ni que son una copia fiel y exacta de su original. Por tanto, el razonamiento expuesto por el juez superior para desechar dichas pruebas del proceso, es ajustado a derecho, por cuanto estableció que al haber sido desconocidos por los demandados en la contestación de la demanda y haber alegado que no estaban firmados por ningún representante de ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., mal podía tenerse como exacto su contenido y ciertos los datos afirmados por el solicitante en ellos, razón por la cual no podía exigírsele a la deman-dada su presentación en el juicio.

En efecto, dicho pronunciamiento es acorde con el criterio de la Sala de fecha 27 de abril de 2004 (Caso: Un Trock Constructora C.A. c/ Fosfatos Industriales C.A.), en el cual dejó sentado:

"...la parte a quien le oponen como emanado de ella un documento privado en sentido lato, puede optar entre la impugnación activa y la pasiva, para la cual existe un plazo en el CPC; éste es un derecho que ella tiene (contradicción de la prueba), ya que la única manera de atacar el medio es la impugnación. Por ello la institución del desconocimiento debe obrar como figura general ante toda prueba por escrito de carácter privado que se atribuve a una parte (sea o no prueba documental), v ante un instrumento de este tipo debe actuar igual para cada caso; pero sus supuestos pueden ser disímiles, una es la negativa o el desconocimiento de las firmas o escrituras de puño y letra, la cual

está regulada por el CPC (Arts. 444 al 449), y que es relativa al cuestionamiento de un sector del acto de documentación, mientras otros supuestos para desconocer un documento privado, no están ligados necesariamente al acto de documentación...". (Negritas de la Sala).

La Sala reitera el precedente jurisprudencial y deja sentado que a quién se le oponga un instrumento privado simple como emanado de ella atribuyéndole su autoría indirecta, tiene que alegar que no fue suscrito por ella, ya que si calla se le tendrá por suyo el instrumento. En el presente caso, la accionada en la oportunidad de dar contestación a la demanda desconoció los instrumentos en cuestión, con soporte en que los mismos no estaban firmados por ninguno de sus representantes. Por dicha razón, el juez de alzada consideró que no podía exigirse su exhibición, al no evidenciarse que tales instrumentos emanaban de ella y que estaban en su posesión para el momento de la evacuación de la prueba.

A juicio de la Sala, tal razonamiento, es conforme a derecho, razón por la cual la pretendida denuncia no puede prosperar. Así se establece.

Ш

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción del artículo 433 del mismo Código, por falta de aplicación, sustentado en lo siguiente:

"...En la sentencia recurrida en el folio 24 último párrafo se puede leer lo siguiente: "A pesar de las respuestas a los particulares tercero y cuarto, la alzada hace constar que se trata de simples declaraciones del informante, sin ningún respaldo documental, de ahí que le resta todo valor probatorio, aparte de que en todo caso lo allí respondido tampoco arrojaría nada provechoso para la parte actora" (fin de cita).

Por cuanto sabíamos que la minuta celebrada en las instalaciones de SIDOR, en fecha 18 de diciembre del año 2000, el ingeniero Víctor Kargacin, no había firmado este documento, que cursa al folio 58, marcado E, solicité una prueba de informe sobre este precitado documento y la empresa Siderúrgica del Orinoco (SIDOR), contestó sobre las preguntas formuladas a la misma, demostrándose con este medio de prueba de (sic) que DIMCA si había obtenido la primera opción para la licitación privada, a (sic) ahora bien el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente: "Cuando se trate de hecho que conste en documentos, libros, archivos, u otros papeles que se hallen en dicha oficina pública,

bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles o instituciones similares, aunque esta no sea parte en el juicio, el tribunal a solicitud de parte, requerirá de ellos informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dicho instrumento con copia de los mismos". (Fin de cita).

En ninguna parte del contenido dice que el informe debe ser enviado con algún respaldo documental judicial, la norma es muy clara cuando dice que requerirá de ellos sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dicho instrumento o copia de los mismos. El ingeniero Carlos Lefebvre, jefe del departamento de Ingeniería de Mantenimiento de SIDOR, nos envió el informe y debido a que se cumplieron todas las formalidades y requisitos para este medio de pruebas tiene todo su valor probatorio, el hecho de que el informe no tenga respaldo documental no es motivo para desechar este medio de prueba, recuerden ustedes que la prueba de informe tienen doble función: 1) Solicitar reproducción del documento, 2) Solicitar informe sobre los hechos controvertidos.

Jesús Eduardo Cabrera Romero, en su obra "Contradicción de las pruebas legales y libres", Editorial Jurídica Alba, Volumen 11, Pág. 57, ario (sic) 1998, Párrafo 2, dice lo siguiente: "Tampoco exige el CPC que el promovente de la prueba justifique la existencia en poder de su

contraparte o del tercero de los documentos o papeles, cuando no exista disposición legal que ordene su tenencia". (Fin de cita).

El precitado autor en la pág. 59. último párrafo, dice lo siguiente: "para nosotros, la prueba del artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, cuando lo que persigue es que se aporte datos extraídos de archivos, documentos, libros, o papeles, es una prueba autónoma, con naturaleza propia distinta a las certificaciones en relación prohibida por la Ley Orgánica de Administración Central (L.O.A.C.) y no es ni un pseudo testimonio ni un pseudos documento como a veces ha sido conceptualizado, a pesar de que los informes nacieron con el fin de lograr, declaraciones de "personas jurídicas", quienes pueden ser parte o terceros con relación la (sic) juicios, lo cual le da ciertos parentescos con el testimonio en sentido lato". (Fin de cita).

Mas adelante en la pág. 61 el precitado autor escribe lo siguiente sobre la prueba de informe: "El promovente de la prueba de informe debe justificar la existencia de los instrumentos a copiarse. Esto no lo exige la norma, pero luce ajustado a la letra del artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, ya que los hechos que son su objeto deben constar en documentos, libros, archivos, o papeles, por lo que

la preexistencia de estos deberían constar en autos, sin embargo ante el silencio de la lev dicha falta no es causa de inadmisibilidad de la prueba y podría interpretarse dado que no se exige la justificación que ella no es necesaria" (Fin de cita). Del informe enviado por el Ingeniero Carlos Lefebvre, jefe del departamento de Ingeniería de Mantenimiento de SIDOR a requerimiento del Tribunal 3° (sic) en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, con motivo de la prueba de informe promovida por nosotros, contestó lo siguiente: 1. Que se efectuó la minuta en fecha 18 de diciembre del ana (sic) 2000. 2. Que todas las personas mencionadas en el documento privado marcado "E" asistieron. 3. Que el ingeniero Víctor Kargacin no suscribió el acta pero que si estuvo de acuerdo con darle todo el apovo a DIMCA para la iniciación de la obra, además dijo que si DIMCA quedaba mal en el proyecto, Rockwell saldría afectada y está de acuerdo en aceptar el documento de compras que está emitiendo SIDOR. 4. Que DIMCA si presentó oferta en la licitación de SIDOR del 30 de julio del año 2000, pero que ésta no fue pública sino privada y que la oferta de DIMCA fue aceptada por SIDOR por ser la más económica y con algunas variaciones. 5. Que SIDOR desconoce el memorando marcado "H" y que no recibió ningún suministro de DIMCA, pero sin embargo, ciudadano (sic) Magistrados, al no exhibir Rockwell Automation de Venezuela el memorando "H" quedaron como ciertos estos hechos afirmativos. De haberse admitido esta prueba de informe como plena prueba, la sentencia hubiese sido favorable con respecto al proyecto de instalación de grúas en SIDOR, pero al desecharme este medio de prueba me negaron la demostración de los hechos enumerados en esta denuncia del 1 al 5; porque es indudable que la minuta se realizó; que ROCKWELL apovó verbalmente a DIMCA; que estaba de acuerdo con la orden de compra que estaba emitiendo SIDOR; y que ésta empresa efectivamente había ganado la licitación privada, demostrándose con esto los hechos afirmativos explayados en la demanda...". (Mayúsculas y cursivas del recurrente).

La Sala para decidir observa:

En esta ocasión la formalizante delata la infracción del artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, con soporte en que promovió la prueba de informes para ratificar el valor probatorio de la minuta de fecha 18 de diciembre del año 2000 y que a pesar de que fue evacuada conforme a "...las formalidades y requisitos para (que) este medio de pruebas (tenga) todo su valor probatorio...", el juez superior concluyó que el informe debía "...ser enviado con algún respaldo documental judicial, (pues) la norma es muy clara cuando dice que requerirá de ellos sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dicho instrumento o copia de los mismos...", desechándola del juicio.

Ahora bien, el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, es una norma jurídica expresa que regula el establecimiento de la prueba de informes, esto es: regula su formación e inserción en el expediente. La propia formalizante señala que la prueba se estableció correctamente, al sostener que el ingeniero Carlos Lefebvre dio respuesta a la prueba de informe promovida y que en su formación se cumplieron todas las formalidades y requisitos para que la prueba fuera valorada en el juicio.

Ahora bien, el Juez de Alzada rechazó la referida prueba fundado en lo siguiente:

"...Debe precisarse que aún cuando se le reconoce autonomía a este medio de prueba, en rigor se trata de trasladar al expediente hechos acreditados documentalmente en los archivos o en la contabilidad de la persona moral a quien se le formula el requerimiento, de ahí que muchos la denominan, con acierto a criterio del tribunal, exhibición documental indirecta, lo que permite a la parte interesada, llegado el caso, controlar la prueba. No se trata, pues, de un informe mediante declaración, lo que se asemeiaría más bien a una prueba de testigos.

Por cuanto los términos de la minuta de la reunión de SIDOR

celebrada en fecha 18 de diciembre de 2000 cumplen con las formalidades descritas, el tribunal da por demostrado que en la reunión de marras intervino el ingeniero KARGACIN en representación de ROKCWELL (sic) y expresó que estuvo de acuerdo en darle todo el apovo a DIMCA para la iniciación de la obra de modernización de los sistemas de grúas. Igualmente, da por demos-trado que DIMCA demostró oferta en el proceso de licitación de SIDOR. En relación con el tercer particular de dicho informe sobre el memorando de fecha 28 de noviembre de 2000, marcado con la letra "H", el informante señaló que desconocía el memorando a que se hacia referencia y que SIDOR no recibió ningún suministro de DIMCA y ROCKWELL; y en lo pertinente al cuarto particular informó que para el proceso de presentación de ofertas para el proyecto de regulación y control de grúas del muelle ANSALDO-CMI DIMCA si fue invitada por SIDOR en virtud del respaldo de ROCKWELL AUTO-MATION DE VENEZUELA C.A.

A pesar de las respuestas a los particulares tercero y cuarto, la alzada hace constar que se trata de simples declaraciones del informante sin ningún respaldo documental, de ahí que les reste todo valor probatorio, aparte de que en todo caso lo allí respondido tampoco arrojaría nada provechoso para la parte actora, en el primer caso, (respuesta al particular tercero de la solicitud de informes), dado el carácter negativo de la respuesta, y en el segundo caso (respuesta al particular cuarto), porque si SIDOR invitó a DIMCA en virtud del respaldo de la demandada, ello de por si atañe a algo intrascendente. Así se decide...". (Mayúsculas de la recurrida y negrillas y subrayado de la Sala).

Como se evidencia, el sentenciador dejó sentado que la prueba de informes demostró que en la reunión celebrada en fecha 18 de diciembre de 2000 intervino el ingeniero KARGACIN en representación de ROCKWELL, quien expresó que estuvo de acuerdo en darle todo el apovo a DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. para la iniciación de la obra de modernización de los sistemas de grúas; que DISTRIBUI-DORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. hizo una oferta en el proceso de licitación de Siderúrgica del Orinoco; que desconocía el memorando a que se hacía referencia y que Siderúrgica del Orinoco no recibió ningún suministro de DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. y ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A.; que para el proceso de presentación de ofertas para el proyecto de regulación y control de grúas del muelle ANSALDO-CMI, DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A., sí fue invitada por Siderúrgica del Orinoco en virtud del respaldo ofrecido por ROCKWELLAUTOMATION DE VENE-ZUELA C.A.

No obstante, hizo saber que la prueba no le merecía fe ni confianza, pues de ella sólo se desprendían simples declaraciones del informante que no tenían ningún respaldo documental, y que en todo caso, las respuestas no arrojaban nada provechoso para la parte actora por el carácter negativo de las mismas.

Ahora bien, la doctrina considera la prueba de informes como la testimonial de las personas jurídicas colectivas, las cuales, como entes de ficción intangibles, no pueden declarar bajo juramento en juicio, pero sí pueden, como corporaciones, sujetas a responsabilidad patrimonial, dar testimonios escritos o informes a la litis.

El juez debe aplicar los principios de la sana crítica para apreciar esta prueba (artículo 507) y de la misma manera que atiende a la edad, vida y costumbres de un testigo y al valor de convicción de sus dichos; debe sopesar el mérito de los informes que rinda una entidad pública, o bien una empresa civil o comercial según el conocimiento público que se tenga de ella. (Ricardo Henríquez La Roche, Código de Procedimiento Civil, Tomo III, Caracas 2004).

La Sala, en sentencia del 12 de abril de 2005 (Caso: Mouna Rita Embaid Embaid c/ Sheraton de Venezuela C.A.), dejó sentado sobre este aspecto que:

- "...Establece el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil:
 - "...Para la apreciación de la prueba de testigos, el juez examinará si las deposiciones de éstos concuer-

dan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación...'.

La disposición jurídica citada, establece que para la apreciación de los testigos el sentenciador debe examinar la concurrencia de las deposiciones entre éstos y con las otras pruebas, estimar los motivos de su declaración, así como la confianza que le merece el testigo tomando en cuenta su edad, vida, costumbres, profesión y demás circunstancias, desechando al inhábil y aquél que no pareciera decir la verdad; por tanto, la referida disposición faculta ampliamente a los jueces para la apreciación de la prueba de testigos.

La estimación de la referida prueba implica para el sentenciador un juicio de valor intelectivo y volitivo a la vez, pues opera en él un acto de voluntad por el cual acoge o rechaza la deposición del testigo, sustentado en que le merece confianza en razón de su edad, vida, costumbres, profesión y demás circunstancias o si es hábil para declarar sobre lo que conoce; de manera que en este contexto el juez es soberano y libre en su apreciación. (Henríquez La Roche, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil. Tomo III*. Ediciones Liber, Caracas 2004, p. 600).

...Omissis...

No obstante, la determinación de si la declaración de Dulce María Villegas Rangel demuestran (sic) los hechos controvertidos en la demanda escapa del control de la Sala, ya que el juez de instancia es soberano en la apreciación de ésta y cuestión subjetiva del juzgador, salvo que infrinja una máxima de experiencia o incurra en suposición falsa.

En tal sentido, escapa del control de la Sala el análisis de la declaración rendida por la referida ciudadana el día 28 de julio de 1999, pues ello implicaría inmiscuirse en funciones propias de los jueces de instancia a quienes les corresponde exclusivamente dicha labor, como lo ha sostenido la Sala en su reiterada jurisprudencia. (Vid. Sent. del 20 de diciembre de 2001, caso: Francisco Joao Vieira De Abreu c/ Barinas E. Ingeniería C.A. Seguros Ávila C.A.)...".

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, el juez superior es soberano y libre en la apreciación de la prueba de informes, razón por la cual no puede ser cuestionada, por esta vía, su labor intelectiva en la apreciación de la prueba.

Por las razones expresadas precedentemente, la Sala desestima la presente denuncia. Así se establece.

