

# DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA  
DEL TACHIRA

13/2012

Vicerrectorado Académico  
Decanato de Investigación y Postgrado



Universidad Católica del Táchira  
San Cristóbal - Venezuela

# Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías  
Editada por el Vicerrectorado Académico  
Decanato de Investigación y Postgrado  
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); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); 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); David LÓPEZ JIMÉNEZ (Universidad de Sevilla); María PÉREZ PEREIRA (Universidad Carlos III de Madrid). Emilio SUÑÉ (Universidad Complutense de Madrid). José Luis BARZALLO (Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador).

## Diseño Gráfico

Nina Gabriela Vásquez

## Montaje

Edy Marleni Lozano

## Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209

ISSN: 1317-9306

Periodicidad: Anual

Publicación registrada en el *Catálogo Latindex*  
[www.latindex.org](http://www.latindex.org)

Revista indizada en REVENCYT: Índice y Biblioteca Electrónica de Revistas  
Venezolanas de Ciencia y Tecnología. Código RVD012

## ***Revista Derecho y Tecnología***

Número 13

Edición 2012

### *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](mailto:derechoytecnologia@ucat.edu.ve)  
[mrico@ucat.edu.ve](mailto:mrico@ucat.edu.ve)

### *Distribución:*

Universidad Católica  
del Táchira  
Apartado 366  
San Cristóbal  
Estado Táchira  
Venezuela

# **Derecho y Tecnología**

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías  
Editada por el Vicerrectorado Académico  
Decanato de Investigación y Postgrado  
Universidad Católica del Táchira

**10 años  
(2002-2012)**

## **Misión**

*Derecho y Tecnología* es una revista científica con periodicidad anual que tiene como misión difundir los trabajos de expertos nacionales e internacionales dedicados al estudio de los avances tecnológicos y jurídicos en general, con especial énfasis en las modificaciones que produce la aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el campo del Derecho, fenómeno que ha dado origen al nacimiento de una nueva área de investigación jurídica.

En cada número se ofrece una publicación que contiene artículos doctrinales, recopilación de legislación nacional e internacional y la jurisprudencia nacional más destacada en la materia. La revista está dirigida a abogados, ingenieros, académicos, estudiantes y otros profesionales interesados en el estudio del impacto de las TIC en el ámbito jurídico.

A través de esta iniciativa editorial, la Universidad Católica del Táchira abre una vez más sus puertas a la investigación, con la finalidad de proporcionar un medio adecuado de difusión en esta área.





## ÍNDICE

### Artículos

María Alejandra VÁSQUEZ SÁNCHEZ: La influencia de las Nuevas Tecnologías en el Derecho probatorio venezolano: Los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI.....	9
Josué Manuel CONTRERAS ZAMBRANO: Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano .....	27
Yasmin Carolina USECHE CASTRO: El dilema entre el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador y el poder de vigilancia y control del patrono .....	47
Juan Carlos HERNÁNDEZ: La protección de datos personales en Internet y el habeas data.....	61
Mariana BUITRAGO RODRÍGUEZ: La electronificación en las sesiones del sistema de mercado bursátil en el Derecho venezolano .....	87
David LÓPEZ JIMÉNEZ: Los deberes precontractuales de información en el ámbito de las transacciones virtuales: a propósito del principio de la buena fe.....	107
Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBÓ: La mediación por medios electrónicos en la Ley española de mediación de asuntos civiles y mercantiles	133

### Contribuciones Especiales

Jeimy J. CANO: ¿Compartir o proteger? Tensiones en la gerencia de la seguridad de la información .....	161
--	-----

## Reseña Legislativa

Gustavo Adolfo AMONI REVERÓN: Comentarios a las disposiciones generales del Decreto Ley de Interoperabilidad Electrónica .....	173
--	-----

## Legislación

### Venezuela

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado .....	191
---	-----

### España

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles .....	217
--	-----

## Jurisprudencia

Mileidi Paola FERRER CASTRO y Jenny Carolina QUINTERO MENDOZA: Consideraciones sobre el reciente criterio del Tribunal Supremo de Justicia venezolano respecto al tratamiento de los correos electrónicos impresos como medios de prueba ..	247
Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de octubre de 2011 .....	253

## Recensión

David LÓPEZ JIMÉNEZ: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada	
• RICO CARRILLO, Mariliana, <i>El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico</i> , Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 304 páginas ..	281
Índice acumulado .....	285

---

**DOCTRINA**



# La influencia de las Nuevas Tecnologías en el Derecho probatorio venezolano: los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI

María Alejandra Vásquez Sánchez\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. Los medios probatorios electrónicos. 1. Antecedentes. 2. Fundamento constitucional. 3. Fundamento adjetivo. 4. Fundamento legal. III. Influencia de las Nuevas Tecnologías en el Derecho probatorio tradicional. 1. Eficacia de la prueba electrónica. 2. Admisión de la prueba electrónica. 3. Evacuación de la prueba electrónica. 3.1. Inspección judicial. 3.2. Experticia. 4. Valoración de la prueba electrónica. 5. Nuevos desafíos de la administración de justicia. IV. Conclusiones.

## Resumen

El artículo que aquí se presenta se contrae a exponer la influencia de las Nuevas Tecnologías en el Derecho probatorio tradicional. Para ello se hizo un breve comentario sobre sus antecedentes, fundamento constitucional, procesal y legal. Seguidamente se abordó el tema de la eficacia probatoria de las pruebas obtenidas a través de las Nuevas Tecnologías, su admisión y valoración por parte del órgano jurisdiccional. Posteriormente se hizo un enfoque acerca de los desafíos que enfrenta la administración de justicia en el siglo XXI. Finalmente, de acuerdo a la investigación desplegada se extrajeron las conclusiones, las cuales guardan consonancia con los temas abordados.

**Palabras claves:** Prueba electrónica. Eficacia Probatoria. Procedimiento electrónico.

---

Recibido: 27/1/2012 • Aceptado: 17/3/2012

\* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira (1995). Especialista en Derecho Procesal General en la Universidad Libre de Colombia (2008). Especialista en Derecho Mercantil egresada de la Universidad de Los Andes (2011). Cursante del Doctorado en Ciencias, mención Derecho en la Universidad Central de Venezuela en convenio con la Universidad Católica del Táchira. Abogada asistente en el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Táchira. Correo electrónico: malejandrav25@hotmail.com

### **Abstract**

This article aims at studying the impact of New Technologies on traditional legal burden of proof. A brief comment is made about its background, constitutional basis, procedural and legal. It also addressed the issue of the probative value of evidence obtained through New Technologies, admission, and assessment by the court. Later on, it is focused on the challenges facing the administration of justice in the twenty-first century to finish with conclusions.

**Keywords:** Electronic Evidence. Probation Effectiveness. Electronic Procedure.

## **I. Introducción**

Este artículo tiene como propósito exponer la regulación jurídica vigente en Venezuela, acerca de la incorporación al proceso de las pruebas obtenidas a través de las nuevas tecnologías, hasta llegar a la valoración que el operador de justicia debe otorgarles, destacándose de esta manera, la influencia que han ejercido los avances tecnológicos en el Derecho probatorio venezolano.

La Constitución venezolana en su artículo 110 impuso al Estado el deber de reconocer el interés público por la ciencia y la tecnología, destinando para ello los recursos suficientes. Por su parte, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio de libertad probatoria, de conformidad con el cual, puede promoverse todo género de pruebas distintas a las típicas o nominadas estatuidas en el Código Civil y demás leyes.

Por su parte, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas del año 2001, consagró con carácter expreso la promoción, control, contradicción y valor probatorio de las pruebas obtenidas por medios electrónicos, quedando disipadas con la entrada en vigor de dicho texto, las dudas que sobre tal categoría de pruebas existían hasta el momento.

La investigación está estructurada en diversas secciones. La primera de ellas contiene una breve reseña sobre los antecedentes del tema probatorio electrónico, seguidamente se exponen los fundamentos constitucionales, procesales y legales, para luego abordar la influencia de las Nuevas Tecnologías en el Derecho probatorio tradicional. En esta sección se analiza la eficacia de la prueba electrónica, los requisitos de admisibilidad, los medios empleados para su evacuación, así como las reglas para determinar el valor probatorio que debe conferirse a la prueba electrónica.

En la última sección se exponen los desafíos que en el siglo XXI enfrenta la administración de justicia y la posibilidad de instaurar un proceso judicial electrónico, para finalizar con las respectivas conclusiones.

## II. Los medios probatorios electrónicos

### 1. Antecedentes

La implementación de Internet marcó un hito en la historia informática mundial. Su precursora fue la red Arpanet, diseñada en el año 1971 por la firma Bolt Beranek y Newman para construir una defensa que protegiera a las bases de datos federales de los Estados Unidos de América de posibles ataques. A través de la Arpanet, se dejaban mensajes en las computadoras que compartían los creadores de dicha red<sup>1</sup>.

Es así, como a la red Arpanet se le considera la precursora de Internet, cuya aparición ha facilitado las comunicaciones entre las personas, entre las empresas, inclusive de los administrados con la Administración pública, al extremo que hasta se perfeccionan contratos a través de la red de Internet pudiendo afirmarse que el siglo XXI está caminando decididamente hacia una era informática de masas<sup>2</sup>, que ha invadido todos los espacios y donde no se ha escapado el Derecho. Las comunicaciones electrónicas han sustituido tanto el soporte material del papel, como la firma manuscrita de puño y letra del autor, proceso denominado por algunos autores como la desmaterialización documental<sup>3</sup>.

Dicho fenómeno ha repercutido directamente en el ámbito jurídico, puesto que en la praxis forense se producen un conjunto de problemas para aceptar como prueba a los medios informáticos dentro del proceso, ya que existe desconfianza, tanto por parte de los tribunales como de los justiciables, a través de sus representantes judiciales, acerca de cómo incorporar al proceso la prueba electrónica. Sobre éste tema se enfocará el presente artículo.

### 2. Fundamento constitucional

La incorporación al proceso de los medios probatorios electrónicos ha sido objeto de fuertes polémicas y aun cuando actualmente su aportación a los autos se ha regulado expresamente, es conveniente analizar la génesis de su basamento, partiendo de la norma fundamental.

El artículo 110 del texto constitucional reconoce el interés público de la ciencia y la tecnología, mostrándose el Constituyente de 1999 como favorecedor de los avances tecnológicos elevando la protección a rango de derecho fundamental. Asimismo, el artículo 26 *ejusdem*, consagra la garantía de la tutela judicial efectiva, enunciando que: "*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e*

<sup>1</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, Juan Carlos: *La prueba electrónica*. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 2004. p. 5

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 6

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 7

*intereses..."*<sup>4</sup>, además agrega que el Estado "*garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*".

La norma que antecede garantiza a todo justiciable su derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para que su derecho sea tutelado, e impone al Estado el deber de administrar justicia conforme a una serie de principios, entre los cuales se destaca su carácter expedito, sin dilaciones ni formalismos, los cuales están en sintonía con las nuevas tecnologías admitiéndose implícitamente los medios probatorios electrónicos.

Por otra parte, el artículo 49.1 del texto constitucional, consagra que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, garantizando a toda persona el "*derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...*", es decir, que la Constitución le garantiza a toda persona el derecho de probar, lo contrario sería negar el derecho al proceso mismo.

El derecho de probar implica que la persona para ejercer su defensa técnica, puede valerse de todos los medios de prueba lícitos de los cuales disponga, es decir, que en Venezuela constitucionalmente está permitida la libertad probatoria, con la única excepción que la prueba ilícita no puede ser incorporada al proceso, entendiéndose como tal, aquéllas en cuya obtención se infringen normas o principios constitucionales destinados a la protección de libertades públicas, derechos de la personalidad e intimidad<sup>5</sup>.

En consecuencia, salvo la excepción hecha de la prueba ilícita, el ordenamiento venezolano permite todo género de pruebas, dentro de las cuales caben las pruebas producidas por medios electrónicos.

### **3. Fundamento adjetivo**

El Código de Procedimiento Civil venezolano<sup>6</sup>, en su artículo 395, consagra como medios de prueba admisibles en juicio todos los establecidos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República. Igualmente agrega que "*las partes pueden valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley*", que sea conducente a la demostración de sus pretensiones. En cuanto a la sistemática para su promoción y evacuación señala que se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a los medios de

<sup>4</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° Extraordinario 5.453. Fecha 24-03-2000

<sup>5</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. p. 38.

<sup>6</sup> Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3694 extraordinario. De fecha 22-01-1986

pruebas semejantes contemplados en el Código Civil y en su defecto, en la forma que señale el juez.

El artículo 395 *ejusdem*, consagra con carácter expreso el principio de la libertad probatoria que consiste en reconocer eficacia probatoria a todas las probanzas pertinentes e idóneas para demostrar las afirmaciones de hecho. El aludido principio permite introducir al proceso todas las probanzas generadas a través de los nuevos avances científicos y tecnológicos, consagrando el sistema venezolano la condición de *numerus apertus*<sup>7</sup>. El legislador venezolano mantuvo abierta la puerta a los desarrollos tecnológicos para darle la bienvenida al proceso a nuevos medios probatorios, distintos a los tipificados en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

Interpretando armónicamente las disposiciones constitucionales y procesales antes mencionadas, se concluye que el ordenamiento jurídico venezolano permite la incorporación al proceso de las pruebas obtenidas a través de las Nuevas Tecnologías, capaces de producir y registrar hechos de relevancia desde el punto de vista del derecho probatorio.

#### 4. Fundamento legal

En el año 2001 entró en vigencia la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuya Exposición de Motivos prevé que su principal objetivo es adoptar un marco normativo que otorgue pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de las Nuevas Tecnologías. El referido texto legal vino a disipar muchas de las dudas que sobre el valor probatorio de las pruebas obtenidas por medios electrónicos se habían tejido en Venezuela.

En el marco de esta ley, destaca el artículo 4 que reconoce a los mensajes de datos la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, siendo enfático el legislador al señalar que: "*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*". Esto significa que la sistemática procedimental en la fase probatoria debe llevarse a cabo conforme a las formas y procedimientos estatuidos en el referido código para las pruebas típicas consagradas en el Código Civil y en su defecto, el juez, con apego al artículo 7 del CPC, deberá establecer la forma de su evacuación.

Asimismo, el legislador fue claro al equiparar la eficacia probatoria del mensaje de datos, producido en formato impreso, al de las copias o reproducciones fotostáticas, establecido en el artículo 429 del código adjetivo civil.

<sup>7</sup> RIVERA MORALES, Rodrigo: "Principios Generales del Derecho Probatorio". En: *Revista de Derecho probatorio* N° 14. Ediciones Homero. Caracas. 2006. p. 303

### III. Influencia de las Nuevas Tecnologías en el Derecho probatorio tradicional

El desarrollo de las Nuevas Tecnologías introdujo en el ámbito probatorio notables cambios y transformaciones en relación con el Derecho tradicional, caracterizado por la escritura. Tales cambios y transformaciones se patentizan con el reconocimiento expreso del legislador a los medios probatorios electrónicos a través de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, donde se pone de relieve la equiparación del documento escrito con el electrónico, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos establecidos en dicho texto legal, pudiendo decirse que en materia probatoria a partir de la promulgación de la aludida ley rigen nuevos principios que orientan la actividad probatoria<sup>8</sup>.

En este sentido, reviste particular importancia conocer la forma de incorporar al proceso las fuentes informáticas, las cuales deben encausarse a través de los medios probatorios como las inspecciones judiciales, las experticias, la confesión, los documentos, entre otros<sup>9</sup>. Igualmente, de acuerdo a la forma en que sean llevadas al proceso, se les aplicará la regla de valoración que corresponda.

#### 1. Eficacia de la prueba electrónica

Desde el punto de vista de la prueba electrónica, es importante diferenciar la fuente de prueba del medio de prueba, pues el primero solo reviste importancia para el Derecho probatorio cuando se instaura un proceso. La fuente de prueba, según Juan Montero Aroca (referido por Rodrigo Rivera), es un concepto extrajurídico que se corresponde con un hecho anterior al proceso<sup>10</sup>, es decir, el hecho existe independientemente que se instaure o no un proceso.

El concepto de medio de prueba se refiere a los caminos que se utilizan para llevar, conducir o trasportar los hechos al proceso<sup>11</sup>. De acuerdo con dicha definición, el medio de prueba es el canal utilizado para probar las causas que motivan el derecho alegado. Del medio de prueba surgen las pruebas propiamente dichas o expresado de otro modo, el medio de prueba es la vía que el legislador establece para llevar la prueba al proceso, por ejemplo la inspección judicial, los testigos, la experticia, son todos medios de prueba.

Por tanto, todo hecho histórico que repose en un soporte informático constituye fuente de prueba y podrá ser llevado al proceso como medio de prueba electrónica.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ HOCH, Francisco: *La prueba de las obligaciones y firma Electrónica*. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10647/10923> [Consulta: 2011, noviembre, 22]

<sup>9</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, J.: *Op. Cit.* p. 29

<sup>10</sup> RIVERA MORALES, R.: *Nulidades procesales penales y civiles*. Editorial Librería Jurídica Rincón C.A. 2007. Barquisimeto. p. 718

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 719

En Venezuela, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica, los mensajes de datos gozan de la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, es decir, que se le aplican los mismos principios y reglas de valoración que a la prueba documental tradicional en soporte de papel.

Por tanto, si la prueba electrónica es el instrumento fundamental de la pretensión, deberá producirse con el escrito libelar o señalar en él la oficina o lugar donde se encuentre, todo de conformidad con el numeral 6° del artículo 340 del CPC<sup>12</sup>, en concordancia con el artículo 434 *ejusdem*<sup>13</sup>.

## **2. Admisión de la prueba electrónica**

El CPC en su artículo 398, regula las condiciones generales de admisibilidad de las pruebas, señalando al efecto que serán admitidas las que sean legales y procedentes y se desecharán las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Dicho de otra manera, los requisitos de admisibilidad de la prueba se contraen a su legalidad y pertinencia.

En el mismo sentido, se entiende que la legalidad hace referencia a que no sea contraria a la ley; de ahí que la *"...oposición por ilegalidad va a tener lugar cuando la prueba promovida es contraria a la ley y por tanto, no puede ser admitida por el Tribunal..."*<sup>14</sup>. En el caso de la prueba electrónica, la ilegalidad estaría asociada a su obtención mediante mecanismos contrarios a derechos fundamentales o a la intimidad personal.

Por su parte, la pertinencia guarda relación con la relevancia de la prueba y su relación con los hechos controvertidos, de manera que influya decididamente sobre la sentencia<sup>15</sup>. Dicho de otro modo, la pertinencia se refiere a la relación que la prueba debe guardar con los hechos controvertidos, es decir, la prueba debe conducir a descubrir la verdad de los hechos objeto de litigio.

<sup>12</sup> Artículo 340 del Código de Procedimiento Civil: *"El libelo de la demanda deberá expresar:(...) 6° Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo..."*

<sup>13</sup> Artículo 434 del Código de Procedimiento Civil: *"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 el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos."*

*En todos estos casos de excepción, si los instrumentos fueren privados, y en cualquier otro, siendo de esta especie, deberán producirse dentro de los quince días del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de donde deban compulsarse; después no se le admitirán otros."*

<sup>14</sup> CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Tomo I. Editorial Jurídica Alva S.R.L. Caracas. 1997. p. 99

<sup>15</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. 1993. pp. 343 y 346

Solo bajo las hipótesis expuestas, vale decir, por ilegalidad o por impertinencia, el juez inadmitirá la prueba, pues la regla es su admisión conforme al derecho constitucional de probar que tiene todo justiciable.

Ahora bien, en el caso de la prueba electrónica, además de los requisitos generales de admisibilidad ya analizados, deben cumplirse otros adicionales que atañen directamente a su naturaleza y esencia, relacionados con la veracidad y autenticidad<sup>16</sup>, los cuales se extraen fundamentalmente de los artículos 7 y 8 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica. De tal manera que, siguiendo a Rico, los requisitos específicos de admisibilidad se resumen en:

1. La calidad de los sistemas utilizados para la elaboración y almacenamiento del documento, incluyendo el hardware y el software.
2. La veracidad de la información, esto es, la exactitud que debe existir entre el mensaje remitido y el recibido. (artículo 7 *ejusdem*).
3. La conservación del mensaje y la posibilidad de su recuperación; tal como se encuentra previsto en el artículo 8 *ibidem*, que exige que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente; que conserve el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida; 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.

La conservación del mensaje también implica que sea legible, que permita identificar a los sujetos intervinientes en la transmisión del mensaje, que su autoría se atribuya a una persona y la fiabilidad de los sistema empleados<sup>17</sup>. Todos estos requisitos devienen de la particular naturaleza de la prueba obtenida por medios electrónicos y están diseñados para garantizar su confiabilidad desde el punto de vista jurídico.

La legibilidad está asociada con la "*...posibilidad de lectura y comprensión, en el entendido de que el lenguaje en que se redacta es diferente al alfanumérico (el lenguaje binario)...*", el mismo sistema que genera el mensaje es "*capaz de traducir el código utilizado a un lenguaje comprensible por la mente humana*"<sup>18</sup>, de manera que la persona que lee el mensaje comprenda y entienda su contenido.

Es importante aclarar que la prueba documental de naturaleza electrónica debe aportarse al proceso en soporte informático, bien sea mediante disquete, CD Rom, el disco duro del equipo de computación o mediante su envío telemático

<sup>16</sup> RICO CARRILLO, Mariliana: *Función procesal probatoria del documento electrónico*. IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Santa Ana, C.A. San Cristóbal, 2003. p. 376.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 376

<sup>18</sup> *Ibid.* pp. 376-378

a través de la red<sup>19</sup>, esto en los casos que la prueba sea electrónica en sentido estricto.

Nótese que ciertamente dada la naturaleza *sui generis* de la prueba electrónica, debe cumplir unos requisitos adicionales para que le brinde al órgano jurisdiccional la confianza y seguridad suficiente, para determinar su admisibilidad en el proceso.

### **3. Evacuación de la prueba electrónica**

Siguiendo el principio de libertad probatoria, así como la remisión expresa que hace el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en cuanto que para la evacuación de la prueba electrónica se seguirá el trámite procesal que el CPC le otorga a las pruebas típicas o en su defecto, el que establezca el juez, se encuentra que la evacuación de esta prueba *sui generis* debe hacerse con el auxilio de otros medios probatorios típicos, como son la inspección judicial y la experticia.

El promovente debe auxiliarse de dichos medios probatorios para lograr llevar al juez a la convicción que la prueba electrónica aportada a los autos es fidedigna, veraz, auténtica. Es importante señalar que tales medios auxiliares son pertinentes en los casos en que la prueba se haya impugnado, desconocido o tachado, caso contrario el documento producirá los efectos correspondientes.

#### **3.1 La inspección judicial**

El artículo 472 del CPC, regula su forma de evacuación y se caracteriza fundamentalmente porque el operador jurídico deja constancia de lo que percibe a través de la actividad sensorial sobre cosas, lugares o documentos<sup>20</sup>. Ahora bien, tratándose de una prueba electrónica, sobre la cual el juez no cuenta con conocimientos técnicos especializados sobre el tema informático, debe apoyarse con los prácticos informáticos, conforme lo autoriza el artículo 473 *ejusdem*<sup>21</sup>.

La finalidad de esta prueba es poner al juez en contacto directo con los hechos, para que perciba si se ajustan o no la realidad; en estos casos, la inspección judicial recaerá sobre los medios que fueron empleados en la elaboración de la prueba<sup>22</sup>, como sería el caso, por ejemplo, que el mensaje de

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 379

<sup>20</sup> Artículo 472: "*El Juez a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la intención de la causa o el contenido de documentos...*"

<sup>21</sup> Artículo 473: "*Para llevar a cabo la inspección judicial, el Juez concurrirá con el Secretario o quien haga sus veces y uno o más prácticos de su elección cuando sea necesario. Las partes, sus representantes o apoderados podrán concurrir al acto.*"

<sup>22</sup> RICO CARILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Segunda edición. Legis Editores S.A. Bogotá. Colombia. 2005. p. 110

datos promovido como prueba se encuentre almacenado en la base de datos o correo electrónico de cualquiera de las partes, en cuyo caso, la prueba subsidiaria e idónea para su eficacia probatoria, sería la de inspección judicial, prevista en el artículo 472, con la ayuda de prácticos forenses informáticos auxiliares de justicia<sup>23</sup>.

Para la evacuación de la inspección judicial, los prácticos ingresan al correo electrónico, el tribunal deja constancia de la existencia del mensaje, de su contenido, del remitente, del destinatario, de la hora y fecha de su envío y recepción, formato y cualquier otro dato importante<sup>24</sup>. Nótese que los hechos de los cuales debe dejar constancia el órgano jurisdiccional, revisten carácter eminentemente técnico que amerita de la intervención de un práctico especializado sobre el tema.

Si la prueba de inspección ha de recaer sobre una página web, la misma puede practicarse desde cualquier lugar, inclusive en la sede del tribunal siempre, que el equipo de computación tenga acceso a la página<sup>25</sup>, esto desde mi punto de vista en cierto modo facilita la evacuación de la prueba al ofrecer celeridad y economía procesal. Sin embargo, es oportuno comentar que a los efectos que la evacuación de la prueba tenga asepsia total, es decir, que no posea un ápice de contaminación, debe ser evacuada en un lugar distinto a la sede del tribunal, para denotar el carácter de imparcialidad absoluta por parte del órgano jurisdiccional, que debe imperar en todo proceso.

### 3.2. Experticia

Este es otro medio probatorio auxiliar de la prueba electrónica que contribuye a su eficacia probatoria. Su pertinencia se verifica en los supuestos que sea necesario demostrar elementos de carácter estrictamente técnico, como sería probar la autenticidad o determinar el momento de emisión del documento, su recepción, si el mensaje fue abierto o no, descifrar el documento, entre otros<sup>26</sup>.

El nombramiento del experto debe recaer en personas que por su profesión, industria o arte, tengan conocimientos prácticos en la materia a que se refiere la experticia, tal como lo disciplina el artículo 453 del CPC, esto quiere decir que lo más adecuado en estos casos es la designación de un técnico informático. Su evacuación se hace siguiendo toda la sistemática que a tal efecto consagra el texto legal mencionado, pues debe recordarse que por mandato del artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la promoción, control y contradicción de la prueba electrónica se rige de acuerdo al código adjetivo civil.

<sup>23</sup> BELLO TABARES, Humberto: *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas. Venezuela. 2007. p. 940

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 941

<sup>25</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, J.: *La prueba electrónica*, Op. Cit. p. 143

<sup>26</sup> RICO CARRILLO, M.: *Comercio Electrónico Internet y derecho*. Op. Cit. p. 110

De la misma forma es conveniente aclarar que en los casos de impugnación y tacha de la prueba electrónica, el medio probatorio idóneo para verificar la autenticidad del documento es el de la experticia, por ser la que proporciona los elementos técnicos, jurídicos y científicos suficientes para corroborar o no la integridad e inalterabilidad del documento; no obstante, la no impugnación del documento no impide que la parte interesada promueva la experticia y/o la inspección judicial como pruebas auxiliares para demostrar la autenticidad, integridad e inalterabilidad del documento.

Merece la pena en esta sección, comentar con fines académicos, un caso de la praxis forense ocurrido en el expediente N° 20.300 de la nomenclatura que lleva el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Táchira, en el cual el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal, promovió conforme al principio de libertad probatoria, una serie de mensajes de datos transmitidos vía electrónica a la parte actora, los cuales produjo en formato impreso a los autos.

Asimismo, y para salvaguardar una eventual impugnación, la parte demandada promovió simultáneamente la experticia como prueba de apoyo auxiliar para demostrar la autenticidad de los mensajes de datos, la cual se evacuó sobre el equipo de computación asignado al trabajador que transmitió los mensajes de datos. El procedimiento empleado en la experticia consistió básicamente en "*extraer los mensajes de datos (correos), grabar los datos y metadatos en el disco compacto*".

Es importante mencionar que los expertos designados presentaron el informe pericial correspondiente, en el cual se aprecia que la metadata de los mensajes no es entendible por el hombre, porque está representada por un conjunto de símbolos que a simple lectura humana no es comprensible. Las conclusiones a que llegaron los expertos se sintetizaron en haber quedado determinada la integridad de todos los mensajes, el envío y recepción de los mismos y la metadata de los tres documentos enviados en archivo adjunto, concluyendo en la consistencia y coherencia técnica, sin presentar signos de forjamiento, alteración o falsificación electrónica.

Vale la pena también precisar que la experticia se evacuó conforme al trámite ordinario procedimental que a tal efecto prevé el CPC, esto es, designación de los expertos, aceptación, juramentación y presentación del informe final.

La inspección judicial y la experticia como medios probatorios auxiliares para contribuir a determinar la eficacia probatoria de la prueba electrónica, se promueven con la finalidad de evidenciar que el documento electrónico emitido y recibido no ha sufrido alteraciones durante el proceso de transmisión, es decir, que son idénticos<sup>27</sup>. Estos dos elementos proporcionan al órgano jurisdiccional suficiente garantía para darle plena eficacia probatoria.

<sup>27</sup> PERALES VISCASILLAS, María del Pilar *Forma del Contrato*. En: Colección Biblioteca de los negocios. Rafael Illescas. Primera edición. Edit: La ley. 2001. p. 395

#### 4. Valoración de la prueba electrónica

Una vez que el documento electrónico ha sido producido a los autos a través de los diversos medios probatorios, corresponde al juez su valoración, la cual dependerá en gran medida de la convicción que la misma le ofrezca. En el caso de los mensajes de datos, deben observarse las siguientes reglas para su valoración:

1) Si el documento aportado al proceso es privado, hay que distinguir si cuenta con firma electrónica que reúna los requisitos del artículo 16 de la LMDFE o no. En el primer supuesto, su eficacia probatoria se equipara al de la firma autógrafa conforme lo establece el artículo 17 *ejusdem*, caso contrario, el juez deberá valorarlo de acuerdo a las reglas de la sana crítica, establecidas en el artículo 507 del CPC, conforme a la cual el operador jurídico aprecia el valor o fuerza de convicción de las pruebas<sup>28</sup> que cursen en los autos para establecer su valor probatorio en conjunto.

2) Si el documento privado ha quedado reconocido, sus efectos probatorios se equiparan al del documento público, según lo establecido en el artículo 1363 del Código Civil<sup>29</sup>. En los casos de impugnación del documento o desconocimiento, la parte interesada debe valerse de las pruebas auxiliares de experticia e inspección judicial correspondiéndole al juez valorarlas en su conjunto para establecer el valor probatorio del documento<sup>30</sup>.

De igual manera, de conformidad con lo establecido en el artículo 444 del CPC, la parte que no manifieste expresamente el reconocimiento del documento producido en juicio como emanado de ella o de algún causante suyo, se le tendrá por reconocido.

3) En caso que el documento producido sea público, la LMDFE en su artículo 6 establece que el otorgamiento de documentos solemnes y formales podrá realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en el Decreto-Ley. Se entiende que la ley regula el supuesto de otorgamiento del documento electrónico en presencia de un funcionario público como sería un notario o registrador, en cuyo caso, la valoración se hará conforme al artículo 1357 del Código Civil.

Obsérvese que en todos los supuestos planteados, la valoración se hace conforme a las reglas de la prueba escrita, lo cual obedece a que la LMDFE equipara la eficacia probatoria de los mensajes de datos a la de los documentos escritos.

<sup>28</sup> DEVIS ECHANDIA, H. *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2004. p. 64.

<sup>29</sup> RICO CARRILLO, M.: *Comercio Electrónico Internet y derecho*. Op. Cit. p. 113

<sup>30</sup> *Id.*

4) En el supuesto que en la elaboración y transmisión del documento interviene el prestador de servicios de certificación electrónica, acreditando la identidad de los sujetos involucrados, el momento en que fue emitido el documento, la calidad de los sistemas informáticos, su valoración deberá efectuarse siguiendo la sana crítica porque se estaría en presencia de un documento privado, en cuya formación ha intervenido el prestador del servicio de certificación para garantizarle la identidad<sup>31</sup>, pero no ha participado en su elaboración un funcionario público que pueda darle fe pública.

## **5. Nuevos desafíos de la administración de justicia**

En las secciones que anteceden se expuso la regulación que hasta este momento se encuentra vigente en materia probatoria electrónica, pero aún queda mucho por legislar sobre el tema de las Nuevas Tecnologías, puesto que el Derecho no puede dar la espalda a la realidad tecnológica<sup>32</sup> y a las ventajas que ella proporciona.

Uno de los grandes desafíos que queda es el de la implementación del procedimiento judicial electrónico. Este es un aspecto que en algunos países solo existe en la imaginación, pero valdría la pena atreverse a pensar cómo pudiera ser a futuro un procedimiento de éste tipo.

Para introducir las Nuevas Tecnologías en el proceso judicial, se requiere establecer mecanismos seguros que ofrezcan, tanto a las partes como a la administración de justicia, la garantía suficiente de seguridad jurídica y resguardo de la información. Esto implicaría la creación de un correo electrónico institucional para el órgano encargado de la tramitación o sustanciación del proceso, al cual las partes dirijan sus escritos y peticiones.

Asimismo, implicaría la implementación de la firma electrónica digital para los funcionarios actuantes, de manera que se certifique que los usuarios de la firma son los únicos autorizados, otorgándole a la firma con estas características la exclusividad para actos judiciales<sup>33</sup>.

También se requeriría la implementación del mecanismo del sellado del tiempo para garantizar la exactitud del documento, haciéndolo difícilmente manipulable por terceros no autorizados, permitiendo además, establecer con precisión el momento de la remisión del documento<sup>34</sup>, ofreciendo no solo la garantía en

<sup>31</sup> RICO CARRILLO, M.: *Comercio Electrónico Internet y derecho*. Op. Cit. pp. 114-115

<sup>32</sup> ORTEGA Maria Lisbeth, UZCATEGUI, Andrea Carolina y DUARTE, Anthony: *La prueba electrónica y el proceso penal*. En: *Constitucionalismo y proceso Hoy*. Librería Jurídica Rincón G. C.A. Barquisimeto. 2008. p. 125

<sup>33</sup> DÍAZ GARCÍA, Alexander: "Acceso a la Administración de Justicia a través de las Nuevas Tecnologías". En: *Revista de Derecho Informático*. N° 074. Septiembre de 2004. Editada por Alfa Redi. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1059>[Consulta: 2011, noviembre, 22]

<sup>34</sup> RICO CARRILLO, M.: *Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico*. Op. Cit. p. 379

cuanto a la oportunidad procesal en que el escrito fue consignado, sino además, que el documento no fue modificado.

Otro de los aspectos fundamentales a tomar en consideración es el de la práctica de las citaciones y notificaciones, que como es conocido, son la garantía del derecho a la defensa de las partes porque son el acto comunicacional que las impone del contenido del proceso, muy especialmente respecto a la institución de la citación, ya que la misma es única, de ella depende la iniciación del contradictorio, es decir que se trabe la litis.

A través del correo institucional, el tribunal practicaría las notificaciones de las partes sobre todas las actuaciones, a los efectos de garantizarles el debido proceso y el derecho a la defensa, de acuerdo al principio de control y contradicción de la prueba.

El problema principal, radica en el lugar que debe practicarse la notificación, ya que la definición que los códigos civiles traen acerca del domicilio, lo conciben como el lugar donde la persona tiene el asiento principal de sus negocios e intereses<sup>35</sup> y es el mismo que se mantiene en todas las legislaciones influenciadas por el Código Civil Napoleónico de 1882, salvo que las partes en el contrato celebrado, cuyo cumplimiento o incumplimiento se demande, hayan elegido un domicilio único y excluyente a cualquier otro, en el cual pudiera incluirse el domicilio virtual.

El domicilio tradicional está asociado a un lugar o espacio físico donde la persona normalmente habita, en contraposición, se ha diseñado el domicilio virtual compuesto por la dirección electrónica que usualmente utiliza la persona<sup>36</sup>, es decir, es el sitio que normalmente utiliza la persona y que constituye su residencia habitual en la red de Internet.

Esta dirección electrónica reúne todas las condiciones que el domicilio físico, con la única variante que la dirección es electrónica y el soporte es magnético<sup>37</sup>, pero a los efectos legales o procesales surte el efecto comunicacional querido, porque garantiza que la notificación, ha llegado a su destinatario.

En éste sentido, países como Perú han diseñado el sistema de la notificación electrónica en la Ley 27419 sobre notificaciones electrónicas, donde se las define como aquéllas *"comunicaciones que emite la Administración pública que son trasladadas desde el punto de emisión (Administración pública) hasta el destinatario a través de medios electrónicos, es decir, sin*

<sup>35</sup> Véase artículo 27 del Código Civil venezolano. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990, de fecha 26/07/1982

<sup>36</sup> DÍAZ GARCÍA, A.: *Acceso a la Administración de Justicia a través de las Nuevas Tecnologías. Op. Cit.* [Consulta: 2011, noviembre, 22]

<sup>37</sup> BUITRAGO, Mariana: "La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el derecho venezolano". En *Revista Derecho y tecnología* N° 10. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. P. 103.

*desplazamiento del soporte físico del documento objeto de la notificación*<sup>38</sup>.

En el mismo orden, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, ha permitido que en los procedimientos de amparo constitucional la notificación para la celebración de la audiencia constitucional pueda realizarse "*mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio*"<sup>39</sup>, con la finalidad de dar cumplimiento a los principios de brevedad, economía y celeridad que informan a éste tipo de procedimiento de tutela constitucional.

Ahora bien, en Venezuela para que la notificación electrónica ofrezca las garantías de seguridad y confiabilidad que el proceso judicial amerita, se requeriría el diseño de un programa por medio del cual el poder judicial, a través del tribunal, emita el mensaje contentivo de la notificación y determine en qué momento el correo fue abierto y leído, pues ésta sería la constancia que el funcionario del tribunal consignaría al expediente para dejar fecha cierta de la práctica de la notificación electrónica<sup>40</sup>.

De igual forma, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, ha dado pasos agigantados importantes en la modernización e introducción de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia con la implementación del sistema *iuris 2000*, creado mediante Resolución N° 70 de 27 de agosto de 2004, emanada de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura<sup>41</sup>, cuyo artículo 8 dispuso que los jueces que integran el Circuito Judicial, deberán llevar individualmente un libro diario en el cual se asentarán todas las actuaciones procesales, administrativas y de cualquier otra índole, realizadas diariamente, pero añade, que también deberán llevarse dichos asientos mediante "*la impresión de los archivos digitalizados, contenidos en iuris 2000, que deberán compilarse en tomos, bajo serie numérica*"<sup>42</sup>.