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción del artículo 507 del mismo Código, con soporte en lo siguiente:

"...En el escrito de promoción de pruebas, solicité la exhibición del original de los anexos marcados "M" y "M2" y para ello consigné la copia del mismo y la contraparte no los exhibió en su debida oportunidad, dándole el juez de primera instancia, el pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, en la sentencia recurrida en la página 28 se puede leer lo siguiente: "La parte actora no ha demostrado, que la información contenida en los anexos M y M2" haya sido creada o utilizada por Rockwell Automation de Venezuela, como titular de una firma electrónica, por lo tanto a juicio del tribunal carecen de la debida eficacia probatoria que la ley otorga a las firmas autógrafas y por lo tanto se desechan como medio de prueba en esta causa. Así se decide" fin de cita. Si utilizamos como regla de valoración de este medio de prueba libre la exhibición de documentos, entonces está plenamente demostrado ese hecho, porque los representantes de Rockwell Automation de Venezuela no lo exhibieron y si utilizamos la ley de mensajes de

datos y firmas electrónicas, debo especificar lo siguiente: La lev entró en vigencia en fecha 28-2-2001, Gaceta Oficial Nro. 37.148, pero la superintendencia de servicios de certificación electrónica del Ministerio de Ciencia y Tecnología no está funcionando todavía (por lo menos en que se promovieron estas pruebas todavía no estaban funcionando) y no tiene hasta los momentos ninguna empresa acreditada. Además como ustedes mismos lo pueden detallar, en la parte superior del medio de la prueba marcado "M2" se puede ver muy nítidamente el nro. telefónico 9431079, que coincidencialmente es el mismo nro. telefónico que la empresa CANTV DE VENEZUELA suministró al tribunal a quo como propiedad de ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA, a requerimiento a de una (sic) prueba de informe que solicité en el escrito de promoción de prueba. Un informe rendido por esta empresa en fecha 9 de julio del año 2003 y que cursa en este expediente en el folio 155, de la pieza nro 2. De haberle dado la recurrida pleno valor probatorio a estos dos medios de prueba M y M2 se hubiese demostrado que (sic) ROCKWELL después de que le ofreció a SIDOR las grúas ANSALDO-CMI debido a su posición ser una empresa transnacional y fabricante de productos electrónicos, rechaza la ejecución de la obra, y le ordena a DIMCA

que se responsabilice de la totalidad de la contratación, exigiéndole firmar un contrato mediante la cual la carga de toda la construcción de la obra recaían sobre ella y que todo pago del proyecto se haría directamente a ROCKWELL. Lo que comúnmente llamamos contrato leonino...". (Mayúsculas, cursivas y subrayado del recurrente).

La Sala, para decidir observa:

La formalizante delata la infracción del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, con soporte en que a pesar de que promovió la prueba de exhibición de los instrumentos "M" y "M2" acompañando copia de los mismos, el juez superior no tuvo como ciertos los datos de su contenido; al contrario, los desechó del juicio porque consideró que la parte actora no demostró que la información contenida en dichos instrumentos fue creada o utilizada por ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA, como titular de una firma electrónica.

Dado que la formalizante denunció el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, norma que regula la apreciación de la prueba en el contexto de una denuncia por infracción de ley, la Sala extremando sus facultades, pasa a examinar el fondo de la controversia, y en tal sentido, observa que en el escrito de pruebas la accionante promovió en el literal 12 "...la exhibición... del instrumento que se haya en poder de ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., cuya copia simple cursa en este expediente en el folio

77, marcado con la letra M, de fecha 8 de marzo del año 2001, hora 07:31 a.m., y cuya característica es la siguiente: enviadas por rastifano@rarockell.com dirigida a abolivar@dimca.com Asunto: proyecto Drives Grúas Sidor. Promuevo esta prueba para demostrar que ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., si emitió una contraorden de DIMCA en fecha 8 de marzo del año 2001, tal como está señalado en la demanda...".

El 10 de marzo de 2003, el Juzgado de la causa admitió cuanto ha lugar en derecho la prueba, y fijó el tercer día de despacho siguiente luego de la intimación de la actora, para su exhibición. Intimada la parte y abierto el acto de evacuación de la prueba, el día 12 de agosto de 2003, el abogado Javier Eduardo Ruán Soltero, en representación de la accionada expresó:

"...Conforme al numeral doceavo (12°) del escrito de promoción de pruebas de la actora, ha de señalarse que al promoverse la prueba de exhibición no se identificó correctamente el documento cuya exhibición se pretende, por lo que se crea una confusión respecto del procedimiento legalmente establecido para la evacuación de dicha prueba, en efecto, se presume que se solicita la exhibición de un supuesto mensaje de datos conformado por un correo electrónico emitido desde una también

supuesta dirección de correo electrónico identificada como rastifano@rarockell.com hasta otra dirección igualmente identificada por la demandante como dirigida a abolivar@dimca.com. Es por ello, que debe igualmente presumirse que el procedimiento para la evacuación de esta prueba debe corresponderse con lo establecido en la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, ahora bien, tratándose de una mensaje de datos, que como bien lo establece la referida lev está constituido por un (sic) información en soportes electrónicos v no de un documento con soportes en papel, es imposible solicitar su exhibición, tal y como indebidamente lo ha solicitado la parte actora. No explica la actora cuál es el procedimiento que realmente pretende seguir para la exhibición de esta prueba, lo que igualmente nos lleva a presumir que se refiere a la exhibición de documentos según el artículo 436 arriba aludido, procedimiento éste que resulta imposible a los efectos de traer un mensaje de datos al proceso, por otro lado, no establece la actora en su escrito de promoción medio de prueba alguno que haga presumir que el mensaje de datos en cuestión se halla en poder de ROCKWELL...". (Negritas de la Sala y mayúsculas del texto).

Como se evidencia, la sociedad demandada en la oportunidad de la evacuación de la prueba cuestionó la confusión que había acerca de la manera cómo debía llevarse a cabo la exhibición del documento electrónico (correo electrónico), y señaló a tal efecto, que tratándose de un mensaje de datos constituido por una información en soportes electrónicos y no de un documento con soportes en papel, es imposible promover su exhibición, tal y como lo había solicitado la parte actora en su escrito de pruebas.

El Juez de Alzada, al momento de valorar dicho instrumento expresó:

"...Continuando con la cronología de los hechos, la demandante afirma que el 8 de marzo de 2001. de manera insólita, se produce una contraorden de ROCKWELL AUTO-MATION DE VENEZUELA C.A. a DIMCA (anexo marcado con la letra marcada (sic) "M"), donde le informa que no están dispuestos a aceptar las condiciones de contratación que les exige SIDOR para el precitado provecto v solicitan nuevamente que sea DIMCA quien se responsabilice de la totalidad de la contratación, exigiéndole paralelamente un contrato en el que "la carga de todos los irresponsables actos preindicados recaían sobre DIMCA" (anexo marcado con la letra "N").

Los anexos marcados "M" y "M2" (folios 78 y 79 de la pieza I, respectivamente) resultan ser (lo deduce el tribunal

por máximas de experiencia), informaciones contenidas en Mensajes de Datos, reproducidas en formato impreso. En relación con estas comunicaciones de 8 de marzo v 4 de abril de 2001, la parte demandada ha alegado que dichas correspondencias fueron oportunamente desconocidas y la actora no indicó el procedimiento establecido en los artículos 445 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para demostrar su autenticidad. Se impone, pues, definir el verdadero mérito probatorio de ambos anexos, a cuvo fin se observa:

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de fecha 10 de febrero de 2001 (instrumento legal que otorga y reconoce eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaie de datos y a toda información inteligible en formato electrónico -artículo 1-), a falta de acuerdo entre las partes acerca del procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor ("persona que origina un mensaje de datos, por sí mismo o a través de terceros autorizados", artículo 2), se entenderá que un mensaje de datos proviene del emisor, cuando éste ha sido enviado por: 1) el propio emisor; 2) persona autorizada para actuar en nombre del emisor respecto

de ese mensaje; 3) por un sistema de información programado por el emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente. El artículo 16 eiusdem establece que la firma electrónica que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa, siempre que llene los aspectos previstos en esa norma.

En el caso bajo examen, la actora no ha demostrado que la información contenida en los anexos "M" y "M2" haya sido creada o utilizada por ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A. como titular de una Firma Electrónica, por lo tanto a juicio del tribunal carecen de la debida eficacia probatoria que la ley otorga a la Firma Autógrafa y por lo tanto se desechan como medios de prueba en esta causa. Así se decide.

No desnaturaliza la conclusión anterior el hecho de que el anexo "M2" tenga impreso en su parte superior el número telefónico 9431079 y la leyenda A-B DPTO. VENTAS, que corresponde a uno de los faxes de los cuales es titular ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., según el informe rendido por la COMPAÑÍA ANÓNIMA NACIONAL TELÉFONOS DE VENEZUELA fechado el 9 de julio de 2003, formante del folio 155 de

la pieza II, pues, no ha quedado demostrado que el hecho de que el número telefónico 9431079 aparezca impreso en la parte superior del anexo "M2" significa que el mensaje fue emitido fatal o necesaria-mente desde ese número de fax. Así también se decide...". (Mayúsculas, negrillas y cursivas de la Alzada).

Según la recurrida, los anexos "M" y "M2" son, por máximas de experiencia, informaciones contenidas en mensajes de datos y reproducidas en formato impreso, que de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de fecha 10 de febrero de 2001, a falta de acuerdo entre las partes acerca del procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor, se entenderá que proviene de la persona que origina un mensaje de datos, por sí mismo, por terceros autorizados o por un sistema de información programado por el emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Asimismo, dejó sentado que el artículo 16 eiusdem dispone que la firma electrónica que permite vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir su autoría, tiene la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa, siempre que llene los aspectos previstos en esa norma; sin embargo, agrega que en el presente caso los referidos anexos carecen de eficacia probatoria, pues la actora no demostró que la información contenida en dichos instrumentos ("M" y "M2") fue

creada o utilizada por ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., desechándolos del juicio.

Ahora bien, la Sala considera conveniente analizar si es posible exigir la exhibición de un documento electrónico, a pesar de que por sus características especiales dicho instrumento no tiene soporte físico o material, y cuál es el medio probatorio idóneo para demostrar que la información contenida en los instrumentos M y M2 fue creada o utilizada por ROCKWELLAUTOMATION DE VENEZUELA C.A.

Primeramente, debemos precisar que el documento electrónico está previsto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001, y en sentido amplio, debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros.

También es catalogado como un medio atípico o prueba libre, por ser aquél instrumento que proviene de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste, o como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente.

Por su parte, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas considera, en su artículo 2, al documento electrónico o mensaje de datos -como también lo denomina- como "...toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio...".

Una de las características más relevantes de los documentos electrónicos es que sus datos electrónicos se encuentran almacenados en la base de datos de un PC o en el proveedor de la empresa; su comprobación requerirá una ulterior reproducción o impresión del documento.

Sobre el particular, la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas establece en el artículo 7 que:

"...cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación...".

Es evidente, pues, que el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba.

En razón a esta determinación, los documentos electrónicos no pueden ser exhibidos, por cuanto la manera en la cual son almacenados los datos electrónicos, impide que puedan ser presentados al juicio, pues ellos están en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa, razón por la cual se está frente a la necesidad de una experticia para verificar la autoría de los documentos que se emitan con tales características y si estos están en poder del adversario, hasta tanto se ponga en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Cabe destacar que los artículos 20 y 21 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, para acreditar, supervisar y controlar a los proveedores de servicios de certificación públicos o privados; inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los proveedores de servicios de certificación y; seleccionar los expertos técnicos o legales que considere necesarios para facilitar el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, actualmente dicho organismo no está en funcionamiento, razón por la cual hasta tanto se establezca la Superintendencia, debe recurrirse a otro medio de autenticación de los documentos electrónicos, como lo es la experticia.

Ahora bien, el objeto de esta especial experticia consiste en determinar la autoría del mensaje de datos, esto es, el emisor o la persona autorizada para actuar en su nombre o un sistema de información programado por el emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente y, así saber desde cuál y hacia cuál dirección

o puerto electrónico fue enviado y recibido el mensaje; bajo cuál firma electrónica fue enviado; la fecha y hora de la emisión del mensaje; su contenido; y cualquier otro dato de relevancia para el proceso que las partes soliciten o el juez ordene para resolver la controversia.

Otra característica del documento electrónico es que éste debe estar conservado en su estado original. En efecto, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas exige que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. Para determinar esto, es necesario el examen de un experto a la base de datos del PC o del proveedor de la empresa del cual fue enviado el documento electrónico.

Por tanto, la Sala considera que es necesario certificar si el documento electrónico ha sido conservado y si el mensaje está inalterado desde que se generó o, si por el contrario, ha sufrido algún cambio propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, por hechos de la parte o terceros, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas antes transcrito, lo cual sólo es posible a través de una experticia en la base de datos del PC o el servidor de la empresa que ha remitido el documento electrónico.

Ahora bien, la sociedad demandada plantea en el escrito de formalización que reinaba "...confusión

respecto del procedimiento legalmente establecido para la evacuación de dicha prueba, en efecto, se presume que se solicita la exhibición de un supuesto mensaje de datos conformado por un correo electrónico emitido desde una también supuesta dirección de correo electrónico identificada como rastifano@rarockewell.com hasta otra dirección igualmente identificada por la demandante como dirigida a abolivar@dimca.com...", con lo cual desconoció que la dirección electrónica de la cual se emitió el documento electrónico (rastifano@rarockewell.com) le perteneciera a su representada.

La Sala, en un caso similar en el cual la demandante promovió un video de VHS como prueba libre, estableció lo siguiente:

- "...la doctrina es conteste al considerar respecto a la tramitación de las pruebas libres que no se asimilan a los medios probatorios tradicionales, lo siguiente:
- 1.- El promovente de un medio de prueba libre representativo, esto es, fotografías, películas cinematográficas, audiovisuales, y otras de similar naturaleza, tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, aquellos medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e identidad de la prueba libre, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio.

2.- El juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que ésta se sustanciará; y en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba; pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo, se garantiza el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

3.-Una vez cumplidas estas formalidades, el sentenciador determinará en la sentencia definitiva -previo al establecimiento de los hechos controvertidos-, si quedó demostrada la credibilidad y fidelidad de la prueba libre en cuestión; caso contrario, desestimará dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio. son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

Por consiguiente, la Sala deja establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la forma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, pues así lo ordenan los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho de defensa de las partes...". (Negritas de la Sala).

La Sala reitera el precedente jurisprudencial, y deja sentado que el promovente de un medio de prueba libre tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, los medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e identidad de la prueba, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio. Asimismo, el juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que ésta debe sustanciarse; en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba, pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la

justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna.

En el presente caso, a pesar de que los documentos electrónicos fueron promovidos como copias simples y que fue solicitada la exhibición del original por el medio tradicional del Código de Procedimiento Civil, el juez en aplicación del derecho que está obligado a conocer, debió tomar en cuenta que el artículo 4 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece:

"Los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil...". (Negritas de la Sala).

Aunado a lo anterior, los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, disponen:

Artículo 7: Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

Artículo 395: Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez. (Negrillas de la Sala).

El citado artículo 7 faculta al juez para la creación de formas cuando la realización del acto nada hava establecido el legislador al respecto, y el artículo 395 consagra el principio de libertad de los medios de prueba, conforme al cual es insostenible restringir la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones; con lo cual le otorgó a las partes la posibilidad de promover pruebas distintas a aquellas reguladas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, dispone en el único aparte del referido artículo que el juez debe crear la forma para la tramitación de la prueba libre en aquellos casos en los que el medio de prueba libre no pueda ser promovido ni evacuado conforme a los medios de prueba tradicionales.

Así pues, la Sala atendiendo las normas transcritas así como la doctrina precedente, en la cual se dejó sentado que en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, los jueces de instancia están obligados a implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prue-

ba, considera que, en el caso concreto, el juez de primera instancia estaba obligado a fijar la forma en que debía tramitarse la contradicción de la prueba libre promovida, es decir, los documentos electrónicos promovidos por la demandante en el juicio. Al no advertir dicho error el juez superior en el reexamen de la causa, infringió los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil y 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

En el presente juicio, no fue indicada la forma para la tramitación de la prueba libre (experticia al PC o servidor de la empresa remitente del documento electrónico), a pesar de que las partes lo cuestionaron y manifestaron en el tribunal de primera instancia, razón por la cual esta Sala declara de oficio la infracción de los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil y 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Así se establece.

V

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción del artículo 507 *eiusdem* y 147 del Código de Comercio, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

"...Dice el artículo 147 del Código de Comercio lo siguiente: "El comprador tiene derecho a exigir que el vendedor firme y le entregue factura de las mercancías vendidas y que ponga al pie recibo del precio o de la parte de este que se le hubiere entregado".

No reclamando contra el contenido de la factura dentro de los ochos días siguientes a su entrega, se tendrá por aceptada irrevocablemente "(fin de cita).

Es indudable que las 184 facturas que cursan en este expediente son facturas aceptadas tácitamente, porque transcurrieron los ochos días exigidos por la norma y las partes no formularon recla-

mos en dicho lapso, por lo (sic) se tienen como aceptadas irrevocablemente. Otro punto importante para sustanciar la denuncia del artículo 507 es que cada una de las 184 facturas tiene como sello el nombre y apellido de la ciudadana DORIS MEDINA y otro de la empresa que dice "Rockwell Automation de Venezuela, C.A.", sellos estos que no desconoció la empresa Rockwell Automation de Venezuela y si detallamos más estas facturas encontramos en su parte superior los teléfonos preimpresos de Rockwell Automation de Venezuela y que son los mismos teléfonos que le suministró la empresa CANTV de Venezuela al tribunal, a requerimiento de este a través de una prueba de informe que solicité en el escrito de promoción de prueba, cada una de la facturas tienen señalados los siguientes teléfonos: (02)943.23.11 - 943.24.33 fax de administración (02) 943.16.45, coincidencialmente

son los mismos números telefónicos que suministró la empresa CANTV en su informe rendido en fecha 9 de julio del año 2003, v que cursan en este expediente en el folio 155 de la pieza Nro. 2. En sentencia Nro. 904 de la Sala de Casación Penal de fecha 29 de junio del año 2000, nos describe los alcance del método de valoración de prueba "sana crítica" cuando de su contenido se desprende lo siguiente: " la sana critica es un método por medio del cual se deben examinar v comparar las pruebas, a fin de que a través de las reglas de la lógica, se llegue a una conclusión o sentencia. Es más, la sana crítica, como método que es, debe utilizarse tanto en el sistema de libre convicción razonado según lo indica el Código Orgánico Procesal Penal, como en el sistema legal o tarifado que establece el código de enjuiciamiento criminal" (Fin de cita). Más adelante la misma sentencia señala: "Es claro, entonces, que una cosa son los sistemas de libre convicción razonada y legal o tarifado, y otra el método de la sana crítica en la cual debe aplicarse las reglas de la lógica para llegar a una conclusión, método este que debe emplearse en los dos sistemas aludidos" (Fin de cita). En la sentencia Nro. 986 de fecha 11 de Marzo del año 2003 de la Sala de Casación Penal también señala lo siguiente sobre la sana crítica: "De acuerdo al nuevo sistema, la valoración de las pruebas debe efectuarse con base a la sana crítica, por lo que resulta necesario que el Juzgador efectúe un análisis y comparación de las pruebas que le fueron presentadas" (fin de cita). En su escrito de contestación a la demanda y de oposición a los medios de pruebas ellos desconocieron la firma de la ciudadana DORIS MEDINA, a pesar de que no tenían facultad expresa en el poder por desconocerlas, es más los apoderados judiciales de la empresa Rockwell Automation de Venezuela, desconocieron las 184 facturas promovidas después del auto de admisión, que luego fueron ratificadas por mi en el escrito de promoción de prueba, pero no habilitaron una incidencia para tacharlas. Sucedió ciudada-nos Magistrados, que quien firmó esas 184 facturas aceptadas fue la ciudadana DORIS MEDINA v ella no es la dueña de la empresa Rockwell Automation de Venezuela, no es socia, no pertenece a la junta directiva, y los abogados de Rockwell no la estaban representando a ella y por consiguiente tampoco tenían poder y facultad expresa para desconocer su firma. El sentenciador a pesar de mis alegatos señalados en el escrito de las observaciones al informe de la demandada no se pronunciaron sobre este señalamiento por lo tanto ciudadanos Magistrados. ratifico que este desconocimiento es improcedente. El artículo 444 del Código de Procedimiento Civil

establece lo siguiente: "La parte contra quien se produzca en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo deberá manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega ...El silencio de la parte a este respecto, dará por reconocido el documento" (fin de cita). Es muy claro cuando dice "la parte" y la ciudadana Doris Medina no es parte en este procedimiento. Al no tacharse estos documentos tal como lo establece el artículo 1.381 del Código Civil, no se les puede desechar y por consiguiente siguen conservando todo su valor probatorio, por lo tanto son plena prueba y así lo debe considerar el Máximo Tribunal. De haberse admitido este medio de prueba (facturas), se habría demostrado el daño patrimonial ocasionado par la empresa Rockwell Automation de Venezuela a la empresa DIMCA va que reflejan el flujo de ventas de DIMCA en el estado Bolívar que disminuyó considerablemente cuando la empresa ROCKWELL comenzó a vender en esa área a precios de fabricante...". (Mayúsculas y cursivas de la recurrente).

La Sala, para decidir observa:

La formalizante delata la infracción de los artículos 507 del Código de Procedimiento Civil y 147 del Código de Comercio, con soporte en que las 184 facturas consignadas en el expediente, han debido ser valoradas por el sistema de la sana crítica, y además han debido ser consideradas facturas aceptadas tácitamente al haber transcurrido los ochos días establecidos en el artículo 147 *eiusdem*, sin que las partes hubieran formulado ningún reclamo en su contra.

Sobre las referidas facturas, el Juez de Alzada estableció que:

"...En relación con el punto bajo análisis (reintegro mediante pago), debe decirse, en adición a lo ya expuesto, que el día 20 de febrero de 2000 el abogado PEDRO LAVA SOCORRO, en representación de DIMCA, consignó 184 facturas originales, en los siguientes términos:

"...Consigno como en efecto lo hago ciento ochenta y cuatro (184) facturas originales correspondientes a los producto (sic) adquiridos por mi representada "Distribuidora Industrial de Materiales C.A." de "Rockwell Automation de Venezuela", según lo establecido en el convenio suscrito por ambas partes en fecha 15 de noviembre de 1991, y aquí impugnado según el contenido del libelo de demanda contentivo en autos, en el que se señala expresamente que los productos identificados en las precitadas facturas no podrán ser revendidos y en consecuencia de ello se pide al tribunal acuerde su reintegro mediante pago, de conformidad con lo ampliamente expuesto en la Sección III del antes mencionado libelo. Terminó, se leyó y conforme (sic) firman".

Luego, en el escrito de informes expresó: "Ratifico las 184 factu-

ras anexadas en el libelo de la demanda y solicito sean admitidas y valoradas de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio por cuanto son "facturas aceptadas, tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en su sentencia Nº 622".

Advierte el tribunal que opuesta la cuestión previa de defecto de forma, entre otros motivos, por no haberse producido con el libelo de demanda "los instrumentos en que se fundamenta la pretensión", el apoderado judicial de la demandante contradijo en cada una de sus partes los alegatos esgrimidos por la demandada al oponer dicha cuestión, tipificada en el ordinal 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y que incluso pidió que la misma fuera declarada sin lugar, actuación en la cual no mencionó para nada dichas 184 facturas. Siendo así, estima esta alzada que aparte de lo ya anotado en relación con que los bienes comprendidos en el inventario cuyo pago se pretende no figuran en el libelo, que es lo jurídicamente relevante, los *items*, catálogo, descripción, alícuota, precio unitario y total a que dichas facturas se refieren, no fueron "anexadas en el libelo de la demanda", como erróneamente lo alega la representación actora; por lo tanto, el inventario reflejado en las citadas facturas, a criterio de quien decide, no forma parte del thema decidendum en el presente juicio, pues como es sabido, la materia objeto del debate judicial queda delimitada por lo alegado en la

demanda y su respectiva contestación, de donde se sigue que tales recaudos (facturas) resultan inapreciables. Así se decide.'...". (Mayúsculas y cursivas de la Alzada).

Como se evidencia de la precedente transcripción, el Juez Superior estableció que las 184 facturas agregadas a los autos, resultan inapreciables, por cuanto a pesar de constituir "los instrumentos en que se fundamenta la pretensión" (en cuanto a la pretensión de devolución de inventario demandada) fueron consignadas en los informes en el juzgado superior y no junto al libelo de la demanda.

Las normas delatadas, es decir, los artículos 507 del Código de Procedimiento Civil y 147 del Código de Comercio, disponen:

Artículo 507: A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

Artículo 147: El comprador tiene derecho a exigir que el vendedor firme y le entregue factura de las mercancías vendidas y que ponga al pie recibo del precio o de la parte de este que se le hubiere entregado.

No reclamando contra el contenido de la factura dentro de los ochos días siguientes a su entrega, se tendrá por aceptada irrevocablemente. (Negrillas de la Sala).

En el caso concreto, el Juez Superior desechó las facturas antes de examinar su mérito o valor probatorio en el juicio, con soporte en que las

mismas fueron consignadas extemporáneamente.

Por tal razón, la recurrida no pudo infringir las normas delatadas, pues el artículo 507 eiusdem establece como debe proceder el sentenciador para valorar las pruebas, y el artículo 147 eiusdem está referido a la aceptación tácita de las facturas cuando no se ha hecho ningún reclamo contra su contenido dentro de los ochos días siguientes a su entrega, lo que no pudo ser examinado por la recurrida dada la extemporaneidad en la presentación de dichos instrumentos en el proceso.

Sobre el particular, el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil establece que si el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos

que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos.

La formalizante ha debido atacar el pronunciamiento de la recurrida sobre la extemporaneidad de la prueba y su consideración acerca de que las facturas son el documento fundamental de la demanda, con soporte en la infracción de esta norma, para luego delatar la norma sobre el mérito de la prueba y su influencia en el dispositivo del fallo.

Por lo expuesto, la Sala desestima la denuncia de infracción de los artículos 507 del Código de Procedimiento Civil y 147 del Código de Comercio. Así se establece.

VI

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción del artículo 1.196 del Código Civil, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

"...En la página 38 en el último párrafo de la sentencia recurrida se puede leer lo siguiente: "Quedando demostrado el incumplimiento de la demandada, solo en lo que respecta a la obligación de no negociar en el área del estado Bolívar directamente o por intermedio de distribuidores designados los productos objeto del convenio del 15 de noviembre de 1991" (fin de cita) y en la página 38 de la

sentencia de la recurrida, el sentenciador escribió lo siguiente: "Por último en lo pertinente a la cantidad de novecientos millones de bolívares (Bs. 900.000.000,00) que DIMCA reclama por concepto de dano moral, el tribunal considera que la existencia de una relación contractual no es óbice para que una de las partes, en razón de determinados actos o hechos, pueda incurrir, aparte de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual, en responsabilidad por hecho ilícito común, va que nadie está autorizado para dañar injustificadamente a otro, y en esa eventualidad el daño tendría causas distintas. Empero,

pese a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la indemnización por daño moral en el caso de autos no ha quedado comprobado el generador del mismo imputable a la demandada.

Siendo así, el tribunal declara improcedente la reclamación por concepto de daño moral. Fin de cita.

Es indudable que la empresa Rockwell Automation de Venezuela vendió productos a precio de fabricante en el Estado Bolívar. área de exclusiva distribución de la empresa Distribuidora de Materiales (DIMCA) violando el convenio suscrito entre ambos en fecha 15 de noviembre de 1991 y que cursa en el expediente marcado "C" y hecho éste que quedó plenamente demostrado en las dos instancias. En la página veinte de la demanda se puede detallar lo siguiente, en cuanto al daño moral: En el capítulo dos (2) de la presente demanda, hemos desarrollado pormenorizadamente una relación sucinta de los hechos que evidencian la conducta ilegal de ROCKWELLAUTOMATION DE VENEZUELA C.A. en intervenir ilegítimamente en el proceso licitatorio ganado en buena pro por DIMCA ante SIDOR, lo cual ésta ocasionó que fuera excluida del listado de proveedores en el que había estado incluida durante los últimos veinte años (20), al ser sometida DIMCA y su directiva al escarnio público por la irresponsable actuación de las autoridades de Rockwell en la zona.

Agravado con el ilegal suministro de materiales a nuestros clientes, lo cual ciertamente ha lesionado la imagen personal e institucional de los representantes de DIMCA en Puerto Ordaz, hechos que evidencian el grado de culpabilidad de ROCKWELL AUTOMATION C.A. que a su vez y por intervención de sus representantes en la zona de Puerto Ordaz, han desprestigiado progresivamente la imagen y reputación de DIMCA y su directiva, lo cual demostra-rá en la etapa procesal correspondiente, mediante la promoción de testigos que oportunamente promoveremos. Fin de cita...". (Mayúsculas de la recurrente).

La Sala para decidir observa:

La formalizante indica que a pesar de que en el libelo de la demanda detallaron pormenorizadamente los hechos que evidencian la conducta ilegal de ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A. en intervenir ilegítimamente en el proceso licitatorio de DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. ante SIDERURGICA DEL ORINOCO respecto del daño moral demandado, el Juez Superior estableció que la existencia de una relación contractual no es óbice para que una de las partes, en razón de determinados actos o hechos, incurra en responsabilidad por hecho ilícito común.

El Juez Superior estableció acerca del daño moral lo siguiente:

"...en los (sic) pertinente a la cantidad de NOVECIENTOS

MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 900.000.000.00) que DIMCA reclama por concepto de daño moral, el tribunal considera que la existencia de una relación contractual no es óbice para que una de las partes, en razón de determinados actos o hechos, pueda incurrir, aparte de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual, en responsabilidad civil por hecho ilícito común, ya que nadie está autorizado para dañar injustificadamente a otro, y en esa eventualidad el daño tendría causas distintas. Empero, pese a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la indemnización por daño moral, en el caso de autos no ha quedado comprobado el hecho generador del mismo imputable a la demandada. Siendo así, el tribunal declara improcedente la reclamación por concepto de daño moral...". (Mayúsculas de la Alzada).

El Juez Superior estableció que la existencia de una relación contractual no es óbice para que una de las partes, en razón de determinados actos o hechos, incurra en responsabilidad civil por hecho ilícito común, pues nadie está autorizado a dañar injustificadamente a otro, y en esa eventualidad el daño tendría causas distintas. Asimismo, declaró que, en todo caso, no quedó comprobado el hecho generador del daño imputable a la demandada, motivos suficientes para desestimar la reclamación por dicho concepto.

Como se evidencia, la formalizante no indicó a la Sala cómo el sentenciador incurrió en la falta de aplicación del artículo 1.196 del Código Civil ni su influencia en el dispositivo del fallo; no obstante, la deficiencia en la técnica requerida, se observa:

El artículo 1.196 del Código Civil establece que la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada, y además el juez puede conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Respecto del 1.196 del Código Civil, la Sala ha establecido en precedentes decisiones lo siguiente:

"...Atendiendo a lo previsto en el artículo 1.196 del Código Civil, el juez, una vez comprobado el hecho, puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, en base a su criterio subjetivo, '...la reparación del daño moral la hará el juez según lo establecido en el artículo 1.196 del Código Civil, es decir, queda a su apreciación subjetiva y no limitada a lo estimado en el libelo'. (Sentencia del Magistrado Dr. Carlos

Trejo Padilla, de fecha 12 de diciembre de 1995, Exp. Nº 95-281, juicio: Carmelo Antonio Benavidez c/ Transporte Delbuc, C.A.)...". (Negritas de la Sala).

De conformidad con la doctrina transcrita, el juez está autorizado para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales ocasionó, además, repercusiones psíquicas o de índole afectiva, lesivas de algún modo al ente moral de la víctima, para luego proceder a estimarlos y en uso de la facultad discrecional que le concede el citado artículo, acordar o no la indemnización a la víctima de los daños.

Sin embargo, en el presente caso el juez estableció que "...no ha quedado comprobado el hecho generador del mismo imputable a la demandada...", por tanto, el juez superior dio sus razones para desestimar la demanda por daño moral, con base en que dicha pretensión debe atenerse a los hechos demostrados en el proceso.

Lo anterior, quiere decir que, se requiere que haya sido demostrado el hecho generador del daño, para que el juez, discrecionalmente establezca el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, conforme a su criterio. En este caso, si a juicio del juez superior, no había sido demostrado el hecho generador del daño imputable a la demandada, lo cual además no fue combatido en la presente denuncia por la formalizante, no puede afirmarse que el sentenciador infringió su obligación de estimar el daño.

Por lo demás, si el recurrente estaba disconforme con la manera en la cual el juez apreció las pruebas, debía hacer la correspondiente denuncia de infracción de casación sobre los hechos y no una denuncia por infracción de ley.