Se extrae del referido artículo, que los tribunales que cuenten con el sistema *iuris 2000*, llevarán simultáneamente dos libros diarios, uno en físico que es el libro diario tradicional y otro en digital cuyo contenido debe imprimirse y resguardarse en tomos.

Lo ideal del referido sistema, sería que el libro diario se llevare en forma digitalizada para sustituir por completo el libro diario típico tradicional; no obstante,

<sup>38</sup> CALDERÓN RODRÍGUEZ, Cristián: "Las notificaciones electrónicas judiciales". En *Revista de Derecho Informático*. N° 123. Edita Alfa Redi. Octubre de 2008. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=11094> [Consulta: 2011, noviembre, 25]

<sup>39</sup> Véase sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de fecha 01-02-2000. Expediente N° 00-0010. Caso José Amando Mejía.

<sup>40</sup> PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón: *Buscando hacer posible la notificación electrónica en Venezuela*. Ponencia presentada en el XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática.

<sup>41</sup> Resolución N° 70 de fecha 27-08-2004, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.015 de fecha 03-09-2004

<sup>42</sup> *Id.*

considero que el *iuris 2000* representa un importante avance en la introducción de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia, ya que permite asignar en forma automatizada los casos a cada tribunal, garantizándose la transparencia, es decir, todos los asuntos ingresan a los tribunales a través de la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) y se distribuyen de manera automática, equitativa y objetiva, tomando en consideración la carga de trabajo de cada juez interconectado al sistema en red<sup>43</sup>.

De igual manera se registran el número del expediente, la identificación de las partes y el motivo de la causa<sup>44</sup> lo que facilita el manejo y ubicación rápida del expediente, permitiéndose también su seguimiento a través del sistema *iuris 2000*.

El Tribunal Supremo de Justicia, cuenta también con una página web, en la cual todos los tribunales de la República publican sus decisiones, lo que permite que los justiciables, los abogados y cualquier ciudadano tenga conocimiento de las decisiones que se producen y si bien jurídicamente no quedan notificados a través de la consulta a la página, por lo menos, obtienen información acerca de su caso, constituyendo un importante paso hacia un proceso judicial electrónico en tiempo real.

Venezuela cuenta con herramientas constitucionales y legales suficientes para permitir que las Nuevas Tecnologías penetren en el sistema de administración de justicia para descongestionar en gran medida los despachos judiciales, agilizar las causas, economizar material y evitar formalismos indebidos no esenciales que chocan abiertamente con los valores y principios constitucionales, máxime que ya contamos con un precedente sobre el tema de la notificación vía electrónica en el procedimiento de amparo constitucional<sup>45</sup>.

La introducción de las Nuevas Tecnologías en los procesos judiciales, es un proceso lento, paulatino, que requiere de adaptaciones no solo de los instrumentos legales, de la infraestructura, sino también, de un cambio de mentalidad por parte de la ciudadanía, que se traducen en rompimiento de paradigmas, pero poco a poco, estamos avanzando hacia ello. Un paso importante para iniciar este cambio, sería que el Tribunal Supremo de Justicia permitiese que por vía electrónica se soliciten copias fotostáticas simples y certificadas de los expedientes, de manera que cuando el usuario acuda a la sede física del tribunal lo haga para cancelar los fotostatos y retirar sus copias.

Se requiere concienciación jurídica en el tema informático o cultura informática, para poner en marcha el aparato de la administración de justicia de

43 Tribunal Supremo de Justicia. Nota de prensa de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. 11-06-2003. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=556> [Consulta: 2011, noviembre, 20]

44 Tribunal Supremo de Justicia. Nota de prensa de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Ibid. [Consulta: 2011, noviembre, 20]

45 Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01-02-2000. Expediente N° 00-0010. Caso José Amando Mejía.

la mano con los avances tecnológicos. Iniciar esta tarea no será fácil, porque nos resistimos a los cambios, tenemos muy arraigada la cultura de la justicia formal, caracterizada por expedientes compuestos por resmas de papel. Las Nuevas Tecnologías y las ideas de otros países hermanos, imponen un cambio que seguramente en un futuro y a mediano plazo, se verá cristalizado mediante la capacitación de los funcionarios judiciales para que comprendan el alcance y las ventajas que ofrece el uso de los medios electrónicos en el ámbito jurídico.

#### IV. Conclusiones

1. Venezuela cuenta con un fuerte basamento constitucional, procesal y legal sobre la prueba electrónica para que sea promovida con certitud, así como evacuada y valorada con seguridad y confianza por el órgano jurisdiccional.
2. En virtud de la naturaleza *sui generis* de la prueba electrónica, debe reunir ciertos requisitos de admisibilidad adicionales a los de la prueba tradicional escrita, como son la calidad de los sistemas empleados en su elaboración, la veracidad de la información, su conservación, la cual a su vez involucra su legibilidad y la posibilidad de identificar a los sujetos intervinientes.
3. El control y contradicción de los medios probatorios obtenidos por las nuevas tecnologías, se ejerce a través de los mismos mecanismos que se emplean para las pruebas tradicionales típicas. Por consiguiente, al recibir el mismo tratamiento que la prueba documental, las pruebas obtenidas por medios electrónicos aportadas al proceso mediante documento público o privado, están sujetas a tacha, impugnación, desconocimiento, según sea el caso.
4. La inspección judicial y la experticia son medios probatorios auxiliares que garantizan la eficacia de las pruebas obtenidas a través de las Nuevas Tecnologías, particularmente cuando fuere objeto de tacha e impugnación.
5. El proceso judicial puede desarrollarse en forma electrónica. Para ello, deben diseñarse dos mecanismos fundamentales. En primer lugar, el sistema de firma electrónica digital para los funcionarios judiciales actuantes; y en segundo lugar, un programa que permita practicar las notificaciones electrónicas, garantizando su recepción y lectura por parte del notificado.
6. El siglo XXI y la sociedad globalizada, impone la implementación de las Nuevas Tecnologías en el campo jurídico, mediante la definitiva implementación de procedimientos totalmente electrónicos cónsonos con la era informática que vivimos. Por ello, en un futuro a mediano plazo se avizora un procedimiento electrónico, acorde con la celeridad, economía material y procesal



# Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano

Josué Manuel Contreras Zambrano\*

---

SUMARIO: I. Introducción. 1. Preámbulo constitucional de las nuevas tendencias tecnológicas. 2. Definición de documento electrónico. 3. Definición de firma electrónica. 4. Principios que rigen la firma electrónica. 4.1. Principio de equivalencia funcional. 4.2. Principio de neutralidad tecnológica. 5. Promoción de la firma electrónica y del documento electrónico. 6. Requisitos de admisibilidad. 7. Principio de libertad probatoria. 8. Forma de evacuación del documento electrónico y firma electrónica. 9. Valor probatorio del documento electrónico. 10. Valor probatorio de la firma electrónica. 11. Postura del Tribunal Supremo de Justicia sobre los medios probatorios electrónicos. 12. Casuística en los procesos judiciales llevados por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira. II. Conclusiones.

## Resumen

El presente trabajo versa sobre el valor probatorio del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano, tomando como fundamento, la normativa vigente y las diversas posturas doctrinales sobre el tema. Se hizo un análisis general acerca del documento electrónico y la firma electrónica, su fundamento constitucional, legal, definición, principios, hasta llegar a su forma de promoción, evacuación y valor probatorio en el proceso judicial Venezolano. Asimismo, se hizo un breve comentario acerca de la postura que el máximo órgano rector del Poder Judicial ha tejido sobre el tema probatorio electrónico e igualmente algunas consideraciones sobre casos prácticos de la experiencia jurisdiccional del autor.

---

Recibido: 13/2/2012 • Aceptado: 10/5/2012

\* Abogado egresado de la Universidad Católica del Táchira (1991). Especialista en Derecho Procesal General egresado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Mercantil egresado de la Universidad de Los Andes. Cursante del II cohorte del Doctorado en Ciencias, mención Derecho en la Universidad Central de Venezuela. Juez Titular del Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira. Correo electrónico: josuemmanuelcont01@hotmail.com.

**Palabras claves:** Documento electrónico. Firma Electrónica. Libertad Probatoria. Valoración de la prueba.

### **Abstract**

This work focuses on the probative value of electronic documents and electronic signatures in the Venezuelan judicial process, based on current legislation and doctrinal positions on this issue. A general discussion on the Electronic Document and Electronic Signature was performed, its Constitutional foundation, legal, definition, principles, down to their way of promotion, and probative value in the Venezuelan judicial process. Similarly, mention was made of case studies of judicial experience of the author.

**Keywords:** Electronic document. Electronic Signature. Probation Appraisal of evidence.

## **I. Introducción**

El surgimiento de las Nuevas Tecnologías reviste una importancia significativa para el Derecho y muy particularmente para el Derecho probatorio. Los modernos medios informáticos están al servicio de los abogados, de los jurisdicentes y magistrados, ya que, pueden ser aportados al proceso como medios de prueba.

Dentro de los medios probatorios electrónicos, se encuentra el documento electrónico y la firma electrónica, regulados en Venezuela en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica del año 2001, en la cual se les confiere la misma eficacia probatoria que los documentos escritos. De acuerdo con esta norma, su promoción, control y contradicción se hace conforme a la prueba libre prevista en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 395.

Conforme a dicho marco normativo, se desarrolló una investigación bibliográfica de tipo documental, en la cual, se abordó en profundidad el tema de la eficacia probatoria de los documentos electrónicos y firma electrónica en el proceso judicial venezolano, así como su fundamento constitucional y legal, definición, principios y eficacia probatoria.

### **1. Preámbulo constitucional de las nuevas tendencias tecnológicas**

En el ordenamiento jurídico venezolano, desde hace una década entró en vigencia la Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica (LMDFE), específicamente en el año 2001, reconociendo los medios probatorios electrónicos que van en sintonía con los avances tecnológicos de la informática, telemática y cibernética, cuya relevancia se aprecia en el acervo probatorio, producido en las causas que los justiciables ponen en consideración de los tribunales de

instancia, por razones de cumplimiento, incumplimiento, resolución, rescisión, nulidad y cualquier otro tipo de acción o pretensión, como consecuencia de la discrepancia que hubiere entre las partes contratantes de acuerdo al principio *pro actione*.

En tal sentido, existe correspondencia entre la LMDFE, el Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio, el Código Civil venezolano y por supuesto la Constitución de 1999, la cual, establece en los artículos 108 y 110, la constitucionalización de las modernas tecnologías, otorgando dicho texto fundamental a los organismos públicos, personas naturales y jurídicas, un mandato sobre la utilización de los referidos medios electrónicos<sup>1</sup>.

Asimismo, al sector privado le impone el deber de aportar recursos para el desarrollo de las modernas tecnologías, estableciendo que la ley determinará el modo y los medios para dar cumplimiento a dicha garantía.

## 2. Definición de documento electrónico

En relación con el tema de los medios probatorios, es preciso entrar a conocer qué es un medio de prueba electrónico en el campo de la informática, entendiéndose que, "...*hacen referencia a aquellos medios de prueba relacionados, directa o indirectamente, con las fuentes informáticas*"<sup>2</sup>. Cuando la fuente informática es llevada al proceso, reviste importancia desde la óptica del Derecho probatorio y se convierte en un medio que puede apoyarse de otros medios de prueba, como lo son las inspecciones judiciales y la experticia.

Así las cosas, se observa que el documento electrónico viene a formar parte de los medios probatorios electrónicos, el cual se define como aquél que se encuentra contenido en un soporte informático y que comprende cualquier declaración, representación o manifestación del pensamiento<sup>3</sup>.

Por su parte, la profesora Mariliana Rico (citada por Mariana Buitrago), lo concibe "*como la representación idónea capaz de reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información*"<sup>4</sup>.

Se infiere de lo expuesto, que el documento electrónico es toda información o datos que se puedan almacenar en un soporte electrónico, susceptible de ser transmitido y reproducido a través de un software o programa que pueda ser

<sup>1</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° Extraordinario 5.453. Fecha 24-03-2000.

<sup>2</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, Juan Carlos: *La prueba Electrónica*. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 2004. p. 30.

<sup>3</sup> PARRA QUIJANO, Jairo: *Tratado de la Prueba Judicial*. Editorial ABC. Bogotá D.C. 2003. p. 183.

<sup>4</sup> BUITRAGO, Mariana: "La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las Asambleas de Accionistas en el Derecho venezolano". En: *Revista Derecho y Tecnología* N° 10. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 2008. p. 97.

utilizado como medio de prueba, para demostrar las afirmaciones de hecho en un juicio, tal como lo disciplina el artículo 506 del CPC.

La LMDFE, en su artículo 2, define al documento electrónico o mensaje de datos como "...toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio...". Dicho en otras palabras, el documento electrónico es aquél que recoge cualquier manifestación del pensamiento, cuyo soporte, es un medio electrónico susceptible de valoración probatoria.

### 3. Definición de firma electrónica

Antes de abordar el tema de la firma electrónica, es conveniente precisar lo que se entiende por firma en sentido lato o general. A tal efecto, el concepto de firma se refiere al "*nombre y apellido o título de una persona, acompañado o no de rúbrica... que se pone al pie de un escrito o documento, de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido o para obligarse a lo que en él se dice*"<sup>5</sup>.

También se entiende por firma, según Couture (citado por Mariliana Rico), el "trazado gráfico", que habitualmente contiene "*el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice*"<sup>6</sup>.

Se colige que la firma es la rúbrica estampada por el puño y letra de su autor, que permite otorgarle autoría al documento; por ello reviste importancia desde el punto de vista probatorio, porque la firma puede ser desconocida por su autor o por sus causantes o continuadores jurídicos, en cuyo caso, se abrirá la incidencia procesal correspondiente, tal como lo disciplina el artículo 429 del CPC.

Ahora bien, centrándose en el tema concreto de la firma electrónica, se le define como "*cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita*"<sup>7</sup>.

De las definiciones que preceden, se entiende que la firma busca otorgar autoría y autenticidad al documento, respecto de la persona que lo suscribe y justamente aquí radica la problemática que se plantea con la firma electrónica, en la que no está presente el elemento de la autografía. En Venezuela, este inconveniente ha sido resuelto mediante la aplicación del principio de equivalencia

5 RICO CARRILLO, Mariliana: *Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico*. Ponencia presentada en el IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Editorial Jurídica Santana, C.A. San Cristóbal. 2003. p. 390.

6 RICO CARRILLO, M.: *Ibid.* p. 390.

7 PARRA QUIJANO, J: *Tratado de la Prueba Judicial. Op. Cit.* p. 187.

funcional, concordado con el contenido del artículo 16 de la LMDFE, que señala: "*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...*".

Ahora bien, mediante el principio de neutralidad tecnológica reconoce la ley, el uso de la firma electrónica en forma amplia, dándole valor jurídico independientemente de las características tecnológicas empleadas para firmar<sup>8</sup>.

Es tan importante la firma electrónica desde el punto de vista probatorio, que de ella dependerá la eficacia y efectividad del documento firmado electrónicamente, porque permitirá atribuir su autoría a una persona determinada. Por tanto, si se demuestra la vinculación de la firma con los signatarios, tendrá plena eficacia probatoria.

#### **4. Principios que rigen la firma electrónica**

##### **4.1. Principio de equivalencia funcional**

Conforme a dicho principio, a la firma electrónica se le atribuyen los mismos efectos jurídicos que a la firma autógrafa. La diferencia entre una u otra, estriba en que la primera se "genera a través de medios electrónicos", mientras que la segunda, es la "expresión de la personalidad," por ser del puño y letra de su autor<sup>9</sup>.

Por consiguiente, como su nombre lo indica, equivalencia funcional, es equiparar o hacer equivaler los mismos efectos a ambos tipos de manifestaciones de voluntad, una emitida por escrito (firma autógrafa) y otra emitida en forma electrónica (firma electrónica).

##### **4.2. Principio de neutralidad tecnológica**

La Exposición de Motivos de la LMDFE, consagra dicho principio, al catalogar la ley como "tecnológicamente neutra", en los términos que se indican a continuación: "*No se inclina a una determinada tecnología para firmas y certificados electrónicos, incluirá las tecnologías existentes y las que están por existir*", lo que conlleva al no favorecimiento por parte del Estado de unas tecnologías sobre otras<sup>10</sup>.

El principio es muy claro en que su fin último es mantener la permanencia de la ley en el tiempo, dejando abierta la posibilidad de incluir tecnologías de la

<sup>8</sup> RICO CARRILLO, M. *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Segunda edición. Legis Editores S.A. Bogotá. 2005. p. 201.

<sup>9</sup> MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith: "Valor Jurídico de la Firma Electrónica en el sistema legal Venezolano". En: *Revista Derecho y Tecnología* N° 10. Universidad Católica del Táchira. 2008. p. 159.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 160

actualidad y las que en el futuro pudieran crearse, claro está, que la ley en lo sucesivo debe adaptarse a los requerimientos, exigencias y circunstancia para evitar caer en el anacronismo u obsolescencia de la ley, ya que la misma tiene que adecuarse a las exigencias del hombre que vive en la moderna sociedad del siglo XXI.

## 5. Promoción de la firma electrónica y del documento electrónico

El artículo 1.119 del Código de Comercio, señala: *"En todo lo demás en que no hubiere disposición especial en el presente título, se observarán las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil"*<sup>11</sup>.

Se colige de la norma que antecede, que la tramitación de los procedimientos mercantiles, le son aplicables por vía supletoria, las disposiciones del CPC, pudiendo admitirse y promoverse cualquier género de pruebas que no tengan una regulación expresa en dicho texto procedimental.

En este contexto, el artículo 4 de la LMDFE sobre la promoción y evacuación de los medios probatorios electrónicos -donde se incluye la firma electrónica- señala que su promoción, admisión, evacuación y por ende la valoración, se desarrollará conforme a la sistemática establecida en el CPC, es decir, que se promueve mediante escrito dirigido al tribunal de la causa, su control, contradicción y evacuación se rige por el procedimiento que sobre las pruebas típicas prevé el referido Código.

En cuanto a la incorporación de la prueba al proceso, tomando en consideración que el documento electrónico se encuentra contenido en un soporte electrónico, puede aportarse a los autos mediante un CD, en un papel impreso que vierta *"en idioma natural lo que contiene el soporte electrónico..., en papel impreso extraído de la pantalla, cuando se trate de documentos representativos, o mixtos..."*<sup>12</sup>.

Por consiguiente, el documento electrónico puede ser incorporado al proceso en formato original, cuando se promueve el soporte magnético que lo contiene o en copia cuando se produce su impresión en papel. Para que mantenga su condición de original, el elemento determinante es la inalterabilidad e integridad del documento.

## 6. Requisitos de admisibilidad

El CPC en su artículo 398, dispone: *"Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará*

<sup>11</sup> Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 extraordinaria de fecha 21-12-1955.

<sup>12</sup> PARRA QUIJANO, J.: *Tratado de la Prueba Judicial. Op. Cit.* p. 206

los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes...".

Se desprende de dicho artículo, que los requisitos de admisibilidad de la prueba son la legalidad y la pertinencia. La legalidad hace referencia a que no sea contraria a la ley; de ahí que la "...oposición por ilegalidad va a tener lugar cuando la prueba promovida es contraria a la ley y por tanto no puede ser admitida por el Tribunal..."<sup>13</sup>. La pertinencia, por su parte, "se refiere a la correspondencia o relación entre el medio y el hecho por probar"<sup>14</sup>.

Concatenando las premisas anteriores, se obtiene que el documento electrónico es admisible en el concepto de documento<sup>15</sup>, y en principio, se aplican las condiciones generales de admisibilidad de la prueba, añadiéndole otras específicas, como son la calidad de los sistemas, la veracidad de la información, la conservación del mensaje y la posibilidad de su recuperación, su legibilidad, la identificación de los sujetos participantes, la atribución a una persona determinada en calidad de autor y la fiabilidad de los sistemas empleados<sup>16</sup>.

## 7. Principio de libertad probatoria

La libertad probatoria consagrada en el artículo 395 *ejusdem*, tiene su esencia en el sistema de "*numerus apertus*" (lista abierta), que adopta el CPC de 1986, que representa además, una sabia postura del legislador, pues lo contrario, sería negar "...eficacia probatoria a todos aquéllos instrumentos que el avance científico y técnico alcancen..."<sup>17</sup>. En ese orden de ideas, señala la doctrina que el principio de libertad probatoria tiene dos aspectos: el primero, se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez en libertad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere a que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica<sup>18</sup>, excepto los hechos

13 CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Editorial Jurídica Alva S.R.L. Tomo I. Caracas. 1997. p. 99

14 AUZCÁTEGUI VILLARROEL, Andrea, ORTEGA JURADO, Lisbeth y Anthony DUARTE. *Insuficiencia Probatoria en el Proceso Laboral*. En: VII Congreso venezolano de Derecho Procesal. Rodrigo RIVERA MORALES. (Comp). Editado por Librería Jurídica Rincón C.A. 2007. p. 120

15 RICO CARRILLO, M.: *Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico*. Op. Cit. p. 375.

16 RICO CARRILLO, M.: *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Op. Cit. pp. 105-106

17 AUZCÁTEGUI VILLARROEL A., ORTEGA JURADO L. y DUARTE A.: *La Prueba Electrónica y el Proceso Penal*. Ponencia presentada en VIII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Editorial Librería Jurídica Rincón G. C.A. Barquisimeto. 2008. p. 128.

18 RIVERA MORALES, Rodrigo: "Principios generales del Derecho Probatorio". En: *Revista de Derecho Probatorio* N° 14. Director Jesús Eduardo Cabrera Romero. Ediciones Homero. Caracas. 2006. p. 300.

públicos y notorios que son carentes de prueba, tal como lo preceptúa la parte *in fine* del artículo 506 del CPC.

## 8. Forma de evacuación del documento electrónico y firma electrónica

Una vez que el documento electrónico o la firma electrónica han sido promovidos y admitidos como prueba, la fase siguiente es establecer la forma de su evacuación, para crear en el juez la convicción suficiente para que le otorgue pleno valor probatorio.

Cuando se pretenda probar la autenticidad del documento producido, es posible promover la prueba de inspección judicial, para que el juez con la ayuda de peritos o prácticos forenses informáticos se plantee una mejor convicción y criterio a la hora de hacer la valoración, su finalidad es determinar si se ajusta o no a la realidad de los hechos cuyas afirmaciones se pretenden demostrar. A través de este medio de prueba, se pueden apreciar las garantías y las condiciones en las cuales se encuentra un documento o la fiabilidad de su contenido, de acuerdo con el examen que se pueda realizar al sistema informático generador del documento<sup>19</sup>.

En este contexto, resulta aplicable el artículo 472 del CPC, que prevé la inspección judicial como medio probatorio, a través de la cual, el juez de oficio o a instancia de parte, acuerda la inspección de personas, cosas, lugares o documentos, para verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa. El aspecto fundamental de este tipo de prueba, es que el juez deje constancia de lo que percibe por medio de los sentidos y aplique toda su actividad sensorial en los hechos que se pretenden incorporar, el juez en la inspección judicial deja constancia de un estado de hecho que se pretende hacer valer en el proceso.

La evacuación de la inspección judicial en el tema de los documentos electrónicos tiene por objeto el examen de los medios que han influido en la elaboración de dichos documentos, a través de este mecanismo probatorio el juez aprecia las garantías, condiciones y fiabilidad en que se encuentra el documento, así como su contenido, lo cual debe llevarse a cabo con la ayuda de los prácticos auxiliares de justicia, pues debe recordarse que el operador de justicia no es un experto informático<sup>20</sup>.

En otro orden de ideas, pero alineado con lo expuesto, en el supuesto que el documento haya sido aportado al proceso en forma impresa, la contraparte podría impugnarlo, en cuyo caso, la forma de insistir en hacerlo valer, sería mediante la promoción de la prueba de experticia prevista en el artículo 451 *ejusdem*.

<sup>19</sup> RICO CARRILLO, M.: *Comercio Electrónico Internet y Derecho*. Op. Cit. p. 111.

<sup>20</sup> RICO CARRILLO, M. *Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico*. Op. Cit. p. 384

También cabe plantear aquí, que el juez de oficio puede disponer la realización de la experticia; para lo cual deberá notificar a las partes, de ser posible también en forma electrónica. Sería interesante que la Asamblea Nacional legisle respecto a las notificaciones electrónicas o que la Sala Constitucional legisle en esta materia y como lo señala el Dr. Héctor Ramón Peñaranda Quintero, buscar hacer posible la notificación electrónica<sup>21</sup>, para darle celeridad a los procesos, pues, es ampliamente conocido que muchas veces la paralización de las causas obedece a la pérdida de la estadía a derecho de las partes. La introducción de la notificación electrónica sería una gran contribución a la agilidad o celeridad procesal, acorde con los postulados constitucionales para que se cristalicen definitivamente los principios de economía y celeridad procesal.

Continuando con la valoración de la prueba, en el supuesto que se alegue "falsificación, manipulación o alteración", durante la transmisión del mensaje de datos, puede promoverse también la experticia solicitando la asistencia de un experto informático para determinar la autenticidad, "*momento de emisión del documento, su recepción por el interesado, determinar si el mensaje fue abierto o no y si surgiere la necesidad de descifrar el documento...*"<sup>22</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, debe entenderse que la razón de ser de la prueba pericial, reposa en el hecho que el operador jurídico sólo está obligado a conocer el derecho y la deficiencia de conocimientos en otras áreas distintas a la jurídica es subsanada por los auxiliares de justicia, quienes cuentan con la pericia suficiente para asesorar al juez en una materia específica y tener mejor convicción acerca del asunto bajo su análisis en la causa *sub litis*.

Es importante destacar que la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ha 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 CPC; de lo contrario, se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho a la defensa de las partes<sup>23</sup>.

De verificarse una subversión procesal, se crearía un desequilibrio que a la postre, por vía de consecuencia, desencadenaría en un desorden procesal, que infeccionaría el procedimiento en el recorrido del *iter* procesal, el cual debe ser corregido a tiempo por el jurisdicente, para lograr obtener equilibrio de partes e igualdad ante la ley, tal como lo disciplina el artículo 21 del texto constitucional.

21 PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón: *Buscando hacer posible la notificación electrónica en Venezuela*. Ponencia presentada en el XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática.

22 RICO CARRILLO, M.: *Comercio Electrónico Internet y Derecho*. Op. Cit. p. 110

23 Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC00769 de fecha 24/10/2007

## 9. Valor probatorio del documento electrónico

Uno de los problemas que entraña la prueba electrónica, es su valoración, la cual consiste en *"la actividad que hace el juez para darle su personal alcance a cada prueba"*<sup>24</sup>, esto es, que la valoración es una acción ejecutada por el Juez.

El artículo 4 de la LMDFE, señala que *"los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que los documentos escritos"*, de lo cual se desprende que la ley otorgó al documento electrónico la misma fuerza probatoria que el ordenamiento jurídico le concede a los documentos escritos, a los fines que haga plena prueba de su contenido entre las partes y frente a terceros. Además, añade el referido artículo que *"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..."*.

De acuerdo a lo prescrito en la norma que antecede, se colige que la promoción y evacuación del mensaje de datos, así como el ejercicio de los derechos de control y contradicción se siguen las reglas que para los documentos escritos consagra el CPC, es decir, la impugnación, la tacha y el desconocimiento.

Vale la pena en este contexto, detenerse para revisar el criterio que sobre este tema en específico sostuvo la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, cuando conociendo un recurso de casación explicó la forma de promoción, evacuación y valoración del documento electrónico como prueba libre atípica.

A tal efecto, sostuvo la Sala, entre otros aspectos, que tratándose de un mensaje de datos constituido por una información en soportes electrónicos, era imposible promover su exhibición, en atención a que 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<sup>25</sup>.

Sobre esta afirmación de la Sala, es conveniente precisar que el mensaje de datos, efectivamente puede producirse en juicio, tanto en formato impreso como en su formato original. Dicho supuesto está regulado expresamente en la LMDFE en su artículo 7, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 7: 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

<sup>24</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, J.: *La prueba electrónica. Op. Cit.* p. 52.

<sup>25</sup> Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 24-10-2007, caso DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL C.A contra ROCKWELL AUTOMATION C.A, expediente N° 06-119, R.C. 00769.

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.

La disposición anterior, claramente permite que el mensaje de datos pueda presentarse en su formato original. En este caso, se requiere certificar si el documento electrónico ha sido conservado y si el mensaje ha permanecido 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, 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<sup>26</sup>, en cuyo caso, el informe pericial en su capítulo de conclusiones determinará la fiabilidad e integridad del mensaje, a los efectos que el órgano jurisdiccional pueda otorgarle plena eficacia probatoria.

Ahora bien, si el mensaje de datos fue producido o aportado al proceso en formato impreso, siempre tendrá el valor probatorio de una copia fotostática simple, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LMDFE, valorándose consecuentemente conforme a lo disciplinado en el artículo 429 del CPC.

Es importante advertir que cuando la evacuación de la prueba electrónica se hace con el auxilio o apoyo de otros medios probatorios que la complementan, tales como, la inspección judicial y la experticia, el juzgador debe otorgarle a cada uno de dichos medios probatorios complementarios, el valor que le corresponde y administrarlo con el soporte que en papel fue producido, más aun, el juzgador al momento de otorgarle el justo valor probatorio que por ley le corresponde debe confrontar la inspección judicial o la experticia, según fuere el caso, con el facsímil o copia fotostática adicionada en su oportunidad legal a los efectos de crear mayor convicción y certeza en la valoración de la referida prueba.

En tal sentido, el jurisdicente valorará la inspección judicial, tal como lo dispone el artículo 472 del CPC y la experticia conforme a lo disciplinado en el artículo 451 y siguientes *ejusdem*. El juzgador tiene la potestad orgánica de la función jurisdiccional, que no es otra cosa que administrar justicia, pero, en todo caso el artículo 38 de la LMDFE, dispone que aunque el documento electrónico cuente con certificado electrónico, el mismo no le "confiere la autenticidad o fe pública" que la ley le otorga a los documentos, actos o certificaciones que suscriben los funcionarios públicos.

Por ende, los instrumentos electrónicos se consideran el equivalente de los documentos en soporte de papel y a tenor de lo previsto en el artículo 38 *ibidem*,

<sup>26</sup> Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 24-10-2007, caso DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL C.A contra ROCKWELL AUTOMATION C.A, expediente N° 06-119, R.C. 00769.

se entiende que van a tener el carácter de privados<sup>27</sup>, es decir, que una vez certificada su autenticidad e inalterabilidad se les considera privados.

Por consiguiente, lo determinante para establecer el valor probatorio del documento electrónico, es la forma en que el mismo se aporta al proceso, debiendo distinguirse que si se produce en formato impreso o papel, tendrá el valor probatorio de una copia simple, valorándose de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 4 de la LMDFE en concordancia con el artículo 429 del CPC; si por el contrario, se promueve en formato original, se requiere del auxilio de las pruebas de experticia o de inspección judicial, según el caso, para certificar la inalterabilidad del mensaje, valorándose como un documento privado, según el artículo 38 de la LMDFE.

Si la inspección o la experticia, según el caso, no le merece convicción al juez, éste puede apartarse de ellas, siguiendo el mandato del artículo 1427 del Código Civil<sup>28</sup>, pero debe motivar y argumentar por qué dichos medios probatorios no le brindan convicción al momento de tutelar el derecho. En todo caso, la promoción y valoración de las pruebas se hace siguiendo la sistemática estatuida en la LMDFE, en concordancia con la normativa que para los documentos escritos consagra, tanto el CPC, como el Código Civil.

Como corolario, es importante señalar que todas las pruebas que se creen con los diferentes dispositivos informáticos van a generar documentos electrónicos, sin importar la extensión del archivo con el que se identifique y sean producidos en juicio para que el juez le otorgue el justo valor que merecen<sup>29</sup>.

## 10. Valor probatorio de la firma electrónica

A los efectos de establecer la eficacia y valoración probatoria de la firma electrónica, debe diferenciarse el valor probatorio de la firma electrónica que reúna las condiciones establecidas en el artículo 16 de la LMDFE y las que no las reúnan.

En el primero de los casos, la eficacia probatoria de la firma electrónica se equipara a la de la firma autógrafa, pues, constituye un elemento determinante de la autoría y paternidad del signatario del mensaje<sup>30</sup>. Cabe agregar, además,

27 MONSALVE GONZÁLEZ, K.: "Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano", *Op. Cit.*, p. 168.

28 Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2990 (extraordinaria), de fecha 26-07-1982. Artículo 1427 del Código Civil: "Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello".

29 DÍAZ GARCÍA, Alexander: "Acceso a la Administración de Justicia a través de las Nuevas Tecnologías". *Revista de Derecho Informático*. N° 074. Edita Alfa Redi. Septiembre de 2004. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1059> [Consulta: 2011, noviembre, 17]

30 BELLO TABARES, Humberto: *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas. Venezuela. 2007. p. 937.

que el operario jurídico no debe discriminar entre la firma manuscrita y la electrónica, máxime cuando el artículo 395 del CPC prevé la libertad de prueba.

El artículo 38 de la LMDFE, señala que "*El Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica que certifica, así como la integridad del Mensaje de Datos...*", pero agrega que "*el Certificado Electrónico no le confiere autenticidad o fe pública...*".

Adminiculando la norma transcrita con el artículo 16 *ejusdem*, se desprende que la firma electrónica que reúna las condiciones establecidas en el artículo 16 *ibidem*, será valorada como un instrumento privado, ya que la misma, solo garantiza la existencia e integridad del mensaje, pero no su autenticidad o fe pública.

Sin embargo, cuando el documento electrónico emane de un funcionario público competente, como un juez, notario, registrador o cualquier otro y siempre que exista la previa autorización informática para que dichos funcionarios actúen, pudiera calificarse como público el documento electrónico emanado bajo tales connotaciones<sup>31</sup>.

Por otra parte, si la firma electrónica no fue objeto de desconocimiento, se le reputará como reconocida y sus efectos probatorios se equiparán al documento privado reconocido y hará plena prueba de su contenido, conforme al artículo 1.363 del Código Civil. El mismo tratamiento recibirá, en los casos en que la parte contraria se resista al reconocimiento o guarde silencio procesal<sup>32</sup>.

Vale la pena reseñar que aun cuando el documento electrónico sea incorporado al proceso en formato electrónico, su valoración se hace como si se tratara de un documento en papel, en virtud del principio de equivalencia funcional.

En el segundo de los casos, vale decir, cuando la firma electrónica no cumpla con los extremos requeridos por el artículo 16 *ejusdem*, la eficacia probatoria sería solo un indicio probatorio apreciable por la sana crítica, según lo dispone el artículo 17 *ibidem*<sup>33</sup>.

La sana crítica es uno de los sistemas de valoración de las pruebas, que la doctrina califica como intermedio "*...entre la tarifa legal y la libre apreciación...*"<sup>34</sup>, esto es, que en ella intervienen la lógica, la experiencia y el saber común del juez, que le conduzcan a la plena prueba de los hechos

<sup>31</sup> MONSALVE GONZÁLEZ, K.: "Valor Jurídico de la Firma Electrónica en el sistema legal Venezolano". *Op. Cit.* p.169.

<sup>32</sup> RICO CARRILLO, M.: *Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico*. *Op. Cit.* p. 386.

<sup>33</sup> Artículo 17 de la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica: "*La firma electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica*".

<sup>34</sup> RIVERA MORALES, R: *Las pruebas en el Derecho venezolano*. Cuarta edición. Editorial Librería Jurídica Rincón G. Barquisimeto. 2006. p. 156

controvertidos, constituyendo un elemento muy importante la motivación del juzgador al momento de dictar la sentencia, utilizando los sistemas o métodos de interpretación, a saber: auténtica, judicial, literal, lógica, sistemática, restrictiva, extensiva, analógica, histórica, política, evolutiva y teleológica o finalística<sup>35</sup>.

Así las cosas, armonizando las normas anteriormente expuestas, si alguna de las partes aduce algún defecto en la firma electrónica, deberá demostrarlo, pues, en principio, la misma goza de presunción de validez. Si se demuestra la ineficacia, el juez deberá valorar la firma electrónica conforme a las reglas de la sana crítica, que le permiten al operador jurídico sobre la base de su experiencia y lógica, examinar la prueba aportada al proceso adminiculándola con las pretensiones de las partes.

Por consiguiente, quedará a cargo del juez apreciar el valor probatorio de la firma electrónica generada por sistemas informáticos del mismo signatario, tomando en cuenta entre otros, la calidad del sistema informático utilizado, es decir, la confianza que le ofrezca la transmisión, pues, en éste caso el documento debe valorarse como privado<sup>36</sup>.

## 11. Postura del Tribunal Supremo de Justicia sobre los medios probatorios electrónicos

Se considera importante mencionar algunas decisiones dictadas por el máximo Tribunal de la República, en las cuales adopta su posición sobre la eficacia y valor probatorio de los medios electrónicos. Entre ellas, vale la pena referenciar la sentencia de la Sala Constitucional de carácter vinculante, de fecha 09 de julio de 2010, exp. N° 10-0224, que sobre el valor probatorio de las decisiones obtenidas del sistema *iuris* 2000, estableció que las decisiones judiciales obtenidas a través de dicho sistema, –actual sistema informático del Poder Judicial- serán consideradas copias simples conforme al artículo 429 del CPC<sup>37</sup>.

En virtud del carácter vinculante de la sentencia *ut supra* referida, su aplicabilidad es inmediata para todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. Dicha sentencia está enmarcada en el artículo 4 de la LMDFE, artículos 395 y 429 del CPC, herramientas éstas que el legislador otorgó a los jueces para valorar en el *thema decidendum* la información extraída de la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

La decisión referida, ofrece gran utilidad a los justiciables para aportar al proceso los ejemplares de las decisiones obtenidas de la página web: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve), evitando que la solicitud de copias deba efectuarse en el expediente, contribuyendo a la celeridad procesal.

<sup>35</sup> Sentencia N° 3167 de la Sala Constitucional de fecha 09-12-2002. Exp. 02-2154

<sup>36</sup> RICO CARRILLO, M.: *Función Procesal Probatoria del Documento Electrónico*. Op. Cit. p. 388.