Por los motivos expresados, la Sala desestima la denuncia de infracción del artículo 1.196 del Código Civil. Así se decide.

VII

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 436 y 507 del mismo Código, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

"...En el escrito de promoción de pruebas, solicité la exhibición del original del anexo marcado "0" de fecha 30 del 2001 (sic), para ello consigné la copia del mismo y

la contraparte no lo exhibió en su debida oportunidad, dándole el juez de primera instancia el pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien el sentenciador, en la sentencia recurrida en la página 28 se puede leer lo siguiente: "dicho anexo cursa a los folios 103 y 104 de la pieza 1, sin embargo el tribunal, por los mismo motivos expuestos al valorar las

comunicaciones "M" y "M2", le resta toda virtud probatoria a esta comunicación." fin de cita. Si utilizamos como regla de valoración de este medio de prueba libre la exhibición de documentos. entonces está plenamente demostrado ese hecho, porque los representantes de Rockwell Automation de Venezuela no lo exhibieron y si utilizamos la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, debo especificar lo siguiente: La ley entró en vigencia en fecha 28-2-2001, Gaceta Oficial Nro. 37.148, pero la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica del Ministerio de Ciencia y Tecnología no está funcionando todavía y no tiene hasta los momentos ninguna empresa acreditada. Además como ustedes mismos lo pueden detallar en la parte superior del media (sic) de prueba marcado "0" se puede detallar muy nítidamente el Nro. telefónico 9431079, que de acuerdo al informe que envió la CANTV fechado el 9 de julio de 2003, formante del folio 155 de la pieza 11, pertenece a la empresa Rockwell Automation Venezuela.

Por todas las razones expresadas, solicito respetuosamente al máximo tribunal, que declare con lugar esta denuncia, se case el fallo recurrido, y se le ordene al juzgado que resulte competente dictar una nueva decisión analizando este memorando marcado "Q"...". (Subrayado y cursivas de la recurrente). La Sala para decidir observa:

La denuncia está mal planteada, pues la formalizante no indicó a este Alto Tribunal cómo, cuándo y en qué sentido la recurrida incurrió en la infracción de las normas delatadas, ni señaló cómo la pretendida infracción es capaz de alterar o modificar el dispositivo del fallo.

Respecto a la denuncia del recurso de casación por infracción de ley, la Sala ha precisado que el formalizante debe: a) encuadrar la denuncia en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil; b) especificar qué normas jurídicas resultaron infringidas y cuál de las hipótesis previstas en el referido ordinal 2º del artículo 313, es la que se pretende denunciar: errónea interpretación, falsa aplicación, falta de aplicación o violación de una máxima de experiencia; c) expresar las razones que demuestren la existencia de la infracción, esto es, explicar de forma clara y precisa cómo, cuándo y en qué sentido se produjo la infracción, la cual debe ser determinante en el dispositivo del fallo, de conformidad con lo previsto en el único aparte del artículo 313 ejusdem; d) explicar las normas jurídicas que el tribunal de última instancia debió aplicar y no aplicó para resolver la controversia, indicando las razones que demuestren la aplicabilidad de dichas normas. (Sentencia del 3 de mayo de 2006, Caso: Reina Amalia Rosa Anzola de Morales c/ Luís Vicente Morales Araujo y otros, expediente N° 2005-000202). (Negritas de la Sala).

En efecto, la fundamentación de las denuncias de infracción de ley, como ha explicado la Sala en numerosas decisiones, debe hacerse en forma clara y precisa sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden violadas, con los hechos y circunstancias a que se refiere la infracción, es decir, que la violación debe ser demostrada, sin que baste al efecto señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, pues es necesario, además, que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la violación.

Esto es precisamente lo que no se cumplió en la presente denuncia, pues, como se advierte en la transcripción que se hiciera de ésta, en la fundamentación no se precisa, cómo fueron infringidas las normas denunciadas. Se trata de una explicación general que invita a pensar que la formalizante se encuentra disconforme con la manera en que fue apreciada esa prueba, pero no invoca ninguna de las hipótesis de excepción del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

Por dicha razón, la Sala desestima la denuncia de infracción de los artículos 436 y 507 del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

VIII

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente denuncia la infracción del artículo 1.167 del Código Civil, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

"...En la sentencia de la recurrida en la página 36, dice lo siguiente: El artículo 1.273 del Código Civil, estipula "que los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado, salvo las modificaciones y excepciones establecidas a continuación".

Obviamente que si DIMCA hubiese demostrado que por culpa de ROCKWELLAUTOMATION DE VENEZUELA C.A. no pudo ejecutar la obra convenida con SIDOR, tendría derecho a que la demandada le cubriera la utilidad neta que el contrato le hubiese reportado.

Nótese que la causa generadora del daño, según la versión de la demandante habría sido "la imprudente e ilegal intervención directa de AUTOMATION DE VENEZUELA. C.A." en el resultado de la licitación publica realizada ante SIDOR, la cual fue ganada por DIMCA. No obstante, el tribunal ha determinado con antelación que dicha imputación de intervención indebida por parte de la demandada en relación con la licitación bajo referencia no ha sido demostrada; en consecuencia, mal puede quedar comprometida su responsabilidad civil; noción ésta que como sabemos precisa no solo de la existencia del daño, sino también de la antijuricidad de la conducta del agente y de la relación de causalidad. Al quedar evidenciado, pues, que la demandante no comprobó la intromisión indebida de la demandada en la relación contractual inicialmente establecida entre DIMCA y SIDOR, no ha lugar la reclamación por concepto de indemnización de la utilidad que le originaría la precitada licitación a DIMCA. Así se decide. Fin de cita...". (Mayúsculas, y cursivas de la recurrente).

Para decidir se observa:

La Sala reitera lo establecido en el capítulo anterior, en el cual dejó sentado que la formalizante tiene la obligación de expresar en cada delación las razones que demuestren la existencia de la infracción, esto es, explicar de forma clara y precisa cómo, cuándo y en qué sentido se produjo la infracción, la cual debe ser determinante en el dispositivo del fallo, de conformidad con lo previsto en el único aparte del artículo 313 ejusdem.

En efecto, la Sala reitera una vez más, que la fundamentación de las denuncias de infracción de ley debe hacerse en forma clara y precisa sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden violadas con los hechos y circunstancias a que se refiere la infracción, es decir, que la violación debe ser demostrada, sin que baste al efecto señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, pues es necesario, además, que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la violación, lo que no fue cumplido en la presente denuncia.

En todo caso, el artículo 1.167 del Código Civil establece que:

"En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello".

Como quedó establecido en el capítulo VI del presente fallo, el Juez de Alzada consideró que "...no ha quedado comprobado el hecho generador del mismo (daño) imputable a la demandada...".

En consecuencia, si en criterio del sentenciador de alzada no quedó demostrado el hecho generador del daño, lo que debía discutir la formalizante eran las razones por las cuales la sentencia recurrida no consideró probado el evento dañoso y no pretender examinar la apreciación de las pruebas, sin invocar una de las hipótesis de infracción de casación sobre los hechos.

Por las razones expresadas, la Sala desestima la denuncia de infracción del artículo 1.167 del Código Civil. Así se establece. De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 del mismo Código, la recurrente denuncia la infracción del artículo 509 *eiusdem*, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

"...Comienzo por comentar que en fecha 10 de marzo de 2003 el Tribunal 3ero (sic) de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas desechó el medio de prueba testimonial porque no se indicó el objeto de la misma, lo hizo cumpliendo con el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 16 de noviembre del año 2001, CEDEL MERCADO DE CAPITALES contra MICROSOFT CORPORATION, ocasionándole graves daños patrimoniales a la empresa, porque con este medio de prueba a través del principio de prueba por escrito se iban a demostrar los siguientes documentos y hechos: 1. Las dos órdenes de compra que cursan a el (sic) expediente. 2. La factura que cursa en el expediente. 3. Las 184 facturas ratificadas en el numeral 18 del escrito de promoción de pruebas a través del principio de prueba par escrito 4. Los fax y e-mail que cursan en el expediente. 5. Las ventas de Rockwell Automation de Venezuela en el estado Bolívar, zona exclusiva de DIMCA. 6. El abandono (falta de apoyo) y las interferencias que le

hizo la empresa Rockwell Automation de Venezuela a la empresa DIMCA cuando se implementaba el proyecto de grúas CMI-ANSALDO. 7. El hecho dañoso en el procedimiento licitatorio para la instalación de las grúas en la empresa Siderurgica (sic) del Orinoco (Sidor).

Ciudadanos Magistrados, los hechos que ocasionaron el daño en el estado Bolívar están demostrados, pero falta el daño ocasionado en el proceso licitatorio, en la instalación de grúas, proyecto ANSALDO-CMI y la pérdida de los clientes en el estado Bolívar del cual DIMCA fue su proveedor exclusivo por más de veinte (20) años.

En fecha 12 de agosto del año 2005, expediente Nro. 00986, sentencia Nro. 606 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez de Caballero abandonó el precedente jurisprudencial de la sentencia de MICROSOFT CORPORATION contra CEDEL MERCADO DE CAPITA-LES y establece que el medio de prueba testimonial y las posiciones juradas, están exceptuadas del requisito de la indicación del objeto en el escrito de promoción de prueba Con ese nuevo criterio se corrobora de que (sic) al desecharme los testigos que promoví en el tribunal a-quo se cometió una gran injusticia, que transgredió los artículos 2, 26 y 257 de la Cons-

titución de la Republica Bolivariana de Venezuela, que consagra que Venezuela es un estado democrático y social de derecho, que la justicia es el valor superior; que el estado garantiza una justicia imparcial, sin formalismo y que no se sacrificara la justicia por la omisión de formalidades no esenciales respectivamente. Es indudable que por esta formalidad (indicación del objeto al medio de prueba) que ahora esta desechada por el Tribunal Supremo de Justicia, me impidieron demostrar por este medio los hechos afirmativos que había mencionado en el libelo de la demanda, y que ya los enumeré en esta denuncia del 1-al 7, porque de que me sirve obtener una sentencia favorable si no se me van a resarcir los daños ocasionados...". (Mayúsculas de la recurrente).

La Sala para decidir observa:

La recurrente plantea que el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, le desechó la prueba de testigos, por no haber señalado el objeto de la prueba, cometiéndose "...una gran injusticia, que transgredió los artículos 2. 26 v 257 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, que consagra que Venezuela es un estado democrático y social de derecho...", a pesar de que el último criterio de la Sala, dictado el 12 de agosto del año 2005, expediente Nro. 00986, sentencia \hat{N}° 606,

exceptúa el cumplimiento de dicha formalidad cuando se trata de la prueba de posiciones juradas y de testigos.

En el presente juicio, el juez de primera instancia declaró inadmisible la prueba de testigos con soporte en que el promovente no señaló su objeto. Contra dicha decisión DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA) interpuso recurso de apelación. El juez superior declaró sin lugar la apelación, con fundamento en que no fue agregada y remitida al superior la copia certificada del auto recurrido.

Es evidente, pues, que era contra la interlocutoria de última instancia que el formalizante tenía la oportunidad de recurrir a casación, de conformidad con el último aparte del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, es decir, contra la decisión que estableció que, no fue acompañada la copia certificada del auto apelado, y no contra la de primera instancia (que fue la que declaró inadmisible la prueba de testigos), pues ésta fue sustituida por la del superior en el reexamen de la interlocutoria.

En el caso concreto, la formalizante pretende que la Sala examine la decisión interlocutoria sobre la inadmisibilidad de la prueba, a pesar que por efecto de la apelación, dicha decisión fue sustituida por la dictada en segunda instancia por el juez superior, contra la cual debió dirigir su denuncia al amparo del ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, por quebrantamiento de la forma procesal en menoscabo del

derecho de defensa, y no a través de una denuncia por infracción de ley.

Por esta razón, la Sala desestima la denuncia de infracción del artículo

509 del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

X

La Sala pasa a analizar en conjunto las denuncias contenidas en los capítulos X y XI del escrito de formalización, en los cuales, de conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 del mismo Código, la recurrente denuncia la infracción del artículo 509 eiusdem, por falta de aplicación.

En ambos capítulos, la formalizante plantea exactamente lo mismo, y es del siguiente tenor:

"...Esta delación la enunciaré de acuerdo a la nueva técnica que fijó esta Sala para este tipo de denuncia, los cuales ya no se califican como inmotivación, sino como error en el establecimiento de los hechos a través del recurso de fondo. Esta nueva doctrina fue fijada el día 5 de abril del año 2001 de la forma siguiente: Artículo 509: "Los jueces deben analizar y juzgar todas y cuantas pruebas se hayan producido, "aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cual sea el criterio del juez respecto a ellas, esta norma prevé que el juez para establecer los hechos debe examinar toda cuanto prueba se haya incorporado al proceso,

por consiguiente constituye una regla de establecimiento de los hechos" (fin de cita).

En efecto, el examen de las pruebas constituye el soporte o presupuesto necesario para fijar los hechos ocurridos en el caso concreto, y el mencionado artículo 509, impone al juzgador el deber de analizar el mérito probatorio de toda prueba incorporada al proceso. Esto es, le indica que para fijar los hechos debe dar cumplimiento al mandato contenido en esa norma. Por consiguiente, si el juez omite valorar alguna prueba. infringe por falta de aplicación el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, v comete un error de juicio, previsto en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil. Este tipo de motivo del recurso de casación sólo procede, cuando la infracción es determinante en el dispositivo del fallo.

En el presente juicio demandé a la empresa Rockwell Automation de Venezuela, por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios debido a las ventas que realizó esta empresa en el estado Bolívar zona de exclusiva distribución de la empresa Distribuidora de Materiales, C.A. (DIMCA) y por la interferencia de esta empresa en las negociaciones de DIMCA con la empresa Siderúrgica del Orinoco (SIDOR) en el proyecto de instalación de grúas Ansaldo CMI, el juez superior declaró parcialmente con lugar la demanda declarando resuelto el contrato y sin lugar las pretensiones deducidas por la actora por concepto de daños y perjuicios, lucro cesante, devolución del precio del inventario y daño moral, argumentando que estos no fueron probados.

El sentenciador no pudo establecer los hechos en cuanto al dano emergente y lucro cesante porque no analizó todas las pruebas promovidas por mi, en efecto en este procedimiento el juez de alzada silenció las 184 facturas porque consideró que no pertenecen al thema decidendum, pero sin embargo son las que demuestran la cantidad de productos que la empresa DIMCA le compró a Rockwell Automation de Venezuela, C.A., por ello es que alego que la recurrida cometió un error al establecer los hechos y en especial, infringió por falta de aplicación el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil:

...Omissis...

Expresamente alego que la infracción delatada fue determinante en el dispositivo del fallo porque si el Juez hubiese valorado estas 184 facturas, no hubiera decidido que los daños y perjuicios no están demostrados. De haberse admitido este medio de prueba (facturas), se habría demostrado

el daño patrimonial ocasionado por la empresa Rockwell Automation de Venezuela a la empresa DIMCA, ya que reflejan el flujo de ventas de DIMCA en el estado Bolívar que disminuyó considerablemente cuando la empresa ROCKWELL comenzó a vender en esa área a precios de fabricante.

Por todas las razones expresadas, pido que se declare con lugar esta denuncia...". (Mayúsculas y cursivas de la formalizante).

La Sala para decidir observa:

La formalizante delata la infracción del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, con base en que el juez de alzada tenía el deber de analizar y valorar todas y cada una de las prueba promovidas en el juicio, y en vez de hacer eso "...silenció las 184 facturas porque consideró que no pertenecen al thema decidendum...".

Este Alto Tribunal desestima la presente denuncia, pues del planteamiento realizado por la formalizante con el objeto de sustentar su denuncia, se evidencia que el juez superior sí se pronunció sobre las referidas pruebas, sólo que las desechó del juicio, por cuanto a su criterio, las facturas constituían "los instrumentos en que se fundamenta la pretensión", y como tal no fueron consignadas junto al libelo de la demanda, sino en el escrito de informe ante el juez superior.

La Sala reitera lo establecido en el capítulo V del presente fallo, en el cual dejó sentado que conforme con el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, si el demandante no acompaña su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos.

La formalizante ha debido atacar el pronunciamiento de la recurrida sobre la extemporaneidad de la prueba y su consideración acerca de que las facturas son el documento fundamental de la demanda, con soporte en la infracción de esta norma y a tal efecto señalar la influencia de tal error en el dispositivo del fallo.

En efecto, cuando el juez se pronuncia sobre el valor probatorio de la prueba para desestimarla y, por ende, desecharla del juicio, no quiere decir que no está cumpliendo con la obligación contenida en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, pues en este caso lo que ha debido atacar la formalizante es la infracción del artículo 434 eiusdem, cosa que no hizo.

Por las razones expresadas, la Sala desestima la denuncia de infracción del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, contenido en los capítulos X y XI del presente recurso extraordinario. Así se establece.

RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO POR ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A. DENUNCIAS POR INFRACCIÓN DE LEY

I

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 320 del mismo Código, la recurrente denuncia "...la infracción por error de interpretación de la cláusula 4 del Convenio de Distribución Designado celebrado entre ROCKWELL y DIMCA en fecha 15 de noviembre de 1991, regla ésta que regula el establecimiento de los hechos...", con soporte en lo siguiente:

"...Tal como lo señala expresamente la sentencia recurrida, y así lo reconocieron ambas partes a lo largo del proceso, ROCKWELL y DIMCA celebraron un Convenio de Distribuidor Designado en fecha 15 de noviembre de 1991 (en lo sucesivo denominado "CONTRATO"), el cual DIMCA anexó en copia simple incompleta a su libelo de demanda y que posteriormente ROCKWELL produjo en original como anexo a su escrito de promoción de pruebas.

Es el caso, que la cláusula 4 de dicho CONTRATO establece textualmente:

- "4. ÁREA DE RESPONSA-BILIDAD PRIMARIA.
 - a. El distribuidor designado [DIMCA] conviene en dedicar

todo su empeño al desarrollo del potencial de ventas y al logro de una participación razonable en el mercado lógico y área comercial donde está ubicado, mediante la reventa de productos autorizados A-B de automatización industrial solamente en el "Área de Responsabilidad Primaria 0 APR" (por sus siglas en inglés) definida en el apéndice A, y el distribuidor designado entiende que su rendimiento en las ventas dentro del APR será lo más importante para continuar con el derecho a comprar y vender los productos autorizados A-B de automatización industrial. El APR podrá ser cambiado solamente mediante enmienda escrita.

b. Allen-Bradley [hov ROCKWELL] se reserva el derecho a vender a otros (incluyendo, sin limitación, a otro distribuidor designado), sin obligación o responsabilidad de la naturaleza que fuera hacia el distribuidor designado, siempre y cuando que Allen-Bradley no designe a un distribuidor designado de los productos autorizados A-B de automatización industrial en el APR del distribuidor designado, sin antes haber realizado una encuesta, la cual, a juicio de Allen-Bradley, revelará la necesidad de tal designación ... " (Subrayado y negrillas nuestras)'.

El tribunal de alzada analiza entonces la controversia de la siguiente manera:

"... No obstante la falta de precisión del contrato, al equiparar el estado Bolívar a una localidad, en definitiva las partes hablaron del estado Bolívar y no de una localidad, ciudad o zona en específico. El hecho de que el distribuidor designado debiera (sic) llevar a cabo su cometido en "El Área de Responsabilidad Primaria o APR" (por sus siglas en inglés), fijándosele como condición para continuar con el derecho a comprar y vender los productos autorizados A-B de automatización industrial, su rendimiento en las ventas dentro del APR, aunado a que si bien de acuerdo con lo estipulado en el literal b) de la transcrita cláusula 4, la demandada se reservó el derecho a vender a otros "(incluyendo sin limitación a otro distribuidor designado)". demuestra palmariamente, a juicio del tribunal, que la demandada sujetó dicha prerrogativa a la necesidad de que el giro de las operaciones así lo demandase, lo que se averiguaría mediante una encuesta; por ende, al no alegarse ninguna circunstancia que a criterio de la demandada ameritara su intervención directa o por medio de otro distribuidor autorizado, el tribunal considera que ciertamente, hasta tanto ello ocurriera, la demandante era un distribuidor designado exclusivo de los referidos productos en todo el territorio del estado Bolívar. Así se decide..." (Subrayado y Negrillas nuestras)'.

Visto lo anterior, concluye la recurrida:

"... Indudablemente que tales ventas directas por parte de ROCKWELLAUTOMATION DE VENEZUELA CA. a compañías ubicadas en el estado Bolívar quebranta, a juicio de este sentenciador, la cláusula de exclusividad de distribución de los productos producidos (sic) por aquélla en perjuicio de la guerellante. Por cuanto los contratos tienen fuerza de ley entre las partes (artículo 1.159 del Código Civil); deben ejecutarse de buena fe y no obligan solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley (artículo 1.160 eiusdem); que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas (artículo 1.264) y, finalmente, que en los contratos bilaterales, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección, reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, se considera procedente la pretensión resolutoria deducida y así se resolverá en el dispositivo de este fallo... "

Independientemente del alcance del análisis y valoración de las pruebas que realizó la recurrida para concluir que ROCKWELL había realizado ventas directas a terceros en el estado Bolívar, lo cual no es objeto de esta denuncia, lo cierto es que la recurrida ha interpretado que si bien ROCKWELL se había reservado expresamente en el literal b) de la cláusula 4 del CONTRATO el derecho a vender a terceros sin obligación o responsabilidad de la naturaleza que fuera hacia DIMCA, considera el tribunal de alzada que dicha prerrogativa estaba supuestamente condicionada o sujeta a la necesidad de que el giro de las operaciones así lo demandase, lo cual se averiguaría mediante una encuesta por lo que, en criterio del sentenciador, mientras no se demostrara dicha necesidad con las encuestas en cuestión, DIMCA tendría el carácter de distribuidor designado exclusivo de los productos Allen-Bradley en el estado Bolívar.

De modo que en criterio del sentenciador, DIMCA tenía el carácter de distribuidor exclusivo hasta tanto no se demostrara mediante una encuesta la necesidad de que se efectuaran ventas adicionales en el estado Bolívar, bien directamente a través de ROCKWELL o bien a través de otro distribuidor designado distinto a DIMCA a ser designado por ROCKWELL a tal efecto.

Lo anterior constituve un evidente error de interpretación acerca del contenido y alcance de la cláusula 4 del CONTRATO y, particularmente, del contenido y alcance del literal b) de dicha cláusula. En particular, la recurrida incurre en un error al entender el supuesto de hecho abstracto previsto en el literal b) de dicha cláusula 4 del CONTRATO, lo cual le ha permitido al sentenciador extender el alcance de las condiciones allí previstas para la designación de nuevos distribuidores designados, al punto de sujetar también a dichas condiciones la reserva realizada por ROCKWELL de vender directamente los productos a terceros.

En efecto, de la lectura de la referida cláusula 4 del CONTRATO. se evidencia que precisamente ROCKWELL podía vender directamente a terceros ubicados en el estado Bolívar, sin obligación o responsabilidad alguna frente a DIMCA (distribuidor designado), siendo el caso que lo que realmente estaba condicionado a las necesidades del mercado y, por tanto, a los resultados de una eventual encuesta era únicamente la designación por parte de ROCKWELL de un nuevo distribuidor designado distinto a DIMCA para la localidad del estado Bolívar, condición ésta que repetimos no afectaba en forma alguna la reserva inicial de ROCKWELL de vender directamente sus productos a terceros.

No consta en autos y, por tanto nada señala la sentencia recurrida respecto a que ROCKWELL hava nombrado un nuevo distribuidor designado para la zona del estado Bolívar, de hecho, DIMCA en ningún momento ha alegado que se haya realizado dicho nombramiento, por el contrario, lo que en todo caso pretendió alegar DIMCA y fue acogido erróneamente por la recurrida es que ROCKWELL no podía venderle directamente a terceros ubicados en el estado Bolívar y lo cierto es que, el convenio de distribución celebrado entre ambas partes permite expresamente dicha venta directa por parte de ROCKWELL.

Es evidente que el sentenciador confundió el alcance y contenido de dicha disposición contractual al señalar que el derecho que se había reservado ROCKWELL de vender sus productos directamente a terceros, estaba igualmente condicionado a la realización de una encuesta que demostrara la necesidad o no de nombrar un distribuidor designado adicional para la zona del estado Bolívar.

Y ello a pesar de que la referida cláusula 4 es clara cuando señala que el objeto de la encuesta es únicamente revelar la necesidad de designar o no un nuevo "distribuidor designado" para la zona del estado Bolívar, resultado éste que no guarda relación alguna con el derecho que previamente se había reservado ROCKWELL de vender sus productos directamente a terceros.

En efecto, debemos hacer referencia nuevamente al literal b) de la referida cláusula 4 que dispone:

"... b. Allen-Bradley [hoy ROCKWELL] se reserva el derecho a vender a otros (incluyendo, sin limitación, a otro Distribuidor Designado), sin obligación o responsabilidad de la naturaleza que fuera hacia el distribuidor designado, siempre y cuando que Allen-Bradley no designe a un distribuir designado de los productos autorizados A-B de automatización Industrial en el APR del distribuidor designado, sin antes haber realizado una encuesta, la cual, a juicio de Allen-Bradlev revelará la

necesidad de tal designación ..." (Subrayado y negrillas nuestras)'.

Es evidente entonces que la realización de la encuesta en cuestión constituía un condición que aplicaba exclusivamente al supuesto de la designación de un nuevo "distribuidor designado" para la zona del estado Bolívar, sin poder extenderse a condicionar el derecho que previamente se había reservado ROCKWELL de vender directamente sus productos a terceros.

Resulta contradictorio y hasta incoherente concluir, como erróneamente lo hace la sentencia recurrida que, a pesar de que dicho convenio de distribución precisamente constituyó a DIMCA como distribuidor designado para el Estado Bolívar con la reserva expresa de que ROCKWELL podía continuar vendiendo directamente a terceros, se interprete que dicha reserva estaba a su vez condicionada a que una eventual encuesta revelara la necesidad de nombrar un nuevo distribuidor designado para dicha zona.

De una correcta interpretación del referido literal b) de la cláusula 4 del CONTRATO debió concluirse que ROCKWELL estaba plenamente facultado para vender sus productos directamente a terceros en virtud de la reserva contenida al principio de dicho literal b), siendo el caso que lo único que estaba condicionado a la realización de una eventual encuesta era la posibilidad de nombrar un distribuidor

designado adicional a DIMCA para el área del estado Bolívar, toda vez que el resultado de dicha encuesta únicamente revelaría la necesidad o no de tal designación.

Este error fue determinante en el fallo, ya que de haberse interpretado correctamente la norma contenida en dicha cláusula 4 del CONTRATO, se habría determinado que dicho convenio permitía expresamente a ROCKWELL efectuar ventas directas a terceros dentro del estado Bolívar, por lo que no se habría declarado el supuesto incumplimiento por parte de ROCKWELL de lo establecido en la referida cláusula 4 y, por tanto, no se habría declarado la resolución del CONTRATO. Así solicitamos sea dec1arado...". (Resaltado de la formalizante).

La Sala para decidir observa:

La formalizante delata la infracción "...de la cláusula 4 del Convenio de Distribución Designado celebrado entre ROCKWELL y DIMCA en fecha 15 de noviembre de 1991...", con soporte en que dicha cláusula dispone que DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. es el distribuidor designado para el estado Bolívar de los productos A-B de automatización industrial que ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A. distribuye a nivel nacional, reservando expresamente a ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., la posibilidad de continuar vendiendo directamente esos productos a terceros.

Como es evidente, la recurrente cuestiona la labor intelectual del juez en la interpretación del contrato de "distribuidor designado" suscrito entre las partes el día 15 de noviembre de 1991, es decir, sostiene que en la interpretación de la cláusula 4 del contrato el juez cometió una desviación intelectual, pues la conclusión jurídica establecida por él en la sentencia recurrida, es incompatible con el texto de la cláusula interpretada.

Ahora bien, la Sala en sentencia del 29 de enero de 2002, Caso: Carmen Sánchez de Bolívar c/ Servicios de Vehículos y Estacionamientos Granadillo C.A., expediente N° 2000-000991, estableció lo siguiente:

"...la Sala observa que el fundamento de la denuncia se refiere al error intelectual del juez en la interpretación del contrato. En relación con ello, este Tribunal Supremo reitera que es de la soberanía de los jueces de instancia la interpretación del contrato, a menos que el iuez incurra en desnaturalización o desviación intelectual de su contenido, situación que puede denunciarse a través del primer caso de suposición falsa o que se esté en presencia de la excepción prevista en el artículo 12 del Código de **Procedimiento Civil.** En efecto, al respecto ha señalado la Sala lo siguiente:

'Constituye doctrina reiterada de esta Corte, que la interpretación de los contratos es cuestión de hecho reservada a los jueces de instancia, controlable por esta Sala sólo cuando el sentenciador hubiese incurrido en suposición falsa, salvo que el juez califique erróneamente el negocio jurídico, y lo subsuma en una norma que no es aplicable, error éste de derecho...'. (Negritas de la Sala).

Asimismo, la Sala en sentencia de fecha 11 de marzo de 1992, expresó que:

"...La interpretación de los contratos, de acuerdo a reiterada doctrina de esta Sala, es de la soberanía de los jueces de instancia, y la decisión que al respecto ellos produzcan, sólo será atacable en Casación por denuncia de error en la calificación del contrato, error éste de derecho (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil), o por suposición falsa...".

La Sala reitera los precedentes jurisprudenciales, y deja sentado que es de la soberanía de los jueces de instancia la interpretación de los contratos, a menos que el juez incurra en desnaturalización o desviación intelectual de su contenido, situación que debe ser denunciada a través del primer caso de suposición falsa o que se esté en presencia de la excepción prevista en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, la Sala reitera que para la correcta fundamentación de la denuncia los formalizantes deben cumplir con la siguiente técnica: a) indicar el hecho positivo y concreto que el juzgador haya dado por cierto valiéndose de una suposición falsa; b) el señalamiento del acta o instrumento cuya lectura patentice la suposición falsa, c) indicación y denuncia del texto o los textos aplicados falsamente, porque el juez da por cierto un hecho, valiéndose de una suposición falsa; y d) la exposición de las razones que demuestren que la infracción cometida fue determinante del dispositivo de la sentencia, lo que en este caso no fue cumplido.

La presente denuncia fue sustentada en el error intelectual del juez en la interpretación del contrato, que según el formalizante desnaturalizó el contenido de la cláusula cuarta del contrato, y no fue planteado con soporte en el primer caso de suposición falsa previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco fue apoyada la denuncia en la excepción prevista en el último aparte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la labor de los jueces de instancia en la interpretación de los contratos, cuando éstos presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, para lo cual la formalizante tenía la carga de indicar la norma jurídica que el juez superior infringió al realizar dicha labor intelectual y su influencia en el dispositivo del fallo.

En consecuencia, la Sala desestima, la presente denuncia, por inadecuada fundamentación. Así se establece.

II

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 320 del mismo Código, la recurrente denuncia "...el tercer caso de suposición falsa a que se refiere el mencionado artículo 320 por haber la recurrida dado por demostrado un hecho cuya inexactitud resulta de las actas o instrumentos del expediente, infringiendo por falta de aplicación el artículo 10 de la Ley para promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el artículo I de la Resolución Nº SPPLC/036-95 dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Ministerio de Fomento),

de fecha 28 de agosto de 1995, y el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil...", con soporte en lo siguiente:

"...A) INDICACIÓN DEL HECHO POSITIVO Y CON-CRETO QUE LA RECURRIDA DIO POR CIERTO VALIÉN-DOSE DE UNA SUPOSICIÓN FALSA:

La recurrida dio por demostrado un hecho cuya inexactitud se desprende de las actas e instrumentos del expediente. En efecto, establece la sentencia recurrida:

"La cláusula del susodicho contrato, se expresa de esta manera:

'4. ÁREA DE RESPON-SABILIDAD PRIMA-RIA.

a. El distribuidor designado conviene en dedicar todo su empeño al desarrollo potencial de ventas y al logro de una participación razonable en el mercado lógico y área comercial donde está ubicado, mediante la reventa de productos autorizados A-B de automatización industrial solamente en el "Área de Responsabilidad Primaria 0 APR" (por sus siglas en inglés) definida en el apéndice A, y el distribuidor designado entiende que su rendimiento en las ventas dentro del APR será lo más importante para continuar con el derecho a comprar y vender los productos autorizados A-B de automatización industrial. El APR podrá ser cambiado solamente mediante enmienda escrita. b. Allen Bradley se reserva el derecho a vender a otros (incluyendo, sin limitación, a otro distribuidor designado), sin obligación o responsabilidad de la naturaleza que fuera hacia el distribuidor designado, siempre v cuando que Allen-Bradley no designe a un distribuidor designado de los productos autorizados A-B de automatización industrial en el APR

del distribuidor designado,

sin antes haber realizado

una encuesta, la cual, a juicio de Allen Bradley revelara la necesidad de tal designación".