<sup>37</sup> Véase sentencia de la Sala Constitucional con carácter vinculante, de fecha 09-07-2010, exp. N° 10-0224

En igual sentido, se trae a colación otra sentencia de la Sala Civil del alto Tribunal de la República de fecha 24 de octubre de 2007, N° RC00769, expediente N° AA20-C-2006-000119, que fijó criterio acerca del documento electrónico, catalogándolo como un medio atípico o prueba libre, proveniente de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste. Añade, que se le considera "*como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba ...*"<sup>38</sup>.

Del comentario que hace la Sala, se desprende el reconocimiento expreso del documento electrónico, entendido como cualquier información grabada en un soporte informático, como sería por ejemplo el mensaje de datos a que alude la LMDFE, evidenciándose la aceptación de los medios probatorios electrónicos por parte del máximo órgano jurisdiccional.

En ese orden de ideas, es necesario comentar la sentencia de la misma Sala, dimanada en fecha 16 de junio de 2011, donde se conoció de un recurso de Casación contra una sentencia producida por el Juzgado Superior Cuarto del Estado Táchira, que declaró con lugar la oposición a una medida cautelar de embargo preventivo por considerar, que la parte intimante pretendió equiparar una inspección judicial *extra litem* a un mensaje de datos y que en su criterio el mismo no podía equipararse ni a un documento público, ni a un documento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, ni como facturas aceptadas, pues carecía de firma electrónica, es decir, que no se subsumía en ninguno de los supuestos del artículo 646 del CPC<sup>39</sup>.

Al respecto, es pertinente acotar que la promoción de la prueba electrónica, conforme se expuso anteriormente, debe efectuarse siguiendo las disposiciones legales previstas, tanto en la LMDFE como en el CPC. Esto implica que en el caso elevado al conocimiento de la Sala Civil, la parte intimante en la incidencia de la oposición a la medida cautelar, debió promover nuevamente una inspección judicial sobre el mismo objeto inspeccionado por vía *extra litem* (inaudita parte), siguiendo la sistemática que a tal efecto prevén los instrumentos legales antes mencionados, con el objeto que el operador de justicia le otorgara a la misma plena eficacia probatoria.

En otras palabras, pero al hilo de lo expresado, la parte intimante en la articulación probatoria prevista en el artículo 602 del CPC, pudo promover una experticia o una inspección judicial dentro del juicio, para demostrar la inalterabilidad del mensaje de datos contenido del estado de cuenta y último

<sup>38</sup> Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24-10-2007. N° R.C. 00769. Exp. N° AA20-C-2006-000119.

<sup>39</sup> Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16-06-2011, exp. N° 2010-000629, caso LABORATORIO CLÍNICO BACTERIOLÓGICO TÁCHIRA C.ZA contra POLICLÍNICA TÁCHIRA HOSPITALIZACIÓN C.A y POLICLÍNICA TÁCHIRA C.A.

pago de honorarios, adjuntándole incluso un CD contentivo del mismo, para que el juez pudiese confrontar el resultado de la experticia con la inspección *extra litem* que le fue presentada como instrumento fundamental, proporcionando de esta manera al juzgador *ad quem* certeza jurídica acerca del contenido del mensaje de datos, para poderlo equiparar a uno de los instrumentos a que alude el artículo 646 del CPC<sup>40</sup>.

Igualmente, es oportuno comentar que el juez (a) de alzada incurre en un error técnico cuando señala que el mensaje de datos no puede ser valorado, entre otras causas, porque no cuenta con firma electrónica. Esta afirmación es inexacta porque la clave que da acceso al mensaje de datos es una firma electrónica simple, lo correcto quizá, era decir que no contaba con firma electrónica certificada por un proveedor de servicios de certificación electrónica.

Por otro lado, también se encuentra la sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 02 de julio de 2010, donde se cuestiona la validez de unos mensajes de datos, reproducidos en formato impreso<sup>41</sup>.

En dicha sentencia, la Sala correcta y acertadamente aplicó el artículo 4 de la LMDFE, que como se ha dicho a lo largo de este trabajo, dispone que el mensaje de datos tendrá la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, y que su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres.

Asimismo, y siguiendo la disposición antes mencionada, afirmó que la información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tiene la misma eficacia probatoria atribuida que las copias o reproducciones fotostáticas, para finalizar con la conclusión más importante al sostener que *"con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática..."*<sup>42</sup>.

El criterio que antecede es la posición acertada y precisa que debió ser asumida por el Tribunal a que se hizo mención en líneas anteriores sobre la eficacia probatoria de la inspección judicial *extra litem*.

40 Artículo 646: *"Si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagarés, cheques, y en cualesquiera otros documentos negociables, el Juez, a solicitud del demandante, decretará embargo provisional de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados. ..."*

41 Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 02-07-2010, N° R.C.N AA60-S-2008-1985, caso Eleudo Ramón pereda Urdaneta contra SUPLIDORA VENEZOLANA C.A (SUPLIVENCA).

42 Sentencia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 02-07-2010, N° RCN AA60-S-2008-1985, caso Eleudo Ramón pereda Urdaneta contra SUPLIDORA VENEZOLANA C.A (SUPLIVENCA).

## **12. Casuística en los procesos judiciales llevados por el Tribunal Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira**

Dada la importancia del presente artículo de investigación, no puede pasarse por alto referenciar algunas experiencias vividas en el citado Tribunal, donde me desempeño como Juez Titular desde hace aproximadamente siete (07) años.

En las causas que ponen los justiciables a consideración y estudio del órgano jurisdiccional, especialmente las relacionadas con los documentos electrónicos y firmas electrónicas, en honor a la verdad, son muy pocos los abogados litigantes que hacen uso de estos medios probatorios, pese a que Venezuela ya cuenta con instrumentos legales que regulan expresamente la sistemática procesal para su promoción, control, contradicción, evacuación y valoración, tal como fue expuesto en el cuerpo de este artículo, en virtud del principio de libertad probatoria, disciplinado en el artículo 395 del CPC.

A continuación se exponen dos casos donde las partes hicieron uso de los medios electrónicos, conforme al principio de libertad probatoria:

1. Expediente N° 20.433 (nomenclatura del Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira), en el cual, la representación judicial de la parte demandada, manifestó haber introducido por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, un recurso de amparo constitucional contra la sentencia emanada de un Tribunal Superior de esta Circunscripción Judicial, cuya decisión, había confirmado la sentencia dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, es decir, que la sentencia, ya había agotado las fases de ejecución voluntaria y forzosa de acuerdo a lo disciplinado en los artículos 524 al 532 del CPC, encontrándose la sentencia firme definitivamente, alcanzando el principio de la cosa juzgada material, por ende, cristalizándose uno de los elementos del principio de inmutabilidad de sentencia.

El apoderado judicial, consignó a los autos una fotocopia simple de la admisión del amparo por la Sala Constitucional, que decretaba además, una medida innominada prevista en el artículo 588 *ejusdem*, de paralización de los efectos del desalojo de un local comercial ante el ejecutor de medidas correspondiente, con la única variable importante, como se dijo arriba, que el Juzgado Ejecutor de medidas ya había ejecutado forzosamente la sentencia.

En este caso, el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, hizo uso de la LMDFE, muy especialmente lo establecido en su artículo 4, ordenando la designación de un funcionario del Tribunal, para que accediera a la página web del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional para verificar la información y tener una mejor convicción sobre las copias producidas. Una vez ejecutada dicha labor, el funcionario ciertamente verificó que la información era fidedigna, la

imprimió y la agregó a las actas procesales. Seguidamente, se libró oficio al Juzgado Ejecutor de Medidas correspondiente, informándole de la medida decretada por la Sala Constitucional, para que surtiera todos los efectos legales subsecuentes, como lo era la paralización de los efectos del desalojo, –como se dijo arriba- de un local comercial.

En el caso expuesto, el Tribunal hizo uso del artículo 7 del CPC, estableciendo el procedimiento a seguir para verificar la información aportada por la parte y aplicando el principio de equivalencia funcional, establecido en el artículo 4 de la LMDFE, le otorgó a las impresiones obtenidas de la página web: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve), el valor probatorio que les corresponde como copias fotostáticas simples, todo de conformidad a lo establecido en el artículo 429 del CPC.

2. En el expediente N° 19.346, en la etapa probatoria el abogado actor solicitó una inspección judicial de la página web: [www.minrelex.gov.co/apostilla](http://www.minrelex.gov.co/apostilla). El Tribunal por auto de fecha 05 de agosto de 2008, admitió la prueba promovida y acordó trasladarse a un cibercafé, de conformidad con lo establecido en el artículo 472 del CPC, en amplia armonía con el artículo 4 de la LSMDFE, para evacuar una inspección judicial sobre el contenido de dicha página, haciéndose acompañar para ello por un práctico forense informático.

El día y la hora fijado para tales efectos, se trasladó y constituyó el tribunal en uno de los cibercafé que fue seleccionado en forma aleatoria, entre tres centros de comunicación aledaños a la sede del juzgado. Una vez *in situ*, el establecimiento facilitó una computadora, se abrió el acto, se dejó constancia de las características del equipo, del hardware y el software, se juramentó el auxiliar de justicia conforme lo establece la parte *in fine* del artículo 476 del CPC, quien acceso a la página web [www.minrelex.gov.co/apostille](http://www.minrelex.gov.co/apostille), correspondiente al portal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, sección de legalización de documentos, a los efectos de emprender la búsqueda de las apostillas, con sus fechas y número, para ser cotejadas con las que reposaban en el expediente. Una vez obtenida la información se ordenó la impresión en físico y se agregó al expediente respectivo.

En este caso, el Tribunal se hizo acompañar de un práctico especialista en informática, el acto alcanzó el principio de legalidad establecido en el artículo 7 del CPC, la prueba fue evacuada en forma idónea, legal y pertinente conforme lo establece el artículo 4 de la LMDFE, otorgándole la misma eficacia probatoria que se le confiere a los documentos escritos.

## II. Conclusiones

Una vez desarrollado el presente artículo, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

1. Se concluye que se entiende por documento electrónico toda información o algoritmo, contenido en un soporte informático intangible o en un software, que puede ser leído por el hombre, a través del cual, se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones; razón por la cual reviste importancia probatoria.
2. Es concluyente igualmente afirmar, que la base constitucional del documento electrónico, se encuentra disciplinada en los artículos 108 y 110 y su fundamento legal se encuentra en el artículo 4 de la LSMDFE.
3. El valor probatorio del documento electrónico en el Derecho venezolano, lo establece el jurisdicente en el *thema decidendum*, una vez precluida la fase probatoria, en la cual, las partes realizan su despliegue conductual en el expediente. Dicha valoración, se efectúa tomando en consideración el basamento constitucional, el fundamento legal contenido en el artículo 4 de la LMDFE y la sistemática procedimental, que a tal efecto, contiene el CPC, la cual se utiliza por vía supletoria en materia mercantil.
4. De acuerdo con el texto de la LSMDFE, el documento electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el ordenamiento jurídico le concede a los documentos escritos, a los fines que haga plena prueba de su contenido entre las partes y frente a terceros.
5. Respecto a la firma electrónica, se concluye, que de acuerdo con la legislación y la doctrina consultada, se entiende como toda información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos que permita atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado. En consecuencia, se aplican los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, propios del comercio electrónico.
6. Cuando la firma electrónica reúne las condiciones a que se refiere el artículo 16 de la LMDFE, su valor probatorio se equipara al de la firma autógrafa; caso contrario, se valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Es decir, que comparte con el documento electrónico el mismo fundamento constitucional y legal.
7. Se determinó, que tanto el documento electrónico como la firma electrónica, tienen un símil en cuanto a su promoción, ya que, su sistemática se rige conforme al principio de libertad probatoria previsto y sancionado en el artículo 395 del CPC. Asimismo, en cuanto a su evacuación, control y contradicción se aplica el principio de legalidad y finalista del acto, previsto en el artículo 7 ejusdem, con el auxilio de otras pruebas típicas como la experticia y la inspección judicial.
8. Es determinante para los resultados del juicio, la forma, modo, lugar y tiempo de la promoción de estos medios electrónicos, su aplicación con mucha certitud y con excelente praxis forense, ya que el juez no puede extraer elementos de convicción distintos a los producidos por las partes en el *iter* procesal, si suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados.

9. Por aplicación del principio de equivalencia funcional, se concluye que si el documento electrónico se produce en formato impreso, se valora como si se tratara de copias o reproducciones fotostáticas
10. El tratamiento jurisprudencial de la firma electrónica en Venezuela, ha sido reiterado y conteste en valorar la firma electrónica conforme a las reglas de la sana crítica. Por ello, los jueces, para valorarla la adminiculan con los restantes elementos probatorios que cursan en las actas procesales.

# El dilema entre el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador y el poder de vigilancia y control del patrono

Yazmin Carolina Useche Castro\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. El poder de dirección y control del patrono sobre la conducta laboral de los trabajadores. 1. Fundamento. 2. Contenido. 3. Límites III. El derecho fundamental a la intimidad en la relación laboral. 1. El derecho a la intimidad. 2. La inviolabilidad de las comunicaciones. IV. El correo electrónico como herramienta de trabajo. 1. El control de las comunicaciones electrónicas por parte del empleador. 1.1. Controles de acceso a sitios web. 1.2. Control sobre el ordenador y otros instrumentos facilitados al trabajador. 2. El uso indebido del correo electrónico como causa de despido justificado 3. Carga de la prueba. V. Conclusiones

## Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar el conflicto que surge en la relación laboral entre el derecho de los trabajadores a la intimidad y al secreto a las comunicaciones y el derecho del patrono a implementar medidas de vigilancia y control sobre la conducta laboral con la ayuda de los medios informáticos, señalando el valor probatorio de los mensajes datos como causal de despido justificado y enunciando las sanciones civiles y penales originadas por la vulneración de tales derechos fundamentales; fundamentando el estudio en el ordenamiento jurídico venezolano, jurisprudencia y Derecho comparado.

**Palabras claves:** Contrato laboral. Intimidad. Vigilancia. Control. Correo electrónico

## Abstract

The goal of this article is to analyze the conflict that arises in the labor relation between the rights of the employees to have privacy and the secret to the

---

Recibido: 16/3/2012 • Aceptado: 10/4/2012

\* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira. Profesor Agregado de la Universidad Nacional Experimental Sur del Lago (UNESUR) en las unidades curriculares Derecho Laboral y Legislación de Empresas Agropecuarias. Investigadora adscrita al Área Económica y Social de UNESUR. Doctoranda en Ciencias mención Derecho Universidad Central de Venezuela-Universidad Católica del Táchira

communications, and the right of the employer to implement surveillance measures and control on the labor conduct with the aid of technical means, by indicating the evidential value of the messages and data as causal of just dismissal, and enunciating the civil and criminal penalties originated by the infringement of such fundamental rights; basing the study on the Venezuelan legal order, jurisprudence and Comparative law.

**Key words:** Labor Contract. Privacy. Surveillance. Control. E-mail

## **I. Introducción**

El uso de la tecnología en el mundo jurídico, bien como herramienta para la simplificación de los procesos administrativos, gerenciales o judiciales, como medio de prueba o como instrumento para la obtención de información, representa desafíos, sobre todo cuando se trata de la defensa de los derechos e intereses de los usuarios.

La protección al derecho a la intimidad, como columna vertebral de los derechos relacionados con la individualidad de la persona (privacidad, secreto a las comunicaciones, libertad de expresión, a la propia imagen, entre otros), ha traspasado las fronteras del mundo real al mundo virtual, al lugar de lo intangible, vulnerándose con la rapidez que caracteriza la evolución tecnológica, sin embargo, el Derecho como ciencia cambiante y ajustada a las necesidades de la sociedad, ha salido al paso con la promulgación de leyes nacionales y normas internacionales para menguar esta situación.

En lo que respecta al Derecho laboral nos encontramos con la concurrencia de los derechos fundamentales del trabajador y del patrono, teniendo que manejar con "manos de seda" la supremacía de unos derechos sobre otros, partiendo de la premisa que el débil jurídico es el trabajador, sin embargo, ello no implica el desconocimiento de los derechos del patrono.

En este artículo se hará un análisis del dilema entre los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador y el poder de dirección y control del patrono sobre la conducta laboral de los trabajadores, explicando cada uno de los derechos desde la perspectiva del trabajador y del patrono, así como las limitaciones, restricciones y prohibiciones de cada uno de ellos y estudiando el uso indebido de los mensajes de datos en el lugar de trabajo como causa de despido justificado.

## II. El poder de dirección y control del patrono sobre la conducta laboral de los trabajadores

Abordaremos el análisis explicando el fundamento jurídico del poder de dirección y control de patrono y las previsiones constitucionales sobre la libertad de empresa

El artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece: *"todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y (...) las leyes..."*. En lo que respecta a la relación entre el hecho social trabajo y la economía, se admite la intervención del Estado a través de la promoción de la iniciativa privada<sup>1</sup>, es decir, a fomentar la libertad de empresa, mereciendo rango constitucional, al tratarse de un derecho fundamental que forma parte de los derechos económicos inherentes a la persona humana, sin embargo, no estamos en presencia de un derecho absoluto, el mismo texto constitucional establece límites al ejercicio del mismo.

Hernández, citado por Yanez<sup>2</sup>, señala que en Venezuela, la libertad de ejercicio de la empresa, se refiere *"al derecho de los operadores privados de explotar la actividad económica conforme a la política comercial por ellos diseñada"*, y que según el español Sebastián Martín-Retortillo Baquer *"el derecho a la libertad de empresa supone la facultad de constituir la empresa y decidir sobre las distintas opciones relacionadas con la actividad económica que desempeña"*; libertad, según García-Pelayo, para decidir sus objetivos y establecer su planificación en función de sus recursos.

Coinciden ambos autores que la libertad de empresa conlleva a la toma de decisiones relacionadas con la actividad comercial a la que se dedica el comerciante, en nuestra legislación "actos de comercio"<sup>3</sup>, es decir, es inherente a la condición de comerciante, por lo tanto, si bien no es absoluta no puede desconocerse para anteponer el derecho del trabajador a la intimidad o privacidad, por ejemplo, porque estaríamos infringiendo otro derecho fundamental como lo es el derecho a la igualdad.

1 ZAA, A (2005). "El uso del Correo Electrónico en la Empresa bajo la perspectiva del Derecho laboral venezolano". Disponible en [www.alfa-redi.org/area\\_tematica.shtml?x=617](http://www.alfa-redi.org/area_tematica.shtml?x=617). Consultado el 21 de Octubre de 2011.

2 YANEZ, M (2005). El correo electrónico en el puesto de trabajo en Venezuela y España: ¿libertad de empresa vs. intimidad? Disponible en [www.servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art11.pdf](http://www.servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art11.pdf). Consultado en la web: 30 de Octubre de 2011.

3 Barboza, E, define el acto de comercio como *"aquel realizado mediante la interposición o la producción en el cambio de bienes o de servicios, lo que determina la circulación de la riqueza y produce generalmente una especulación con dicha actividad, y así mismo, aquellos que de dicha actividad se originan"*. El Código de Comercio venezolano, no define el acto de comercio, se limita a enunciarlos en el artículo 2, pudiéndose incluir otros actos que reúnan las condiciones de periodicidad y ánimo de lucro.

## 1. Fundamento

Compartimos la opinión en relación a la fuente del poder de dirección del patrono sobre sus trabajadores, la cual tiene su fundamento jurídico en el contrato de trabajo<sup>4</sup>.

Si entendemos el contrato de trabajo (verbal o escrito), como la materialización de la relación de trabajo<sup>5</sup>, es decir, el vínculo jurídico que une al patrono con el trabajador y del cual se originan mutuas pretensiones (deberes y derechos), la vigilancia y control de la prestación de servicios del trabajador se incluye en el ámbito del poder de dirección del patrono de comprobar y verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador<sup>6</sup>, todo ello, como consecuencia de la subordinación debida por al trabajador a su patrono durante la jornada de trabajo, entendiéndose ésta como el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición de su patrono y sus actividades están limitadas a la prestación del servicio<sup>7</sup>.

Además, para la elaboración del contrato de trabajo se requiere el acceso del empresario a datos personales del trabajador<sup>8</sup>, los cuales deben ser sólo utilizados para asuntos inherentes a la relación de trabajo, por ejemplo: inscripción en el Seguro Social Obligatorio, incorporación a la póliza de seguro de la empresa, resultados de exámenes de sangre requeridos para la manipulación de alimentos, entre otros, información que deberá ser resguardada por el empleador e impedir su divulgación o publicación, sin autorización del trabajador.

## 2. Contenido

El poder de dirección del empresario no es ilimitado, prevalece el criterio de la advertencia por parte del patrono hacia sus trabajadores de la existencia de mecanismos de control y vigilancia en el lugar de trabajo, a través de la publicación en las carteleras informativas, correo electrónico, contrato de trabajo; si bien no de la ubicación y hora del control, sino de la existencia misma del procedimiento,

4 SUAREZ, A (2001). "El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores", Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-228, tomo 6, Editorial LA LEY.

5 El artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, define el contrato de trabajo como aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración. Se infiere de la definición que no es necesaria la existencia de un documento escrito para comprobar la relación laboral, basta que se den los supuestos consagrados en el Artículo 65 del mismo texto legal.

6 SUAREZ, A (2001), *ob.cit.*

7 Artículo 189 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 5.152 del 19 de Junio de 1997.

8 RODRIGUEZ, M (2004): "Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo", Diario La Ley, N° 6033, Sección Doctrina, 4 Jun. 2004, Año XXV, Ref. D-127, Editorial LA LEY.

para garantizar la dignidad del trabajador<sup>9</sup> y revestir de legitimidad estos procedimientos al ser de conocimiento del trabajador, el cual si llegare a incumplir alguna de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo a sabiendas de que el patrono contará con medios de prueba en su contra que le servirán para sancionarlo, suspenderlo o incluso podría considerarse causa justificada de despido<sup>10</sup>, según la gravedad de la falta, este asuma la responsabilidad de sus actos.

A este respecto la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha manifestado, al establecer que cuando el trabajador sea objeto de medidas de vigilancia, deberá ser informado de antemano de las razones que lo motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y las técnicas utilizadas y de los datos que serán copiados<sup>11</sup>, todo ello con la firme intención de fijar una posición de rango internacional y de cumplimiento obligatorio para los países miembros, de limitar la intervención del patrono en la privacidad e intimidad del trabajador, convirtiéndose el poder de vigilancia y control en acoso e intimidación, desvirtuándose la finalidad de la facultad concedida al empleador de tener un seguimiento de la conducta laboral del trabajador.

El patrono pudiera llegar a intervenir los teléfonos, leer el correo electrónico y controlar las pantallas de los ordenadores, analizar el comportamiento del ordenador y del teclado, para vigilar el acceso a la web y el tiempo de conexión y controlar cada movimiento del trabajador mediante cámaras de vigilancia<sup>12</sup>, sin embargo, si estas acciones no son previamente informadas al trabajador para que esté en cuenta de ellas y manifestar su conformidad o no, y empero a ello son puestas en práctica, el patrono deberá asumir la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar por desconocer los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del trabajador.

Respecto al lugar de realizar el control, se debe respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores en "*las zonas del centro de trabajo como vestuarios, servicios y análogos, donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional*"<sup>13</sup>, en caso contrario se está invadiendo el espacio personal del trabajador. Finalmente es necesario destacar que el poder de control va dirigido a la prestación del servicio, a la actividad o tarea que realiza el trabajador, a comprobar si se está haciendo la labor de la manera estipulada en el contrato de trabajo.

9 AUVERGNON, P (2005): "Poder de dirección y respeto a la persona asalariada". *Relaciones Laborales*, Nº 19, Sección Monografías, Octubre 2005, Año XXI, pág. 139, Tomo 2, Editorial LA LEY.

10 ZAA, A (2005): *Op. cit.*

11 ZAA, A (2005): *Op. cit.*

12 BRENNAN, R (2009): "Los ciudadanos de cristal. Vigilancia, privacidad y derechos humanos". Disponible en [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=16074](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=16074). Consultado en la Web: 28 de Octubre de 2011.

13 RODRIGUEZ, M (2004): "Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo". *Diario La Ley*, Nº 6033, Sección Doctrina, 4 Jun. 2004, Año XXV, Ref. D-127, Editorial LA LEY.

### 3. Límites

Ante la interrogante, ¿prevalece el poder de dirección del patrono sobre la intimidad del trabajador o viceversa?, existe una gran discusión a nivel doctrinal y jurisprudencial, algunos consideran que debe analizarse este conflicto mediante la ponderación de principios fundamentales y el test de razonabilidad en cada caso concreto<sup>14</sup>. No obstante, consideramos que ninguno de los dos derechos puede anteponerse sobre el otro, debe existir un equilibrio entre ambos, estableciendo mecanismos de control que permitan evitar perjuicios por su uso inadecuado<sup>15</sup> y considerando el poder de vigilancia y control no sólo como regulador y sancionador de la conducta del trabajador, sino además como mecanismo para garantizar su protección integral, es decir, el patrono está obligado a asegurarle al trabajador que la prestación del servicio se ejecutará en un ambiente adecuado, seguro e higiénico con el fin último de disminuir de ésta manera el riesgo laboral y es a través de ese poder de dirección que puede establecer los mecanismos para garantizar esas exigencias.

### III. El derecho fundamental a la intimidad en la relación laboral

#### 1. El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se refiere a la no injerencia<sup>16</sup> por parte de terceros de lo que somos, hacemos, pensamos y creemos, entiéndase todo aquello que forma parte del espacio personal del individuo, aquello que le pertenece en su esencia y no está disponible, sino sólo para aquellos a quienes decida por voluntad propia permitir su acceso.

Apropiadamente Rodríguez<sup>17</sup> considera que el derecho a la intimidad es un derecho genérico, el cual contiene una "constelación de derechos", relacionados con la dignidad de la persona, considerados además derechos fundamentales, entre los cuales podemos mencionar el derecho al honor, a la libertad de expresión, a la propia imagen, confidencialidad y reputación, consagrados en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos<sup>18</sup>.

14 BRENNA, R (2009): *Op. Cit*

15 BRENNA, R (2009). *Ob. cit.*

16 RODRIGUEZ, M (2004): *Op. cit.*

17 RODRIGUEZ, M (2004): *Op. cit.*

18 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N 36.860 del 30 de Diciembre de 1999

Observamos que es de rango constitucional la limitación al uso de la informática para garantizar el respeto a la intimidad de la persona, por lo tanto, goza éste derecho de la tutela del amparo constitucional.

En este mismo orden de ideas, continúa el autor citado analizando la posibilidad de que el patrono pudiere llegar en determinadas circunstancias captar y difundir la imagen del trabajador, puntualizando que sólo será aceptable cuando la situación y las circunstancias así lo ameriten, teniendo como punto de partida la conducta del trabajador y los términos del contrato de trabajo.

## **2. La inviolabilidad de las comunicaciones**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Artículo 48 consagra la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas: *"se garantiza el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas..."* sin que en ningún caso haya la posibilidad de *"ser interferidas sino por orden de un tribunal competente..."*.

La garantía constitucional del secreto a las comunicaciones es muy precisa, se refiere a las comunicaciones privadas, quedando excluidas de la protección aquellas que tengan la condición de ser públicas o de conocimiento público, sin embargo, el precepto constitucional es amplio al referirse a cualquier forma en la cual se presente la comunicación privada, entendiéndose que abarca las comunicaciones electrónicas.

Es necesario puntualizar que el derecho al secreto a las comunicaciones, como derecho fundamental que es no es absoluto, toda vez que está sujeto a excepciones, pero con sujeción a las normas legales. Las principales excepciones se fundamentan en circunstancias derivadas de la prevención o persecución de un delito y razones de Estado o de seguridad pública, en estos casos, el Derecho venezolano exige como requisito necesario para la interceptación de las comunicaciones, la intervención judicial.

De esta misma forma, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>19</sup> protege el secreto de las comunicaciones al establecer en su artículo 1 que *"esta Ley tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación –en todos los aspectos de la vida cotidiana... sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes"*<sup>20</sup>. En lo que respecta a la consideración de delito el desconocimiento de la inviolabilidad del secreto a las comunicaciones el Código Penal venezolano, en el Capítulo V "De los delitos contra la inviolabilidad del secreto", el artículo 186 establece lo siguiente: *"el que indebidamente abra alguna carta, (...) que no se le haya*

<sup>19</sup> Ley Orgánica de las Telecomunicaciones. Gaceta Oficial No. 36.970 del 12 de Junio de 2000.

<sup>20</sup> ZAA, A (2005): *Ob. cit.*

*dirigido, o que indebidamente lo tome para conocer su contenido, será castigado con arresto de ocho a veinte días". Todo esto en concordancia con el artículo 21 de la Ley contra delitos informáticos, que protege la violación de la privacidad de las comunicaciones, al establecer que "el que mediante el uso de las tecnologías de la información, accede, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine, cualquier mensaje de datos (...) o comunicación ajena, será castigado con prisión de 2 a 6 años..."<sup>21</sup>*

#### **IV. El correo electrónico como herramienta de trabajo**

##### **1. El control de las comunicaciones electrónicas por parte del empleador**

El correo electrónico desde su aparición se ha convertido en una herramienta de comunicación eficaz dentro de las instituciones públicas y privadas<sup>22</sup>, procurando la celeridad de la información y el ahorro de tinta y papel, sin embargo, el uso de la mensajería de datos ha traído consigo algunas disyuntivas relacionadas con el secreto a las comunicaciones o a la injerencia sobre el "espacio virtual"<sup>23</sup> del trabajador, específicamente a la facultad que tiene el empleador de revisar las carpetas de archivos contenidos en los ordenadores y servidores propiedad de la empresa.

En la función de control de las comunicaciones electrónicas se distinguen dos supuestos, el control de acceso a sitios web y el control de la mensajería electrónica a través de inspecciones realizadas sobre el ordenador y otros instrumentos suministrados por el patrono para facilitar las comunicaciones electrónicas de sus trabajadores.

##### **1.1. Controles de acceso a sitios web**

El primero supuesto se refiere a la vigilancia y control empresarial indirecto a través de la verificación del acceso por parte del trabajador a páginas web no relacionadas con la prestación del servicio o envío de correos electrónicos a destinatarios ajenos a la empresa. Al respecto, compartimos la opinión de la doctrina judicial española que ha admitido que cabe el registro del servidor con la finalidad de descubrir las conductas que representan un perjuicio sobre el sistema,<sup>24</sup> propiedad del empleador y que pudiere afectar no solo el rendimiento

<sup>21</sup> ZAA, A (2005): *Op. cit.*

<sup>22</sup> CASTRO, A (2002): "El uso legítimo del correo electrónico" Disponible en : [www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml](http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo.shtml). Consultado el 27 de Octubre de 2011.

<sup>23</sup> MUÑOZ, A (2005): "Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías", n° 23, Sección Bibliografía, Quincena del 8 al 23 Diciembre.

<sup>24</sup> MUÑOZ, A (2005). *Ob. cit.*

o productividad laboral del trabajador sino el abrir un espacio para la introducción de virus al sistema o usurpación de información confidencial de la organización.

### **1.2. Control sobre el ordenador y otros instrumentos facilitados al trabajador**

El segundo supuesto se refiere a los casos en los que la actividad de vigilancia tiene por objeto directo el conocimiento del disco duro, la memoria del terminal empleado por el trabajador. En este supuesto, entrarían en conflicto el derecho del empleador de vigilar y controlar la conducta laboral y el secreto a las comunicaciones del trabajador. Consideramos que el poder de vigilancia y control solo debe limitarse a interceptar cualquier mensaje de datos que no sea inherente o conexo con la prestación del servicio, sin que ello implique el tener acceso al contenido del referido mensaje, teniendo como fundamento esta intromisión el conocimiento previo del trabajador de las normas para el uso del correo institucional y de la prohibición de su uso para asuntos personales no relacionados con la organización. En este mismo orden de ideas, señala Cuervo<sup>25</sup> que el correo habilitado por el empresario con un destino estrictamente profesional no puede ser utilizado con fines particulares, sin embargo, enfatiza que el empleador solo puede limitarse a impedir su uso, pero no a controlar su contenido, en caso contrario sería ilegítimo.

Debemos aclarar que los supuestos precedentemente explicados, se refieren al uso del correo electrónico institucional. En lo que respecta al correo particular del trabajador, no es permitida la intromisión por parte del empleador debido a que se darían los supuestos de una transgresión de los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad y secreto a las comunicaciones, así como todos aquellos que deriven de éstos, lo que si pudiere hacer el empleador es prohibir o restringir su utilización en horas de trabajo, incumplimiento que estaría tipificado dentro de las faltas laborales con la graduación que se estimase oportuna<sup>26</sup>.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas electrónicas<sup>27</sup>, se entiende por mensaje de datos: *"Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio"*. En el ámbito penal, la Ley contra Delitos Informáticos tipifica como delitos contra la privacidad de las personas y las comunicaciones, la violación de la privacidad de la data o información de carácter personal que se encuentre en un sistema que use tecnologías de información, la violación de la privacidad de las comunicaciones

<sup>25</sup> CUERVO, J (2011). "Privacidad del correo electrónico del trabajador". Disponible en <http://www.informatica-juridica.com>. Consultado en la Web el 26 de Octubre de 2011.

<sup>26</sup> CUERVO, J. *Ob, cit.*

<sup>27</sup> Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148 de fecha 28 de febrero del 2001.

y la revelación indebida de datos o información obtenidos por los medios descritos anteriormente.

Los dos primeros hechos punibles, se refieren a la posibilidad que tiene el empleador de revisar las conversaciones y envío de datos de los trabajadores cuando éstos utilizan como medio el sistema propiedad del empleador. La tercera conducta delictiva se refiere al supuesto que el dueño de un sistema venda información personal de los usuarios del sistema con fines de comercialización y obtenga un beneficio económico con ello.

Muchos autores priman la protección del derecho a la intimidad del trabajador dentro del correo electrónico sobre el derecho de los empresarios<sup>28</sup>. Sin embargo, consideramos que en nuestros días, cualquier persona tiene a su alcance diversas posibilidades para la apertura de una cuenta de correo electrónico gratuita, así como el acceso a la misma a través de su computador personal, teléfono celular o centros de comunicaciones que ofrecen el servicio a un precio asequible, es por ello, que en nuestra humilde opinión es reprochable que el trabajador utilice las cuentas de correo asignadas en su trabajo para fines personales, además de incumplir con sus obligaciones laborales, puede poner en peligro la seguridad de la empresa a través de la red corporativa, al enviar o recibir mensajes que contengan virus o que capten información confidencial.

## **2. El uso indebido del correo electrónico como causa de despido justificado**

La utilización del correo electrónico por parte de los trabajadores para fines distintos a la prestación del servicio, contemplados en el contrato de trabajo, representan una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en el trabajo<sup>29</sup>, por lo tanto, tales hechos imputables a la persona del trabajador constituyen una causa justificada de despido, fundamentada en la Ley Orgánica del Trabajo venezolana<sup>30</sup>, artículo 102 literal "g": "... *perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las máquinas, herramientas y útiles de trabajo...*", el computador y el servicio de Internet e Intranet que el empleador asigna al trabajador para la ejecución de la labor es considerado herramienta de trabajo, por lo tanto, si el trabajador a través de esta herramienta lleva a cabo una conducta dolosa o inexcusable y es vulnerada la seguridad de la empresa o del resto de los trabajadores, ocasionando un grave perjuicio, pudiera configurarse la causal de despido, advirtiendo que estos supuestos deben ser probados.

Asimismo, pudiese basarse el despido en el literal "i" del artículo citado: "*falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo*", teniendo

28 CASTRO, A (2002): El uso legítimo del correo electrónico, *Ob. Cit.*

29 SUAREZ, A (2001). "El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores". *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-228, tomo 6, Editorial LA LEY.

30 Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria 5.152 del 19 de junio de 1997.

en cuenta que la obligación principal del trabajador que se desprende de la interpretación del artículo 65 de la ley citada, es la prestación del servicio personal, por lo tanto, si durante la jornada de trabajo el trabajador no cumple con sus obligaciones y en su lugar atiende asuntos personales, estaría incurso en la causal de despido.

Tomando como referencia las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con respecto a la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009<sup>31</sup>, en la búsqueda de los medios probatorios de la falta cometida por el trabajador por el uso indebido del correo electrónico en el lugar de trabajo durante la jornada laboral, no pueden vulnerarse derechos fundamentales como la intimidad y el secreto a las comunicaciones, en caso contrario, se viciaría la prueba y no pudiera ser apreciada en su justo valor por el juzgador.

En el Derecho comparado encontramos que en América Latina y en Europa, particularmente en Argentina, Uruguay, Chile, el Tribunal Constitucional Peruano, la Corte de Casación Francesa y el Tribunal de Trabajo de Bruselas coinciden que el control del empleador sobre el uso del correo electrónico del trabajador en el lugar del trabajo está restringido a la interceptación del mensaje cuyas características presupongan un uso indebido (para fines no laborales) pero nunca a su contenido<sup>32</sup>, contrariamente en Inglaterra y Estados Unidos de América, donde el marco jurídico y la jurisprudencia se ha pronunciado en favor del control empresarial del correo electrónico de los trabajadores y el acceso al contenido de los mismos<sup>33</sup> estableciéndose ciertas pautas y principios básicos a seguir, exigiéndole al empleador la divulgación de la existencia de los controles.

De otro lado, la jurisprudencia española no es uniforme sobre la materia, en algunos casos se ha pronunciado a favor del control sobre el contenido de los correos electrónicos y de la procedencia de los despidos motivados por esta causa, sin embargo, existen también sentencias judiciales que resuelven de forma contraria<sup>34</sup>.

En resumen, es permitido el control empresarial sobre el uso del correo electrónico en el lugar de trabajo, cuando es suministrado por el empleador a través de un ordenador considerado como herramienta de trabajo para la prestación del servicio para el cual se le contrató, con la limitación de no menoscabar los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto a las comunicaciones y de poner en conocimiento al trabajador de que estará sujeto a esos controles.

<sup>31</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de la Competencia: unas brevísimas consideraciones al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009.

<sup>32</sup> BRENNNA, R (2009): Los Ciudadanos de Cristal. Vigilancia, privacidad y derechos humanos, *Ob. cit*

<sup>33</sup> BRENNNA, R (2009): *Ob. cit.*

<sup>34</sup> BRENNNA, R (2009): *Ob. cit*

### 3. Carga de la prueba

Es pertinente señalar que la carga de la prueba por la infracción cometida por el trabajador corresponde al patrono. La importancia de la prueba es tal, que al plantearse la violación de una norma o la lesión a los derechos de un ser humano, la falta de elementos probatorios que permitan probarlas harían ilusa la reivindicación, todo ello fundamentado en el principio general del Derecho de que todo lo alegado debe ser probado<sup>35</sup>.

En cuanto a los medios de prueba, hemos de destacar que el proceso laboral venezolano rige el principio de la libertad probatoria<sup>36</sup> con lo cual se le facilita a las partes la forma de hacer valer sus pretensiones, siempre y cuando no estén prohibidos por la ley y sean pertinentes con los hechos alegados.

Como señala Rivera, citando a Devis Echandía, el principio de libertad probatoria tiene dos aspectos, a saber: libertad de medios calificando el juez su pertinencia a través de la sana crítica y libertad de objeto, es decir, que tenga relación con el proceso<sup>37</sup>.

Si fuere el caso de promover y evacuar como prueba un correo electrónico enviado por el trabajador, es de tener en cuenta que tango la legislación como la doctrina mayoritaria considera incluidos estos soportes dentro de la prueba documental y tratándose de un documento privado, el documento electrónico es admisible en el marco de los instrumentos, archivos, asientos o papeles privados<sup>38</sup>, por lo tanto, deberán cumplirse los extremos de Ley para la promoción y evacuación de las pruebas documentales, de igual manera lo establece el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas electrónicas<sup>39</sup>. En estos casos es importante recordar que en la búsqueda de los medios probatorios de la falta cometida por el trabajador por el uso indebido del correo electrónico, no pueden vulnerarse los derechos fundamentales como la intimidad y el secreto a las comunicaciones, tal como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia citada anteriormente.

35 GONZÁLEZ A Y GONZÁLEZ A (2003). *Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Comentada y concordada con jurisprudencia*. Ediciones Liber. Caracas. Venezuela.

36 Artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial no. 37.504 del 13 de Agosto de 2002.

37 RIVERA, R (2007): "Los medios informáticos: tratamiento procesal" Disponible en [www.puj.edu.co/archivos/20\\_451\\_rrivera\\_medios\\_informaticos.pdf](http://www.puj.edu.co/archivos/20_451_rrivera_medios_informaticos.pdf). Consultado en la Web: 10 de Noviembre de 2011.

38 RICO, Mariliana (2001). "Documento Electrónico y Prueba". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho y Telecomunicaciones, UCAT.

39 Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148 de fecha 28 de febrero del 2001

## **V. Conclusiones**

1. La protección del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador, así como la de aquellos derechos que giran alrededor de éstos, tiene como finalidad primordial el respeto a la vida privada, en el espacio real y virtual de la persona, sin desconocer el poder de control y vigilancia del patrono sobre la conducta laboral de sus subordinados.
2. Ambos sujetos de la relación laboral (patrono y trabajador) en el ejercicio de sus derechos, tienen límites establecidos en la Constitución y las leyes, los cuales son desarrollados en las normas internas de cada organización, instando a su divulgación para ser del conocimiento de todos, necesariamente cuando se refiere a la implementación de mecanismos de vigilancia y control sobre el trabajador durante la jornada de trabajo para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, para evitar una intromisión en la vida personal del trabajador.
3. El bien jurídico constitucionalmente protegido como lo es la intimidad y el secreto a las comunicaciones, no requiere que exista una sustracción física de papeles o cartas, como si se tratara de un correo postal sino que bastaría con la interceptación del mensaje de datos, sin que sea necesario el conocimiento del contenido por parte del interceptor, para que se cometa un delito informático penalizado con penas privativas de la libertad y patrimoniales.
4. Para mantener un respeto mutuo entre los sujetos de la relación laboral, se deben llegar a acuerdos relativos al uso de la tecnología en el lugar de trabajo, esencialmente cuando ésta sea una herramienta suministrada por el patrono para el cumplimiento de la labor, dándole a los trabajadores información clara y precisa sobre el uso correcto de las mismas y su eventual control y sanción por parte del patrono, dándole legitimidad tales acuerdos la aceptación voluntaria de ambas partes.



# La protección de datos personales en Internet y el habeas data

Juan Carlos Hernández\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de datos personales en Internet y los derechos fundamentales. 1. Regulación en Europa 2. La regulación en los Estados Unidos de América. III. Protección de datos personales dentro del modelo de Estado democrático 1. Derecho a la información versus protección de datos personales. 2. Protección de datos personales, autodeterminación informativa y habeas data. IV. Avances en la protección de datos personales en América Latina. 1. Marco jurídico de protección 2. La situación de Venezuela en materia de protección de datos personales. V. Métodos de protección. 1. Principio constitucional. 2. Protección penal. 2.1. Protección de la Ley contra delitos informáticos 2.2. La protección a la privacidad de las comunicaciones a) Principios de aplicación general b) Régimen de excepciones. 3. Habeas data. Garantía constitucional y eficacia procesal VI. Justificaciones y principios para que se cree una legislación en Venezuela sobre protección de datos personales VII. Conclusiones

## Resumen

El presente artículo ofrece un análisis del tema relacionado con la protección de datos personales en Internet. Los objetivos se centran en analizar el estado de la regulación jurídica de algunos países de la Unión europea, Estados Unidos de América y Latinoamérica, con especial atención al caso de Venezuela, donde, a pesar de incluirse en la Constitución el habeas data y en algunos textos legales normas que regulan la privacidad de datos, no existe una ley especial orientada a regular esta materia, situación que ha producido una constante manipulación y transmisión de datos personales y una violación a este importante derecho fundamental.

**Palabras clave:** Protección de datos personales. Privacidad. Internet. Habeas data.

Recibido: 29/3/2012 • Aceptado: 20/4/2012

\* Abogado Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (UCAB), Defensor Público con competencia penal. Doctorando en Derecho, Universidad Central de Venezuela - Universidad Católica del Táchira. drjcarloshernandez\_1@hotmail.com.

### Abstract

This article studies the protection of personal data on the Internet. The main goals are focused on analyzing the status of the regulation of some countries in the European Union, United States of America and Latin America, with special attention to the case of Venezuela, where, despite the inclusion of habeas data in the Constitution and some laws that govern privacy, there is no special law aimed at regulating this area. This situation causes a constant manipulation of personal data and violations of this fundamental right.

**Keywords:** Protection of personal data. Privacy. Internet. Habeas data.

## I. Introducción

El tema objeto del este estudio pretende efectuar un análisis sobre la protección de datos personales y los derechos fundamentales. Se aborda el mismo a partir de la visión del Derecho comparado en particular con referencia a la manera cómo se ha venido regulando en los países de la Unión europea, en Estados Unidos de América, en el ámbito latinoamericano y, por último, la necesidad de crear en Venezuela una legislación que regule de manera específica la privacidad en cuanto a la protección de datos personales, disponiéndose los mecanismos de orden legal y procesal para ofrecer las garantías y la debida protección a los datos personales. El método utilizado ha sido la investigación documental a nivel descriptivo y comparativo sobre lo que han afirmado los autores con autoridad en la materia y lo que han dispuesto las leyes y la jurisprudencia.

En tal sentido, se hace una descripción de los aspectos relacionados con los derechos fundamentales en atención a la privacidad, entendiéndolo en sus tres aspectos fundamentales: el primero, el derecho a disfrutar de una vida privada libre, sin interrupciones o intrusiones indeseadas; el segundo, el derecho a comunicarse libremente con cualquier persona sin el temor a ser vigilado; y tercero, el derecho a controlar el acceso de la información personal.

No es paradójico considerar que dentro de este aspecto de la privacidad, coexisten los derechos de la intimidad personal y familiar, el honor, la dignidad de la persona, la honra, propia imagen, en fin, la base o estructura y perfil que tiene toda persona. De modo que, la injerencia o intrusiones arbitrarias o la transmisión de sus datos personales sin la autorización de sus legítimos titulares, supone una violación a las garantías constitucionales de los mencionados derechos.

Es de destacar que los países de la Unión Europea le han dado prevalencia al tema de la privacidad, inclusive más allá de los intereses comerciales de las empresas, con el propósito de salvaguardar y proteger los derechos y libertades

de las personas físicas, en particular del derecho a la intimidad y la libre circulación de datos personales, derechos consagrados en las Constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por el contrario, Estados Unidos de América, ha permitido la introducción de políticas propias de autorregulación de las empresas, ha confiado de alguna manera en éstas a objeto de fomentar el comercio electrónico para que se difunda no solamente nacional sino internacionalmente. Con esto podemos afirmar que los Estados Unidos han adoptado una política mucho más flexible sobre privacidad y protección de datos que la Unión Europea, cuyo objetivo es proteger y tutelar los derechos de los consumidores, la población vulnerable y más aún que se caracteriza por la adopción de un esquema más liberal para el sector empresarial.

En Latinoamérica se sigue más el modelo europeo, es decir la protección de la privacidad como derecho fundamental. Muchos de los países no cuentan, ciertamente con una legislación específica en la materia, como el caso de Venezuela, sin embargo se han incluido en los textos constitucionales normas de protección de la privacidad y del habeas data. Se han abordado, en el caso de nuestro país, para la atención de los asuntos que implican violación a la privacidad de los datos personales ciertos métodos de regulación jurídica contenidas en algunas leyes y la propia jurisprudencia ha desarrollado ciertos criterios que encaminan a la solución de los casos, sin embargo, hay que afirmar que no existe una sistematización de normas de carácter sustantivo y adjetivo que definitivamente brinden seguridad jurídica a las personas en cuanto a la protección de sus datos personales, por lo que partiendo de la comprensión de este estudio, se han analizado una serie de aspectos y principios necesarios para el desarrollo y la consolidación de una verdadera legislación

## **II. La protección de datos personales y los derechos fundamentales**

Los derechos relacionados con la privacidad, el honor, propia imagen, confidencialidad, reputación, son personalísimos e inherentes a la persona humana. La transmisión de datos personales a través de cualquier medio que implique la publicidad de los mismos, sin el consentimiento de sus titulares, constituye una violación a normas de orden constitucional, y como tal, una vulneración a la persona, pues crea ello, un riesgo cuando no un perjuicio final desde el punto de vista ético, moral, económico, profesional, etc.

El tema de la protección de datos personales comporta y debe comportar el reconocimiento de los derechos fundamentales que tienen que ser tutelados por el Estado. Estos derechos constituyen el núcleo de identidad de las personas, sus patrones, perfil personal e individual, sus modos de vida, sus propósitos o proyectos, en fin, el memorial destacado de la personalidad del individuo, en

cuyo seno está contenida toda clase infogenética de la caracterización social del individuo.

Este estudio tiene por finalidad analizar el tratamiento que se le da al tema de la protección de datos personales y a su privacidad<sup>1</sup>, sobre todo, en el ámbito de Internet, es decir, cuál es en la actualidad el marco regulatorio internacional y cuál es la situación en nuestro país, sobre la existencia de un marco jurídico de la protección de datos personales y los métodos hasta ahora con que cuentan estos derechos.

## 1. Regulación en Europa

Muchos países, como por ejemplo algunos de los Estados miembros de la Unión Europea han considerado los temas de privacidad y protección de datos personales como asuntos prioritarios en su agenda legislativa<sup>2</sup>, con el propósito de hacer no sólo un frente comercial común a fuertes bloques comerciales regionales como son el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el MERCOSUR, sino sobre todo como una medida proteccionista para salvaguardar y proteger los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la intimidad y la libre circulación de datos personales, derechos consagrados en las constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, buscando con base en estos ordenamientos jurídicos, proteger a los ciudadanos europeos al momento en que proporcionen información personal a empresas, filiales, sitios y organismos gubernamentales y no gubernamentales en línea que se encuentren físicamente localizados dentro del continente europeo o que tengan sus servidores fuera de países miembros de la Unión Europea.

Como consecuencia de este Convenio, en 1995 fue aprobada la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

<sup>1</sup> El concepto jurídico de privacidad varía dependiendo del sistema jurídico de cada país (Sistema Common Law o Derecho Romano-Germánico), sin embargo, existen tres derechos fundamentales para la protección de los individuos que deben ser considerados bajo ambos sistemas jurídicos. El primero, el derecho a disfrutar de una vida privada libre, sin interrupciones o intrusiones indeseadas; el segundo, el derecho a comunicarse libremente con cualquier persona sin el temor a ser vigilado; y tercero, el derecho a controlar el acceso de la información personal. Ver en VELASCO SAN MARTÍN, Cristos: *Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?* Boletín de política informativa, N° 1, 2003. p. 1. En línea: <http://www.inegi.gob.mx/inegi/contenidos/español/prensa/contenidos/articulos/tecnologia/libertad.pdf>. Acceso: 26-11-2011

<sup>2</sup> Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995 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, disponible en la siguiente dirección: [www http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!31995L0046&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!31995L0046&model=guichett). Acceso: 26-11-2011

libre circulación de estos datos (mejor conocida como la Directiva sobre privacidad y protección de datos personales), que entró en vigor el 25 de octubre de 1998 con el objeto de proporcionar un marco general de referencia para los países miembros. Esta Directiva establece reglas muy estrictas para la protección de los derechos y garantías de libertad de los ciudadanos europeos y en particular la protección del derecho a la privacidad con relación a la obtención y procesamiento de datos personales.

Una de las disposiciones más controvertidas que contiene esta Directiva es el artículo 25, que establece la prohibición a sus Estados miembros de transferir datos personales e información a terceros países que no proporcionen una suficiente y adecuada protección a la privacidad. Aun cuando algunos países puedan proporcionar o satisfacer un adecuado nivel de seguridad y protección de los datos personales, dicha Directiva impone obligaciones adicionales bastante restrictivas para llevar a cabo la transferencia de datos a terceros países.

A nivel internacional, esta Directiva también ha tenido serios problemas de aceptación en países que han adoptado políticas de regulación distintas a los países miembros de la Unión Europea, como es el caso de los Estados Unidos y algunos países asiáticos.

El artículo 25 de la Directiva sobre privacidad y protección de datos personales contiene una clara restricción comercial que ha tenido un grave impacto a nivel mundial, sin embargo, en el caso de países latinoamericanos como Argentina, Chile y Paraguay han introducido legislación sobre protección de datos consistente con esta Directiva, con el objeto de estrechar sus lazos comerciales y diplomáticos con el continente europeo, sin tomar en cuenta que la prohibición del libre flujo transfronterizo de datos e información podría ocasionarles graves distorsiones comerciales con terceros países como los Estados Unidos y Canadá que eventualmente los podrían llevar a tener que sustanciar una controversia en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En síntesis, la Unión Europea, como se ha sostenido, tiene uno de los modelos más elaborados de protección de la privacidad y de datos personales.

## **2. La regulación en los Estados Unidos de América**

En lo que respecta a Estados Unidos, puede decirse que, contrario a los países europeos, tiende a ser un centro de empresas dedicadas al tratamiento de datos personales, con los negocios que ello implica, y su visión se ciñe a la autorregulación de los aspectos de la privacidad. Si bien este país cuenta con un marco jurídico bastante amplio en materia de privacidad<sup>3</sup>, también ha adoptado una política de autorregulación que ha estado a cargo en gran medida del sector

<sup>3</sup> Puede citarse la Ley de Privacidad de 1974 (Privacy Act of 1974) cuyo objeto es regular la obtención y el uso de la información personal dentro del sector público.

privado, respondiendo satisfactoriamente a las demandas y necesidades de sus grandes corporaciones y protegiendo en la medida de lo posible los derechos básicos de los consumidores y de los ciudadanos.

Por otro lado, cabe destacar que la política de regulación de los Estados Unidos ha evolucionado de tal forma que hoy en día se ha ocupado más de legislar aquellos sectores que se consideran más sensibles y vulnerables para la sociedad, como son el sector salud<sup>4</sup> y la protección y confidencialidad de la información que proporcionen niños menores de edad a sitios en Internet. En este orden de ideas, podemos decir que los Estados Unidos han adoptado una política mucho más flexible sobre privacidad y protección de datos que la Unión Europea, cuyo objetivo es proteger y tutelar los derechos de consumidores, la población vulnerable y más aún que se caracteriza por la adopción de un esquema más liberal para el sector empresarial.

Los Estados Unidos han confiado sus políticas de regulación y privacidad a sus empresas porque saben que el gobierno está consciente de que estas acciones y mecanismos fomentan y reactivan el comercio electrónico, no sólo a nivel interno sino también a nivel mundial, promueven las inversiones del sector de las tecnologías de información y sobre todo permiten que las pequeñas y medianas empresas puedan realizar actividades de comercio electrónico en todos los niveles.

### **III. Protección de datos personales dentro del modelo de Estado democrático**

Si partimos -como lo hemos hecho- del peligro que es intrínseco al manejo de datos personales para esa esfera del ser humano que requiere ser regida por su voluntad y sin la intromisión externa, y si tenemos ejemplos de la potencialidad de la tecnología de la información para el control individual y social, será fácil llegar a la conclusión de que sin una correcta protección del manejo de datos personales muchos derechos individuales pueden quedar en la letra de la ley.

Así, por ejemplo, la libertad de pensamiento y de culto, la libertad sexual, la libertad de expresión, la libertad de sindicalización, la libertad de afiliación política, el secreto de las comunicaciones, el ámbito de intimidad y de privacidad, corren el riesgo de ser anulados. El jurista costarricense Rubén Hernández, ha indicado "*...la violación de este derecho puede afectar los derechos de la personalidad (intimidad, imagen, honor, etc.), así como también la libertad informática, derecho que proviene directamente de la libertad personal la cual garantiza un trato no discriminatorio tanto en la esfera comercial*

4 Como ejemplo de ello podemos destacar el "Health Insurance Portability and Accountability Act de 1996 (HIPPA)" que es una ley de carácter federal que protege la confidencialidad de los antecedentes y datos médicos de las personas. Ver VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Privacidad y protección de datos personales en Internet*, Ob. Cit., p. 5

como en el ámbito laboral"<sup>5</sup>. Pensemos por ejemplo en el temor que tendrían los ciudadanos de ejercer tales derechos a sabiendas de la posibilidad de ser estigmatizados y controlados. Ello redundaría, sin duda, en la disminución de la capacidad de autodeterminación y a la negación de la posibilidad de realización de cada proyecto de vida.

Lo que se expone no es ficción, y ni siquiera una previsión a largo plazo. Es una realidad actual puesto que los avances en la tecnología de la información permiten la construcción de perfiles de personalidad, preferencias, tendencias. Para esta construcción de perfiles y tendencias los datos no tiene que revestir un especial carácter en contra de la privacidad entendida en el sentido tradicional. Datos que podemos considerar irrelevantes o insignificantes desde ese punto de vista, tienen la capacidad de coadyuvar a la realización de estos medios de control social mediante la comparación, reunificación y redefinición de los mismos.

Si el modelo de Estado democrático parte de que cada ser humano es un fin en sí mismo y que los medios de control sólo han de justificarse en la medida en que coadyuven a evitar el desbordamiento en el ejercicio de un derecho en perjuicio de otro y en la medida en que eviten las lesiones al derecho de cada persona, comprenderemos que la relación entre la democracia y la protección de datos personales es muy estrecha: En este sentido, existe una relación de proporcionalidad directa entre la vigencia del modelo de Estado democrático y la tutela a la autodeterminación del ser humano mediante la protección de sus datos personales. Cuanta mayor tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos, mayor vigencia del modelo de Estado democrático en una sociedad determinada.

### **1. Derecho a la información versus protección de datos personales**

Desde el punto de vista jurídico debemos comprender la necesaria armonización del derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales, con el derecho a la información contemplado en el numeral 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 que establece: "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*"<sup>6</sup>

Desde meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, -del 23 de marzo al 21 de abril de 1948- se había celebrado

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica*, editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2001.

<sup>6</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones (1948). En: NIKKEN, Pedro. *Código de Derechos Humanos* (Compilador). Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 2006, p.5

la Conferencia de la ONU sobre la libertad de información. Ello demuestra que la existencia de este derecho tiene bases históricas muy fuertes y políticamente se ha concebido como una extensión de la libertad de pensamiento, que es una base esencial del modelo democrático. La libertad de información implica a su vez el derecho sobre la información, tal como ha expresado la doctrina que se ha ocupado del estudio de estos aspectos pues en efecto:

...frente al derecho a la información genéricamente reconocido a los ciudadanos usualmente invocado como fundamento de la libertad de prensa, se alza un derecho sobre la información, que compete a cada cual respecto de ciertos datos que se le reconocen como privados y que lo autoriza a restringir su conocimiento o su uso por terceros. La evolución de este derecho se ha visto bruscamente conmovido por la aparición de las computadoras. Ellas se utilizan en la preparación de las nóminas para el pago de sueldos y jornales, en las reservas de pasajes de tren o de avión, en el control bancario del estado de nuestras cuentas, en la vigilancia de los datos de interés fiscal, en el campo de la medicina y en muchas otras actividades, sin olvidar una de las más recientes, que es precisamente la jurídica<sup>7</sup>.

Entonces, lógicamente el derecho a la información no es absoluto, como no lo es ningún derecho humano, y una de sus limitaciones consiste precisamente en el derecho a la protección de datos personales y la autodeterminación informativa. En igual sentido se pronuncia la autora María Cruz Llamazares Calzadilla al comentar el conflicto que existe entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Según esta autora

...un derecho al honor entendido como un derecho absoluto e intocable implicaría una libertad de información y, sobre todo, de expresión, vaciada de parte de su contenido. Y unas libertades de información y de expresión ejercidas de forma abusiva sin ninguna limitación, impedirían la existencia efectiva de un derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Es lógico que los derechos de uno y otro grupo colisionen constantemente, puesto que en el ejercicio, no siempre legítimo, de las libertades de expresión y de información frecuentemente se hacen incursiones en el ámbito propio del honor, de la intimidad y de la propia imagen<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 6

<sup>8</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III De Madrid, Civitas, Madrid, España, 1999.

## 2. Protección de datos personales, autodeterminación informativa y habeas data

Cuando se habla de habeas corpus, en un sentido literal, se trata de "traer el cuerpo" de la persona afectada por una detención ilegítima, de modo que se adoptó el paralelo de habeas data como "traer los datos" como el "habeas corpus" pretende "traer el cuerpo"<sup>9</sup>. Así entendido, el habeas data podría referirse a una construcción conceptual para englobar todos aquellos elementos sustantivos y procedimentales creados para la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. Así, por ejemplo, el habeas data podría comprender toda una tesis sobre la problemática de la invasión en la personalidad a través del tratamiento de datos, pasar por la creación de un nuevo bien jurídico a tutelar y finalmente idear los institutos procesales para su protección. No obstante, en el Derecho latinoamericano, el "habeas data" se ha convertido en una mera garantía procedimental para proteger al derecho que tiene la persona al acceso y conocimiento de sus datos personales en registros públicos y privados.

Es lo cierto que el esfuerzo latinoamericano por otorgar al ciudadano un medio de tutela implica ya una conciencia de la importancia del tema de la protección de los datos personales. La carencia radica en que así concebido, el habeas data tiende a funcionar después de realizada la transmisión de los datos, dejando por fuera la prevención y el control anterior a la realización del riesgo. Por ejemplo, la acción puede ser interpuesta por el particular cuando se traten datos de los llamados sensibles, que incluyen las preferencias religiosas, políticas, sexuales, las características genéticas y de salud. Pero tan importante o más aún, resulta la posibilidad de obtener información sobre el procesamiento de los datos y el derecho del ciudadano de otorgar el consentimiento para el tratamiento electrónico de sus datos. No debemos olvidar, como bien afirma la doctrina, que en

...la industria de las bases de datos intervienen diferentes personas. El creador de la base que, partiendo de un fondo documental adecuado genera la propia base; el distribuidor de la base que, disponiendo de un soporte técnico y comercial, crea y proporciona el servicio y, por último, el usuario de la base. Si la base de datos es consultada por el sistema denominado "on line", a distancia, interviene también el operador de comunicaciones<sup>10</sup>.

9 CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo: *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica CONAMAJ*, San José, Costa Rica, 1997, p. 20.

10 DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi. Madrid, 1997, p. 30

Las diferencias apuntadas entre el amplio espectro de la protección de datos y el habeas data entendido como garantía procesal, ha llevado a algunos a establecer entre ambos una relación de género a especie:

Existe una relación de género y especie entre el habeas data y el derecho de acceso a la información, como derechos humanos referidos a la accesibilidad de datos. El derecho de acceso a la información interpreta una necesidad general, mientras que el habeas data se vincula a una necesidad especial y personal, siendo ambos incuestionables, pero dedicados a espectros y casos diferentes<sup>11</sup>.

Lo importante es observar que, junto a la garantía procesal, se prevea para la verdadera protección del ciudadano, el derecho a la información sobre las formas en que se realizará el tratamiento de los datos, los objetivos del mismo y su destino final, a efecto de que la persona esté o pueda estar en condiciones de conocer que sus datos no serán objeto de manejos más allá de su voluntad. En conclusión, hablar de habeas data no es suficiente, y que es preferible referirse a la necesidad humana de protección de los datos personales, misma que tiene como correlativo bien jurídico la autodeterminación informativa.

#### **IV. Avances en la protección de datos personales en América Latina.**

##### **1. Marco jurídico de protección**

En América Latina algunos países no cuentan con una ley de protección de datos, pero varios han incluido en sus constituciones normas sobre la privacidad o habeas data y han aprobado leyes de privacidad, además de que a nivel interamericano se está negociando una convención basada en los principios del Convenio del Consejo de Europa.

En 1997 se celebró en Madrid la Conferencia Euroiberoamericana sobre Protección de Datos Personales a la que asistieron autoridades de protección de datos europeas y representantes de países iberoamericanos. En ella se demostró la falta de una legislación relativa a la protección de los datos personales por lo que se acordó impulsar ante los gobiernos de los respectivos países el desarrollo de medidas en materia de protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, entre otros acuerdos para impulsar la creación de esa legislación.

Desde la década de los ochenta, la Organización de Estados Americanos ha investigado el problema de la protección de los datos personales pero principalmente desde 1997. También el Comité Jurídico Interamericano propuso en 1997 elaborar una convención americana de protección de datos basándose

<sup>11</sup> PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín: *Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano, Acción de Amparo*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 38.

en el modelo del Convenio para la Protección de las Personas del Consejo de Europa y en la ley española de 1992. Fue elaborado un borrador de la Convención Americana sobre Autodeterminación Informativa. En su preámbulo se recuerda la importancia de la protección de la vida privada establecida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Estas establecen, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia ni de ataques ilegales en contra de su honra o reputación; y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques<sup>12</sup>. En este contexto se advierte que:

... el peligro en contra de la vida privada y el pleno ejercicio de otros derechos se ha acrecentado por el apareamiento de nuevos medios técnicos de injerencia y control sobre los derechos y libertades, particularmente por el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que permiten el conocimiento general de la historia de cada ser humano, creándose la posibilidad de que por medio de los ficheros, registros o de bancos de datos no sólo se conozca lo más privado de las personas y se les controle y dirija atentándose así contra su dignidad, libertad e igualdad y contra la estructura misma del sistema democrático, situación que vuelve necesario dar a las personas una ulterior protección a la ya prevista en el derecho interno, en las declaraciones y convenciones internacionales citadas.

También se indica que la normativa debe tender a

lograr un justo equilibrio y armonía entre la protección a los derechos, y libertades de las personas, con los derechos que emanan del poder informativo especialmente, con la libre circulación de la información entre los pueblos y la necesidad del progreso y desarrollo nacional en una economía posindustrial globalizada e informatizada.

El fin de la Convención es garantizar, en el territorio de cada Estado parte, a cualquier persona física o jurídica sean cuales fueren su nacionalidad o residencia el respeto de sus derechos fundamentales, su derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo, a diferencia del modelo europeo, se pretende que la Convención sea de aplicación también a los datos de las personas naturales o jurídicas o a sus bienes que figuren en registros, ficheros o bancos de datos de los sectores público y privado, sean estos automatizados o manuales.

<sup>12</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), artículo 11, numerales 1,2 y 3. En: NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.* p. 115

Ahora bien, la normativa interna de los países latinoamericanos se comenzó a desarrollar en 1988 cuando se incluyó en los textos constitucionales de Latinoamérica la garantía de habeas data, con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales. En algunos casos esta acción permitía corregir o actualizar la información y suprimir cierta clase de datos. La limitación principal que presentan estas normas es que se limitan a reconocer un derecho de acceso a los datos personales, y en caso de falsedad, inexactitud u otros motivos, y autoriza a reclamar la corrección de la información, sin cubrir el resto de los principios acordados por la Directiva Europea.

Casi todas las Constituciones latinoamericanas se refieren a la privacidad, protegiendo la correspondencia epistolar, el domicilio, el secreto de las comunicaciones y, en algunos casos, a la conciencia. Algunas Constituciones prevén la sanción de normas para la protección de la privacidad frente a la amenaza de la informática, como son las constituciones de Colombia, Perú y Venezuela.

## **2. La situación de Venezuela en materia de protección de datos personales**

En la actualidad Venezuela no cuenta con una ley en materia de protección de datos personales que reúna sistemáticamente los principios y normas regulatorias mediante la cual se establezcan los aspectos sustantivos y adjetivos a los efectos de tutelar los derechos de las personas en cuanto al tratamiento de sus datos personales y de los derechos fundamentales. Ha habido cierto rezago en ello, sobre todo si se tiene en cuenta las investigaciones que, a partir de la década de los 90, son emprendidas por la OEA y el Comité Jurídico Interamericano.

Nuestra vida republicana está expuesta a estas injerencias y los derechos que le son reconocidos deben ser susceptibles de ser protegidos, sobre todo si se examina la materia desde el punto de vista constitucional, puesto que como principios y garantías constitucionales existen estos derechos y el reconocimiento que de ellos hace la propia Carta Magna sobre la privacidad, el honor, propia imagen, reputación de las personas que, en cierto modo, por la dinámica y desarrollo de las tecnologías de la información, pueden llegar a ser expuestos deliberadamente o no a una situación de afectación moral y materialmente, mas en aquellos casos donde no ha habido intervención consentida por parte de la persona.

El acercamiento de los países latinoamericanos en relación con la integración sobre diversos asuntos multilaterales en materia económica, científica, tecnológica y de la cultura comunicacional es, precisamente, porque responden a las necesidades propias de cada país pero que no dejan de tener intereses comunes y que estos pretenden ser regulados de manera uniforme, al menos

esa ha sido la intención de los países latinoamericanos cuando incluyen en sus textos constitucionales la garantía del habeas data con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales.

El habeas data, en líneas generales, ciertamente es una acción que permite al órgano jurisdiccional ordenar la corrección, actualización de la información de cierta clase de datos u ordenar la supresión de estos de resultar erróneos o afectasen ilegítimamente los derechos de las personas. Sin embargo, la principal limitación de estas normas es que solo reconocen el derecho de acceso a los datos personales, y en caso de falsedad, inexactitud u otros motivos, autoriza a reclamar la corrección de la información, sin que pueda garantizarse una idónea protección de los datos personales y del uso y destino que se haga de los mismos, dejando al desamparo la integridad de estos derechos que son consustanciales al desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad del ser humano.

Al examinar el ordenamiento jurídico de Venezuela, observamos que, respecto al habeas data, literalmente se ha garantizado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999<sup>13</sup>, lo siguiente:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

La norma en comento es de carácter programático, no obstante, su contenido tiene una alta finalidad operacional, pues, por principio constitucional, puede ser aplicada directamente cuando se trate de la violación de derechos fundamentales relacionada con la protección de la persona física o natural en cuanto a datos personales se refiere, es decir, a parte del derecho que tiene toda persona al acceso de la información relacionada con sus datos personales, o sobre sus bienes que consten en registros públicos o privados, también incluye la posibilidad del ejercicio del derecho subjetivo de enervar la acción para que se conozca el uso o finalidad que se haga de los mismos y solicitar la actualización, rectificación o destrucción de aquellos de resultar erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Pero ¿a qué derechos se refiere la norma?

Justamente, estamos en presencia de los derechos, como ya se dijo, que son personalísimos e inherentes a la persona humana, se refieren ellos a la

<sup>13</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

personalidad e identidad del individuo, a la historia de su creación, a su formación intelectual, política e ideológica, su perfil profesional personal y profesional, constitución ético-moral, antecedente político, socio-cultural, patrimonial, familiar, religioso, la invención de obras producto del intelecto, sus costumbres o tradición personal, en fin, forman parte de lo que es la privacidad, el honor, propia imagen, reputación de toda persona susceptibles de ser protegidos como derecho y que, al ser irrumpidos los mismos, ya sea por acción u omisión de terceros o que suponga la transmisión no autorizada de ellos, pudieran acarrear perjuicios de orden material y moral a la persona.

En este sentido, el artículo 60 de la mencionada carta política, indica: *"Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos"*. El numeral 281 establece: *"Son atribuciones del defensor o defensora del Pueblo:...3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley..."*.

## **V. Métodos de protección**

### **1. Principio constitucional**

Observamos que en Venezuela, por principio constitucional, la ley limita el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos. En este sentido, el artículo 281 del texto constitucional establece: *"Son atribuciones del defensor o defensora del Pueblo:...3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley..."*

### **2. Protección penal**

#### **1.1. La protección de la Ley contra delitos informáticos**

En cierto modo, la limitación del uso de la informática responde al hecho que mediante las tecnologías de la información pueden llegar a producirse injerencias o intromisiones indebidas a la privacidad o intimidad familiar o personal y las comunicaciones, o, resultar perjuicios al honor o reputación de estas, tal como lo establece el artículo 2, literal "a" de la Ley Especial contra Delitos

Informáticos<sup>14</sup>, de esta manera se regulan en la precitada ley, la violación de la privacidad de la información de carácter personal, violación de la privacidad de las comunicaciones y la revelación indebida de información de carácter personal.

Artículo 20. Toda persona, que intencionalmente se apodere, utilice, modifique o elimine por cualquier medio, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información, será penada con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a seiscientas unidades tributarias.

La pena se incrementará de un tercio a la mitad si como consecuencia de los hechos anteriores resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero.

Artículo 21. Toda persona que mediante el uso de tecnologías de información acceda, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena será sancionada con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Artículo 22. Quien revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos 20 y 21, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro, o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad.

Estas disposiciones contienen un régimen sancionatorio doblemente punitivo, pues no solamente sanciona la conducta desde el punto de vista corporal (con prisión) sino también patrimonial (con multa). Ello tiene su justificación cuando nos referimos a que el perjuicio ocasionado a las personas, relacionado con la privacidad o intimidad personal o familiar, reputación o propia imagen y en cuanto a las comunicaciones privadas, puede llegar a ser, no solamente material y moral, sino patrimonialmente.

<sup>14</sup> Ley Especial contra los Delitos Informáticos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

## 1.2. La protección a la privacidad de las comunicaciones

### a) Principios de aplicación general

La Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (LSPPC)<sup>15</sup> es un instrumento sustantivo que se sancionó con el objeto de proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas (artículo 1º). Tales comunicaciones pueden llevarse a cabo en forma ambiental o a través de los medios tecnológicos, y su interferencia o interrupción, grabación, en forma arbitraria, clandestina o fraudulentamente, así como la revelación de todo o parte de su contenido, mediante cualquier medio de información, supone la comisión de un delito que puede ser castigado con una pena.

Sólo en aquellos casos determinados por la ley es que puede procederse a la interrupción, interceptación o grabación de las comunicaciones. Tales casos tienen que estar franca o subyacentemente relacionados con los delitos contra la seguridad o independencia del Estado; los delitos previstos en la Ley contra la Corrupción, los delitos contemplados en la Ley Orgánica de Drogas y los delitos de secuestro y extorsión.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, establece en el artículo 48 lo siguiente:

Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

Este principio constitucional sobre la inviolabilidad de las comunicaciones encuentra su protección sobre la base de los tipos penales desarrollados en el Capítulo V, del Título I del Libro Segundo del Código Penal venezolano<sup>16</sup>, referido específicamente al secreto relacionado con la correspondencia epistolar o telegráfica, e igualmente en la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones.

Podemos observar que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, constituye un derecho fundamental estrechamente vinculado al derecho a la intimidad pues éste es el bien jurídico tutelado, cuya finalidad es proteger a la persona de cualquier intromisión proveniente de particulares, así como de funcionarios o autoridades, en sus

<sup>15</sup> Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. Gaceta Oficial No. 34.863 del 16-12-91

<sup>16</sup> Código Penal venezolano. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.768, Extraordinario de fecha 13 de abril de 2005

comunicaciones y documentos privados, derechos estos recogidos no solamente por nuestra Ley Fundamental, sino también en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

b) Régimen de excepciones

El derecho a la privacidad de las comunicaciones no es de carácter absoluto, por cuanto la propia Constitución y LPPC admiten excepciones. Así, siempre que medie autorización judicial, pueden abrirse, interceptarse o intervenirse las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, con las garantías previstas en la ley.

De igual manera, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP)<sup>17</sup> en la Sección Cuarta referida a la ocupación e interceptación de correspondencia y comunicaciones, Capítulo II, Título VII, señala la facultad que tiene el Ministerio Público, previa autorización del juez de control correspondiente, de incautar correspondencia y otros documentos, así como la interceptación o grabación de comunicaciones privadas, de cualquier índole, siempre que se presuma que las mismas emanen del autor del hecho punible. Sin embargo, tales documentos o comunicaciones deben guardar relación con los hechos investigados y los que no, deberán ser desechados a los efectos de la investigación. Además, en los casos de grabaciones, éstas serán reservadas únicamente a los fines del procedimiento.

El régimen de excepciones al uso, goce y ejercicio del derecho a la privacidad de las comunicaciones que como derecho fundamental está garantizado por la citada Carta Política, constituye de cualquier modo una intromisión a la vida privada de las personas o a su núcleo familiar, sin embargo, encuentra su justificación en la ley que, como se indicó anteriormente, obedece a la investigación de hechos punibles de carácter grave que atenten contra la seguridad o independencia del Estado, afecten al patrimonio público, estén relacionados con el tráfico de drogas en sus diferentes modalidades o se traten de delitos permanentes y continuados como el secuestro y la extorsión. Este régimen de excepciones, desde luego, tiene una finalidad altamente preventiva como es evitar la consumación de un hecho delictivo o, lograr a través de este medio la posible identificación de los autores o partícipes que estén relacionados con los hechos a que alude la norma del artículo 6 de la Ley sobre protección a la Privacidad de las Comunicaciones.