No obstante la falta de precisión del contrato, al equiparar el estado Bolívar a una localidad, en definitiva las partes hablaron del estado Bolívar y no de una localidad, ciudad o zona en específico. El hecho de que el distribuidor designado debiera llevar a cabo su cometido en "El Área de Responsabilidad Primaria o APR" (por sus siglas en inglés), fijándosele como condición para continuar con el derecho a comprar y vender los Productos Autorizados A-B de Automatización Industrial, su rendimiento en las ventas dentro del APR, aunado a que si bien de acuerdo con lo estipulado en literal b) de la transcrita cláusula 4, la demandada se reservó el derecho de vender a otros "(incluyendo, sin limitación, a otro Distribuidor Designado)", demuestra palmariamente, a juicio del tribunal, que la demandada sujeto dicha prerrogativa a la necesidad de que el giro de las operaciones así lo demandase, lo que se averiguaría mediante una encuesta: por ende, al no alegarse ninguna circunstancia que a criterio de la demandada ameritara

su intervención directa o por medio de otro distribuidor autorizado, el tribunal considera que ciertamente, hasta tanto ello ocurriera, la demandante era un distribuidor designado exclusivo de los referidos productos en todo el territorio del estado Bolívar. Así se decide". (Subrayado nuestro) '.

Visto lo anterior, la recurrida concluye posteriormente lo siguiente:

"...Indudablemente que tales ventas directas por parte de ROCKWELLAUTO-MATION DE VENEZUELA, CA., a compañías ubicadas en el estado Bolívar quebranta, a juicio de este sentenciador, la cláusula de exclusividad de distribución de los productos producidos por aquélla en perjuicio del querellante...". (Subrayado nuestro) '.

Según la cita antes transcrita, aún cuando el propio Tribunal de la recurrida reconoce expresamente que de las actas e instrumentos del expediente se desprende claramente ROCKWELL se reservó el derecho a vender a otros, incluso a otros distribuidores designados, sin obligación o responsabilidad de la naturaleza que fuera hacia DIMCA, lo cierto es que la recurrida concluve en definitiva que dicho derecho estaba sujeto a que previamente se realizara una encuesta para determinar si el giro

de las operaciones así lo deman-

Ahora bien, tal afirmación de hecho no es cierta pues como bien lo reconoció inicialmente el tribunal de la recurrida, de las actas e instrumentos del expediente lo que se demuestra es que ROCKWELL podía vender directamente sus productos a terceros sin necesidad de cumplir con la obligación o responsabilidad alguna frente a DIMCA, siendo el caso que la única limitación que se le imponía a ROCKWELL en tal sentido. estaba relacionada exclusivamente con la posibilidad de nombrar o no un "distribuidor designado" adicional a DIMCA para la zona del estado Bolívar, caso en el cual se requeriría la realización previa de una encuesta que revelara la necesidad de tal designación.

B) INDICACIÓN DEL CA-SO CONCRETO DE SUPOSI-CIÓN FALSA A QUE SE REFIERE LA DENUNCIA:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, al analizar el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, han señalado que los casos de suposición falsa son tres: i) Cuando el juez atribuye a instrumentos o actas del expediente menciones que estos no contienen; ii) Cuando el juez da por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos; y iii) Cuando la inexactitud del hecho resulta de actas e instrumentos del expediente mismo. (Cfr. MAR-QUEZ ANEZ, Leopoldo; "El recurso de casación, la cuestión de

derecho y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil", p. 153. Asimismo, Sent. del TSJ SCC del 04-07-2000).

En el presente caso se consumó el tercer supuesto de suposición falsa, a saber, la recurrida dio por demostrados hechos cuya inexactitud se desprende de los instrumentos y actas del propio expediente.

C) ESPECIFICACIÓN DEL ACTA O INSTRUMENTO CUYA LECTURA EVIDENCIE LA FALSA SUPOSICIÓN:

La suposición falsa se evidencia de la simple lectura del literal b) de la cláusula 4 del Convenio de Distribuidor Designado celebrado entre ROCKWELL y DIMCA en fecha 15 de noviembre de 1991, y que fue producido en original por nuestra representada como anexo a su escrito de promoción de pruebas de fecha 22 de noviembre de 2002.

En efecto, el literal b) de la cláusula 4 del CONTRATO establece que ROCKWELL se reservó expresamente el derecho a vender a otros (incluyendo, sin limitación, a otro distribuidor designado), sin obligación o responsabilidad de la naturaleza que fuera hacia DIMCA. Por otra parte, ese mismo literal b) aclara que lo que no puede realizar ROCKWELL es nombrar a un distribuidor designado de los productos autorizados A-B de automatización industrial en el Area de responsabilidad primaria o APR (por sus siglas en inglés) de DIMCA, sin antes haber realizado una encuesta que, a juicio de ROCKWELL, revele la necesidad de tal designación.

Como puede evidenciarse entonces de las actas e instrumentos de este expediente, la recurrida ha afirmado un hecho falso e inexacto al señalar que el derecho de ROCKWELL de vender su productos a terceros en la zona del estado Bolívar estaba sujeto a la necesidad de que el giro de las operaciones así lo demandase, lo que se averiguaría mediante una encuesta, afirmación ésta en definitiva (que) le permitió al tribunal de alzada declarar la resolución del CONTRATO por el supuesto incumplimiento de ROCKWELL de tales obligaciones contractuales.

Tal inexactitud puede corroborarse con sólo revisar las actas e instrumentos del expediente y, particularmente, el contenido del literal b) de la cláusula 4 del CONTRATO. En definitiva, lo cierto es que ROCKWELL se reservó expresamente el derecho de vender sus productos a terceros en la zona del estado Bolívar, sin necesidad de que se cumpliera con obligación o responsabilidad alguna frente a DIMCA para tal efecto, siendo el caso que la única limitación que el CONTRATO le imponía a ROCKWELL en tal sentido, se limitaba a la posibilidad de nombrar o no un nuevo "distribuidor designado" adicional a DIMCA para dicha zona, caso en el cual era necesario realizar una encuesta de cuyos resultados

ROCKWELL determinaría la necesidad o no de tal designación adicional.

D) INDICACIÓN DEL TEXTO APLICADO FALSA-MENTE O NO APLICADO:

La determinación por parte de la recurrida de la existencia de una distribución exclusiva por parte de DIMCA de los productos Allen-Bradley en la zona del estado Bolívar, a pesar de que tal exclusividad no se desprende de las actas e instrumentos del expediente, conlleva a infringir lo dispuesto en la Sección Segunda de las "Prohibiciones Particulares", del Titulo II "ámbito de aplicación", y particularmente a infringir por falta de aplicación el artículo 10, ordinal 3° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que establece:

'Artículo 10 LPPLC: "Se prohíben los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

(...)

3° Repartir los mercados áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.

(...)

Parágrafo Único: A los efectos de la presente resolución, se entienden por contratos de distribución exclusiva los contratos o acuerdos celebrados entre un proveedor y un distribuidor, en los que el proveedor se compromete a suministrarle o venderle en exclusiva al distribuidor determinados productos para su reventa en un territorio determinado".

Adicionalmente, es de destacar que en el año 1995 fue dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Ministerio de Fomento), la Resolución No. SPPL/036-95, de fecha 28 de agosto de 1995 que, por un lado estableció una excepción global de contratación de distribución exclusiva, pero que por otro lado también estableció una serie de supuestos que al estar presente alguno de ellos en cualquier tipo de contratación que se considere de "exclusividad", traen como consecuencia la pérdida de la excepción global a la prohibición, activando con ello la prohibición de contratación exclusiva, por lo que no podrían tener eficacia dichas cláusulas exclusivas restrictivas; a menos que se hubiera pedido una autorización especial al propio Ministerio de Fomento, lo cual nunca ocurrió.

Al respecto, señala el artículo 1 de dicha resolución:

""Articulo 1°: Se exceptúan de la prohibición establecida en el artículo 10, ordinal 3° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia los contratos de distribución exclusiva. No quedarán amparados por la excepción global prevista en el presente artículo los contratos de distribución exclusiva en los que:

- a) El distribuidor sea a su vez competidor del proveedor en la producción de los productos identificados en el contrato.
- b) Los productos identificados en el contrato sólo puedan ser

obtenidos por los clientes a través del distribuidor, y además no puedan proveerse de productos competidores dentro o fuera del territorio asignado.

c) Los productos identificados en el contrato no se encuentren sometidos, en el territorio concedido, a la competencia efectiva de productos competidores, es decir, de productos idénticos o similares por razón de sus propiedades, sus usos y sus precios.

d) El acceso relevante de otros proveedores de productos competidores sea restringido.

e) El proveedor determine de modo directo o indirecto los precios o condiciones de contratación para la reventa a terceros de los productos identificados en el contrato.

 j) El contrato se celebre por duración indeterminada o superior a cinco años... "'.

De la citada disposición se evidencia que, cuando en un contrato considerado de exclusividad se dan algunos de los supuestos anteriores como que, los productos identificados en el contrato no se encuentren sometidos, en el territorio concedido, a la competencia efectiva de productos competidores, o que, el acceso relevante de otros proveedores de productos competidores sea restringido, o que, el proveedor determine de modo directo o indirecto los precios o condiciones de contratación para la reventa a terceros de los productos identificados en el contrato, NO APLICA la excepción global de la resolución, por lo que dichas cláusulas estarían prohibidas y en este caso, al estar prohibidas, los hechos ocurridos en contra de lo que habían establecido estas cláusulas de exclusividad "prohibidas" no representarían violación alguna.

Las mencionadas disposiciones de los artículos 1 de la resolución SPPLC/036-95 y el ordinal 3° del artículo 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, son perfectamente aplicables al caso de autos, puesto que de las actas e instrumentos del expediente no se evidencia:

1) Oue los productos identificados en el contrato estuvieren sometidos, en el territorio concedido, a la competencia efectiva de productos competidores, o que, el acceso relevante de otros proveedores de productos competidores fuere restringido. Por el contrario, de las actas e instrumentos del expediente lo que se desprende es lo señalado por la propia demandante en su libelo de demanda y posterior reforma, cuando expresó: "Es el caso ciudadana Jueza, que "ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA, CA.", es el único productor y proveedor de automatización industrial en Venezuela, (lo cual incluye productos de software bajo licencia, así como partes para ser usadas en la reparación v/o reemplazo de dichos productos) v según lo antes indicado "DISTRIBUIDORA INDUS-TRIAL DE MATERIALES COMPA-ÑÍA ANONIMA (DIMCA)" no puede revender los materiales almacenados sino como su representante exclusivo"

2) Que el proveedor hubiese determinado de modo directo o indirecto los precios o condiciones de contratación para la reventa a terceros de los productos identificados en el contrato. En efecto, de las actas e instrumentos del expediente y, en particular, del texto del CONTRATO, así como de la propuesta comercial para el proyecto "SISTEMA DE REGULA-CIÓN Y CONTROL DE LAS GRUAS CMI-ANSALDO (MUELLE SIDOR)", remitida a DIMCA por ROCKWELL a solicitud de la primera para licitar en SIDOR, la cual fue producida por DIMCA como anexo a su libelo de demanda, lo que se evidencia es lo siguiente:

dor designado expresa en su cláusula séptima que ROCKWELL rebajaba los precios y las ganancias de DIMCA sobre las operaciones de servicio de apoyo, así:

(..omissis...) 7. SERVICIOS DE APOYO DEL DISTRIBUIDOR DESIGNADO. Se le podrá exigir al distribuidor designado que preste servicios de apoyo para los Productos Autorizados A-B de automatización industrial que Allen-Bradley vende a sus clientes en el APR-normalmente asistencia en la instalación v arrangue. El distribuidor designado conviene en prestar estos servicios usando personal entrenado, lo cual resultará en un trabajo satisfactorio para Allen-Bradley. Como única compensación por el servicio

de apovo correspondiente a cada solicitud de Allen Bradley el Distribuidor Designado recibirá una comisión designada, la cual será distribuida por Allen-Bradley de la manera siguiente: 2% por la instalación/transacción en el APR; 1% por los Productos Autorizados A-B de Automatización Industrial tomados de la existencia del Distribuidor Designado; 5% por la participación del Distribuidor Designado en la transacción; y 2% como gastos de administración del Distribuidor Designado en el manejo de la transacción. La comisión total incluyendo la porción de cada parte asignada de la comisión será a discreción de Alien Bradley exclusivamente siendo determinante la decisión de Allen.-Bradley.

(...omissis...) b) Se aprecia de forma más evidente aun como ROCKWELL (antigua Allen-Bradley) en la Propuesta Comercial que riela entre los folios 79 y 97 (pieza 1), ambos inclusive, luego de .fijar ella sola todos los precios de los productos y servicios que se ofrecerán a SIDOR, establece claramente que: "DIMCA deberá someter las facturas a SIDOR haciendo la acotación que debe depositar el pago en la cuenta corriente No. 034-044-59V del Banco Provincial a nombre de Rockwell Automation de Venezuela" (Subrayado nuestro)'.

Como se ha podido apreciar, al incurrir la recurrida en una suposición falsa al atribuirle a DIMCA el supuesto carácter de Distribuidor Designado Exclusivo hasta tanto el giro de las operaciones no demandase la necesidad de que ROCKWELL pudiera efectuar ventas directas a terceros, lo cual resulta falso e inexacto tal como se desprende de las actas e instrumentos del expediente, lo cierto es que el Tribunal de alzada no aplicó las disposiciones contenidas en el artículo 10°, ordinal 3° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el artículo 1° de la Resolución No. SPPLC/036-95 dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Ministerio de Fomento), todo ello a pesar de que de las actas e instrumentos del expediente lo que se desprende es que los productos que fabricaba ROCKWELL y distribuía DIMCA no tenían competidores efectivos en el mercado, además de que dicho mercado era restringido puesto que ROCKWELL era el único que vendía este tipo de productos en Venezuela; y, por último de las actas e instrumentos del expediente se desprendía también que ROCKWELL determinaba los precios de los productos y servicios.

Ahora bien, es de destacar que si la recurrida hubiere aplicado las disposiciones antes transcritas, aun cuando hubiere considerado falsamente que el CONTRATO celebra-

do entre las partes le atribuía una distribución exclusiva a DIMCA en la zona del estado Bolívar, lo cierto es que el Tribunal de Alzada habría declarado que resultaba ilegal atribuirle a DIMCA el carácter de distribuidor exclusivo de los productos Allen-Bradley en la zona del estado Bolívar o, en todo caso, habría declarado como prohibidas y por tanto nulas las cláusulas restrictivas de libre competencia supuestamente presentes en el contrato bajo el falso supuesto en que incurrió el tribunal de la recurrida y que impedían, a criterio de dicha recurrida, que ROCKWELL vendiera productos a otros clientes distintos a DIMCA en el estado Bolívar.

En efecto, lo cierto es que de las actas e instrumentos del expediente se evidenciaba la configuración de varios de los supuestos contemplados legalmente y a los cuales hemos hecho referencia ut supra, que hacía inaplicable la excepción global a la prohibición de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, establecida por la Resolución No. SPPLC/036-95 emanada de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, adscrita al Ministerio de Fomento.

Ahora bien, coma complemento a lo anterior, es evidente que la recurrida no ha aplicado tampoco lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

...Omissis...