Ahora bien, la LPPC establece tipos penales relacionados con el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. A tal efecto, castiga a aquel que grabe o intercepte comunicaciones y a quien lo difunda; a quien instale instrumentos

<sup>17</sup> Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario N° 5.930 del 04 de septiembre de 2009

necesarios para ese fin; al que altere o forje su contenido; y al que mediante el uso de los anteriores procedimientos, perturbe la tranquilidad de otra persona.

Ahora bien, en otro orden de ideas, el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad y a la vida privada, según lo señalamos *ut supra*, derecho este consagrado en el artículo 60 de nuestra Ley Fundamental.

En cuanto a los aspectos de la intimidad y vida privada, cabe señalar que la intimidad de una persona lo constituye su esencia marcadamente individual, es decir, es la constitución del individuo, del ser, desvinculado de cualquier aditamento, más que la identidad propia y desarrollo de su personalidad; en tanto que la vida privada es un derecho que tiene toda persona, y como tal garantizado, de desarrollar sus facultades para el desenvolvimiento de esa personalidad, de hacer, incluso, del conocimiento público o no, aquello que considere pertinente. Ambos aspectos están relacionados y dependen uno del otro ya que para su goce y ejercicio deben ser garantizados y protegidos constitucional y legalmente.

En efecto, si la vida privada es un área de la vida que se desenvuelve en un círculo cerrado de personas, constituido por un conjunto de bienes jurídicos que, para el individuo, lo caracterizan y fungen de desarrollo de la personalidad, entonces es claramente entendible que la intimidad forma parte de la vida privada, en tanto y en cuanto forma parte de aquella esfera de la vida personal que implica una exclusión de los demás.

Así pues, la intimidad como derecho fundamental, tiene la facultad de excluir a los demás individuos de la esfera personal, de rechazar cualquier intromisión de terceros en la vida privada de otro, tanto en lo relativo a la libertad del conocimiento adoptado por la persona, como a la publicación de este cuando lo juzgue oportuno y conveniente.

Ahora bien, como señaláramos anteriormente, la vigente Constitución establece no solo el secreto sino también la inviolabilidad de las comunicaciones en todas sus formas, incluyendo el expreso mandato de que no pueden ser interferidas, sino por orden de un tribunal competente y en cumplimiento de las disposiciones legales, "(...) *preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso*" (Artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>18</sup>).

### **3. Habeas data. Garantía constitucional y eficacia procesal**

Adicional al aspecto penal que se señaló con anterioridad en relación con el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en general, podemos afirmar que cuando se produce una situación que en la que se intercepta alguna comunicación, se ingresa arbitrariamente a la vida privada o íntima de las personas. En relación

18 CRBV. *Ibid*

con lo mencionado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 14 de marzo del año 2000, referida al habeas data, señaló lo siguiente:

... Aunado al derecho de acceso a la información y al requerimiento de cuáles son sus fines, las personas también pueden usar otros derechos que nacen del mencionado artículo 28 constitucional y que están referidos a la información sensible, que es aquella que realmente afecta en sus derechos al peticionante. Así pueden solicitar: 1) la actualización de los datos e informaciones, a fin de que se corrija lo que resulta obsoleto o se transformó por el transcurso del tiempo, 2) la rectificación de los errores provenientes de datos e informaciones falsas o incompletas, sin reparar si los asuntos corresponden a errores dolosos o culposos de quien los guarda, 3) la destrucción de los datos erróneos, o que afecten ilegítimamente los derechos de las personas (como lo sería mediante ellos ingresar arbitrariamente en la vida privada, o íntima, de los individuos, recopilando datos o informaciones personales; o aquéllas que permitan obtener ilegítimamente un perfil del individuo, por ejemplo, que afecte el desarrollo de su personalidad). Este derecho, permite al reclamante optar entre la rectificación o la exclusión del dato erróneo. En estos tres supuestos, el solicitante debe previamente conocer el contenido de lo registrado a fin de que pueda hacer valer los derechos de actualización, rectificación o destrucción, lo que supone un acceso previo. Además, los tres derechos conllevan a que el accionante pruebe, según cuál sea su pedimento, la existencia y falta de actualización de la información; o el error de lo compilado, que permita al juez ordenar la rectificación; o la adquisición ilegítima de la información y datos, así como la falsedad del asiento en el registro que se pide que se destruya. Ante los alegatos del accionante en cualquiera de estos sentidos, debe admitirse y recibirse la contradicción del accionado, y una litis con contradictorio regular debe existir para dirimir estas controversias, las cuales pueden tener actividad probatoria plena y en lugares distintos al de la sede del tribunal y hasta fuera del país<sup>19</sup>.

El habeas data significa bajo esta noción, autodeterminación o control de la información también llamada libertad informática, debido al uso que de la información personal puedan hacer los demás, no sólo por un problema de intimidad o privacidad, sino por el simple hecho del control de los datos personales o patrimoniales, o el simple acceso a los archivos de la administración para recabar información individual o de interés para comunidades o grupos de personas.

Esta función del habeas data en cuanto a la autodeterminación informativa, se nos presenta igualmente como un medio o una garantía eficaz para la tutela y defensa de otros valores constitucionales, tales como la privacidad, intimidad, propia imagen, honor, reputación, entre otros. Cuando tales bienes o valores se ven infringidos o amenazados se dispone de un mecanismo breve, sumario y

<sup>19</sup> <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/jurisprudencia.shtml>. acceso: 26-11-2011

eficaz para lograr la rectificación de la información, o su transmisión cuando sea de tal grado que afecte notablemente los derechos de la personalidad.

Las nuevas técnicas de la información automatizada constituyen una seria amenaza para los derechos de la personalidad, y el habeas data es el remedio jurídico para posibilitar la garantía del contenido esencial de los mismos frente a la injerencia, legítima o ilegítima, de los medios tecnológicos en el ámbito privado.

Es por ello que, cuando se trata de datos sensibles, los cuales constituyen información relativa y superpuesta en los derechos de la personalidad, podemos afirmar que el derecho de rectificación o anulación de la información contenida en ficheros públicos o privados, constituyen no sólo una concreta manifestación del ejercicio del derecho fundamental de autodeterminación informativa, sino también la herramienta procesal adecuada para la defensa de los derechos de la personalidad.

Entonces, mediante este mecanismo procesal, tal como se desprende de la norma, la persona legitimada puede:

1) Solicitar la actualización de los datos sobre su persona o sobre sus bienes, si la información hubiese cambiado o no se ajusta a la verdad por haber cambiado las circunstancias desde el momento en que tales datos fueron compilados. El derecho de rectificación si la información personal (individual o patrimonial) fuere errónea o incompleta.

2) Solicitar la destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. En el caso que nos ocupa, es decir, en aquellas situaciones en que se ha violentado o menoscabado el derecho de secreto e inviolabilidad de las comunicaciones referidas a su interceptación e incluso a su publicidad ilegítima, la necesidad de demostrar que el dato o la información afecta ilegítimamente los derechos de un individuo debe estar acompañada con la demostración de esta situación, es decir, que afecta la vida privada, el honor, reputación, propia imagen, intimidad, por tratarse de datos sensibles, o simplemente que los datos fueron recogidos ilegal o inconstitucionalmente. En estos casos existe, pues, un vicio del consentimiento que debe operar a favor del titular del dato.

Sin embargo, no podemos olvidar que frente a este derecho de autodeterminación informativa y los llamados derechos de la personalidad, también debe reconocerse el derecho del Estado de saber quiénes son sus ciudadanos, donde viven, si trabajan o no, si están inscritos en el registro público, seguro social, censo nacional, etc. El interés general impone que el Estado deba planificar y distribuir la eficacia y efectividad, lo cual supone que el estado debe conocer y, por supuesto, registrar datos esenciales de sus ciudadanos.

El procedimiento que regula el habeas data está contenido y desarrollado en los artículos 167 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>20</sup>,

<sup>20</sup> Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.484 del 10 de agosto de 2010

observado su cumplimiento dentro de los principios de gratuidad, simplicidad, economía, uniformidad, intermediación, oralidad y realidad en el cual no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

En este sentido, el habeas data se presentará por escrito ante el tribunal de municipio con competencia en lo Contencioso-Administrativo y con competencia territorial en el domicilio del solicitante, conjuntamente con los instrumentos fundamentales en los que se sustente la pretensión (artículo 169 LOTSJ). Luego de la admisión de la demanda el tribunal ordenará al supuesto agraviante que presente informe sobre el objeto de la controversia dentro de los cinco días siguientes a su notificación (...), en cualquier caso el tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 170 LOTSJ). De esta manera una vez que sea recibido el informe o sean evacuadas las pruebas que hubieren sido ordenadas por el tribunal, transcurrirán tres días para que el solicitante formule observaciones. Tras la conclusión de este lapso, el tribunal decidirá dentro de los cinco días siguientes (...) (artículo 171 LOTSJ).

Con base a lo anterior y sustanciado el procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 172 de la LOTSJ, la sentencia que declare con lugar el habeas data ordenará al o la agraviante de forma inmediata la exhibición, supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o uso correcto de los datos, según corresponda. Quien incumpliere con esta orden será penado o penada con prisión de seis meses a un año, a cuyo efecto el tribunal oficiará al Ministerio Público para que inicie la averiguación penal correspondiente.

Las nuevas técnicas de la información automatizada constituyen una seria amenaza para los derechos de la personalidad, y el habeas data es el remedio jurídico para posibilitar la garantía del contenido esencial de los mismos frente a la injerencia, legítima o ilegítima, de los medios tecnológicos en el ámbito privado.

## **VI. Justificaciones y principios para que se cree una legislación en Venezuela sobre protección de datos personales.**

La necesidad de crear en Venezuela una legislación específica y uniforme relativa a la existencia de una ley de protección de datos personales vendría a garantizar los derechos fundamentales de las personas en cuanto a la intimidad, al honor, propia imagen, reputación, privacidad de las comunicaciones.

El avance de las tecnologías de la información, sobre todo de Internet, representa para los individuos unos escenarios en cuya dimensión sus datos personales están en constante riesgo, ya sea por la intromisión o injerencias indebidas a la privacidad de las comunicaciones, a la intimidad familiar o personal, la manipulación implícita o explícita de la información concernientes a las personas, la transmisión no consentida de datos con el consiguiente perjuicio moral y patrimonial, en fin, todas aquellas acciones u omisiones, deliberadas o no que podrían llegar a vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, de establecerse un marco jurídico de protección de datos personales y de regulación de las conductas que se encuentren incursas en actos constitutivos que originen la posible vulneración de esos derechos, dentro del ámbito de un Estado constitucional de derecho, democrático, social y de justicia, los ciudadanos y cualquier persona de tránsito en nuestro país, tendrían garantizados abiertamente todos sus derechos y el ejercicio y goce de éstos contarían con la suficiente seguridad jurídica de protección.

Por lo cual, y tomando en consideración el tratamiento de los datos personales que se ha dado en otros países, mediante la aplicación del Derecho comparado, me permito proponer por la necesidad, pertinencia y uniformidad de la materia para la creación, en nuestro país, de una legislación sobre la protección de datos personales, a partir de los principios estudiados por el autor Cristos Velasco<sup>21</sup>, y que analizados los mismos, dentro de este contexto, son del tenor siguiente: principios:

1. El principio de "limitación en la obtención de datos", consistente en la imposición de límites para la obtención de datos personales a través de medios apropiados y legales haciendo del conocimiento a la persona y obteniendo de ella el debido consentimiento;

2. El principio de "calidad de los datos", consistente en la importancia de asegurar la exactitud, totalidad y actualización de los datos. La originalidad de los datos personales guarda relación con su legitimidad y autenticidad, lo cual es garantía de certeza y pulcritud, por ello en la recepción de los mismos deben ser recolectados por medios idóneos y no fraudulentos e ilícitos.

3. El principio del "propósito de descripción", consistente en especificar el propósito de recabar información en el momento en el que se lleva a cabo la recolección y el subsecuente uso limitado del cumplimiento de dichos propósitos u otros que no sean incompatibles con aquellos propósitos especificados en cada ocasión;

4. El principio de "confidencialidad", consistente en no divulgar los datos personales o aquellos utilizados para propósitos distintos a los contemplados en el principio anterior, excepto:

- el consentimiento otorgado por la persona;
- mediante el órgano jurisdiccional o la autoridad debidamente competente por la ley.

5. El principio de "protección a la seguridad", consistente en proteger los datos personales e información, mediante mecanismos razonables de seguridad en contra de riesgos tales como pérdida, acceso no autorizado, destrucción, utilización, modificación o divulgación de datos;

21 Ver en VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Privacidad y protección de datos personales en Internet*, Ob. Cit., pp. 7-10.

6. El principio de "imparcialidad", consistente en establecer políticas generales de imparcialidad sobre desarrollos, prácticas y políticas con respecto a los datos personales, asegurando la transparencia en el proceso de obtención de información y estableciendo los propósitos para su utilización;

7. El principio de "autodeterminación informativa", consistente en el derecho que tiene un individuo de acceder a la información de sus datos personales e indagar sobre el uso que se les da a los mismos, ser informado previamente y de modo expreso, preciso e inequívoco sobre el tratamiento general y particular que se les da a sus datos personales: obtener del controlador de datos la confirmación del destino que se le da a sus datos personales; que el controlador de datos se lo haya comunicado en un tiempo y forma razonable; obtener respuesta del controlador de datos si una solicitud le ha sido negada y tener la posibilidad de impugnarla; tener la posibilidad de impugnar datos personales y si la impugnación resulta exitosa solicitar que los datos sean eliminados, modificados, rectificados o complementados;

8. El principio del "consentimiento de la persona", consistente en la necesaria condición pre-existente otorgada de manera inequívoca por el individuo para el tratamiento de sus datos personales que implique la publicidad, manipulación, transmisibilidad, etc., y

9. El principio de "responsabilidad", consistente en la responsabilidad del controlador de datos de cumplir efectivamente con medidas suficientes para implementar los ocho principios anteriores.

## **VII. Conclusiones**

De la temática desarrollada sobre la protección de datos personales en Internet y los derechos fundamentales, pueden inferirse las siguientes conclusiones:

1. Partiendo de la comprensión que los derechos tales como la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor, propia imagen, reputación, son derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales y que tienen una vigencia importante en los Estados democráticos, pues el goce y ejercicio de estos, comporta la libertad, el desarrollo y desenvolvimiento de los individuos; la injerencia e intromisión indebida de estos por parte de terceros sin la autorización de sus legítimos titulares, de manera directa e indirecta, o a través de cualquier medio, haciendo uso de las tecnologías de información, además de generar una violación a garantías de orden constitucional, produciría perjuicios a las personas, no solamente desde el punto de vista moral sino patrimonialmente.
2. Debe señalarse que estos derechos, por ser fundamentales, tienen que ser tutelados por el Estado, no solamente porque se les reconozcan en los textos constitucionales, sino en todo el ordenamiento jurídico, debiéndose crear,

además, los institutos y mecanismos de carácter procesal para hacerlos respetar, pues, originalmente constituyen en específico el núcleo de identidad de la personas, la historia de su creación, sus patrones y antecedentes individuales, sus costumbres, modos de vida, propósitos y proyectos, en fin, todo un memorial, acerca de la persona y su personalidad en cuyo seno está contenida toda clase infogenética de información personal, familiar, social, profesional, etc.

3. El tratamiento de datos personales ha merecido una especial atención, sobre todo en los países miembros de la Unión europea donde se ha otorgado especial atención a la tutela de este derecho, incluso más allá de las fronteras a través de la protección en el denominado "flujo transfronterizo de datos e información". Sin embargo, también hay que decir que no todos los países han mantenido los criterios uniformes en cuanto al tratamiento de datos de carácter personal, evidentemente existen disparidades legislativas. En el caso de Estados Unidos de América, podemos afirmar que, contrario a los países europeos, tiende, en efecto, a ser un centro de empresas donde en el tratamiento de datos personales se rige por los principios de la autorregulación, como mecanismo de control en lo relativo a los aspectos de la privacidad, es decir, si bien cuentan con un marco jurídico en algunos sectores en general predomina una política de autorregulación.
4. En el ámbito latinoamericano, ciertamente se han venido haciendo esfuerzos a través de la Organización de Estados Americanos y del Instituto Jurídico Interamericano desde la década de los noventa para lograr incorporar dentro de las legislaciones de los países miembros del cono sur una Convención Americana sobre Autodeterminación informativa. En este sentido, el fin de la Convención sería garantizar, en cada Estado parte, a cualquier persona física o jurídica sea cual fuere su nacionalidad o residencia el respeto a sus derechos fundamentales, su derecho a la determinación informativa; y a diferencia del modelo europeo se pretende que la Convención sea de aplicación también a los datos de las personas naturales o jurídicas o a sus bienes que figuren en registros, ficheros o bancos de datos de los sectores público y privado sean estos automatizados o manuales.
5. Cabe mencionar igualmente, que en la normativa interna de los países latinoamericanos a partir de 1988 se incluyó en los textos constitucionales la garantía de habeas data con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales; sin embargo, aun siendo este instituto de protección de datos personales garantía constitucional de todo ciudadano, tiene una limitación personal, puesto que no cubre el resto de los principios conocidos en la Directiva europea, es decir, no cuenta con mecanismos de prevención y control respecto al uso y destino que se le puedan dar a los datos personales.

6. Por lo que respecta a Venezuela, nuestro país no cuenta lamentablemente dentro de su ordenamiento jurídico con una ley de protección de datos personales que, en específico, garantice legal y procesalmente los derechos fundamentales relativos a la privacidad - en cuanto datos personales-, y todo lo que ello implique, honor, intimidad, propia imagen, reputación. Hasta ahora, los métodos de regulación jurídica empleados para la protección de datos se basan en la protección constitucional mediante la aplicación del habeas data, cuyo procedimiento se regula a través de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. También puede mencionarse que los aspectos relativos a la privacidad de las comunicaciones encuentran amparo en algunas leyes como la Ley sobre Protección Privada de las Comunicaciones y la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos, cuyo régimen sancionatorio, al tratarse aquellos asuntos que impliquen la violación de la privacidad de las comunicaciones, es doblemente punitivo, pues trae como pena la prisión y la multa, al mismo tiempo.
7. Finalmente, a pesar de que existen ciertos métodos de regulación jurídica para abordar los problemas que impliquen violación a la privacidad de los datos personales, nuestro contexto no es diferente sobre el avance de las tecnologías de información con relación a otros países, sobre todo los amplios espacios que ha venido ocupando y ampliando la red (Internet), por lo que el marco jurídico debe ir, por lo menos, al ritmo o dinámica de las tecnologías. Ello hace necesario que se tomen en cuenta ciertos principios para la elaboración y sanción de un proyecto de ley en materia de protección de datos personales, como los ya especificados y explicados dentro de este trabajo, de manera de garantizar, dentro de lo que se supone es un verdadero Estado social de derecho y de justicia, los derechos fundamentales de las personas como son la privacidad de sus datos personales y todo lo que ello implica: honor, reputación, propia imagen, intimidad.



# La electronificación en las sesiones del sistema del mercado bursátil en el Derecho venezolano

Mariana Buitrago Rodríguez\*

---

SUMARIO: I. Introducción II. El mercado de capitales en Venezuela. 1. Breves históricos. 2. Mercado de capitales o mercado de valores en Venezuela. 3. Características. III. Marco normativo. 1. Ley de Mercado de Valores 2. Ley de Cajas de Valores 3. Reglamento de Inscripción, Negociación y Liquidación de valores de la Bolsa de Valores de Caracas C.A. IV. La contratación bursátil en Venezuela. 1. Electronificación del mercado bursátil venezolano. 2. Contratación bursátil en las sesiones del sistema electrónico. V. Conclusiones.

## Resumen

La telemática irrumpe en el sector de la contratación bursátil enalteciendo las características propias del Derecho mercantil como son la seguridad y la celeridad de las operaciones en masa. En el presente trabajo se analiza el estado actual del mercado bursátil venezolano, regulado a través de una estructura legislativa reciente y disipada, donde se pone de manifiesto la importancia de la electronificación de las operaciones, gracias a la modernización implementada en las sesiones del sistema electrónico bursátil.

**Palabras claves:** Mercado de valores. Contratación bursátil. Electronificación. Sistema electrónico bursátil.

## Abstract

Telematics has broken into the stock market trading emphasizing the characteristics of Commercial Law such as security and speed of bulk transactions. This paper analyzes the current state of the Venezuelan stock market, regulated through a recent and

---

Recibido: 13/4/2012 • Aceptado: 15/5/2012

\* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira. Especialista en Derecho Mercantil - Universidad de Los Andes (Venezuela). Profesora agregada de la Universidad de los Andes de Venezuela en Legislación Mercantil e Instituciones financieras. mariannabui@hotmail.com

dissipated legislative structure, which highlights the importance of electronification of operations by modernizing the sessions in the electronic stock-trading system.

**Keywords:** Stock market. Stock Market Trading. Electronification. Electronics market.

## I Introducción

El mercado de capitales de un país debe procurar alternativas de ahorro y financiamiento no tradicionales que proporcionen al colectivo común la obtención de premios moderados y seguros o rendimientos mediante la inversión realizada, tendiendo el Estado a intervenir por medio de la regulación de mecanismos idóneos, expeditos y seguros que favorezcan el logro de alternativas de inversión que consecuentemente incidan en el equilibrio del sistema financiero nacional.

La implementación de avances electrónicos e informáticos en las negociaciones bursátiles modernas de países de avanzada, identifican las características del mercado continuo que viene a combinar la rapidez propia que debe imperar en las operaciones mercantiles con las negociaciones interconectadas a un ordenador que inexorablemente dan como resultado un mercado informatizado de ámbito nacional permitiendo realizar operaciones de compra y de venta de valores, haciendo posible que los intermediarios financieros puedan ejecutar las órdenes de sus clientes desde cualquier lugar<sup>1</sup>.

El gobierno nacional, ha implementado verdaderos avances en este sentido, modernizando el mercado de capitales. Desde el año 2006 ha puesto en marcha un plan para alcanzar la democratización de capitales, propugnando una mayor cultura bursátil y la inclusión de sectores minoritarios; ya que el concepto de democratización de capitales viene inserto dentro de los lineamientos del plan de desarrollo que ha puesto en marcha el gobierno en los últimos años, el cual busca una mayor apertura e inclusión de inversionistas minoritarios en este tipo de actividades financieras<sup>2</sup>.

Sin embargo, el mercado de capitales en Venezuela posee un ordenamiento normativo disgregado donde cuentan normas, reglamentos internos y leyes que inexorablemente tienen relevancia en la regulación de este mercado, generándose una dispersión del ordenamiento jurídico, convirtiendo este mercado en una suerte de hermeticidad pues los inversionistas asimilan el funcionamiento interno y real de las sesiones de mercado al secreto mejor guardado del sistema financiero, puesto que los intermediarios financieros son quienes intervienen en esas operaciones de compra venta.

<sup>1</sup> Vid. El Mercado Continuo. Sistema de Interconexión Bursátil Español (SIBE) Sistema de Interconexión Bursátil Español (SIBE) citado en Revista de Finanzas y Banca Mayo 2011, p. 1.

<sup>2</sup> DE CANDIA citado por en *Dinero* informe especial democratización: ¿El nuevo rumbo del mercado de capitales?. Editorial Prentice Hall Hispanoamericana, 2007, p. 22.

Frente a este panorama, el mercado de capitales venezolano, antes de la entrada en vigencia del texto constitucional, adapta su funcionamiento a los avances de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TIC), creando un mercado electrónico que se caracteriza bien por un correo electrónico que constituye un sistema de negociación de valores que según palabras del maestro Morles<sup>3</sup>:

(...) funciona sobre la base de operaciones compuestas de ordenadores o computadoras conectadas entre sí y con una estación central; el uso de un programa (software) seleccionado por los participantes; el acceso de operadores previamente autorizados que utilizan un lenguaje y claves convenidos; y la presencia de la red de una autoridad de control.

El mercado de valores venezolano posee mecanismos novedosos para el funcionamiento eficaz y efectivo en la Bolsa de Valores, que debería estar acompañado de verdaderas políticas de Estado, que permitan la inclusión de un mayor número de público. Así lo señala Cárdenas<sup>4</sup> al indicar que deben diseñarse mecanismos que promuevan la llegada de nuevos emisores que vengan a participar con una mayor variedad de productos en el mercado de capitales.

Sin embargo, el mercado de valores en Venezuela presenta una serie de dificultades, que hacen que los inversionistas no encuentren atractivas las negociaciones bursátiles. Dentro de las vicisitudes que afronta el referido mercado, las más notables giran en torno a la regulación legal.

La ley que regula la materia data del último trimestre del año 2010<sup>5</sup> y viene a formar parte del engranaje jurídico que se desprende por orden del redactor de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional<sup>6</sup>. Sin embargo, el texto legal en comento, presenta un retroceso en la regulación del mercado de valores puesto que desmonta una serie de instituciones, instrumentos o mecanismos que regulan la economía de mercado, en un brevísimo texto que ha suprimido reglas concernientes a la bolsa de valores derivándose un absoluto silencio en cuanto a figuras elementales dentro del referido mercado verbigracia: los intermediarios, la oferta pública de acciones, inscripción, negociación y liquidación de valores entre otros motivos que afianza el temor de los inversionistas en participar en dicho mercado, por lo que vale la pena investigar acerca de las normas que se aplican para la inscripción, negociación y liquidación de valores en la bolsa de valores de Caracas; así como también hacer mención a la

<sup>3</sup> MORLES, A: *Mercado de instrumentos financieros de intermediación*. (1ra ed.) Venezuela. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 56.

<sup>4</sup> CÁRDENAS citado en *Dinero* informe especial democratización: *¿El nuevo rumbo del mercado de capitales?*. Editorial Prentice Hall Hispanoamericana. 2007, p.23.

<sup>5</sup> Ley de Mercado de Valores. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.489 (Ordinaria) agosto 17 de 2010.

<sup>6</sup> Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.447 (Ordinaria) junio 16 de 2010.

electronificación del mercado bursátil venezolano y finalmente referencia a la contratación bursátil en las sesiones del sistema electrónico en Venezuela.

## II. El mercado de capitales en Venezuela

### 1. Breves históricos

El antecedente más remoto del mercado de capitales en Venezuela se adjudica a la tarea realizada por Bruno Abasolo y Fernando Key Muñoz dos comerciantes de la ciudad de Santiago de León de Caracas quienes en la época de la colonia específicamente en el año 1805 abrieron la llamada “casa de bolsa y recreación de los comerciantes y labradores” con autorización de la corona española<sup>7</sup>.

Empero pareciera que el precedente más significativo del mercado de capitales se evidencia a finales de los años 40 del siglo pasado, época que históricamente marca un hito, bien por la expansión económica dada por la industrialización no petrolera así como la inscripción de la compañía bolsa de comercio de Caracas en el registro mercantil ello en cumplimiento de las disposiciones del Código de Comercio<sup>8</sup>, manteniéndose dicho entre las dos décadas siguientes en operaciones de bajo perfil, hasta el año 1973 con la entrada en vigencia de la primera Ley del Mercado de Capitales que ordena la creación de la Comisión Nacional de Valores y otras regulaciones para dicho mercado. Un año más tarde se crea la Comisión Nacional de Valores.

El año 1976 tuvo significación para el mercado de capitales puesto que la bolsa de comercio de Caracas se transforma para dar paso a lo que hoy día se conoce como la Sociedad Anónima Bolsa de Valores de Caracas con una estructura de cuarenta y tres accionistas que luego fueron elevados a sesenta y tres accionistas por la incorporación de veinte accionistas más en el año 1995.

Uno de los avances más significativos que ha evidenciado el mercado de capitales en Venezuela se presentó en la última década del siglo pasado, con la puesta en funcionamiento de los sistemas electrónicos en el año 1997, a través del Sistema Automatizado de Información Bursátil y Financiera (SAIBF) y el Sistema Automatizado de Rueda en Línea (SAREL), los cuales fueron incorporados a Internet, formando parte del sitio *web* de la bolsa de valores de Caracas y transformando ésta gracias a la revolución tecnológica o informática que ha trastocado positivamente todos los niveles y ámbitos de desarrollo de la sociedad y de manera particular de en las operaciones, negociaciones y transacciones que se realizan, trayendo como consecuencia cambios radicales en los procesos de organización y funcionamiento de la Bolsa de Valores.

<sup>7</sup> Bolsa de Valores de Caracas (s.f.). [Página Web en línea]. Disponible en: <http://www.zonaeconomica.com/bolsa-valores/caracas> [Consulta: 2012, marzo 13].

<sup>8</sup> Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 475 (Extraordinaria), diciembre 21 de 1955.

A partir del año 2000 comienza a funcionar el Sistema Integrado Bursátil Electrónico (SIBE)<sup>9</sup> de la bolsa de valores de Caracas, gracias al convenio suscrito entre la bolsa de valores española (que había dimensionado en el año 1995 una plataforma desarrollada por la bolsa de Madrid, que permite introducir órdenes de compraventas en cualquier momento de la jornada sustituyendo al antiguo sistema de corros)<sup>10</sup> y las bolsas de valores de El Salvador y Venezuela.

De allí que la bolsa de valores en Venezuela pasa a ser un mercado electrónico que funciona, según palabras de Morles<sup>11</sup>

sobre la base de instalaciones compuestas de ordenadores o computadoras conectadas entre sí y con una estación central; el uso de programa (*software*) seleccionado por los participantes; el acceso de operadores previamente autorizados que utilizan un lenguaje y claves convenidos y la presencia de la red de una autoridad de control.

En consecuencia, la bolsa de valores en Venezuela ha sufrido desde finales de los años 90 una evidente transformación en su funcionamiento que hace que la misma esté más a tono con la globalización mundial y la revolución tecnológica e informática incidiendo directamente en la buena marcha de las operaciones bursátiles, aportando procesos flexibles, modernos, expeditos, activos, y rápidos que deben caracterizan los pilares del Derecho Mercantil.

## 2. Mercado de capitales o mercado de valores en Venezuela

El mercado de capitales debe entenderse como aquel donde acuden oferentes (empresas e instituciones públicas y privadas) a través de los intermediarios financieros autorizados por los organismos del Estado, para buscar dinero y financiarse a través de instrumentos financieros de plazo mediano o largo, cualquiera sea su naturaleza. En este sentido, Morles<sup>12</sup>, asevera que “*El mercado de capital reúne a prestatarios y prestamistas, oferentes y demandantes de títulos de riquezas de nueva creación, y comercian también con el stock existente de títulos financieros de largo plazo*”.

Por ende, el mercado de capitales es el lugar donde se facilita el flujo de fondos a mediano y largo plazo a través de la inversión que realice un sector excedentario de la economía con la finalidad de obtener un rendimiento o

9 Véase Bolsa de Valores de Caracas. (2009, junio 06.). [Página Web en línea]. Disponible en <http://b-vc.blogspot.com/2009/04/mercado-sibe-sicet-es-de-gran-utilidad./html> [Consulta: 2012, marzo 15].

10 Véase Sistema de Interconexión Bursátil Español (Octubre 11 de 2010). [Página Web en línea]. Disponible en <http://mercadodecontinuo.es/sistema-de-interconexion-bursatil-espanol-sibe.html> [Consulta: 2012, marzo 15].

11 Véase MORLES, A. *Mercado de instrumentos financieros e intermediación*, Ob. Cit., p. 56.

12 Véase MORLES *Mercado de instrumentos financieros e intermediación*, Op. Cit., p. 6.

ganancia a través de un derecho de crédito o de propiedad ya que, en este sector excedentario las personas que tienen ahorros o excedente dinerario, concurren a empresas privadas que ofrecen títulos de nueva creación (mercado primario)<sup>13</sup> o los ya existentes (mercado secundario<sup>14</sup>), para realizar inversiones y negociar a través de las llamadas transferencias de fondos efectuadas por el demandante a su oferente, teniendo importancia trascendental la gestión que realizan los operadores de valores o corredores públicos de bolsa así como los agentes, denominados como operadores o gestores del mercado de capitales.

En Venezuela las expresiones mercado de capitales y mercado de valores según Morles<sup>15</sup> es sinónimo de “nociones equivalentes”. Sin embargo, aunque su diferenciación es casi imperceptible para algunos, es menester aclarar que cuando se utiliza el vocablo mercado de capitales en su sentido más amplio se refiere a los mercados financieros en los que se opera con dinero, por ende hay que mencionar la existencia de los tres tipos principales de mercado de capitales y ellos son: mercados monetarios; mercado de deuda y mercado de acciones<sup>16</sup>. Infiriéndose por tanto, que el mercado de capitales es aquel donde se realizan transacciones o inversiones relativas a capitales o a activos que representan una obligación legal sobre algún beneficio futuro también conocido como activo financiero, cualquiera sea su naturaleza, característica o condiciones y desenvolviéndose en torno al proceso del ahorro y la inversión.

De allí que Morles<sup>17</sup> señale que “*El mercado de capitales incluye el mercado de valores, el cual se divide en mercado primario o de emisiones (transacciones iniciales de valores recién emitidos) y mercado secundario (intercambio de valores ya en circulación)*”.

Por tanto, el mercado de valores se encuentra inmerso dentro del mercado de capitales, y se considera como el sector más especializado del mercado de capitales ya que en aquel es “*donde se realizan operaciones de carácter monetario o financieros expresados en valores mobiliarios, fuente de financiamiento para la producción de bienes y servicios*”<sup>18</sup> es decir, instrumentos financieros que representen derechos de propiedad o de crédito sobre el capital de una sociedad mercantil, emitidos en masa, que posean iguales

13 Mercado primario es aquel en el que se emite y se colocan los valores (que otorgan bien un derecho de propiedad o un derecho de crédito) sean ellos de renta fija y renta variable por primera vez.

14 El mercado secundario, es aquel donde se negocian valores previamente colocados en el mercado primario, es pues un mercado de segunda mano o mercado de reventa de valores o instrumentos financieros.

15 Véase MORLES, A: *Régimen legal del mercado de capitales*. (2da ed.) Venezuela. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p.20.

16 REUTERS *Mercado de Bolsa*. España. Barcelona: Ediciones Gestión, 2002, p. 10.

17 MORLES *Régimen Legal del Mercado de Capitales*, *Ibid*.

18 ISMODES. *El mercado de valores*. Marzo 2002[Página Web en línea]. Disponible en <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/elmercadovalores.htm>. [Consulta: 2012, marzo 15]

características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase además de instrumentos derivativos o valores que representen un derecho de opción para la compra o venta de valores así como contratos a futuro sobre valores, entre otros.

Importante aclarar que la Ley de Mercado de Capitales del año 1998 no utilizaba una noción unificadora del término valores con el concepto de instrumento financiero, el cual incluye contratos de opciones y futuros y otros negocios, al lado de la tradicional categoría de valores mobiliarios<sup>19</sup>, pero la Ley de Mercado de Valores del año 2010, amplía la noción de valores en el artículo 16 *ejusdem*<sup>20</sup>; en este mismo sentido, el redactor de la Ley Orgánica

19 MORLES, A. *Mercado de instrumentos financieros e intermediación*. Op. Cit., p.17.

20 Ley de Mercado de Valores, artículo 16. «Están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, los valores entendidos en los términos de esta Ley. La Superintendencia Nacional de Valores dictará normas para la emisión, negociación y custodia de estos valores, así como para cualesquiera otros valores o derechos de contenido financiero, incluso sobre aquellos que sean emitidos por personas que no estén expresamente regulados en esta Ley u otras leyes especiales.

Parágrafo Primero

Se entenderá por valores, a los efectos de esta Ley, los instrumentos financieros que representen derechos de propiedad o de crédito sobre el capital de una sociedad mercantil, emitidos en masa, que posean iguales características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase. La Superintendencia Nacional de Valores, en caso de duda, determinará cuáles son los valores regulados por esta Ley.

Parágrafo Segundo

Se consideran también valores a los efectos de esta Ley, los instrumentos derivativos, los distintos tipos de instrumentos o valores que representan un derecho de opción para la compra o venta de valores, así como los contratos a futuro sobre valores, en donde las partes se obligan a comprar o vender una determinada cantidad de valores a un precio y a una fecha predeterminada, y en general cualquier otro tipo de instrumento cuyo valor esté determinado y fijado por referencia al valor de otros activos o conjunto de ellos. La Superintendencia Nacional de Valores dictará las normas que regulen la negociación de este tipo de valores. La emisión y negociación de estos valores en contravención con las normas dictadas por la Superintendencia será nula y los responsables del incumplimiento deberán responder por los daños y perjuicios que hayan causado.

Las garantías constituidas de conformidad con las normas que dicte la Superintendencia Nacional de Valores para la negociación de productos derivativos en una bolsa, no se encontrarán afectadas por las nulidades a las cuales se refiere la ley que regule las operaciones mercantiles para el caso de quiebra.

Parágrafo Tercero

También están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, los valores representativos de derechos de propiedad, garantías y cualesquiera otros derechos o contratos sobre productos o insumos agrícolas.

Parágrafo Cuarto

En la emisión de acciones, las sociedades que hagan oferta pública no podrán disminuir los derechos que le correspondan, de tal manera que el ejercicio de los mismos no sea posible. En ningún caso, podrán establecerse distintos derechos para el caso de ofertas públicas dirigidas a pequeños inversores»

del Sistema Financiero Nacional<sup>21</sup> al referirse al mercado de valores señala en su artículo 10 que éste “*comprende el grupo de instituciones que se dedican a la intermediación de títulos valores establecidos por la Ley ...*”

En consecuencia, Venezuela a partir del año 2010 y gracias a las modificaciones legislativas propias del sistema financiero nacional, se emplea la mención mercado de valores, expresión ésta que ha sido utilizada en casi todas las legislaciones foráneas y los sistemas financieros mundiales, para de esta manera hacer referencia sólo a una parte del sistema financiero y evitar lo que se venía haciendo en el país bajo una ligereza legislativa: la regulación de un mercado de capitales que contemplaba en su sentido más amplio el mercado de dinero o monetario y el mercado de valores (primario y secundario).

De allí, que en Venezuela deba hablarse de mercado de valores para regular exclusivamente a todos los participantes (directa o indirectamente) de los procesos de emisión, custodia, inversión e intermediación de instrumentos financieros o títulos valores públicos o privado, bien en el mercado primario o de emisión y transmisión inicial de valores o bien en el mercado secundario con valores que ya están en circulación, todo ello a través de los operadores del mercado (bolsa de valores Bicentenario para valores de deuda pública; bolsa de valores de Caracas; bolsa de productos e insumos agrícolas; cajas de valores; agentes de traspasos; asesores de inversión; operadores de valores, sociedades titularizantes, cámara de compensación entre otros).

### **3. Características del mercado de valores en Venezuela**

Es un mercado que en su funcionamiento está vigilado, controlado y supervisado por un ente del Estado denominado Superintendencia Nacional de Valores<sup>22</sup> y su funcionamiento interno está a cargo de una comisión de supervisión que al efecto crea la bolsa de valores de Caracas.

Es un mercado en el que tienden a desaparecer los mecanismos tradicionales de funcionamiento para darle paso a la negociación informatizada con lo cual, los procesos de negociación liquidación y difusión de información se realizan a través de un mercado electrónico, donde prima la simplicidad y el ahorro de tiempo, tan es así que el Reglamento de Inscripción, Negociación y Liquidación de Valores en la bolsa de valores de Caracas C.A. establece que las para las sesiones de mercado se utilizarán plataformas electrónicas de negociación<sup>23</sup>.

21 Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, artículo 10. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.447 (Ordinaria) junio 16 de 2010.

22 Véase Ley de Mercado de Valores artículo 4. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.489 (Ordinaria), agosto 17 de 2010.

23 Véase Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de valores de la Bolsa de Valores de caracas C.A. artículo 24 Gaceta Oficial de la República de Venezuela 38947 (Ordinaria) junio 6 de 2008.

Es un mercado de intermediarios puesto que los inversionistas no tienen acceso directamente al mercado bursátil, de allí que se tenga que las operaciones deban realizarse con la mediación de los operadores de valores autorizados (otrora corredores de bolsa) sean estas personas naturales o jurídicas, quienes junto a la respectiva identificación del usuario tendrán una clave de acceso a la plataforma que será personal, secreta e intransferible<sup>24</sup>.

Es un mercado regulado a través de una serie de normas legales y reglamentarias, siendo estas últimas facultades directas de la Superintendencia Nacional de Valores, según lo dispone el artículo 8 de la Ley de Mercado de Valores.

Es un mercado de contado y de brevísimo plazo, puesto que el plazo para la celebración de la operación bursátil está comprendido entre uno y sesenta días hábiles bursátiles.

Es un mercado continuo, que comprende diversas etapas que van desde la pre-apertura, sesión de mercado, cierre y clausura todo ello en una jornada diaria. Importante señalar que cada una de las fases o etapas tienen un horario establecido por la directiva de la bolsa de valores de Caracas.

Es un mercado centralizado que se rige por órdenes tal como lo dispone el artículo 35 del Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de valores de la bolsa de valores de Caracas C.A. (de compra venta, cruzadas, a precio convenido) y no por operaciones de precios como los mercados anglosajones.

Es un mercado que diariamente emite un boletín a través de los medios que disponga de las operaciones realizadas para mantener informados no solo a los miembros del sistema sino al público en general a través de su página web, para así tener un sistema de información eficiente tal como lo señala el artículo 53 del referido Reglamento.

Es un mercado que permite la contratación de valores en mercados principales (órdenes y fijación de precios únicos) y mercados secundarios (a plazo y cruces).

### **III. Marco normativo del mercado de valores en Venezuela**

La estructura normativa del mercado de valores y su funcionamiento en Venezuela se encuentra disgregada en diversos ordenamientos que se han reformado en respuesta de la exigencia legislativa y del afán del sistema de policía administrativa sobre todos los servicios financieros que emerge por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional del 2010, que desvirtúa la finalidad básica del sistema financiero nacional pues establece un marco legal que antes de garantizar la regulación de la solvencia y

<sup>24</sup> Véase Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de valores de la Bolsa de Valores de Caracas C.A. artículo 27. Gaceta Oficial de la República de Venezuela 38947 junio 6 2008

la estabilidad financiera de las instituciones que integran los subsistemas (mercado monetario, mercado asegurador y mercado de valores), pasa a controlar el uso y la inversión de los recursos hacia el interés público y el desarrollo económico social tal como se señala en el artículo 1 de la referida Ley.

No obstante, pese a las ligerezas que pueda tener ese texto legislativo, es menester acotar que él mismo abre la compuerta para la entrada en vigencia de un texto normativo que desarrolle la regulación, negociación y control de la intermediación de los títulos valores en Venezuela.

### **1. Ley del Mercado de Valores**

Cabe destacar que esta Ley es un instrumento normativo que cuenta con deficiencias que vienen a debilitar la magnificencia con la que se debió regular uno de los componentes que forma parte integrante del sistema financiero nacional, como lo es el mercado de valores.

Esta ley de apenas cincuenta y seis artículos cuenta a su vez con una disposición transitoria, una derogatoria y una final. Deroga la Ley de Mercado de Capitales del año 1998; así como también parte de la Ley de Entidades de Inversiones Colectivas y parte de la Ley de Cajas de Valores.

Importante destacar que por la abreviación del texto en comento han surgido una serie de lagunas legislativas para el intérprete puesto que no se trata de una verdadera y exhaustiva síntesis legislativa, sino más bien pareciera una ligereza de parte del redactor del texto normativo quien suprimió algunas de las instituciones básicas y propias del mercado de valores en Venezuela.

No obstante, este texto legal señala de manera genérica las atribuciones que tiene el ente del Estado que regula el mercado de valores, así como a los actores del mercado de valores venezolano (sujetos regulados, bolsa de valores, cajas de valores, sociedades titularizantes, sociedades calificadoras de riesgo) y la participación y defensa de la ciudadanía y de la protección a los inversionistas.

### **2. Ley de Cajas de Valores**

Esta Ley publicada en el año 1996, regula los servicios prestados por aquellas sociedades anónimas que tienen por objeto exclusivo la prestación de servicios de depósito, custodia, transferencia, compensación y liquidación, de valores objeto de oferta.

La Caja Venezolana de Valores, es una entidad privada con personalidad jurídica propia, que fue creada y constituida por las bolsas de valores, empresas de seguros y reaseguros, entidades financieras, e intermediarios bursátiles establecidas en el país en el año 1992, para llevar a feliz arribo las operación que van desde el depósito, cuidado transferencia compensación y liquidación de valores y lograr consolidar un mercado de valores eficiente, aun y cuando cada una de las instituciones *supra* mencionadas tienen fines distintos.

### **3. Reglamento de Inscripción, Negociación y Liquidación de Valores de la bolsa de valores de Caracas**

Este Reglamento de sesenta artículos fue publicado en el año 2008, que si bien precede el marco legal del sistema financiero y del mercado de valores, es el instrumento que concreta las normas para el proceso de inscripción y negociación de los títulos valores que se comercializan en la bolsa de valores de Caracas, dejando sin efecto parcialmente el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas del año 1994 en lo que respecta a la inscripción y negociación de títulos valores en la bolsa de Caracas, así como de la pérdida de los títulos y su transferencia indebida, de las ruedas de corredores y de las clases de operaciones y sus liquidaciones. De la misma manera, deja sin efecto el Reglamento del Sistema Automatizado de Liquidaciones Bursátiles y el Reglamento del Sistema Integrado Bursátil Electrónico del año 2001.

Finalmente cabe acotar que como marco normativo del mercado de valores en Venezuela deben contarse a su vez, los manuales funcionales y circulares emitidas por la bolsa de valores en atención a las condiciones de negociación de los valores inscritos en la misma.

#### **IV. La contratación bursátil en Venezuela**

Antes de establecer cómo es la contratación bursátil en Venezuela, es menester indicar que no existe un concepto unitario de lo que debe entenderse como contrato bursátil. De allí que autores foráneos identifiquen el contrato bursátil con las operaciones que se realizan en la bolsa de valores, no obstante es importante aclarar que no todas las operaciones que se efectúan y se llevan a cabo en la bolsa son contratación bursátil verbigracia, las compras y ventas de valores no cotizados y llevados a cabo por operadores de valores, o las almonedas o subastas públicas conocidas como remates o martillos de la bolsa tampoco pueden ser consideradas operaciones bursátiles, puesto que aun y cuando esas operaciones se realizan dentro del local de la bolsa las mismas no tiene por objeto valores y por ende no constituyen contratación bursátil.

En un intento de definir lo que es la contratación bursátil Garrigues<sup>25</sup> señala que “*Se trata de negocios jurídicos comunes, generalmente ventas, a las cuales el tráfico bursátil consuetudinariamente imprime determinadas modalidades de perfección o ejecución*”. En tal sentido, la contratación bursátil en Venezuela se refiere a la compra y venta de valores en la bolsa de valores sea en la Bicentenario para operaciones referentes a títulos de la deuda pública o de crédito emitidos conforme a la Ley del Banco Central de Venezuela, o la compra y venta de valores en la bolsa de valores de Caracas para operaciones

25 MORLES, A.: *Mercado de instrumentos financieros e intermediación*, Op. Cit., p 235.

con títulos valores y a la compra de mercaderías en la bolsa de productos agropecuarios de Venezuela.

Cabe acotar que las operaciones propias de la bolsa de valores de Caracas que se identifican con la contratación bursátil en Venezuela, se realizan sólo bajo sistemas de sesiones de mercado donde juega un papel preponderante la negociación informatizada, es decir, donde las TIC están al servicio de esta rama del Derecho mercantil, a través de plataformas electrónicas de negociación, incorporándose a la rama *supra* mencionada las bondades del Derecho informático, para flexibilizar y modernizar ámbito contractual que se desprende en las negociaciones bursátiles, que abarca no solo la contratación propiamente dicha, sino además, temas relacionados con las obligaciones y responsabilidades que asumen las personas que intervienen directa o indirectamente en la contratación bursátil, las transferencias electrónicas, el procedimiento a seguir dentro de las sesiones del sistema, etcétera.

En consecuencia señalar que la contratación bursátil en Venezuela equivale simplemente a un negocio jurídico, conlleva erróneamente a negar la evolución y transformación que ha sufrido el Derecho mercantil producto de la influencia del avance de las tecnologías informáticas y su aplicación en las negociaciones bursátiles, ya que las operaciones realizadas en sesiones del sistema electrónico evidencian el intercambio de datos por medios electrónicos, esté o no relacionado con la actividad comercial o no<sup>26</sup>, pero constituyen propiamente parte de las actividades que integran uno de los subsistemas o sectores que conforman la tríada del moderno sistema financiero nacional.

### **1. Contratación bursátil en las sesiones del sistema electrónico**

La contratación en las sesiones del sistema electrónico de la bolsa de valores en Venezuela, se rige de manera exclusiva y excluyente por el Reglamento que al efecto ha dictado la bolsa para este tipo de transacciones.

En tal sentido, el Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de Valores de la Bolsa de Valores de Caracas C.A., establece que el sistema consiste en plataformas electrónicas de negociación que permite sólo a los usuarios del sistema (operadores de bolsa: miembros accionistas de la bolsa de valores actuando directamente o a través de sus representantes y/o apoderados, amén de las aquellas personas expresamente autorizadas por la junta directiva de la bolsa de valores) la postulación de órdenes de compra venta, de evaluación de sus condiciones y de difusión de mercado, todo ello en el lapso establecido de manera regular y precisa por el sistema para el cierre de sus operaciones.

Es necesario señalar que las contrataciones bursátiles en las sesiones del sistema electrónico se realizan a través de una estación central informática

<sup>26</sup> MARTÍNEZ, N. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 1998, p.25.

controlada por la bolsa y estaciones terminales que podrán ser operadas desde la sede de la bolsa de valores con los equipos de su propiedad o mediante conexión remota por medio de los equipos que al efecto posean los usuarios del sistema en sus oficinas, materializándose de esta manera un comercio electrónico en sistemas cerrados o redes intranets también conocidos como de comercio electrónico intra corporativo, debido a que quien envía el mensaje y quien lo recibe se encuentra dentro de la sede de la bolsa de valores en sus estaciones y terminales, o bien fuera de la sede, a través de estaciones de trabajo que han de ser interconectadas al computador central previa aprobación escrita de la bolsa de valores pudiendo solo utilizarse los mecanismo de telecomunicación autorizados para la conexión por vía remota entre un miembro accionista y la bolsa de valores.

Para acceder al sistema se requiere poseer una respectiva identificación de usuario y clave de acceso otorgada por la bolsa, teniendo en cuenta que las mismas son personales, secretas e intransferibles; de allí que tanto la identificación y clave, puede ser equiparada a una firma electrónica para otorgarle seguridad a la negociación tal como si se tratase de una operación en papel, en tal sentido, Mattutat<sup>27</sup> asevera que cuando se trata de documentos no contenidos en soporte papel, *“se requiere de mecanismos de seguridad adicionales que garanticen no sólo su autenticidad, sino también su integridad y confiabilidad. Uno de los mecanismos creados a tales fines es la firma electrónica”*.

En ese sentido, la bolsa de valores por su parte equipara el uso de las claves de identificación de usuario, acceso y demás claves subsidiarias, a la firma electrónica del respectivo usuario produciendo ésta en la negociación tal como se evidencia del Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de valores de la Bolsa de Valores de Caracas C.A.,<sup>28</sup> los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa en una contratación tradicional, ya que, las referidas claves vinculan al usuario signatario con el acceso y la operación en los sistemas, atribuyendo en tal sentido los efectos en cuanto validez y eficacia que contempla el artículo 16 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas<sup>29</sup>; es decir, atribuye la autoría así como la validez y eficacia probatoria que la ley le otorga a la firma autógrafa.

<sup>27</sup> Véase MATTUTAT, M.: “La electrificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela”. Revista *Derecho y Tecnología*. Numero 10, San Cristóbal, enero/diciembre 2008-2009, p.119.

<sup>28</sup> Véase Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de valores de la Bolsa de Valores de Caracas C.A. artículo 27. Gaceta oficial de la República de Venezuela 38947(Ordinaria) junio 6 de 2008.

<sup>29</sup> Véase Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, art 16. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela numero 37.148 (Ordinaria) febrero 28 de 2001.

Es de hacer notar que el uso de las referidas claves bien por personas no autorizadas por la Bolsa es un delito penal tipificado en el Código Penal venezolano<sup>30</sup> como delito de falsedad según el artículo 322 que dispone

El individuo que hubiere falsificado o alterado, total o parcialmente, alguna escritura, carta u otros géneros de papeles de carácter privado, de modo que haciendo él, u otro, uso de dichos documentos, pueda causarse en perjuicio al público o a particulares, será castigado con prisión de seis a dieciocho meses.

Empero si ha sido prestada la clave por un operador o usuario a otra persona no autorizada o extraña, se configura el delito de estafa establecido en el Código Penal<sup>31</sup> artículo 464.

En otro orden de ideas es menester señalar que las sesión del sistema electrónico está dividida en etapas de las sesiones de mercado para las cuales han sido adiestrados los usuarios del sistema, con el solo objetivo de disminuir al mínimo los eventuales errores en el procedimiento.

Una jornada diaria de mercado comprende tres etapas a saber: 1. pre-apertura; 2. sesión de mercado; 3. cierre y clausura de la sesión de mercado.

La pre-apertura es la fase previa o preparativa a la sesión de mercado, en ella los usuarios del sistema pueden introducir, modificar y cancelar órdenes; teniendo en cuenta que en este período no se formalizaran operaciones como tales.

La sesión de mercado, inicia al anunciarse a través de las estaciones de trabajo el comienzo de la misma; en este período los usuarios realizan todas las operaciones mercantiles a través de los sistemas de la bolsa, en consecuencia, en la referida fase se formalizan operaciones, es decir, son procesadas de acuerdo con sus características de ingreso, siendo la ejecución de las operaciones totalmente automática por el sistema a través de lo que se conoce como el apareamiento automático de las órdenes, siendo las mismas órdenes básicas de compra y venta o de órdenes cruzadas y órdenes de venta corta.

Vencido la fase de mercado, se procede al cierre del mismo impidiéndose en este período ingreso de órdenes al sistema.

Es menester establecer que las fases antes mencionadas se llevan a cabo a través de un horario establecido por la bolsa de valores.

En el supuesto de surgir alguna irregularidad en el sistema se produce los siguientes procedimientos:

- a. Subasta por volatilidad que consiste en el establecimiento de un período de ajuste de precio durante el cual se permite la introducción modificación y cancelación de órdenes sin que se produzca el acoplamiento o

<sup>30</sup> Véase Código Penal, art 322. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5494 (Extraordinaria) octubre 20 de 2000.

<sup>31</sup> Véase artículo. 464 Código Penal. *ibidem*.

apareamiento de las mismas para obtener un precio equilibrado del valor en cuestión.

- b. Diferimiento, este procedimiento consiste en el deteniimiento momentáneo de la cotización a fin de detener la cotización de un valor como consecuencia de la suspensión temporal que al efecto es ordenada por la Superintendencia Nacional de Valores.

Finalmente, la contratación bursátil en las sesiones del sistema electrónico culmina con la liquidación de las operaciones, respondiendo el vendedor solo por los valores en cuya negociación haya intervenido hasta la entrega de los mismos a la caja de valores, empresa ésta que realizan actividades de depósito, custodia, transferencia compensación y liquidación de valores previa autorización para tal fin de la Superintendencia Nacional de Valores, salvo que después de la entrega surja oposición de algún tercero; o bien se comprobare la existencia de gravámenes o medidas judiciales sobre los valores negociados o en su defecto no se pudiere efectuar la transferencia en el libro de accionistas del emisor.

Para realizar el traspaso de valores las sociedades emisoras deben realizar la cesión de valores en los libros o registro correspondientes a través de los agentes de traspasos que no son más que sociedades constituidas y autorizadas para tal efecto por la Superintendencia Nacional de Valores, en este sentido es importante indicar que la sola inscripción de cesión de valores en las sociedades constituidas para tal fin tendrá los mismos efectos que la inscripción en los libros de la sociedad.

### **1. Electrificación del mercado bursátil venezolano**

Como se dejó sentado en líneas anteriores, las operaciones bursátiles en Venezuela se realizan a través de plataformas electrónicas de negociación, permitiendo por el uso de las TIC que los valores negociados en la bolsa como instrumentos financieros jurídicos, admitan un tráfico comercial a gran escala amén de la celeridad, seguridad y ahorro de tiempo en las negociaciones bursátiles, gracias a la infraestructura tecnológica que se ha incorporado a las sesiones de corro producto del sistema electrónico del mercado de valores venezolano.

En este sentido, Rico Carrillo<sup>32</sup> señala que “el perfeccionamiento de la compraventa bursátil en la mayoría de los casos se hace a través de técnicas y elementos informáticos”. De allí que se puede inferir que en Venezuela la negociación bursátil, además de ser un contrato jurídico mercantil está adaptada a los avances de la telemática, puesto que en ella no solo se evidencia el concepto

<sup>32</sup> Véase RICO, M. “La electrificación del Derecho mercantil”. *Ética y Jurisprudencia*. Valera: Publicaciones UVM Número 4 2005 (enero-diciembre) p. 82

de comercio electrónico<sup>33</sup>, sino además se demuestra la presencia de las TIC al servicio del hombre para flexibilizar su labor en las operaciones que se llevan a cabo en el mercado bursátil, respondiendo así a las exigencias de celeridad y rapidez para la masificación que tienen las operaciones bursátiles desarrollando con ello el concepto de teletrabajo, noción ésta que brinda ventajas que repercuten en la ejecución de una labor que adopta nuevas formas en la ejecución del trabajo y ello derivado del uso de equipos telemáticos.

En este sentido Álamo señala que las bondades ventajas y favores del teletrabajo, no solo aprovecha a la empresa y sus trabajadores, sino que se extiende más allá hasta trastocar el ámbito urbano, evitando los problemas de congestión poblacional laboral en las grandes ciudades del mundo.

Al respecto Álamo<sup>34</sup> señala

... beneficios tanto para las empresas que lo aplican como para sus propios trabajadores y, aunque estos beneficios pueden materializarse en cualquier lugar, han logrado una mayor repercusión en el ámbito urbano, donde el teletrabajo ha sido comprendido como una nueva estrategia de cara a solucionar los problemas derivados de la elevada concentración poblacional en las grandes urbes, no sólo para estas empresas y trabajadores sino, en última instancia, para el núcleo de la sociedad en conjunto.

De allí que se pueda aseverar que dentro del mercado bursátil venezolano la presencia del uso de ordenadores, sistemas y plataformas electrónicas permitan transformar la engorrosa y a veces retrograda actividad realizada en otrora por los sujetos intervinientes en las contrataciones bursátiles a través del corro físico (donde el hacinamiento en los puestos de trabajo de los operadores de valores y el stress para la ejecución de las órdenes recibidas marcan el punto característico de la jornada), pasando a ser un corro mal llamado virtual, ya que sus operaciones son tan reales como si se tratasen de las operaciones bursátiles realizadas de forma tradicional puesto que la naturaleza del corro virtual no es contraria a la naturaleza de las operaciones bursátiles realizadas en la bolsa de valores por medio del corro físico, lo que cambia es el mecanismo en la realización de las operaciones que se realizan a través de la electrificación del mercado bursátil.

En este orden de ideas cabe destacar que existe una equivalencia funcional del resultado de las operaciones que se ejecutan en los corros antes mencionados,

<sup>33</sup> En este sentido Mariliana Rico, señala que el concepto de comercio electrónico no se refiere únicamente a las operaciones comerciales electrónicas estrictamente consideradas (la compraventa de bienes o la prestación de servicios), sino que abarca dentro de éstas, las negociaciones previas, las actividades ulteriores relacionadas y otros servicios no remunerados por su destinatario como aquellos que consisten en ofrecer información en línea. Vid., RICO M. "Comercio electrónico, Internet y Derecho". 2da. edición. Bogotá: Legis Editores. 2005, p. 12.

<sup>34</sup> ÁLAMO, O. *Teletrabajo: ¿Espejismo presente o realidad futura?*. Octubre 2003 [Página Web en línea]. Disponible en [http://www.iigov.org/dhial/?p=21\\_05](http://www.iigov.org/dhial/?p=21_05) [Consulta: 2012, marzo 20]

puesto que lo que cambia, es el mecanismo utilizado en el proceso de negociación que como se dejó asentado en líneas anteriores, es un mecanismo soportado en plataformas electrónicas que al efecto ha diseñado la bolsa de valores, cumpliendo consecuentemente todas las exigencias de las contrataciones bursátiles.

Importante señalar que a razón de que las transacciones electrónicas realizadas en el corro virtual y llevadas a cabo por la bolsa de valores a través de sus plataformas electrónicas, las mismas responden a las garantías mínimas exigidas dentro del comercio electrónico, tales como: la autenticidad, la confidencialidad y el no repudio de la operación bursátil realizada.

De la misma manera es significativo indicar que dichas operaciones están blindadas con mecanismo de seguridad a través del cifrado para el ingreso del operador de valores en las plataformas electrónicas (inicio de sesiones a través de las claves personales, secretas e intransferibles), que hacen que sean ellos y solo ellos los sujetos responsables de las operaciones y/o contrataciones telemáticas que se realizan dentro del sistema electrónico de las plataformas de la bolsa de valores.

Igualmente vale la pena mencionar que la importancia capital de los contratos telemáticos dentro del mercado bursátil venezolano data de finales de la última década del siglo pasado, ya que, al realizarse las negociaciones bursátiles a través de los sistemas que al efecto se han diseñado para la inscripción negociación y liquidación de valores de la bolsa de valores de Caracas (gracias a la automatización de las plataformas electrónicas de negociación), se dio origen a la llamada electrificación del mercado bursátil venezolano, así como también a la desmaterialización de los títulos valores negociados en la bolsa.

Finalmente cabe destacar que el establecimiento legal de plataformas electrónicas para las operaciones bursátiles en Venezuela, habilita a la bolsa para establecer mecanismos y sistemas que a través de la automatización responden a las órdenes suministradas por los usuarios del sistema, quienes apoyándose de la telemática y de los procedimientos desarrollados para la contratación bursátil vale decir, para la inscripción negociación y liquidación de valores; así como las anotaciones en cuenta de los títulos desmaterializados negociados en el mercado bursátil y el mantenimiento de una información accesible al público en general en formato electrónico por medio de la página *web* de la bolsa de valores, crean y mantienen lo que se conoce como la electrificación del mercado bursátil venezolano.

## **V. Consideraciones finales**

El mercado de valores es un mercado que exalta características propias del Derecho mercantil tales como la rapidez en las transacciones, confiabilidad, seguridad, crédito, progresividad, traduciéndose en un todo en la constante del derecho vivo de las operaciones en masa, en donde tiene una innegable

importancia el funcionamiento de transferencia de los títulos que se realiza en el mercado de valores infiriéndose lo siguiente:

1. El mercado de capitales en Venezuela aun y cuando data de los años cuarenta del siglo pasado se ha mantenido hasta la presente fecha, gracias a las adaptaciones tanto legales como las de funcionamiento, que han permitido pasar de un corro a viva voz a un corro virtual como respuesta a la exigencia de la globalización y de la telemática al servicio de una de las operaciones o actividades más emblemáticas del Derecho mercantil como lo es las operaciones bursátiles.
2. En Venezuela, a partir del año 2010 y gracias a las modificaciones legislativas propias del sistema financiero nacional se emplea la mención mercado de valores para hacer referencia a las negociaciones que se realizan producto de las operaciones bursátiles, y regular a todos los participantes de los procesos de emisión, custodia, inversión e intermediación de instrumentos financieros o títulos valores públicos o privados.
3. El mercado de valores en Venezuela presenta como características sustanciales las siguientes: en su funcionamiento es un mercado vigilado y supervisado por el Estado venezolano a través de la Superintendencia Nacional de Valores y regulado a través de una serie de normas legales y reglamentarias que están dispersas en varios instrumentos normativos, además en su funcionamiento tiende a desaparecer mecanismos tradicionales para dar paso a la electrificación de las operaciones bursátiles gracias a la telemática; es un mercado continuo que comprende diversas etapas (pre apertura; sesión de mercado, cierre y clausura) dentro de una jornada diaria todo ello automatizado y de cortos plazos; es un mercado que respeta el derecho a la información del público en general a través de su página *web*; es un mercado de intermediarios puesto que los únicos que tienen acceso al sistema son los usuarios con clave de acceso.
4. Dentro del ordenamiento jurídico patrio, el funcionamiento del mercado bursátil y sobre todo lo referente a los negocios que se susciten dentro del mercado de valores se cimienta de manera directa, en lo dispuesto en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional así como también por la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Cajas de Valores, y por lo dispuesto en la concreción de leyes a través de el Reglamento de Inscripción Negociación y Liquidación de Valores en la Bolsa de Valores de Caracas.
5. La contratación bursátil en Venezuela debe ser entendida como la compra y venta de valores en las distintas bolsas públicas como la Bicentenario y las privadas como la bolsa de valores de Caracas.
6. En el procedimiento de inscripción, negociación y liquidación de la bolsa de valores de Caracas, la telemática y sus distintas aristas juegan un papel importante facilitando las transacciones a través del sistema del corro virtual, colocando a la bolsa de valores de Caracas a la par con las bolsas de

valores más importes del mundo, ya que se cimienta a través de una extensa y segura red de estaciones de trabajo computarizadas (teletrabajo) que se localizan en centros ubicados en diversas oficinas y locales de las casas de bolsa, o en la misma bolsa de valores y proveen a los intermediarios participantes comunicación en línea, en tiempo real, con los demás corredores disponible.

7. El procedimiento de funcionamiento de transferencia de los títulos en el mercado bursátil venezolano se desarrolla a través de tres fases automatizadas que se realizan en plataformas electrónicas y para su acceso es menester tener una clave de usuario la cual se equipara a una firma electrónica, siendo las referidas fases: la fase de preapertura, la fase de sesión de mercado y la fase de cierre y clausura.

En la primera fase se preapertura, se introducen, modifican y cancelan órdenes provenientes del mercado de órdenes y del mercado *fixing*; en la fase de sesión de mercado las órdenes son ejecutadas automáticamente por el sistema. En la fase de clausura se cierra la sesión mediante anuncio, y no se permite la entrada de órdenes al sistema. Finalmente se informará a la caja venezolana de valores, las operaciones pactadas en las sesiones de mercado, a fin de que la caja venezolana de valores proceda a ejecutar las órdenes de transferencia en las cuentas o sub-cuentas de valores por el procedimiento previsto en el Reglamento interno de las cajas venezolanas de valores.

8. En cuanto a la electrificación del mercado bursátil venezolano se hace evidente la utilidad práctica de la tecnología, la electrónica y la informática al servicio de las operaciones bursátiles para el traspaso de títulos valores cotizados en bolsa de valores, ya que las operaciones que se efectúan en el mercado de valores venezolano, se hacen a través de la automatización de todos los procesos operativos y administrativos, que confluyen tanto en la bolsa de valores como en la caja venezolana de valores, agilizando y modernizando las negociaciones bursátiles, que constituyen en un cien por ciento actos de comercio dinámicos, proporcionando a través de ese progreso, la facilidad a los usuarios de la bolsa de un ambiente propicio para la ejecución de las órdenes de sus cliente, eliminando el desorden y el hacinamiento propio de las ruedas de bolsa manual, así como la seguridad y sobre todo celeridad que se traduce en la rapidez propia que desde siempre se ha buscado en el Derecho mercantil.

Por lo que se puede concluir que la tecnología avanza de manera positiva y arrolladora, permitiendo sortear los embates que en otrora padecieran las negociaciones bursátiles; consolidando con creces el funcionamiento del traspaso de los títulos valores en el mercado de valores, a través de la modernización implementada en el sistema.



# Los deberes precontractuales de información en el ámbito de las transacciones virtuales: a propósito del principio de la buena fe

David López Jiménez\*

---

SUMARIO: Introducción. I. Los deberes precontractuales de información. 1. Consideraciones terminológicas de carácter previo. 2. Herramienta de protección del consumidor y/o usuario a efectos de una adecuada constitución del consentimiento. 3. Extensión en el ámbito del comercio electrónico. 3.1. Elementos caracterizadores o delimitadores del prestador de servicios en el ámbito digital. 3.2. Datos relativos al bien y/o servicio que se promociona. 3.3. Fases o etapas preceptivas del *iter* contractual. 3.4. Información de las cláusulas que serán objeto de incorporación al contrato II. Relevancia de la buena fe como fundamento del deber precontractual de información.

## Resumen

Para una adecuada formación del consentimiento en el ámbito virtual, numerosos legisladores del ámbito comunitario, lo que es extensible al Derecho español, imponen ciertas obligaciones precontractuales al empresario. En efecto, con carácter previo al surgimiento del consentimiento, establecen el deber del prestador de servicios de informar, al consumidor y/o usuario, sobre un elenco de aspectos a los que en este artículo nos referiremos. De igual modo, como veremos, en todo este escenario, despliega una labor de primer orden el principio general de la buena fe.

**Palabras Clave:** Buena fe. Comercio electrónico. Información. Consumidores. Internet.

## Abstract

For an adequate formation of consent in the virtual environment, many legislators at a Community level, which is extensible to Spanish Law, impose certain pre-contractual

---

Recibido: 5/7/2012 • Aceptado: 11/8/2012

\* Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Grupo de Investigación GITICE –Universidad de Huelva (España)-.

obligations to the employer. Indeed, before the emergence of the consent, it is established the duty of the service provider to inform, the consumer and/or user, about a list of issues to which we refer in this paper. Similarly, as we will see, in this scenario the general principle of good faith shows a first level work.

**Keywords:** Good Faith. Electronic Commerce. Information. Consumer. Internet.

## **Introducción**

Uno de los principales modos para proteger a los destinatarios de servicios finales es conseguir que estén convenientemente informados, de forma que posean todos los elementos de juicio necesarios para adoptar una solución razonada sobre el bien y/o servicio que desean contratar. Tal afirmación resulta, naturalmente, aplicable tanto al espacio presencial como virtual.

El mandato constitucional de protección del consumidor, recogido en el art. 51 de la Constitución española de 1978, incluye, como uno de los principios rectores de una adecuada política de protección del consumidor, el que les reconoce un derecho a la información sobre los bienes, productos o servicios en los que están interesados en adquirir o contratar. En la presente investigación analizaremos ese derecho del consumidor desde la perspectiva de ser un deber del empresario o prestador de servicios que se concreta, en términos generales, en un deber de información previo a la contratación del servicio o a la adquisición del bien o del producto de interés.

En toda relación comercial en la que interviene un consumidor existe un desequilibrio de posiciones entre el empresario, oferente de los bienes y servicios y titular de una posición de dominio, y el consumidor, destinatario de los bienes, productos o servicios ofrecidos, situado en una posición de inferioridad frente a la otra parte contratante. Desde esta óptica, se ha ido fraguando lo que, en términos generales, se conoce como Derecho de consumo.

La imposición de este deber precontractual de información tiene como fin garantizar que el adquirente de bienes y servicios va a contar con los datos suficientes para poder comparar las distintas alternativas que le ofrece el mercado y optar por la que mejor le convenga. Existen ciertas particularidades derivadas del entorno electrónico a las que seguidamente aludiremos.

### **I. Los deberes precontractuales de información**

La admisión de los deberes precontractuales de información, como una determinada categoría, obedece a una evolución tardía que, dicho sea de paso, está ligada a los cambios de carácter social, así como al objeto del comercio. En el Derecho Romano, se consideraba que a cada una de las partes le correspondía informarse y, en consecuencia, adquirir los conocimientos

necesarios al momento de celebrar un contrato. De hecho, de acuerdo con la máxima *caveta emptor*<sup>1</sup>, o bien *emptor debet esse curiosus*<sup>2</sup>, es a cada una de las partes a la que le incumbe satisfacer sus intereses con el objeto a negociar. Esta situación se prolongó durante el Derecho clásico y moderno<sup>3</sup>, en concreto hasta cuando se empezó a estructurar la responsabilidad precontractual. Ahora bien, en virtud de los estudios de la doctrina italiana y alemana, comenzó a darse este reconocimiento paulatino, que supuso la introducción de este deber precontractual de información en los diferentes marcos legales existentes.

Los deberes precontractuales de operar cierta información<sup>4</sup> representan una sugerente manifestación del suministro de información<sup>5</sup> como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada por la concurrencia de determinadas asimetrías informativas<sup>6</sup>.

A continuación, haremos algunas consideraciones, a propósito de este particular, para, posteriormente, centrarnos en el ámbito del comercio electrónico. En línea con cuanto planteamos, cabe anticipar que uno de los ámbitos en los que precisamente inciden los instrumentos derivados de la autorregulación –útil complemento de la normativa legal aprobada por el legislador en la materia- es, dicho sea de paso, el precontractual.

En el caso de la contratación electrónica, la confianza<sup>7</sup> del consumidor parece un requisito, previo e imprescindible, para el pleno desarrollo del comercio

1 Que significa "que se cuide el comprador". Doctrina de la ley de la propiedad que expresa que la responsabilidad de una compra recae en el comprador, quien deberá tomar las medidas convenientes para asegurarse previamente de la calidad de lo adquirido, con la finalidad de descartar posibles reclamaciones futuras al vendedor.

2 Que podría traducirse como que "el comprador debe ser curioso".

3 Únicamente se reconocía como deber de información aquel que nacía según las exigencias de la buena fe o de los vicios del consentimiento -error y dolo-.

4 Por informar puede considerarse dar noticia de una determinada cosa o de ciertas circunstancias. En otros términos, es instruir o prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e, incluso, de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber esencialmente se limita a lo que sea relevante y suficiente respecto a la adopción de una decisión. Así, si no se entrega esta información o, por el contrario, se hace, pero omitiendo contenido fundamental, estamos ante un caso de incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe y, por tanto, habría lugar a reparar el eventual daño producido.

5 En cuanto a los fundamentos de carácter empírico y sociológico que, de alguna manera, justifican la relevancia de los deberes precontractuales, sobre todo los relacionados con la información, en los ordenamientos jurídicos modernos, véase LEHMANN, M., "Die Zukunft der culpa in contrahendo in Europäischen Privatrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Vol. 17, núm. 4, 2009, p. 700.

6 Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, aluden a los criterios que deben guiar el intercambio de información en la fase precontractual, GEEST, G. y KOVAC, M., "The formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference", *European Review of Private Law*, Vol. 17, núm. 2, 2009, pp. 113-132.

7 Como revela SALVADOR CORDERCH, P., "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret*, núm. 4, 2009, p. 13, la confianza es fundamental en todo sistema económico, ya que los

electrónico, por lo que resulta básico garantizar que el nivel de protección de sus intereses en el entorno telemático será, como mínimo, equivalente al existente en el mundo físico<sup>8</sup>.

Los deberes de información en la fase precontractual contribuyen, qué duda cabe, a tal fin. Asimismo, la puesta en conocimiento del consumidor y/o usuario de la adhesión a un instrumento derivado de la autorregulación –y lo que ello comporta– puede llegar a ser determinante en este sentido. En efecto, su articulado incluye un elenco de buenas prácticas que van más allá de la normativa imperante.

### 1. Consideraciones terminológicas de carácter previo

Antes de proceder al examen de esta cuestión, conviene hacer una serie de apreciaciones de carácter general, a propósito del particular. Tanto en el Derecho español<sup>9</sup> como en el ámbito del Derecho comparado<sup>10</sup> se ha recurrido, de manera muchas veces indistinta, a las expresiones "deber de informar" y "obligación de informar", para referirse a idéntico fenómeno, lo que no parece, en modo alguno, plenamente riguroso. Tales términos, como decimos, se utilizaban para aludir a la imposición a una de las partes de una determinada conducta, que no es sino suministrar cierta información, durante la negociación de un contrato.

Aunque ambas expresiones, "deber" y "obligación", se empleen, en el ámbito que analizamos, de manera indistinta, sus significados no son, en modo alguno, iguales<sup>11</sup>. En efecto, el deber jurídico evoca, en cierta medida, un imperativo de conducta, mientras que la de obligación se usa para emplear el enlace entre un

contratantes confían en que, normalmente, los contratos se cumplirán al margen del aparato coactivo del Estado, sin que sea necesario acudir a los jueces y tribunales. Esto último no resulta, en modo alguno, óptimo, ni siquiera un *second best*, sino un último recurso, sólo menos malo que la guerra.