La recurrida, al haber incurrido en falsa suposición, como lo hemos denunciado, no tuvo por norte la búsqueda de la verdad, ni procuró conocerla en los límites de su oficio, así como tampoco se tuvo a lo alegado en autos, ya que consideró falsamente que DIMCA tenía el carácter de distribuidor designado exclusivo para la zona del estado Bolívar a efectos de determinar el supuesto incumplimiento del CONTRATO por parte de ROCKWELL en virtud de la también supuesta venta directa de productos por parte de ROCKWELL en dicha entidad, todo ello muy a pesar de lo que se desprende de las actas e instrumentos de este expediente...". (Mayúsculas y subrayado de la recurrente).

La Sala para decidir observa:

La denuncia de la formalizante. está dirigida a plantear que el juez de la alzada incurrió en el tercer caso de suposición falsa e infringió los artículos 1 de la resolución SPPLC/036-95 emanada de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por falta de aplicación, con soporte en que el sentenciador dio por demostrados hechos cuya inexactitud se desprende de los instrumentos y actas del propio expediente, concretamente del literal b) de la cláusula 4 del convenio de distribuidor designado celebrado entre DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE

MATERIALES C.A. y ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., en fecha 15 de noviembre de 1991.

La doctrina de la Sala, considera que la desviación intelectual sólo es posible revisarla en casación, cuando el juez incurre en el primer caso de suposición falsa, pues es la única manera que este Alto Tribunal puede excepcionalmente verificar si el juez superior atribuyó al instrumento o acta del expediente (en este caso al contrato discutido entre las partes) menciones que no contiene, es a través de dicho supuesto, en el cual, como quedó establecido precedentemente, la formalizante tiene la carga de indicar el hecho positivo y concreto que el juzgador haya dado por cierto valiéndose de una suposición falsa; señalar el acta o instrumento cuva lectura patentice la suposición falsa; indicar el texto o los textos aplicados falsamente, porque el Juez da por cierto un hecho valiéndose de una suposición falsa; y exponer las razones que demuestren que la infracción cometida fue determinante del dispositivo de la sentencia.

En el caso concreto, la formalizante delató erradamente el tercer caso de suposición falsa, y en ese sentido dirigió su denuncia, lo cual es improcedente.

La formalizante también delata en el mismo capítulo la infracción del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, con soporte en que "...al haber incurrido (el juez de alzada) en falsa suposición, como lo hemos denunciado, no tuvo por norte la búsqueda de la verdad, ni procuró conocerla en los límites de su ofi-

cio, así como tampoco se tuvo a lo alegado en autos...".

Sin embargo, este Alto Tribunal debe desestimar la denuncia porque la Sala ha establecido que en las denuncias donde se cuestione la interpretación del contenido del contrato, lo aplicable es el último aparte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que "...en la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de

la verdad y de la buena fe...", y hacia este sentido debió dirigir la formalizante su denuncia.

La Sala, reitera que es de exclusiva soberanía de los jueces de instancia la interpretación de los contratos, y que en su interpretación los jueces están obligados a atender el propósito y la intención de las partes o de los otorgantes, así como las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe. (CSJ, Sent. 8-6-60, GF 28, p. 240 y 251; Sent. 16-7-65, GF 65, p. 263; Sent. 11-11-70, GF 70, p. 358).

Por las razones expresadas, la Sala desestima la presente denuncia. Así se establece.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República v por autoridad de la Ley, declara SIN LUGAR el recurso de casación formalizado por ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el día 15 de diciembre de 2005 y CON LUGAR el recurso de casación formalizado por DISTRIBUIDORA INDUS-TRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), SE ANULA la sentencia recurrida y en consecuencia, SE

ORDENA al juez superior que resulte competente dictar nueva sentencia, sin cometer los errores de derecho declarados en la presente decisión. Queda de esta forma CASADA la sentencia recurrida.

Dada la presente decisión, no se condena en costas a la DISTRIBUI-DORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), y por haber resultado infructuoso el recurso formalizado por la parte demandada ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELAC.A., se condena al pago de las costas derivadas de su interposición.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al juzgado superior de origen, de conformidad con el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, en Caracas, a los veinticuatro (24) días del

mes de octubre de dos mil siete. Años: 197° de la Independencia y 148° de la Federación.

Presidenta de la Sala, Yris Peña Espinoza

Vicepresidenta-ponente, Isbelia Pérez Velásquez

> Magistrado, Antonio Ramírez Jiménez

> > Magistrado, Carlos Oberto Vélez

Magistrado, Luís Antonio Ortiz Hernández

Secretario, Enrique Durán Fernández

Exp. N° AA20-C-2006-000119

El Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, consigna el presente "voto concurrente" al contenido de la presente decisión, con base en las siguientes consideraciones:

Quien suscribe, comparte lo resuelto por la ponencia en la presente decisión; sin embargo, difiere de la solución dada al trámite para el análisis del silencio de prueba resuelto como vicio de infracción de ley.

En efecto, la Constitución vigente y el Código adjetivo civil exigen que la justicia sea completa y exhaustiva, pero no se lograría dicho fin si se omite algún elemento clarificador del proceso. Esa el la interpretación que se le debe dar al artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que los Jueces deben analizar todas las pruebas producidas en el expediente y emitir su opinión, así sea en forma breve y concreta.

Por ello, el silencio de prueba debe mantenerse como un vicio denunciable en el ámbito de un recurso por defecto de actividad, en un todo de conformidad con el ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

Queda así expresado el voto concurrente del Magistrado que suscribe.

En Caracas, fecha ut-supra.

Presidenta de la Sala, Yris Peña Espinoza

Vicepresidenta-ponente, Isbelia Pérez Velásquez

> Magistrado, Antonio Ramírez Jiménez Concurrente

Magistrado, Carlos Oberto Vélez

Magistrado, Luís Antonio Ortiz Hernández

Secretario, Enrique Durán Fernández

Exp. N° AA20-C-2006-000119

RECENSIÓN

Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada

Manuel Alba Fernández*

• Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa: *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid, Marcial Pons, 2006.

El efecto que la incorporación de las nuevas tecnologías está ejerciendo sobre todas las esferas de la actividad económica y las relaciones sociales ha sido objeto ya de una notable atención doctrinal que, desde el enfoque de la disciplina jurídica, ha marcado una primera etapa comprensiva del nuevo escenario negocial, socioeconómico y empresarial. La obra que hoy comentamos pertenece, sin embargo, a una segunda etapa en el proceso de análisis e inteligencia de la nueva realidad. En efecto, como advierte el Profesor Illescas en el prólogo de la obra, ha emergido ya una segunda generación de trabajos e investigaciones que afrontan las nuevas figuras e institutiones comerciales con las que los operadores responden a los retos y potencialidades del escenario digital. Se ha hecho preciso entonces una visión más atrevida que no obstante el principio de inalteración del Derecho preexistente, identifique y aprehenda las nuevas formas e institutiones de las prácticas comerciales en el entorno electrónico, requiriendo, en ocasiones, la adaptación de las reglas jurídicas. Y es que tras la atenta observación de la realidad que es objeto de estudio en esta obra, los e-marketplaces, se percibe de inmediato que la aplicación de las técnicas electrónicas a las estructuras del intercambio de bienes y servicios ha dado forma a sugerentes sistemas organizativos de distribución, prometedores modelos de negocios, novedosos instrumentos negociales y eficientes entornos de negociación y contratación.

El libro se divide en seis capítulos agrupados en dos grandes partes que reflejan el proceso analítico que ha conducido la investigación: conocimiento de la realidad y composición de su régimen jurídico. Bajo esta ordenada estructura subyace una cuestión fundamental que la autora plantea en su introducción y con la que hilvana todas sus argumentaciones a lo largo de la obra. La pregunta de si la realidad es nueva y si esta (nueva) realidad reclama nuevas reglas jurídicas para su comprensión y su disciplina.

* Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. La presente recensión se encuentra publicada en la Revista de la Contratación Electrónica No. 78, enero, 2007

ISSN: 1317-9306

La Parte I La (nueva) realidad: los mercados electrónicos cerrados recoge en los dos primeros capítulos del libro precisamente la necesaria aproximación a esa realidad que la autora identifica, describe y clasifica para construir un concepto propio, sobre el que apoyará todo el resto de la obra, de Mercado electrónico cerrado, lo que en la práctica empresarial y tecnológica se conoce como *e-marketplace*. Primero, será preciso situar el estudio de esa realidad técnica, empresarial y jurídica en un marco de análisis conocido. Así, se conciben los e-marketplaces como formas de comercio electrónico entre empresarios (B2B) en entornos cerrados. A partir de esta premisa se elabora un concepto de e-marketplace que responde a cinco rasgos definitorios: multilateralidad subjetiva, gestión centralizada, regulación del mercado, finalidad contractual e infraestructura electrónica red. El proceso de descripción del fenómeno para la identificación de los rasgos mencionados alberga un extraordinario interés, pues la autora maneja hábilmente conceptos jurídicos, razonamientos económicos, teorías de gestión empresarial y conocimientos técnicos que traba satisfactoriametne para apuntalar sólidamente los resultados de su observación de la realidad.

La Parte II, más extensa, *Régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados: constitución, estructura y funcionamiento,* agrupa los cuatro capítulos restantes en los que se contiene el grueso del análisis jurídico de la obra. Sintéticamente, podrían identificarse tres elementos objeto de estudio: la figura central del ente gestor del *e-marketplace* (Capítulo 3); la complejidad procedimental y sustantiva del denominado contrato de acceso que vincula al ente gestor con cada uno de los participantes del mercado (Capítulos 4 y 5); y los diversos escenarios de responsabilidad en los que pueden encontrarse los diversos participantes del sistema (Capítulo 6).

Del capítulo 3, dedicado integramente a la comprensión analítica del ente gestor, destacan, en nuestra opinión, dos cuestiones de especial interés. En primer lugar, resulta particularmente atractiva la propuesta que lanza la autora, con ocasión de su calificación del ente gestor como prestador de servicios de la sociedad de la información y su consecuente ubicación en el marco normativo de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, sugiriendo una novedosa clasificación de los prestadores de servicios en tres categorías, incorporando a la simple dualidad legal una tercera modalidad de prestadores, generalmente ignorada, que define como intermedarios de contenidos. Esta sugerente categorización se deduce, de hecho, de una observación atenta y detenida de la realidad técnica, jurídica y empresarial y un acertado entendimiento de la operativa de la Red. En segundo lugar, destaca por su notable interés la aproxiamción funcional al ente gestor con que la autora cierra el capítulo. La descripción del ente gestor desde sus funciones, como prestador de servicios, como regulador contractual y como generador de confianza, no sólo esboza la imagen más completa y comprensible de esta figura, sino que además se convierte en una bien aprovechada ocasión para abordar

cuestiones jurídicas extraordinariamente atractivas como la comparación de los entes gestores con la nueva generación de sociedades rectoras de los mercados de valores, las estragegias de externalización, internalización y apuesta por la neutralidad en materia de regulación, o el encorsetamiento en parámetros jurídicos del difuso concepto de "confianza".

Los capítulos 4 y 5 dan forma, mediante la más rigurosa aplicación de los principios y reglas de la teoría general de los obligaciones y contratos, al complejo contrato de acceso en el que tienen cabida las piezas esenciales de la organización y el funcionamiento del *e-marketplace*. El primero de los capítulos dedicado a este contrato vertebral del mercado, el Capítulo 4, se convierte en un completo estudio de las reglas de formación contractual en el contexto electrónico – los deberes de información precontractual y la formación de la voluntad, los tratos preliminares, el concepto de oferta, las posibilidades de emisión de contraofertas, las formas de emisión de la aceptación en el contexto electrónico, la incorporación de las condiciones generales (los conocidos *click-agreements* y los no tan conocidos browsewrap-agreements) - con destacadas aportaciones y novedosas propuestas, por ejemplo y entre otras, en materia de perfección del contrato (epígrafe 4.5.H.). Tras el estudio de estos elementos de carácter procedimental, el Capítulo 5 se centra ya en un enfoque sustantivo de la relación contractual. Percibida su aticipidad, la autora aborda el análisis de su naturaleza jurídica desde un sólido enfoque empírico que pone de manifiesto en un amplio y diversificado estudio fenoménico de los modelos contractuales disponibles en la Red y del que extrae su propuesta de calificación del contrato de acceso como contrato de servicios. Por ello, alcanza razonablemente esta conclusión al final del Capítulo 5 tras un detallado estudio empírico del contenido del programa prestacional, de las obligaciones y derechos de las partes en el contrato.

El capítulo 6, que cierra la obra, completa el amplio y denso estudio de la constitución, estructura y funcionamiento de los e-marketplaces planteando con gran meticulosidad los diversos escenarios contractuales y extracontractuales de responsabilidad en los que se desenvuelven las relaciones verticales -el contrato de acceso entre ente gestor y participantes- y horizontales -entre los participantes del mercado- que construyen el entorno de negociación y contratación. Una vez más, la autora logra con éxito recrear las más novedosas situaciones técnicas, empresariales y negociales sobre las asentadas bases de la teoría general de la responsabilidad contactual y extracontractual. En este bien trabado estudio de los supuestos de responsabilidad nos topamos con apasionantes cuestiones nacidas de la complejidad organizativa, contractual y operativa de los *e-marketplaces*. No podemos dejar de referirnos a la ilustrativa exposición de las medidas de "sanción" con las que se habilita convencionalmente al gestor en su función de supervisor contractual, a la novedosa propuesta de la autora para abordar la responsabilidad en supuestos de software defectuoso sugiriendo una peculiar naturaleza del objeto, o, desde luego, la referencia, aunque breve, a la estructura del tercero de confianza para aplicar una responsabilidad

extracontractual frente al tercero que confia por informaciones inexactas. Y es que es precisamente en este último punto donde, con motivo de un directo interés personal, confirmamos la intuición de la autora para detectar las líneas de investigación más sugerentes que han de conducir los estudios mercantilistas por la relevancia práctica de su aplicaicón y la especial complejidad teórica de su resolución.

Tal como aclara el inicial apartado de Agradecimientos que sigue al Prólogo, el origen de la obra es la Tesis Doctoral que la autora presentó y defendió con éxito en la Universidad Carlos III de Madrid, donde desempeña sus responsabilidades docentes. Es obvio que todo lo muy bueno que el lector interesado puede extraer de un trabajo de semejante envergadura no puede, por más que lo hayamos intentado, quedar suficientemente expresado en una breve recensión. Deseamos cerrar estas líneas, por ello, alentando la lectura de este libro, en el que el práctico especializado encontrará soluciones orientadoras, del que el investigador minucioso obtendrá inspiradoras ideas, y en el que el jurista vocacional, creemos humildemente, podrá contemplar un concienzudo ejercicio de fe en los fundamentos de nuestro Derecho privado ante los retos que plantean, y seguirán planteando, las casi siempre misteriosas leyes motrices del mercado. Todo ello con un indudable talento del cual personalmente hemos tenido testimonio en ocasiones anteriores, y por el que auguramos a la autora un brillante futuro.

Universidad Católica del Táchira



Revista Derecho y Tecnología Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas 1/9

ÍNDICE ACUMULADO

ARTICUL	OS
CONFERI	ENCIAS
CONTRIB	SUCIONES ESPECIALES
LEGISLA	CIÓN
	NACIONAL
	INTERNACIONAL
RESEÑA	LEGISLATIVA
CRÓNICA	JURÍDICA
JURISPR	UDENCIA
	COMENTARIOS
	SENTENCIAS
RECENSI	ÓN
	COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA

ISSN: 1317-9306

327-336

Revista Derecho y Tecnología Nº 9/2007

ARTÍCULOS

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.

 El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. 5, (Julio/Diciembre 2004), 121-145

ALVÁREZ CABRERA, Carlos.

 Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar.

El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 171-181.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

 Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela. 9, (Enero/ Diciembre 2007), 117-131

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo.

 Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 203-227.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.

- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 2, (Enero/Junio 2003), 131-150.
- La protección al consumidor en el comercio electrónico. 6-7, (Enero/ Diciembre 2005), 53-71.

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

- Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. 1, (2002), 111-128.
- Los Aportes en Ciencia, Tecnología e Innovación en Venezuela.
 9, (Enero/Diciembre 2007), 89-116.

BARZALLO, José Luis.

Derechos de autor y tecnología.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

CÁRDENAS, Gilberto.

 Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. 1, (2002), 93-110.

CREMADES, Javier y SANMARTIN, Javier.

 España: La nueva Ley General de Telecomunicaciones. 5, (Julio/ Diciembre 2004), 7-16.

CUADRADO GAMARRA, Nuria.

 Los Códigos tipo en la legislación española. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 73-90.

CHIQUITO, Andreina.

• El cheque electrónico en la legislación venezolana. 9, (Enero/ Diciembre 2007), 69-88.

DELPIAZZO, Carlos E.

 La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur. 8, (Enero/Diciembre 2006), 95-111.

FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.

 Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico. 8, (Enero/ Diciembre 2006), 11-25.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.

- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. 3, (Julio/ Diciembre 2003), 151-165.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa.
 - "La inquebrantabilidad del principio de la unicidad en la junta gene-

- ral electrónica". **8**, (Enero/Diciembre 2006), 27-47.
- GARRO, Alejandro M., PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María.
 - Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opi-nión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), 5, (Julio/Diciembre 2004), 17-40

GRAHÀM., James A.

 La Uniform Dispute Resolution Policy: Una tentativa de calificación. 2, (Enero/Junio 2003), 151-159.

GUISADO MORENO, Ángela.

 La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores. 9, (Enero/Diciembre 2007), 133-158.

HERRERA BRAVO, Rodolfo.

• Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquilar sin despellejar? 2, (Enero/Junio 2003), 21-41.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael.

- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. 1, (2002), 9-23.
- La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica. 9, Enero/ Diciembre 2007), 11-26.

IRIARTE AHON, Erick.

 Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. 2, (Enero/ Junio 2003), 103-129.

LAGUNA, Rosa.

• ¿Nueva pedagogía para el e-

leaning? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.

• Autorregulación publicitaria. 1, (2002), 157-182.

LÓPEZ ZAMORA, Paula.

 Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información. 6-7, (Enero/ Diciembre 2005, 11-25.

MACHTA CHENDI, Zulay.

• El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 41-80

MARESCA, Fernando.

 Protección jurídica del software: un debate abierto. 1, (2002), 147-156.

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.

 Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. 1, (2002), 53-71.

MATA, Miguel Ángel.

 La protección al consumidor en la contratación a distancia. 8, (Enero/Diciembre 2006), 73-94.

OLIVER LALANA, A. Daniel.

- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. 3, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
- Înternet como fuente de información accesible al público: pensando el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico. 8, (Enero/Diciembre 2006), 49-72.

PANIZA FULLANA. Antonia.

 Análisis jurídico de los spyware, web bugs y mail bugs. (Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor). 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 91-113. E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española.
 9, (Enero/Diciembre 2007), 51-68

PERALES VISCASILLAS, Ma del Pilar.

- Sobre la perfección del contrato en España: el "popurrí" de los "nuevos" artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. 2, (Enero/Junio 2003), 7-19.
- ¿Forma *escrita* del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 27-49

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

 Reflexiones sobre la contración informática. 4, (Enero/Julio 2004), 11-21

PÉREZ PEREIRA, María.

 Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. 1, (2002), 33-51.

PLAZA SOLER, Juan Carlos.

Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense. 3, (Julio/Diciembre 2003), 73-98

QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo.

"El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los sistemas Open Access". 6-7, (Enero/Diciembre) 2005, 183-202.

RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.

• El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. 2, (Enero/Junio 2003), 61-80

REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos.

 Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en Europa. 5, (Julio/Diciembre 2004), 147-157

RICO CARRILLO, Mariliana.

Firmas electrónicas y criptografía.
 2, (Enero/Junio 2003), 81-101.

SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.

• La Directiva europea sobre comercio electrónico. 1, (2002), 73-91.

SALGUEIRO A., José Ovidio.

 La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. 1, (2002), 25-32.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.

• Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones. 1, (2002), 129-146.

SANTANDER RENGIFO, Antonio.

 Una nueva vieja propuesta: la oferta al público por internet bajo la lupa de la Doctrina del Derecho Civil. 5, (Julio/Diciembre 2004), 81-120.

SARMIENTO, María Gabriela.

 Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. 3, (Julio/ Diciembre 2003), 99-125.

SENENT VIDAL, María José.

 La protección jurídica del denominado "conocimiento libre". 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 141-170.

SOTO, Alberto.

Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.

VALERO TORRIJOS, Julián.

El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración (Análisis desde la perspectiva del Derecho español).
 6-7, (Enero-Diciembre 2005), 27-51.

VARGAS LEAL, Luis.

 Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. 4, (Enero/Julio 2004), 23-62.

VÁZQUEZ, Víctor.

- La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. 6-7, (Enero/ Diciembre 2005), 229-245.
- WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.
- La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. 2, (Enero/Junio 2003), 43-59.
- YAYA NARVÁEZ, León David y CANO M., Jeimy J.
 - Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia. 6-7, (Enero-Diciembre 2005), 115-140.

CONFERENCIAS

ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.

- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. 4, (Enero/Julio 2004), 93
- La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional. 8, (Enero/Diciembre 2006), 261-272.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

• El testamento electrónico. 4, (Enero/Julio 2004), 193.

ANTEQUERA, Ricardo Enrique.

 La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME. 8, (Enero/Diciembre 2006), 197-208.

ARAUJO - JUÁREZ, José.

 El nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones en Venezuela. 4, (Enero/Julio 2004), 65-91

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.

 El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos. 8, (Enero/Diciembre 2006), 247-259.

ARRIETA ZINGÜER. Miguel.

• Tributación e Internet. 4, (Enero/Julio 2004), 145

BARZALLO, José Luis.

 Derecho de autor, Internet y libre competencia. 8, (Enero/Diciembre 2006), 221-245.

BRANDT GRATEROL, Leopoldo.

 Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico.
 4, (Enero/Julio 2004), 165

DÍAZ GARCÍA, Alexander.

• Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 275-301.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús.

• Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. 8, (Enero/Diciembre 2006), 161-175.

ILLESCAS ORTÍZ, Rafael.

 La continuada –y, a veces, desaparecida– electronificación del Derecho de sociedades mercantiles. 8, (Enero/Diciembre 2006), 117-159.

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

 Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. 4, (Enero/Julio 2004), 187

PÉREZ PEREIRA, María.

 España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. 4, (Enero/Julio 2004), 177 La evolución de los sistemas de cifrado. 8, (Enero/Diciembre 2006), 189-193.

RAMOS HERRANZ, Isabel.

 Presentación VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico. 8, (Enero/Diciembre 2006), 115-116.

REMOLINA ANGARITA, Nelson.

 Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. 4, (Enero/Julio 2004), 109

RICO CARRILLO, Mariliana.

 El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas. 8, (Enero/Diciembre 2006), 177-188.

SÁNCHEZ, Diego.

 Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana. 8, (Enero/Diciembre 2006), 209-219.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

CUBEROS DE QUINTERO, María Antonia

 La participación ciudadana y el gobierno electrónico. 9, (Enero/ Diciembre 2007), 161-173.

CANO, Jeimy J.

Informáticos Forenses: Criminalistas informáticos en una sociedad de la información y el conocimiento. 9, (Enero/Diciembre 2007), 175-184

LEGISLACIÓN

II.1. Nacional

Decretos

Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. 1, (2002), 185-188.

Decreto N°1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.

Decreto Nº 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.

Decreto Nº 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica. 2, (Enero/Junio 2003), 209-245.

Decreto Nº 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. 2, (Enero/Junio 2003), 255-280.

Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 1, (2002), 255-273.

Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servi-

- cio Universal de Telecomunicaciones. 4, (Enero/Julio 2004), 301-322.
- Decreto N° 3.335, de fecha 12 de diciembre de 2004, mediante el cual se decreta el Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 331-344.
- Decreto N° 3.390, de fecha 23 de diciembre de 2004, sobre el uso del software libre en la Administración Pública. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 345-349.

Leyes

- Ley especial contra los Delitos Informáticos. 1, (2002), 275-285.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. 1, (2002), 189-253.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 249-298.
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 299-329.
- Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, video juegos y otros multimedias. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.

Reglamento

- Reglamento sobre facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y larga distancia internacional de fecha 8 de noviembre de 2004. 8, (Enero/Diciembre 2006), 315-326.
- Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación referido a los Aportes e Inversión de fecha 9 de octubre de 2006. 9, (Enero/Diciembre 2007), 209-222.

Resoluciones

- Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.
- Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones. 5, (Julio/Diciembre 2004), 253-255.
- Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 257-261.
- Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados. 5, (Julio/Diciembre 2004), 263-266.

II.2. Internacional

Directivas

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242
- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.

Leves Modelo

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho In-

- terno. 3, (Julio/Diciembre 2003), 181-
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 191-196.

Legislación española

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 4, (Enero/Julio 2004), 219-261.

- Ley 59/2003, de firma electrónica. **4**, (Enero/Julio 2004), 263-300.
- Ley 32/2003, de 3 denoviembre, General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 161-252.
- Ley 22/207, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distacia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores. 9, (Enero/Diciembre 2007), 187-2007

RESEÑA LEGISLATIVA

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

 Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. 2, (Enero/Junio 2003), 283-309.

CRÓNICA JURÍDICA

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

 La Informática forense como medio de prueba. 3, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

 El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: Power Line Communications (PLC). 3, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

ALTAMIRA, Matías.

 Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades. 8, (Enero/Diciembre 2006), 329-336.

JURISPRUDENCIA

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.

- La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. 5, (Julio/ Diciembre 2004), 269-275.
- Procedencia de la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia sancionatoria de telecomunicaciones. Comentario a la sentencia de 09 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia.
 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 357-364.

PALAZZI, Pablo A.

 Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet. 8, (Enero/Diciembre 2006), 339-349.

RICO CARRILLO, Mariliana.

- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. 1, (2002), 289-319.
- La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. 2, (Enero/Junio 2003), 313-314.
- El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.

SALGUEIRO, José Ovidio.

El valor probatorio del correo electrónico. Comentario a la sentencia 2201-04 de la Corte Superior del Niño y el Adolescente del Área Metropolitana y Nacional de Adopción Internacional. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 353-355.

URSO CEDEÑO, Giuseppe.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de
Justicia que resuelve el Recurso
de Colisión intentado entre el
artículo 40 de la Ley de Protección
al Consumidor y al Usuario y los
artículos 145 y 214 de la Ley
Orgánica de Telecomunicaciones.
4, (Enero/Julio 2004), 325-329

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 so-

- bre el reconocimiento del valor jurídico de la información contenida en el sitio web del Tribunal. 1, (2002), 320-323.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 01 de febrero de 2000. 2, (Enero/Junio 2003), 315-337
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 19 de agosto de 2002. 3, (Julio/Diciembre 2003), 275-277.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003. 4. (Enero/Julio 2004), 331-338
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03 de agosto de 2004. 5, (Julio/Diciembre 2004), 277-305
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 08 de noviembre de 2005. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 365-374.
- In the United States District Court for the Northern District of California San Jose División, fecha 17 de marzo 2006, **8**, (Enero/Diciembre 2006), 351-369.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 22 de mayo de 2007. 9, (Enero/Diciembre 2007), 225-261.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007. 9, (Enero/Diciembre 2007), 263-319.

RECENSIÓN

- PÉREZ PEREIRA, María. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada
 - BARRAL VIÑALS, Immaculada (Coord.) La regulación del comercio electrónico. Edt. Dykinson, Madrid 2003, 207 págs. 3, (julio/ Diciembre 2003), 281-282.
 - BRANDT GRATEROL, Leopoldo. Páginas web: condiciones, políticas y términos legales. Editorial Legis, Caracas, 2001, 358 págs. 3, (Julio/Diciembre 2003), 283-284.
 - RAMOS HERRANZ, Isabel: Marcas versus nombres de dominio en Internet, Iustel, Madrid, 2004, págs, 351. 5, (Julio/Diciembre 2004), 309-310.
 - RICO CARRILLO, Mariliana: Comercio electrónico, Internet y Derecho. Edt. Legis, Caracas, 2003, 277 págs. 3, (Julio/Diciembre 2003), 285.

- RICO CARRILLO, Mariliana. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada
 - BRICEÑO, Francisco (Coord.): Aspectos legales del comercio electrónico, Cavecom, Caracas, 2004, 294 págs. 4, (Enero/Julio 2004), 341-245.
 - BATUECAS CALETRIO, Alfredo: Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Nº 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. 6-7, (Enero/ Diciembre 2005), 377-378.
- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel. Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada
 - RODRÍGÚEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa: El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces), Madrid, Marcial Pons, 2006. 9, Enero/Diciembre 2007), 323-326.

Normas para la presentación de artículos a ser publicados en la Revista Derecho y Tecnología

- 1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación.
- 2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente WindowsTM 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (ExcelTM, Corel DrawTM, jpg, gif, bmp, y otros), asimismo, las ilustraciones deben estar numeradas y a continuación del texto (no se aceptarán las que se encuentren al final del artículo). Las revistas podrán decidir no incluirlas, previa comunicación al autor o autores, si éstas no llenan los requisitos técnicos para su reproducción.
- 3. El texto del artículo debe redactarse tomando en cuenta los siguientes parámetros:
 - 3.1. La primera página debe contener:
 - a) Título del artículo
 - b) Nombre del autor o autores
 - c) Título académico y afiliación institucional
 - d) Dirección del autor y correo electrónico
 - e) Síntesis curricular no mayor a diez (10) líneas
 - 3.2. La segunda página debe contener un resumen no mayor de ciento cuarenta (140) palabras, concentrándose en los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones. Al final del mismo se deben incluir las palabras claves en un número no mayor a cinco (5).
 - a) El resumen y las palabras claves deben venir redactadas en español e inglés
 - b) Se podrán aceptar artículos redactados en inglés, francés u otros idiomas sólo en casos especiales, debiendo contener las palabras claves en español e inglés.
 - 3.3. El texto del artículo debe estructurarse en secciones debidamente identificadas, siendo la primera la introducción (o reseña de los conocimientos existentes, limitada estrictamente al tema tratado en el artículo). Las secciones deben identificarse sólo con números arábigos. Cada artículo antes de la primera sección o sección introductoria, debe tener un sumario en el que se enumeren los temas que se van a desarrollar (las secciones en las cuales fue dividido el trabajo).
 - 3.4. Si parte del material trabajado (textos, gráficos e imágenes utilizados) no son originales del autor o de los autores, es necesario que los mismos estén acompañados del correspondiente permiso del autor (o de los autores) y el editor donde fueron publicados originalmente, en su defecto, se debe indicar la fuente de donde fueron tomados.

- 3.5. En las referencias bibliográficas se debe utilizar el sistema de cita formal, haciendo la correspondiente referencia en las notas a pie de página, las cuales deben ser enumeradas en números arábigos, siguiendo un orden correlativo.
- 4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a doble espacio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.
- 5. Los artículos se deben remitir en un archivo adjunto, a la dirección electrónica derechoytecnologia@ucat.edu.ve con copia a mrico@ucat.edu.ve
- 6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.
- 7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.
- 8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.
- 9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.
- 10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.

Rules the introduction of articles to be published on the Revista Derecho y Tecnología

- 1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means.
- 2. Articles must be redacted in editor programs that work in WindowsTM 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (ExcelTM, Corel DrawTM, jpg, gif, bmp, and others), in the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The magazines could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if them do not fulfil the technical requirements to their publication.
- 3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
 - 3.1. The first page must have:
 - a) Title of the article
 - b) Author or authors name
 - c) Academic title and institutional affiliation
 - d) Author address and e-mail
 - e) Resume no longer than 10 lines
 - 3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
 - The abstract and the key words must be translated in Spanish and English.
 - b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.
 - 3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the background (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified only with Arabic numeral. Each article, before section one or background, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).
 - 3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.
 - 3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

- 4. Articles must have a maximum extension of forty (40)sheet or pages written in double space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be always Times New Roman 12.
- 5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: derechoytecnologia@ucat.edu.ve with copy to mrico@ucat.edu.ve
- 6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the Revista Tachirense de Derecho as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.
- 7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.
- 8. The right of change of stylus that are considered convenient is reserved, once the article have been accepted by the Redaction Council for its publication.
- 9. An Arbitral Committee and a Redaction Council will analyze the articles. The observance of the norms do not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.
- 10. The Universidad Católica del Táchira, the editor and the Redaction Council of the magazine, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS

9/2007

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2007, de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2008, en los talleres de Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de **500** ejemplares. San Cristóbal - Venezuela