<sup>8</sup> ARRANZ ALONSO, L., "Los contratos del comercio electrónico". En MATEU DE ROS CERREZO, R. y LÓPEZ MONÍS GALLEGU, M. (Coords.), *Derecho de Internet. La ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 204 y 205; DIEZ BALLESTEROS, A., "Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores", *Estudios sobre Consumo*, núm. 85, 2008, p. 62.

<sup>9</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, alude a los deberes precontractuales de información, mientras que LLOBET i AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, se refiere a la obligación de información.

<sup>10</sup> En la doctrina francesa, ciertos autores como –FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'Information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, París, 1992; GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contract*, LGDJ, París, 1993, pp. 576-653- utilizan, de manera mayoritaria, la expresión "obligación de informar" (*obligation d'information*). En el Derecho germano prima, sin embargo, la expresión "deber de informar" –*Aufklärungspflicht*–.

<sup>11</sup> Seguiremos, en este punto, a DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de información*, Thomson Reuters y Civitas, Navarra, 2010, pp. 60 y 61.

derecho y un deber. Las ideas de deber jurídico y de obligación no son, por consiguiente, coextensivas. Si bien toda obligación involucra un deber, no son sinónimos deber y obligación. Tratándose de la obligación, la nota distintiva radica en la presencia de un derecho correlativo al deber. Si éste existe, se denomina al componente pasivo de la relación, con el término "obligación".

Durante la negociación del contrato –por lo que se refiere al suministro de información–, lo que existe no es un deber de prestación, sino que se aproximaría a lo que podría denominarse deber de protección, es decir, un imperativo de respetar determinados intereses jurídicos protegidos, como la libertad contractual o de decisión.

## **2. Herramienta de protección del consumidor y/o usuario a efectos de una adecuada constitución del consentimiento**

En la contratación a distancia –y, dentro de la misma, la contratación electrónica–, el consumidor padece un déficit de información<sup>12</sup>, ya que únicamente tiene conocimiento de los bienes y/o servicios ofertados a través de la presentación comercial que de los mismos hace el empresario o profesional en virtud de catálogos, imágenes televisivas o sitios web.

Puede, como decimos, sufrir un déficit de información en la medida de que la oferta le llega fuera de los canales habituales de contratación. Por ello, se habla de una relación contractual asimétrica<sup>13</sup>, en la que los consentimientos de

<sup>12</sup> VILLA, G., "Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione", *Quadrimestre*, núm. 1, 1988, p. 292, determina que la información es un bien socialmente valioso, dado que permite efectuar programaciones económicas correctas, evitar pérdidas y dirigir los bienes a su mejor destino.

<sup>13</sup> Sobre este particular, nos remitimos, entre otros, a GÓMEZ SEGADE, J.A., "Notas sobre el derecho de información del consumidor", *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 79, núm. 3, 1980; PÉREZ GARCÍA, P.A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 69-73; ORTÍ VALLEJO, A., "Comentario al artículo 13". En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 404; MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, núm. 1, 1994, p. 80; FONTAINE, M., *Rapport de synthèse. En la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, LGDJ, París, 1996; MAZEAUD, D., "Mystères et paradoxes de la période précontractuelle". En *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, París, 2001, pp. 637-659; FONTAINE, M., *Un régime harmonisé de la formation des contrats- Réexamen critique. Le processus de formation du contrat*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 861; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 47, 2003, p. 11; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., "Protección previa a la contratación de bienes y servicios". En LEÓN ARCE, A., (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 196; GALLI, R., *Appunti di diritto civile*, Cedam, Padua, 2008, p. 483.

ambas partes –empresario o profesional y consumidor o usuario- no son, en modo alguno, homologables<sup>14</sup>.

Todo ello justifica la imposición al empresario de un deber de información<sup>15</sup> previo a la contratación<sup>16</sup> y la concesión al consumidor de un derecho de desistimiento que puede ejercitar sin necesidad de alegar causa al respecto<sup>17</sup>. No se trata de salvaguardar al consumidor en cuanto a eventuales vicios del consentimiento ni respecto a incumplimientos del empresario –sin perjuicio de que, naturalmente, el derecho de desistimiento también pueda ejercitarse para hacer frente a tales patologías contractuales<sup>18</sup>-, sino de proteger su libertad de decisión negocial<sup>19</sup> y, simultáneamente, fortalecer estos canales de distribución comercial<sup>20</sup>.

14 En la contratación a distancia el consumidor se encuentra en una posición ciertamente vulnerable por dos motivos. En primer lugar, porque, para adoptar su decisión contractual, únicamente dispone de la información facilitada por el empresario. En segundo lugar, debido a que el contexto en que se adopta dicha decisión propicia un relativo déficit de reflexión, pues la oferta es recibida y aceptada fuera de los lugares donde normalmente se celebran los contratos.

15 Debe discernirse entre publicidad y la información objeto de los deberes precontractuales de información. Así, pueden, al menos, apuntarse cinco diferencias. En primer lugar, es distinto el contenido y finalidad objeto de la publicidad –la primera se dirige a garantizar un consentimiento reflexivo y claro del contratante, mientras que la segunda tiene como fin promover la contratación-. La segunda diferencia está relacionada con el presupuesto de la objetividad de la contratación, que se exige en el supuesto del deber precontractual, pero no se establece –al menos en los mismos términos- en la información publicitaria. En tercer lugar, por lo que a la naturaleza jurídica se refiere, la información objeto del deber supone un mandato para el empresario, si bien la información que se transmite mediante la publicidad corresponde a una decisión del empresario. La cuarta diferencia alude a los destinatarios, dado que en la publicidad el destinatario es el público en general, mientras que en la información objeto del deber precontractual son los consumidores. La quinta y última diferencia estriba en el ámbito de protección. En este sentido, el deber precontractual de información se estructura como una medida de protección a los consumidores, mientras que en la publicidad se suma como bien jurídico la protección de la competencia.

16 En la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -LSSI-CE- la información previa a la contratación tiene que ver, en gran medida, con las condiciones del proceso de contratación, ya que el déficit de información del consumidor, en esta modalidad, suele alcanzar no sólo el bien y/o servicio, sino que también incluye la manera en la que se llegará al acuerdo de voluntades en que el contrato consiste.

17 Sobre este extremo, puede verse LÓPEZ JIMÉNEZ, D., "El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica",

*Aranzadi Civil*, núm. 18, 2010, pp. 15-30.

18 CLEMENTE MEORO, M., "La protección del consumidor en los contratos electrónicos". En ORDUÑA MORENO, J., (Dir.), CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., y PLAZA PENADÉS, J., (Coord.), *Contratación y comercio electrónico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 365.

19 GALOPPINI, C., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 1402; ERP, S., "The Pre-Contractual Stage". En HARTKAMP, S.A., (Ed.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Kluwer Law International, 2004, pp. 366 y sigs.

20 En este sentido, DIAS OLIVEIRA, E., "Tutela do consumidor na Internet", *Direito da sociedade da Informação*, Vol. 5, 2004, p. 336; CLEMENTE MEORO, M.E., "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior". En COTINO HUESO, L., (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las*

El deber de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, desequilibrio que se acentúa en materia de consumo<sup>21</sup>. Por ello, la información es el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno. El deber que examinamos –de información-, que no puede concebirse en términos absolutos<sup>22</sup>, encierra dos aspectos básicos: uno, negativo –consistente en abstenerse de dar información errónea- y otro positivo –el de transmitir toda la información exigible<sup>23</sup>-. Se podrá demandar aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma, al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual<sup>24</sup>. El prestador de servicios de la sociedad de la información, por imperativo legal<sup>25</sup>, tiene la obligación de informar al potencial consumidor y/o usuario de ciertos extremos que el legislador determina y que hemos diferenciado en atención al contenido de cada uno de ellos.

Como es sabido, el Código Civil español de 1889 –Cc- no posee una regla que imponga deberes precontractuales de información<sup>26</sup>, si bien no carece de

*nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 85; DE MIGUEL ASENSIO, P., "Mercado global y protección de los consumidores". En COTINO HUESO, L., (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 155.

21 La imposición de ciertos deberes de información al empresario no limita, en absoluto, la libertad de contratación del consumidor, ya que no le impide participar en determinados negocios y la favorece dado que le facilita tomar decisiones de manera más libre.

22 TRABUCCHI, A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Milani, 1937, p. 52.

23 La obligación positiva se infringe en el supuesto de que no se entregue la información que se debía, mientras que la obligación negativa se vulnerará cuando el profesional haga entrega de información defectuosa.

24 MORALES MORENO, A.M., "El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa", *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591-684; GRAMUNT FOMBUENA, M., "La protección del consumidor en los contratos electrónicos". En BARRAL VIÑALS, I., (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 63.

25 Ha de repararse que la imposición de deberes precontractuales de información representa una de las formas más suaves de intervencionismo legal. Comparada con otras fórmulas de regulación, como, entre otras, la prohibición de determinadas prácticas, es más compatible con una economía de libre mercado, en la que se espera que la intervención del Estado sea tan discreta como resulte posible. Al ser más compatible con los requisitos de una economía de libre mercado, es políticamente más factible su imposición, con carácter general en el ámbito del consumo, lo que incluye al comercio electrónico en un sentido amplio.

26 El art. 1337 del *Codice civile* -italiano- sanciona, de manera expresa, el deber de las partes de comportarse conforme a la buena fe durante los tratos preliminares, pero también en la conclusión del contrato. En el ámbito de América del Sur, en concreto Brasil, el reciente Código civil de 2002 –Ley 14406 de 10 de enero de 2002-, se fundamenta en el principio de buena fe, que, en el caso que comentamos, denomina "principio de eticidad". En nuestro Código civil, como decimos, no existe un precepto comparable al expuesto. Como es sabido no lo es, evidentemente, el art. 1258 del Cc, que no contempla la *bona fides in contrahendo*.

preceptos que solventen conflictos en los que, de alguna manera, se han visto involucrados deberes precontractuales de información<sup>27</sup>.

En este orden de cuestiones, debe, asimismo, considerarse que la (derogada) Ley española general de defensa de consumidores y usuarios de 1984, tras aludir a la necesaria tutela del consumidor, sujeto abstracto titular del derecho de información consagrado en el art. 13, dejaba sin resolver el problema del consumidor individual, en cuyo concreto contrato se había ignorado el mencionado derecho. La tipificación de infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones afrontaba el conflicto entre profesionales y consumidores, desde una perspectiva jurídico-pública, dejando, paradójicamente, sin disipar el problema singular de cada consumidor<sup>28</sup> –o, lo que es lo mismo, qué le ocurre a su contrato-. La situación que comentamos cambió, asimismo, en virtud del Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU<sup>29</sup>). Los aspectos jurídico-privados de la contratación con consumidores se abordan en

27 En efecto, cuando el codificador permite anular el contrato al contratante que yerra sobre las cualidades del objeto, cuando ofrece la estimatoria y la redhibitoria al comprador que descubre vicios ocultos en el objeto comprado, o cuando concede un conjunto de remedios por incumplimiento, al producirse un desajuste entre la prestación esperada y la recibida, está resolviendo conflictos que pueden ser, total o parcialmente, informativos.

28 Ahora bien, siendo así las cosas, el legislador era consciente de esta ausencia de solución entre los contratantes. Por todo ello, en un tímido por solventar este aspecto, efectuó la modificación del art. 12.6 de la Ley general española de defensa de los consumidores y usuarios de 1984, por la Ley española 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En virtud de tal reforma, se introduce en nuestro ordenamiento una vía para la integración judicial de los contratos con consumidores. El citado precepto, tras la modificación reseñada, dispone que "los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante".

29 Frente a la generalidad con la que estaba redactado el art. 13 en la primera versión de la Ley General española de consumo, el nuevo capítulo IV del TRLGDCU –cuya rúbrica es derecho a la información, formación y educación- consta de dos preceptos -17 y 18-. En este sentido, el art. 17 se dirige a los poderes públicos y a los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, mientras que el art. 18 se refiere a la presentación de bienes y servicios mediante etiquetado, ámbito que es objeto de una detallada reglamentación. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª ed., Dykinson y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2007, pp. 105 y 106, dispone que el nuevo art. 18, que pretende incorporar al TRLGDCU el antiguo art. 13 de la LGDCU, que desarrollaba el derecho a la información de los consumidores, sin embargo, desde un punto de vista sistemático, desenfoca y oscurece –posiblemente de forma inadvertida- la cuestión. En efecto, el art. 18 del TRLGDCU, tanto en la formulación de su rúbrica cuanto en su arquitectura normativa, parece conceder precedencia al etiquetado y presentación de los bienes y servicios sobre el derecho a la información, derecho básico según el propio texto refundido, que no debe ser compartida. En realidad, a juicio del autor, el tema debe plantearse o debiera haberse desarrollado legislativamente al revés, dado que el etiquetado o las normas de etiquetado no son más que un *posterius* respecto del derecho básico a la información veraz que ostenta el consumidor. Por otro lado, debe considerarse que en el

el nuevo Libro II –que lleva por rúbrica contratos y garantías- del mencionado texto refundido –cuyo alcance es de cinco títulos-. Por lo que respecta a la información, está presente en el Título I –dedicado a los contratos con los consumidores y usuarios- Capítulo I – relativo a las disposiciones generales-. También existe, en el Título III, Capítulo II, una previsión específica para la contratación a distancia –incluida, en concreto, en el art. 97 del TRLGDCU-. En cuanto a las consecuencias jurídicas por no informar cuando se debe, la única previsión sigue siendo la posibilidad de integrar judicialmente el contrato, según determina el actual art. 65 del TRLGDCU<sup>30</sup>.

En cuanto a la puesta a disposición de información por parte de los comerciantes, cabe señalar que el alcance y el volumen de tales obligaciones han ido aumentando progresivamente, en las Directivas comunitarias que regulan la contratación a distancia<sup>31</sup>.

La normativa legal española vigente, en materia de comercio electrónico, otorga una especial relevancia al derecho de información del consumidor o usuario<sup>32</sup>, exigiendo a los prestadores de servicios una obligación general de información –art. 10 de la LSSI-CE- y un deber de información precontractual cuando efectúan contratos electrónicos a través de su sitio *Web* –art. 27 de la LSSI-CE-.

Una vez que hemos descrito, a grandes rasgos, la relevancia que tal deber ostenta, debemos matizar que los instrumentos derivados de la autorregulación guardan cierta relación al respecto. En efecto, los mismos, en cierto sentido,

TRLGDCU no se define qué es el etiquetado. Para ello, deberemos, entre otras normas, acudir al art. 3.1 del Real Decreto español 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

<sup>30</sup> Determina que "los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante". En otros términos, el hecho de no cumplir con el deber de informar no implica la ineficacia del contrato, sino que el mismo se integrará con las condiciones ofrecidas en el contrato. En efecto, la información contenida en la publicidad pasa a integrar los contratos perfeccionados con consumidores. En relación a esta sugerente cuestión, las sentencias del Tribunal Supremo –STS- de 8 de noviembre de 1996, STS de 4 de diciembre de 1998, STS de 18 de marzo de 2002, STS de 29 de septiembre de 2004 y STS de 17 de octubre de 2005.

<sup>31</sup> HOWELLS, G., y NORDHAUSEN, A., "Information obligations in EC E-Commerce Law". En NIELSEN, R., JACOBSEN, S.S., y TRZASKOWSKI, J., (Eds.), *EU Electronic Commerce Law*, DJ F, Copenhagen, 2004, pp. 49-67.

<sup>32</sup> Debe considerarse que una de las reglas más generales del TRLGDCU, relativa al deber de información, se encuentra en el art. 8.d) del mismo. Tal precepto, a propósito de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, dispone que "la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute". Asimismo, ha de aludirse al art. 60 de tal cuerpo legal –que coincide parcialmente con el art. 13 de la Ley española de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984- que, bajo la rúbrica contratos con los consumidores y usuarios, se refiere a la información previa al contrato. Podría afirmarse que esta última es la norma general de los deberes precontractuales de información del TRLGDCU. El Capítulo II del Título III del Libro II del TRLGDCU establece un deber precontractual de información para el empresario en los contratos celebrados a distancia.

refuerzan aquél<sup>33</sup>. De hecho, los potenciales consumidores y/o usuarios que inicien relaciones contractuales con los prestadores de servicios adheridos a alguna de estas herramientas, gozarán de determinadas ventajas frente a otros consumidores y/o usuarios que contraten con empresas que no se hayan comprometido con tales figuras. En muchas ocasiones, como la práctica pone de manifiesto, la concurrencia de los mismos puede determinar que el contratante débil se incline por iniciar relaciones comerciales con el empresario respetuoso con un elenco de buenas prácticas<sup>34</sup>. No en vano los deberes que la entidad promotora fija, en los documentos de buenas prácticas, a cargo de los empresarios que decidan adherirse a tales instrumentos, reducirán las asimetrías informativas que suele imperar en las relaciones de consumo en general y el comercio electrónico en particular. Tales previsiones que generalmente van más allá de lo contemplado, con carácter mínimo, en las normas jurídicas, a nuestro entender, mejora la calidad del consentimiento contractual. Los instrumentos derivados de la autodisciplina –dado que, como decimos, van más allá de la normativa imperativa, en la modalidad de semi-imperativa- aseguran que la voluntad que se preste en el contrato sea libre y espontánea, es decir, que se forme de una manera libre, racional y consciente.

### 3. Extensión en el ámbito del comercio electrónico

Junto a los demás precontractuales de información derivados de otras leyes que son aplicables a los contratos celebrados por medios electrónicos<sup>35</sup>, a los que nos hemos referido de forma muy somera, la LSSI-CE exige a los prestadores de servicios de la sociedad de la información suministrar cierta información a la que nos referiremos seguidamente. Antes de entrar en materia, debemos manifestar que, si bien el TRLGDCU mejora la situación normativa precedente, al incorporar a su articulado el régimen de contratación a distancia con consumidores regulado en la Ley española de Ordenación del Comercio

33 El empresario debe suministrar la información que establecen las normas jurídicas con independencia de si las conoce o no. La ignorancia del empresario, a este respecto, es irrelevante, ya que, como pone de relieve GARCÍA CANTERO, G., "Comentario de los artículos 1475 a 1490". En ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 3, 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 650, el empresario no sólo debe informar, sino que, además, debe informarse para informar –este último podría, en cierta medida, reputarse un deber de conocimiento de la información que ha de suministrarse-. A nuestro entender, los instrumentos derivados de la autorregulación contribuyen loablemente a tal objetivo.

34 En otros términos, para que un determinado consumidor y/o usuario pueda discriminar oportunamente entre diferentes prestadores de servicios que operan en Internet, es preciso que disponga de información, adecuada y suficiente, sobre lo que cada uno de ellos ofrece. A nuestro entender, a tal fin, puede coadyuvar, de manera notable, la adopción de un documento derivado de la autorregulación.

35 Cabe, en este sentido, referirse, entre otras, a las reglas sobre contratación a distancia contenidas en el TRLGDCU o la normativa vigente en materia de condiciones generales de la contratación.

Minorista, resultaría conveniente que el legislador español realizara un esfuerzo para simplificar la maraña normativa que sigue existiendo en este ámbito –vinculado con el deber precontractual de información–.

### 3.1. Elementos caracterizadores o delimitadores del prestador de servicios en el ámbito digital

Como hemos anticipado, el art. 10 de la LSSI-CE contiene una obligación a cargo del prestador de servicios de informar sobre diversos elementos que permitan su identificación completa –entre otros, nombre o denominación social, dirección postal y electrónica, inscripción registral<sup>36</sup> (en el Registro Mercantil u otro Registro Público) y NIF–, así como otros extremos, entre los que destacan los relativos al precio final detallado del producto, y los códigos de conducta a los que esté adherido y el enlace electrónico que posibilite la consulta de éstos<sup>37</sup> –en tanto que pueden integrar el contenido contractual *ex art.* 1258 del Cc español–.

En relación a esta última cuestión, cabe afirmar que sería conveniente entender tal determinación en un sentido amplio. En este sentido, los prestadores de servicios de la sociedad de la información adheridos a algún instrumento en materia de autorregulación, aunque no sea estrictamente un código de conducta, deberían informar al consumidor y/o usuario de los documentos de buenas prácticas a los que se encuentren adheridos, así como facilitar su consulta. No es, en modo alguno, infrecuente, que las empresas, en la actualidad, se encuentren comprometidas con varios instrumentos de buenas prácticas, ya que los mismos pueden aludir a cuestiones de carácter genérico, pero también a aspectos muy precisos, por lo que serán complementarios. De igual modo, también sería conveniente que el prestador de servicios de la sociedad de la información informase al contratante débil, exponiendo la quintaesencia, de lo que la adhesión a esta serie de figuras supone. Al facilitarse el enlace electrónico o *link*, el

<sup>36</sup> El art. 10.1.b) de la LSSI-CE ha sido modificado mediante la Ley española 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. En virtud de esta última, se ha eliminado la exigencia prevista en el antiguo art. 9 –ahora suprimido–, a los prestadores de servicios de comunicar al Registro mercantil, un nombre de dominio o dirección de Internet que, en su caso, utilizasen para su identificación en la Red. Hay que tener en consideración que, a tenor del artículo 38.5 de la Ley española de Ordenación del Comercio Minorista, no resulta necesaria la inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, cuando una empresa, utilizando los servicios de los operadores de telecomunicaciones, portales o cualquier otro servicio de acceso a Internet, ofrezca y venda sus productos por ese medio. Véase, en este sentido, el art. 5.2.b) del Real Decreto español 225/2006, de 24 de febrero, sobre determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia.

<sup>37</sup> Dado que la adhesión a códigos de conducta es plenamente voluntaria, tal deber precontractual de informar no existe cuando no se esté adherido a ningún instrumento derivado de la autorregulación.

consumidor y/o usuario, si así lo desea, podría consultar, con detalle, las estipulaciones incluidas en el instrumento derivado de la autorregulación.

A continuación, nos detendremos únicamente en la obligación relativa a la identidad completa del prestador de servicios<sup>38</sup>. Y es que, como es de suponer, en la contratación electrónica tanto la inexistencia de espacio físico de la actividad comercial como la facilidad con que pueden crearse y, consecuentemente, desaparecer páginas web, determinan que las exigencias de información, a efectos de identificación, con respecto al vendedor, sean lo suficientemente exhaustivas como para asegurar la veracidad de tales datos<sup>39</sup>. Tal obligación, a cargo del prestador de servicios, permitirá, entre otros aspectos, su correcta identificación, a efectos de una eventual reclamación por parte del consumidor<sup>40</sup>.

En cualquier caso, deberá permitirse, en todo momento, el acceso electrónico a la información que comentamos, de una forma permanente, sencilla, directa y gratuita<sup>41</sup>, sin que resulte admisible el hecho de que tal información conste en una zona restringida del sitio web o que, previamente, haya que registrarse para poder tener acceso a la misma.

38 El incumplimiento de tales deberes, a tenor del art 38 –apartados 3.a) y 4.b)- de la LSSI-CE, podrá dar lugar a una infracción administrativa grave o leve, según la información omitida.

39 Nótese, además, que el artículo 60.2 del TRLGDCU, de forma general para los contratos con consumidores y no sólo para los supuestos en que se emplee la vía electrónica, dispone que antes de iniciar el procedimiento de contratación, el empresario deberá informar al consumidor sobre su identidad y dirección. El vendedor que efectúa una oferta de contratación por vía electrónica tiene, por tanto, el deber de identificarse ante el consumidor, facilitándole su nombre, razón social y domicilio completo, y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

40 Los datos de identidad del prestador de servicios podrán constar en la página de entrada o principal del sitio web –*home page*- así como en todas las fases de la relación contractual. La práctica empresarial revela como la inmensa mayoría de sitios web incluyen un apartado, denominado "información legal", "quienes somos", "datos de la empresa" o expresiones de carácter similar, que contiene la información identificativa y de contacto que venimos examinando, además de reproducir, como ya hemos señalado, en uno de los extremos de la página –en todo momento- y en letra de tamaño reducido, estos mismos datos, de modo análogo a lo que acontece en el ámbito de la documentación comercial. Sobre estas prácticas, en materia informativa, actúa una tendencia extensiva que se ajusta, con relativa facilidad, a la fisonomía del nuevo soporte virtual que carece de las limitaciones consustanciales a los medios de comunicación tradicional que ya conocemos.

41 Según se proclamaba, en el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley española 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y se ha recogido literalmente en el apartado II de la Exposición de Motivos del TRLGDCU, la inclusión de la gratuidad de la información tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador mediante la utilización de las nuevas tecnologías, cuando estas nuevas tecnologías permiten, por otra parte, la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica.

### **3.2. Datos relativos al bien y/o servicio que se promociona**

El consumidor o usuario, de acuerdo con los arts. 60 y 97.1<sup>42</sup> del TRLGDCU, 40 de la Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y 10 de la LSSI-CE, tiene el derecho y el vendedor, consecuentemente, la obligación de informar sobre las características del bien o servicio, incluyendo el precio final del mismo, así como el plazo y forma de entrega o ejecución<sup>43</sup>.

Se exige la fijación, que podrá constar tanto en la propia página *Web* principal del vendedor como en un enlace subordinado, de las características más significativas del producto que se oferta por el vendedor<sup>44</sup>. Ni que decir tiene que, como se deduce del art. 61 del TRLGDCU, la información publicitaria o comercial del servicio o producto ofertado deberá ser exacta, ya que el consumidor podrá exigir las condiciones, prestaciones y garantías que del producto consten en la publicidad<sup>45</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el art. 10 f) de la LSSI-CE, también deberá informarse sobre el precio final del producto<sup>46</sup> con indicación de los impuestos que resulten aplicables así como de los gastos de envío<sup>47</sup> o, en su caso, aquello que dispongan las normas de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Igualmente, han de indicarse las modalidades de pago<sup>48</sup> y los

42 La exigencia de información en relación a las características esenciales del bien y/o servicio se ha incluido en el art. 97 del TRLGDCU, a pesar de estar establecida la necesidad de informar de estas características, de forma general, para todos los contratos con consumidores en el mencionado art. 60, como consecuencia de las observaciones realizadas por el Consejo de Estado español, en el Dictamen, de 20 de julio de 2006, relativo al proyecto de Texto Refundido inicialmente presentado por el Ministerio de Sanidad y Consumo español para su valoración.

43 Asimismo, el objeto del contrato en la venta por Internet deberá cumplir los presupuestos de existencia actual o futura, licitud y determinabilidad establecidos en el Código civil español. Por otro lado, habrá que tener en cuenta las exigencias contempladas en el art. 18.2 del TRLGDCU en relación a la información que debe incorporarse al producto sobre sus características esenciales.

44 No se considera suficiente una simple descripción de las características del bien y/o servicio, sino que debe incluirse una descripción lo suficientemente precisa del producto, con términos comprensibles y claros, evitando, en este sentido, cualquier información inexacta.

45 Asimismo, debe valorarse que los medios de comunicación electrónicos son especialmente aptos para una descripción escrita y visual e, incluso, en su caso, auditiva de los productos –archivos de texto, fotografías y audio–.

46 Si no se indica el precio del producto o servicio, sin perjuicio de la sanción administrativa correspondiente, la comunicación comercial no contendría todos los presupuestos esenciales del contrato, por lo que, en consecuencia, no podría considerarse propiamente como una oferta contractual.

47 Si no se determina nada, al respecto, no se podrán repercutir esos gastos al comprador, por lo que se entenderán que se incluyen en el precio o que corren de cargo del vendedor.

48 La ausencia de esta información, a tenor del art. 1500 del Código civil español, significará que se entenderá que el pago se realizará al contado en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

plazos de entrega<sup>49</sup>. Aunque la LSSI-CE no establece la obligatoriedad del prestador de servicios de hacer constar las diversas modalidades de envío del producto adquirido por el consumidor, constituye una materia sobre la que las partes podrán pactar<sup>50</sup>.

Finalmente, debemos hacer alusión a otra cuestión diversa. Cuando el consumidor y/o usuario pretenda acceder a un determinado servicio que represente un coste superior al habitual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.3 de la LSSI-CE, deberá ser informado<sup>51</sup>, con carácter, en todo caso, previo, a fin de que pueda decidir si desea continuar o no<sup>52</sup>.

### 3.3. Fases o etapas preceptivas del *iter* contractual

Del mismo modo, el vendedor, en virtud de los arts. 10 de la DCE y 27 de la LSSI-CE –según redacción dada por la Ley española para el Impulso de la Sociedad de la Información–, necesariamente habrá de informar al consumidor, de manera clara, comprensible e inequívoca, sobre los siguientes aspectos: los distintos trámites que deberán seguirse para la celebración del contrato<sup>53</sup> –fases–; si el prestador archivaré el documento electrónico en el que se formalice

49 En relación a esta última cuestión, de acuerdo con el art. 43 de la Ley española de Ordenación del Comercio Minorista, si las partes no han dispuesto otra cosa, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, el vendedor deberá entregar el bien en el plazo de 30 días que se empezarán a contar desde el día siguiente a aquel en el que el comprador le haya comunicado su pedido.

50 Así el vendedor podrá informar, con carácter previo a la compra, al consumidor sobre las modalidades y precios de las formas de envío –normal, urgente, certificado, etc.–. Evidentemente, tales envíos podrán ser operados por el servicio público de correos, mensajería pudiéndose, incluso, dar la posibilidad de recogida en tienda.

51 El mencionado art. 10.3 de la LSSI-CE establece, como podemos observar, que el consentimiento, en el supuesto al que alude, ha de ser informado. Si bien no define qué sea tal, podemos aplicar, de manera analógica, la definición sanitaria –prevista en el art. 3 de la Ley española 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica–, por lo que podríamos definirlo como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un consumidor, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para aceptar un contrato.

52 Tal circunstancia tendrá lugar, por ejemplo, cuando el acceso a una página Web suponga la conexión a un número 806. Como regla general, tal extremo se da a conocer mediante una pequeña mención dentro de las condiciones de uso de la página Web, que podría ser fácilmente desapercibida.

53 Tal información debe situarse bien en la página o apartado del catálogo en el que consten los productos ofertados bien en la página principal siempre que sea de obligado paso en el procedimiento contractual, incluyendo, a este respecto, un esquema o gráfico descriptivo de las etapas que tendrá la compra. Algunos autores, como GONZÁLEZ GONZALO, A., *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004, p. 221, determinan que la forma más sencilla de hacerlo es en virtud de lo que se conoce como *crumb trail* –rastros de migas– que sería una suerte de esquema, normalmente en línea de texto, indicativo de los pasos a seguir para perfeccionar el contrato, poniendo de manifiesto aquel en el que en cada momento esté el solicitante.

el contrato y si, en su caso, será accesible<sup>54</sup> –prueba-; los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos<sup>55</sup> –veracidad o exactitud-; y la lengua o lenguas en las que el contrato podrá formalizarse<sup>56</sup> –personalización y comprensión-.

Hemos de considerar que el art. 27.1 de la LSSI-CE en su redacción actual, determina, en el párrafo segundo, que la obligación de poner a disposición del destinatario la información relativa a los aspectos que acabamos de enumerar "se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet"<sup>57</sup>. Queda claro, por tanto, que no es necesario que el prestador de servicios de comercio electrónico informe, de manera individualizada y como paso previo a la perfección del contrato, de los trámites de la contratación. Es suficiente con que esta información esté colgada en Internet, de forma permanente, sea accesible antes de iniciar el procedimiento de contratación<sup>58</sup>, de manera fácil y gratuita y su contenido sea comprensible, claro e inequívoco.

54 Aunque el prestador de servicios no está, en modo alguno, obligado a crear un registro o archivo, si, en su caso, existe, e incluye los documentos de formalización de los contratos electrónicos habrá de informar al consumidor tanto de su existencia como de su accesibilidad. En virtud del acceso a este registro, el consumidor podrá comprobar el estado de su pedido, pero también obtener copia del documento. En definitiva, a través de tal registro, tanto el consumidor como el prestador podrán disponer de una prueba de la realización de la operación contractual, así como de las condiciones pactadas.

55 Tal extremo garantiza que todo prestador de servicios configure el proceso de contratación electrónica incluyendo una página de recapitulación o de confirmación donde consten todos los datos que el consumidor ha introducido, para que pueda verificarlos, dándole la opción de confirmar el pedido, cancelarlo o corregir los datos introducidos, cumpliendo la opción de posibilitar la detección y corrección de errores. Con tal previsión, se evita que quede perfeccionado el contrato a través de un simple *click*, en el icono de aceptar, lo que podría acontecer por simple error. El medio, *a priori*, más sencillo para cumplir con este deber es exigir una confirmación del pedido – con carácter previo a que sea firme-.

56 Tal aspecto proporciona a los consumidores un acceso igualitario a la información que ha de estar en la lengua de uso habitual de aquellos. Si el consumidor no tiene la opción de optar, entre diversas lenguas, se entenderá que el contrato se formaliza en el mismo idioma en que se ha realizado la comunicación comercial. Si, posteriormente, se recurre a otra lengua, el consumidor tendría derecho a su traducción.

57 De igual modo, en el caso de que se utilicen dispositivos con pantalla de tamaño reducido se dará por cumplida la obligación que examinamos cuando se haga constar el enlace electrónico cuyo *click* permitirá consultar el clausulado.

58 La expresión "antes de iniciar el procedimiento de contratación" podría resultar confusa. En efecto, podría considerarse dos posibles significados. Por un lado, que la misma alude a una actuación previa a cualquier actuación constitutiva del *iter negotialis* –invitación a ofertar-. Y, por otro, que es una expresión metajurídica que se refiere al mero establecimiento de comunicación entre el prestador de servicios y su cliente. La primera de las mencionadas podría parecer, en todo caso, la más funcional.

### 3.4. Información de las cláusulas que serán objeto de incorporación al contrato

En la actualidad, son muy frecuentes los contratos que íntegramente se rigen por condiciones generales de la contratación<sup>59</sup>. Los ámbitos contractuales en los que tal forma de contratación está plenamente vigente son cada vez más numerosos. Uno de ellos, qué duda cabe, es el representado por las transacciones que se engloban dentro del comercio electrónico.

Podemos afirmar, por tanto, que la aparición de la sociedad de consumo, y, con ella, de las nuevas modalidades de contratación en masa<sup>60</sup>, va a poner, en cierta medida, en entredicho el principio básico de la autonomía de la voluntad<sup>61</sup>, en cuanto que el consumidor se limita a aceptar unas condiciones previamente impuestas a conveniencia de la parte empresarial<sup>62</sup>.

Su incidencia en la concepción moderna del contrato viene esencialmente dada por el hecho de que esencialmente afecta a la libertad contractual normativa,

<sup>59</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 11 y 12, dispone que nos encontramos ante el supuesto de un contratante económica y socialmente poderoso –un profesional, generalmente un empresario– que presenta al otro contratante un texto contractual preparado previamente por aquél –si bien frecuentemente lo será por sus asesores– advirtiéndole que no está dispuesto a discutir sobre el contenido de las cláusulas. De esta manera, el contratante económica y socialmente débil –normalmente será un consumidor– únicamente suele tener la posibilidad de firmar, aceptando, en bloque, todo el contenido contractual predispuesto o negarse a hacerlo, perdiendo el bien o servicio que, a este respecto, pretendía contratar. Nótese que generalmente tales bienes y/o servicios suelen ser necesarios para su vida y sólo los podrá conseguir de otro predisponente, aceptando otras cláusulas similares. En sentido similar, MORENO QUESADA, B., "La protección del consentimiento contractual, hoy". En LLAMAS POMBO, E., (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, p. 452.

<sup>60</sup> Desde la perspectiva contractual, puede manifestarse que el tráfico de masas entre profesionales y consumidores ha superado el principio civil de tradición romanista, que se fundamenta en la abstención de engañar y traslada al adquirente la carga de examinar el producto. Así, FONTAINE "Rapport de synthèse". En GHESTIN, J., y FONTAINE, M., (Coords.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, París, 1996, pp. 223 y sigs; LLÁCER MATA CÁS, M.R., "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de consumo: información y documentación". En LLAMAS POMBO, E., (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, p. 152.

<sup>61</sup> Nos encontramos ante un fenómeno que surge hacia finales del siglo XIX y principios del XX, cuando los empresarios aprovechan el carácter generalmente dispositivo de los preceptos de los Códigos civiles y mercantiles para, como advierte GARCÍA AMIGO, M., "Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)", *Revista de Derecho. Privado*, núm. 4, 1969, pp. 4 y 5, anteponerles clausulados desmesuradamente ventajosos para ellos. Clausulados cuya validez fundamentan en el principio de la autonomía negocial y de libertad contractual.

<sup>62</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudios de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 69; YZQUIERDO TOLSADA, M., "El nuevo Derecho de la Contratación". En *Derecho de Consumo*, Cálamo, Madrid, 2004, pp. 35-48.

pero no a la libertad contractual constitutiva –en el sentido de conclusión de relaciones jurídicas-. En efecto, en nuestro caso, el consumidor y/o usuario –adherente- podrá ejercer una obligación, una relación obligatoria contractual con los prestadores de servicios adheridos, en cualquier caso, a un instrumento derivado de la autorregulación. La que no ejerce, en modo alguno, es su libertad de crear la norma contractual –*lex contractus*- o la ejerce de una forma ciertamente peculiar: la adhesión a las normas o reglas formuladas por el otro contratante –predisponente- que le vendrán dadas o impuestas por la otra parte del contrato<sup>63</sup>. Entre las mismas, se encontrarán los documentos de buenas prácticas pactados entre la entidad promotora del sistema de autodisciplina y el prestador de servicios que se adhiere a los mismos.

Nótese que ni el artículo 60 ni el artículo 97 del TRLGDCU mencionan, de forma expresa, el deber del empresario que realiza una oferta de contratación por vía electrónica de informar previamente al consumidor sobre la utilización de condiciones generales de la contratación. No obstante, esta obligación se deduce del art. 80.1.b) del TRLGDCU en el que, precisamente, se regulan los presupuestos necesarios para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores, según el cual las mismas deben ser accesibles y legibles, permitiendo al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido<sup>64</sup>.

Debemos entender por condiciones generales, de acuerdo con el art. 1 de la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación<sup>65</sup>, "las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea

63 Con una suerte de profética anterioridad, POLO, A., "Comentario a la STS de 27 de febrero de 1942", *Revista de Derecho Privado*, núm. 308, 1942, p. 712, refiriéndose a los contratos de adhesión dispuso, hace setenta años, que en los mismos el cliente no discute ni colabora en la formación del contrato, se pliega, de grado o por fuerza a la normación dictada unilateralmente por la potencia económica de la empresa.

64 Este precepto establece, asimismo, que, sin perjuicio de lo contemplado en el art. 63.1 en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este caso, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente. En otro orden de cuestiones, del artículo 80.1.b) del TRLGDCU parece desprenderse que va a existir un nuevo desarrollo reglamentario sobre la utilización de condiciones generales de la contratación en la contratación telefónica o electrónica con consumidores en un futuro próximo.

65 La Ley de condiciones generales de la contratación alemana de 1976 –primera ley especial que disciplina, en toda su extensión- todavía continúa como modelo de la Ley portuguesa, pero también de la nuestra de 1998. En relación a esta materia, véase GARCÍA AMIGO, M., "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 384-401.

impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". En resumen, puede afirmarse que aglutinan tres notas características: prerredactadas, impuestas y habituales<sup>66</sup>.

Cuando el contrato electrónico sea efectuado bajo condiciones generales, de acuerdo con los arts. 5 y 7 de la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, 5.2 del Real Decreto español 1906/1999 y 27.4 de la LSSI-CE, el prestador de servicios deberá cumplir ciertos deberes.

En primer término, habrá de informarse, de manera expresa, de la existencia de condiciones generales de la contratación. Vinculado con tal deber se encuentra la necesidad de que el consumidor o usuario tenga la oportunidad real de conocer el contenido de dichas condiciones. Repárese que entre las mismas, puede mencionarse la adhesión del prestador de servicios a un instrumento derivado de la autorregulación aplicable, por consiguiente, a la relación contractual que, en su caso, se celebre.

En materia de comercio electrónico, no resulta indispensable una entrega física del clausulado, por el que el negocio se regirá, sino que la obligación a cargo del empresario se cumple cuando el consumidor o usuario ha descargado –a su disco duro, disquete, CD-Rom, DVD, USB, etc.- y/o impreso tales cláusulas. En tercer lugar, debe manifestarse que las condiciones generales deberán ser aceptadas, en virtud del principio de libertad de forma, que rige en materia contractual, por cualquiera de los servicios y medios que Internet ofrece para contratar.

En definitiva, no se trata de garantizar el conocimiento efectivo de las condiciones generales, sino la oportunidad o posibilidad de dicho conocimiento a través de la publicidad y transparencia de dichas condiciones: que el adherente sepa que el contrato está sometido a condiciones generales, que las mismas existen en el momento de contratar y que puede consultar o acceder a las mismas, aunque la entrega material se produzca después de la perfección del contrato o, quizás, no tenga lugar nunca, si el usuario carece de interés en ello. Tal circunstancia, debe relacionarse con la reforma operada por la Ley española de Medidas para el Impulso de la Sociedad de la Información, que modifica el art. 27 de la LSSI-CE, en el sentido de que, como ya hemos señalado, en materia de contratación a través de terminales de dimensiones reducidas, podrá entenderse cumplido el deber de informar sobre las condiciones generales de la contratación, por las que se regirá el contrato, mediante el establecimiento de

<sup>66</sup> Sobre este particular, entre otros muchos, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 234 y sigs.; DURÁN RIVACOBIA, R., "Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 2009, p. 659.

un determinado enlace electrónico, cuyo acceso permitirá la lectura, archivo o descarga e impresión de las mismas. Dicho de otra forma, cuando el prestador de servicios diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderán cumplidas las obligaciones de información previa, establecidas el art. 27 de la LSSI-CE, cuando el citado prestador facilite, de manera permanente, fácil, directa y exacta, la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario. Obviamente, como apuntábamos anteriormente, cabe el supuesto de que el consumidor y/o usuario considere innecesario la lectura de las mismas<sup>67</sup>, si bien debe ser plenamente consciente de la posibilidad de ejercer tal facultad.

La función de publicidad se superpone, por tanto, a la función del consentimiento. En la contratación electrónica, la primera cobra especial relevancia. No hay entrega de las condiciones, sino accesibilidad de las mismas. El ordenamiento jurídico no presume ya el consentimiento del contenido de las condiciones generales del contrato –como el art. 5 de la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación-, sino que reconoce el valor del conocimiento potencial como sustituto eficaz del inexistente consentimiento. Por este motivo, los requisitos de incorporación deben ser calificados, al menos en el ámbito de aplicación de la LSSI-CE, no sólo como cargas que pesan sobre el predisponente de las condiciones generales en el ordenamiento-jurídico administrativo –arts. 37 y 38 de la LSSI-CE-, sino como obligaciones legales de aquél.

Los contratos electrónicos con condiciones generales deben ajustarse a las garantías establecidas en la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, con carácter general, pero, después de la LSSI-CE, se hace necesario reinterpretar, en algunos aspectos, el contenido de la primera de ambas Leyes.

La puesta a disposición suele consistir en la incorporación y archivo por el prestador de servicios de las condiciones en una base de datos especial donde puedan ser consultadas por el destinatario, a través de una dirección o de una página específica de Internet, y, desde donde, como hemos manifestado, el destinatario puede, descargar, archivar y, en su caso, imprimir copia de las mismas. A partir de la LSSI-CE, la puesta a disposición de las condiciones generales sustituye al deber de entrega de las mismas, establecido en el art. 5 de la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, –así como el absurdo requisito que establecía el art. 2 del Real Decreto español 1906/1999, de 17 de diciembre, según el cual el predisponente debía facilitar al adherente, con antelación no inferior a los tres días naturales

<sup>67</sup> Es algo que, como determina PÉREZ, J.M., "Vino añejo en botellas nuevas: algunas consideraciones sobre la autonomía de la voluntad y las condiciones generales de contratación en el ciberespacio", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 49, 2004, suele plantearse en la práctica con cierta habitualidad.

anteriores a la celebración del contrato, información sobre todas y cada una de las cláusulas del mismo<sup>68</sup>- y, por supuesto, la obligación de remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales.

Por lo que se refiere al catálogo de condiciones generales, que deberán necesariamente reflejarse en el contrato que entre las partes se celebre, deberá tenerse en cuenta lo establecido en diferentes textos normativos<sup>69</sup>.

Cabe, por último, mencionar la posibilidad de que las cláusulas que pretendan incorporarse al contrato electrónico sean abusivas. La Directiva europea 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>70</sup>, transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación, supone un hito decisivo, en materia de política de consumidores, y responde a la necesidad de proteger, a escala europea, a los consumidores frente a la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con empresas y, en definitiva, frente al abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios. Pese a su fecha de aprobación, la Directiva europea 93/13 sobre cláusulas abusivas, lejos de perder importancia con el desarrollo de las nuevas tecnologías, se ha convertido en un instrumento decisivo en el desarrollo de la sociedad de la información, pues las últimas técnicas de comunicación a distancia facilitan y potencian la realización de transacciones transfronterizas por parte de los consumidores. Para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe tenerse en consideración la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto de contrato, las circunstancias que concurren en la celebración del contrato y las demás cláusulas contractuales. Si una cláusula es declarada abusiva se tendrá por no puesta. La sanción, como podemos apreciar, que el legislador español anuda a tal declaración es la nulidad de pleno Derecho. Asimismo, en el caso de que las cláusulas subsistentes en el contrato provoquen una situación de desequilibrio entre las partes insubsanable, podrá declararse el contrato ineficaz.

68 La postura que mantenemos, más flexible, resulta más adecuada a la realidad del comercio electrónico y al mandato que en la Disposición Final Quinta de la LSSI-CE se hace al Gobierno para que en la futura modificación que haga del Real Decreto español 1906/1999 tenga en cuenta la necesidad de facilitar la utilización real de los contratos electrónicos.

69 En este sentido, cabe referirse a los arts. 27 de la LSSI-CE, art. 40.1 de la Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, así como 97 y 98.1 del TRLGDCU.

70 Diario Oficial n° L 095 de 21/04/1993 pp. 29-34.

## II. Relevancia de la buena fe como fundamento del deber precontractual de información

Como es sabido, la buena fe constituye un principio general del Derecho<sup>71</sup> –que, en cierta medida, representan el aval de toda disquisición jurídica<sup>72</sup>- y, como tal, debe extender su alcance a las negociaciones contractuales. Como principio general que es, representa un concepto de contornos imprecisos, si bien es extraordinariamente rico en aplicaciones prácticas que nuestro legislador hace jugar como inspirador de numerosas instituciones civiles<sup>73</sup>. En el fondo, está presente un tipo de conducta modélica<sup>74</sup>, considerada como conveniente o apropiada por la sociedad de cada momento. Dicha conducta resulta jurídicamente exigible, premiándose, en este sentido, la actuación acorde con la misma, pero sancionándose la que sea contraria –mala fe-.

El modelo de conducta que la buena fe comporta, presenta, por un lado, un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto y, por otro, la salvaguardia de la confianza depositada en el comportamiento de cada parte<sup>75</sup>, ya que se considera que se tiene fe en la corrección, en la bondad, de las conductas recíprocas de los contratantes.

<sup>71</sup> Sobre las consideraciones que la jurisprudencia efectúa al respecto, véase, entre otras muchas, la STS de 8 de julio de 1981; STS de 21 de septiembre de 1987; y STS de 9 de octubre de 1993.

<sup>72</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., "Prólogo". En DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 7.

<sup>73</sup> GARCÍA VALDECASAS, G., "Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 28, 1975, pp. 334 y 335; CADARSO PALAU, J., "Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, núm. 1, 1976, p. 61; RUIZ DE VELASCO, J.M., "La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de ley y del abuso del Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, 1976, p. 560; HERNÁNDEZ GIL, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981, p. 32; CONDE MARÍN, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración en el contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, p. 34.

<sup>74</sup> Puede ponerse de manifiesto que dicho parámetro de conducta presenta, además, un carácter subjetivo -psicológico- y espiritual. A este respecto, enlaza o relaciona el Derecho no sólo con la moral y la ética, sino también con la religión. De hecho, como la propia terminología empleada pone de relieve, la palabra "buena" representa un calificativo que encierra un juicio moral y ético, y, por otro lado, "fe" podría implicar la creencia religiosa de que la divinidad premiará la buena fe y sancionará la mala fe. En suma, a tenor de lo establecido en la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil español de 1974, se trataría de utilizar el modelo de comportamiento según la buena fe como una irrupción de la ética en el campo de las relaciones sociales.

<sup>75</sup> En este sentido, dispuso GARRIGUES, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, p. 334, que tener fe o confianza quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y confía en que ésta no la engañará.

En las relaciones contractuales, el principio de la buena fe, insistimos, se identifica con la confianza y la honorabilidad<sup>76</sup>. Las aplicaciones concretas del principio de buena fe dentro del campo negocial tendrán, sobre todo, lugar en aquellos actos que, como decimos, impliquen confianza recíproca<sup>77</sup>. Por consiguiente, su presencia será especialmente significativa en el campo de los de carácter bilateral o plurilateral. Se trata de un pilar fundamental en el Derecho de obligaciones<sup>78</sup>, en especial en la contratación electrónica<sup>79</sup>.

La exigibilidad de conductas conformes a la buena fe, durante las negociaciones del contrato, esencialmente se ha derivado de los arts. 1.4<sup>80</sup>, 7.1<sup>81</sup> y 1258<sup>82</sup> del Cc español. En este sentido, podría afirmarse que el principio de buena fe impone un deber de información entre las partes sobre las circunstancias que rodean al negocio y que tienen trascendencia a la hora de emitir el consentimiento. Tal principio general resulta, asimismo, inspirador de numerosos instrumentos de autorregulación. De hecho, numerosos preceptos incluidos en los documentos de buenas prácticas parecen fundamentarse en el mismo.

<sup>76</sup> Asimismo, debe considerarse, como dispone DE LOS MOZOS, J.L., "Prólogo". En ORDOQUI CASTILLA, G., *Buena fe en los contratos*, Reus, Zaragoza, 2011, p. 15, que la buena fe, en su origen y todavía en su núcleo central y más significativo, continúa mostrando un indudable contenido ético, al que modernamente se han ido añadiendo otros agregados.

<sup>77</sup> Díez-PICAZO, L., "El contenido de la relación obligatoria". En *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, p. 128.

<sup>78</sup> RUIZ VADILLO, E., "Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil", *Revista General del Derecho*, núm. 346, 1973, p. 631; GONZÁLEZ BOTELLA, P., "El nuevo Título preliminar del Código civil", *Documentación jurídica*, núm. 4, 1974, p. 1200; BIANCA, C.M., "La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale", *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1983, p. 205; MEDICUS, D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, Tomo 2, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1993, p. 174; RICCIO, A., "La clausola generale di buona fede". En CABELLA, P., y NANNI, L., (Coords.), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998, p. 332.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, R.J., *La contratación electrónica y sus conexiones con el Derecho Romano*, Grerüst Creaciones, Madrid, 2010, p. 27.

<sup>80</sup> Tal artículo establece que "los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". Como dispone SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los principios clásicos del Derecho*, Unión, Madrid, 1975, p. 14, los principios generales del Derecho son elementos permanentes de la existencia humana intersubjetiva, antes de que nazca no solo la ciencia jurídica, sino los primeros tanteos históricos que habrían de conducir a las primeras institucionalizaciones de conductas humanas convivenciales en su nivel más elemental.

<sup>81</sup> Determina que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe" y, por tanto, también los nacidos de un contrato. Ahora bien, como pone de relieve MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "La buena fe y el abuso del Derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos", *Revista de Derecho Privado*, núm. 63, 1979, p. 440, quizás hubiera sido más afortunado recurrir a la palabra principio, en lugar de exigencia, ya que habría identificado mejor la realidad de la institución jurídica así como el tipo de concepción de buena fe que el Código civil emplea.

<sup>82</sup> El mismo preceptúa que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a

La buena fe supone un deber de información de una parte respecto de la otra<sup>83</sup>. En este sentido, cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra<sup>84</sup> y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento<sup>85</sup> –aquellas por las que la otra parte, si las hubiera conocido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones plenamente diversas–.

Asimismo, debe considerarse que la buena fe constituye una cláusula general<sup>86</sup> conveniente y necesaria en los ordenamientos jurídicos<sup>87</sup>. De hecho, la misma puede interpretarse como una válvula que regula la presión de las exigencias ético-sociales<sup>88</sup>, evitando, de este modo, un ordenamiento jurídico impermeable a los cambios de carácter social. Aunque los instrumentos derivados de la autorregulación, se actualizan con cierta periodicidad, pues, entre otros

todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Ahora bien, como señala ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, 1971, p. 916, la buena fe a la que se refiere tal precepto no sólo se aplica en la fase de ejecución del contrato, sino que ampliaría su ámbito a la etapa de perfección y conclusión del contrato. A su juicio, podría extender su aplicación a la etapa preparatoria. En sentido similar, MANZANARES SECADES, A., "Responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 37, núm. 3, 1984.

<sup>83</sup> A este respecto, debe repararse en que el TS –entre otras muchas en las STS de 4 de enero de 1982, STS de 18 de febrero de 1994 y STS de 22 de mayo de 2006– ha señalado que la buena fe no sólo supone el deber de informar, sino el de informarse. Lo que con tal afirmación parece querer señalar es que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son relevantes o esenciales para ella. Como señala BASOZABAL ARRÚE, X., "En torno a las obligaciones precontractuales de información", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 60, núm. 2, 2009, p. 649, cada cual debe procurarse la información necesaria para velar por sus propios intereses. En sentido similar, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A.V., "La perfección de los contratos". En DELGADO DE MIGUEL, J.F., (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Tomo 3, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2002, pp. 335-336.

<sup>84</sup> Asimismo, debe reputarse que de la buena fe deriva el deber de no adoptar una actitud meramente pasiva durante los tratos preliminares, de forma que, en cierta medida, se permita o induzca al error en la otra parte. En efecto, existen ocasiones en las que el que calla debe hablar y, de esta manera, no adoptar una actitud meramente negativa, en el curso de las relaciones jurídicas que le ligan con la otra parte, pues, de tal forma, se induce a error. Sobre este particular, la STS de 23 de febrero de 1988, STS de 21 de octubre de 1988 y STS de 23 de diciembre de 1991.

<sup>85</sup> GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 461; BIANCA, C.M., *Diritto civile, Il contratto*, Vol. 3, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 166-167.

<sup>86</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Voz: Buena fe (Derecho civil)". En *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 832.

<sup>87</sup> En cualquier caso, debe advertirse que algunos autores –WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, p. 31– han puesto de relieve los riesgos de disponer de la buena fe en términos vagos e indeterminados. En esta línea, suponen que podrían dar lugar a un conjunto importante de controversias, posibilitando la arbitrariedad judicial.

<sup>88</sup> GORPHE, F., *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, París, 1928; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed., LGDJ, París, 1949, pp. 157 y 162; AMOROS GUARDIOLA, M., "La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de buena fe", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 25, 1972, p. 219.

factores, los trámites formales no resultan tan tediosos y largos como los de las normas legales, la presencia del principio de la buena fe en los mismos juega un papel similar.

No le falta razón a un sector de la doctrina<sup>89</sup> cuando, a propósito de este particular, dispone que el principio de la buena fe representa una estrategia del ordenamiento jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad. Debe repararse en que la flexibilidad<sup>90</sup> que otorga una cláusula de carácter general, cual es la buena fe, permite considerar los intereses que se ponen en juego en relación a los deberes precontractuales de información.

La cuestión de imponer deberes precontractuales de información está muy relacionada con los intereses que se tratan de amparar. Entre los mismos se encuentran la protección de la libertad contractual, entendida como libertad de decisión. Se trata de que el contrato represente las preferencias de las partes y para el cumplimiento de este objetivo es necesario un consentimiento de carácter libre y reflexivo<sup>91</sup>. A este respecto, debe considerarse que los deberes precontractuales de información pueden, en cierta medida, concebirse como dispositivos que favorecen tal consentimiento. También, en segundo lugar, se protege, como segundo interés digno de mención, la tutela del mercado. Existe un elenco de reglas –como, por ejemplo, las de publicidad- que no están directamente enfocadas a la formación del consentimiento, sino a que la oferta de bienes y/o servicios en el mercado opere de manera competitiva. Para ello, se procura que los potenciales consumidores y/o usuarios tengan la información suficiente para discriminar entre los diversos oferentes del mercado. Otro interés digno de salvaguardar estaría vinculado con lo que podría considerarse una suerte de lealtad contractual que se les demandaría a las partes durante la celebración del contrato<sup>92</sup>. A tenor de tal postulado, durante la celebración del

89 MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Comentario al artículo 7.1 del Código civil". En ALBADALEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1993, p. 38.

90 No obstante, si bien el principio general de la buena fe aporta flexibilidad al ordenamiento jurídico, lo hace incurriendo en ciertos costes, en términos de lo que IHERING denominó realizabilidad formal del Derecho. En este sentido IHERING, R.V., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Tomo 1, Comares, Granada, 1998, pp. 38-46, dispone, sobre este particular, que la función del Derecho es realizarse. Distingue entre realizabilidad material y formal. Por la primera de ellas, puede entenderse la utilidad o la oportunidad de las disposiciones materiales del Derecho, mientras que por la segunda deberá considerarse la facilidad y la seguridad de la aplicación del Derecho a las especies concretas. La realizabilidad formal estaría vinculada con la manera en que se estableciera la hipótesis –supuesto de hecho- y consecuencia de la norma.

91 POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 90 y 91; GONZÁLEZ GONZALO, A., *La formación del...*, cit., p. 173.

92 Así, la doctrina italiana como, entre otros, BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 6; TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 107; SCOGNAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, Vallardi, Roma, 1980, p. 303.

contrato cada una de las partes podrá confiar en que la otra se comportará con lealtad y honestidad<sup>93</sup>. El cuarto interés al que conviene referirse es aquél relativo a que las personas se comporten diligentemente en las negociaciones de los contratos en que participen<sup>94</sup>. De este modo, los sujetos deben ser responsables de sus declaraciones aunque no las deseen.

<sup>93</sup> Dentro del deber general de lealtad se incluye el deber de no romper, de manera injustificada, las negociaciones llevadas hasta un punto que haya generado la confianza suficiente en la otra parte como para haberle provocado daños por esa ruptura.

<sup>94</sup> LARENZ, K., *Derecho de las obligaciones*, Tomo 1, Edersa, Madrid, 1958, p. 20.



# La mediación por medios electrónicos en la Ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Bárbara de la Vega Justribó\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación estatal española de la mediación por medios electrónicos. 1. La mediación por medios electrónicos en los trabajos prelegislativos. 2. Novedades relacionadas con la mediación por medios electrónicos introducidas por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles frente al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. III. Régimen general de la mediación civil y mercantil aplicable a la mediación por medios electrónicos. 1. Los principios informadores de la mediación. 2. El procedimiento. A) La mediación presencial. B) Aspectos especiales en la mediación por medios electrónicos. IV. Conclusiones.

## Resumen

El objeto de este artículo es el examen del régimen legal de la mediación por medios electrónicos en el Derecho español, prevista en el artículo 24 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Para cumplir los objetivos de esta investigación se analiza la regulación general de la mediación civil y mercantil con especial consideración a los aspectos más relevantes desde la perspectiva electrónica.

**Palabras clave:** Mediación. Medios electrónicos. Asuntos civiles y mercantiles.

## Abstract

The subject of this article is to examine the legal regime of electronic mediation in Spanish Law, as in Article 24 of the Law 5/2012 on Mediation in Civil and Commercial Matters. To meet the goals of this research analyzes the general regulation of civil and commercial mediation with special consideration to the most relevant aspect of the electronic means in mediation.

**Keywords:** Mediation. Electronic Means. Civil and Commercial Matters.

---

Recibido: 7/8/2012 • Aceptado: 5/9/2012

\* Prof. Ayudante Doctor de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid

## I. Introducción

Los antecedentes y la tradición de la mediación en el ámbito anglosajón son conocidos por todos, pero siendo el objeto de nuestro trabajo la nueva regulación estatal de la mediación en el ordenamiento jurídico español, queremos recordar que la doctrina refiere los antecedentes de esta institución en España en el Fuero de Avilés de 1706, como la primera vez que se encuentra la palabra “*medianedo*” como jurisdicción extraordinaria. Suele citarse, asimismo, el Diccionario de Autoridades de la Lengua Española, en que, por vez primera, en el año 1734, aparece la voz “*mediación*”, definida como la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro. De la mediación de antaño a la nueva regulada en la Ley de mediación de 2012, destaca como diferencia, entre otras, la forma de su celebración por medios electrónicos como un signo evidente del avance del “*Derecho y la Tecnología*”.

Por primera vez en España y con rango de ley estatal, la mediación por medios electrónicos ha sido regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley 5/2012). En un solo artículo, el 24, titulado las “*Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos*”, la Ley regula esta forma de mediación insertada en el Título IV cuya rúbrica es el Procedimiento de Mediación. El artículo 24 dispone que “*1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones, de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes*”.

Como establece el precepto citado, la mediación por medios electrónicos ha de cumplir unos requisitos determinados y respetar, como no podría de ser otro modo, los principios que la Ley 5/2012 establece para todo tipo de mediación, sea ésta presencial o sea celebrada por medios electrónicos, en su totalidad o en parte. Por ello, en este trabajo examinamos la regulación de la mediación por medios electrónicos prestando atención a la regulación general de la mediación civil y mercantil con especial consideración a los aspectos más relevantes desde la perspectiva electrónica, como es por ejemplo el principio de confidencialidad que ha de regir el procedimiento.

## II. La regulación estatal española de la mediación por medios electrónicos

Sin detenernos en la regulación de la mediación en el ámbito autonómico, y centrándonos en esta primera legislación estatal de la mediación civil y mercantil, reviste interés el examen de los distintos trabajos prelegislativos en orden a comprender y valorar la regulación de la mediación por medios electrónicos. El proceso de redacción de la Ley 5/2012 puede seguirse a través de los *Boletines Oficiales de las Cortes Generales* de 24-05-2012, 5-06-2012, 6-06-2012, 11-06-2012, BOCG (Senado) de 15-06-2012, y de 3-07-2012 que recoge la Ley definitiva, así como el *Boletín Oficial del Estado* de 7-07-2012, en el que se publica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Con anterioridad a la Ley 5/2012, el 6 de marzo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante el RDL). El RDL incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en los litigios transfronterizos (en adelante Directiva 2008/52/CE). Transcurridos cuatro meses de su vigencia, ha visto la luz la ansiada Ley 5/2012 de mediación.

En el ordenamiento jurídico español era necesario dar carta de naturaleza a la mediación civil y mercantil y, en este sentido, su regulación a través primero del RDL y después de la Ley 5/2012, han sido bienvenidos. La Ley vigente reproduce la mayoría de los preceptos del RDL introduciendo unas mínimas modificaciones, que veremos más adelante, por lo que en este trabajo nos referiremos a ambos textos normativos. Como solución de urgencia ante el retraso en la obligatoria incorporación de la Directiva 2008/52/CE, el RDL ha permitido establecer, respetando las correspondientes normas sectoriales de otros tipos de mediación, una suerte de régimen general uniforme recogido ahora en la propia Ley 5/2012.

El RDL define el concepto de mediación y sus principios informadores; regula las instituciones de mediación; crea el Estatuto del mediador y las condiciones y los requisitos que le son exigibles, así como su responsabilidad en el ejercicio de su función; determina el procedimiento a seguir; establece la forma de los acuerdos de mediación y los requisitos de formalización para que puedan ser ejecutables.

Además, se realizan las modificaciones necesarias en otras leyes como en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (para entre otras cosas reconocer la declinatoria de falta de jurisdicción por existencia de compromiso de mediación) y en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Industria y Comercio, para dar entrada a esta nueva figura jurídica.

Desde el principio, y siempre según mi opinión, destaca el desigual el acierto con el que se regulan determinados aspectos en la nueva norma y de cuya revisión crítica nos hemos ocupado en otro trabajo<sup>1</sup>. Si, de un lado, es digna de elogio la extensión que la norma realiza del carácter confidencial del proceso, de otro, el exceso de regulación del estatuto del mediador y las condiciones que le son exigibles no parece que vaya a favorecer la práctica de la mediación. En la misma línea de exceso regulatorio, destaca la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable. Esta formalidad resulta más llamativa por cuanto la necesidad de contraste notarial o intervención judicial significan que se configura el acuerdo de mediación con un rango inferior al de un laudo arbitral que sin precisar de más requisitos, resulta ejecutable.

La elección por el Gobierno del Real Decreto-ley como instrumento normativo para la transposición de la Directiva 2008/52/CE tiene su justificación en la finalización del plazo para su transposición el pasado 21 de mayo de 2011<sup>2</sup>. En todo caso, desde la perspectiva de las críticas que cabe formular al RDL, la relativa a la forma de la norma es la menos relevante. En todo caso, la Ley 5/2012 ha derogado expresamente el RDL convirtiéndose en la única norma estatal en vigor que regula la mediación.

La Directiva 2008/52/CE exige a los Estados miembros que adecuen sus legislaciones en el sentido de que favorezcan el uso de la mediación privada (art. 9 y considerando 25) y aquella conectada con el Tribunal, en la que los jueces podrán pedir a las partes que acudan a una sesión informativa, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 2 y 5, y ello se ha pretendido en el RDL en la disposición adicional segunda, titulada “Impulso a la mediación”.

<sup>1</sup> *Vid.*, una revisión crítica de la nueva regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de mediación concursal”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2012, n° 733, pp. 2978-3005.

<sup>2</sup> El RDL se aprobó con la pretensión de cumplir dos mandatos legislativos pendientes; por una parte, la transposición de la Directiva de 2008 de la Unión Europea, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, por otra, la de la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida en 2005, en la que se establecía que en el plazo de un año se desarrollaría una Ley de Mediación. El retraso de la actividad legislativa ha sido de uno y de siete años, respectivamente. Ésta es precisamente la razón de la elección del RDL para regular la mediación, y simplificar muy significativamente la tramitación de la tan esperada norma estatal sobre mediación. La Directiva a transponer era la 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de tramitación, y ha supuesto el mayor éxito de la Unión Europea a la hora de provocar la política de reforzamiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE, establecida a raíz del Consejo Europeo de Tampere de 1999 como parte del derecho de acceso a los Tribunales, y que se ha recogido en el Consejo de 2000 y en documentos como el proyecto de Constitución Europea o el Convenio de Lisboa.

Sin embargo, el RDL va más allá y aprovecha para conformar el régimen general de la mediación en España en asuntos civiles y mercantiles. En este sentido, y manteniendo un significativo paralelismo con lo sucedido en 2003, cuando se modernizó nuestra regulación del arbitraje, el legislador confiesa haberse inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

El RDL tiene como objetivo de política legislativa fomentar la autocomposición como fórmula de resolución de controversias en España, de forma que el acceso a los tribunales de justicia se conciba como un último remedio. Se incrementa, de este modo, el arsenal de los instrumentos disponibles para las partes en evitación del conflicto judicial. Con ello, se espera que disminuya la carga judicial y los litigios que se resuelven en el marco del proceso judicial. Con anterioridad al RDL faltaba un reconocimiento formal de la mediación y la conciliación, por lo que hay que reconocer que la aprobación de la norma ha sido en pro de la mediación.

La Exposición de Motivos del RDL describe los tres “*ejes*” sobre los cuales se ha estructurado la norma. El primero de ellos es la “*desjudicialización*”, esto es, el deseo de descargar de trabajo a los tribunales de justicia, de forma que el recurso a ellos para determinados asuntos se conciba como un “*último remedio*”. El segundo eje consiste en la “*deslegalización*” o “*pérdida del papel central de la ley*” a través de un método de resolución de controversias que valore e incluya otras consideraciones que no sean las de índole necesariamente jurídica. El último eje comprende la “*desjuridificación*”, ya que la forma y contenido del acuerdo logrado serán, en principio, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no de la decisión de un tercero. A diferencia del árbitro, el mediador no decide ni “*da la razón*” a una parte; simplemente facilita que las partes encuentren la forma de transigir la controversia.

Conforme a lo expresado en la Exposición de Motivos del RDL, cabe afirmar la corrección de las bases fijadas para el desarrollo de la mediación civil y mercantil en nuestro país, en sintonía con el desarrollo normativo en el ámbito internacional, y en particular en otros países de nuestro entorno. No obstante, a mi parecer, algunos aspectos de la norma requerirían determinadas modificaciones que hemos expuesto en otro trabajo, con el fin de lograr que la mediación se implante de manera eficiente en España.

En nuestro ordenamiento, si la tradición de la mediación civil en ámbitos como el Derecho de familia o el Derecho sucesorio<sup>3</sup> es bien conocida, la nueva y reciente regulación de la mediación nos brinda la oportunidad de extenderla también al ámbito mercantil o empresarial. Materias típicamente mercantiles

<sup>3</sup> Entre las Sentencias del Tribunal Supremo que enlazan la mediación y el Derecho de familia y el sucesorio se encuentran las de 19 de enero de 2012, de 20 de mayo de 2010 y 3 de julio de 2009.

como son el concurso de acreedores, el contrato de seguro, la *joint venture*, el contrato de franquicia o la propiedad industrial, entre otras, pueden y, en mi opinión en ocasiones deberían, ser sometidas a mediación y, a partir de ahora, con mayor seguridad jurídica gracias a la carta de naturaleza otorgada por la nueva regulación de la mediación como resolución alternativa de conflictos. En todo caso, el recién aprobado régimen legal de la mediación es de carácter general, para lo civil y lo mercantil, por lo que no cabe afirmar la existencia de una mediación típicamente mercantil. La nota de la mercantilidad vendrá dada por la particular materia mercantil que sea objeto de la mediación y, en consecuencia, por la deseable especialidad mercantil de los mediadores que intervengan (por ejemplo en materia concursal). Por todo ello, la jurisprudencia<sup>4</sup> del Tribunal Supremo acerca de la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE resultará relevante por igual en la mediación civil y en la mediación mercantil.

### **1. La mediación por medios electrónicos en los trabajos prelegislativos**

El Proyecto de Ley tramitado en la Comisión de Justicia, al igual que la Ley 5/2012, tiene entre sus planteamientos generales reducir el colapso de la justicia española como fórmula complementaria de resolución de conflictos. La Exposición de Motivos del Proyecto se refiere a la mediación como un instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico para la solución de sus conflictos, alcanzando por sí solos un acuerdo al que esta ley otorga fuerza de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial se tratase.

Dentro del esquema general de facilitación de esta resolución de conflictos se puede hacer también referencia a medidas que pretenden implantarse en el desarrollo de esta norma y que van a tratar a su vez de insistir en la agilización de las tramitaciones. En este contexto, es preciso mencionar el contenido dispuesto en el artículo 25 del Proyecto que lleva por título “*Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos*”, y que dispone:

*1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de*

<sup>4</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE se examina en DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012...”, *op. cit.* Enlazando el Derecho de sucesiones y la mediación, *vid.*, MORETÓN SANZ, F., “El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*”, en *RCDI*, N.º 721, pp. 2406 a 2424, y en particular en las pp. 2417 a 2422. La autora examina la figura de la mediación desde la perspectiva de la Directiva de la Unión Europea y el *iter* legislativo de la proyectada ley de mediación, con referencia a la regulación de las comunidades autónomas y el derecho foral, en materia de mediación familiar, y advierte de las dificultades de armonización que se producirán en relación a la legislación foral.

*la mediación previstos en esta ley.2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.*

Al igual que la regulación contenida en el art. 24 de la Ley 5/2012 ya citado, en el Proyecto de Ley se trata de eliminar la presencia física de las partes y la necesidad de su desplazamiento hasta una sede determinada, siempre que ambas partes estén de acuerdo en ello y, con carácter peculiar cuando la cuantía económica de los conflictos surgidos sea de reducida cuantía que no exceda de 300 euros (en el caso del Proyecto). El precepto en cuestión que, en principio, es encomiable y, desde un punto de vista teórico, cumple todos los requisitos arriba indicados respecto a lo que debe ser esta mediación, plantea sin embargo algunas dudas que deberán ser despejadas si se pretende que realmente sea utilizado por los ciudadanos.

El primer párrafo del artículo señala que cualquiera que sea la cuantía las partes pueden acordar la utilización de medios electrónicos, pero para ello tienen que ofrecerse una serie de garantías por parte de la Administración en relación a identidad de los participantes y el respeto a los principios en los que se fundamenta esta norma: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Ofrecer estas garantías forma parte del sistema, pero también es cierto que las plataformas electrónicas a utilizar deberán ser lo suficientemente sofisticadas y seguras para cumplirlas y estar al alcance de todos los ciudadanos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Como ejemplo reciente de desarrollo de un nuevo sistema *online* para la mediación jurídica, destaca el de los investigadores de la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) que han creado una plataforma electrónica de mediación y arbitraje para la resolución jurídica de conflictos sin la necesidad de la intervención de un juez y que está dirigida a personas con discapacidad, *vid.*, en <http://www.agenciasinc.es/Noticias/Desarrollan-un-nuevo-sistema-online-para-la-mediacion-juridica> (última consulta el 30 de julio de 2012). La mediación es una forma jurídica de resolución de conflictos donde se sustituye la figura de un juez o un árbitro por la figura de un mediador, encargado de ayudar a las partes a llegar a un acuerdo de forma consensuada. El proyecto SEMADISC (Sistema Electrónico de Mediación y Arbitraje para Personas con Discapacidad) busca proporcionar una herramienta software para la intermediación y el arbitraje centrada en personas con problemas de accesibilidad o con algún tipo de discapacidad.

Se trata de un proyecto multidisciplinar, a caballo entre el derecho y la ingeniería informática, creado por investigadores del Grupo de Inteligencia Artificial y Aplicada (GIAA) y el Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' de la UC3M. La idea principal del sistema es proporcionar los medios adecuados para que cualquier persona, y especialmente las personas con discapacidad, pueda disponer de forma gratuita y universal de un servicio con el que resolver sus problemas de manera cómoda, pacífica y dialogada.

Los investigadores ya han obtenido un primer prototipo de esta plataforma *online*, accesible desde cualquier navegador web y adaptada a las necesidades especiales de los usuarios, que permite realizar los trámites relacionados con el proceso de mediación, como crear un caso y realizar peticiones a los expertos, subir documentos relacionados con el caso, disponer de un acta donde se registra el avance del proceso o agilizar la comunicación de los implicados al avisar por diferentes medios cuando se produce alguna novedad. En la actualidad se están completando las

De lo contrario, no podrá cumplirse la premisa establecida en el párrafo segundo que excepciona el desarrollo por medios electrónicos de la mediación cuando su empleo no pueda llevarse a efecto por una de las partes. Es cierto que la llamada Sociedad de la Información ha llegado a amplias capas de la población, pero también puede serlo que precisamente las personas a las que potencialmente va dirigido este método ágil y económico de resolución extrajudicial de conflictos, no tengan acceso a estas herramientas informáticas. Y en este aspecto se deberá ser muy cuidadoso para que la mediación tenga éxito, encargo, en principio, dado a las instituciones de mediación que son las encargadas de poner en marcha los sistemas electrónicos oportunos.

El citado precepto ha de relacionarse con el art. 5.2 de la Ley 5/2012, que prevé que las instituciones de mediación “*podrán*” implantar sistemas de mediación electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones de cantidad. Todo ello, a su vez, engarza con la Consideración número 9 de la Directiva 2008/52/CE que alude a la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación y con su artículo 9 que también señala que “*los Estados miembros fomentarán, por lo medios que consideren oportunos, el acceso del público en general, en particular vía internet*”.

funcionalidades de este primer prototipo con el objetivo de poder pasar a una segunda fase que consistiría en poner a prueba la herramienta y que ésta sea validada por algunas asociaciones y organizaciones dependientes con las que se ha contactado.

Para que SEMADISC funcione debe existir un equipo jurídico que asesore y haga el papel de mediador, formado por asociaciones y entidades públicas que colaboren con el proyecto, proporcionando, en todo caso, un servicio gratuito para el ciudadano que lo demande. El proceso comenzaría con el envío de una solicitud por parte del usuario afectado por un problema. Dicha solicitud sería estudiada por los mediadores, que se encargarían de ponerse en contacto con el resto de implicados en el caso. Una vez puesto en marcha el proceso, se resolverían los problemas por vía extrajudicial gracias al asesoramiento de los grupos de expertos juristas integrantes del proyecto.

La plataforma ha sido desarrollada cuidando los detalles técnicos y asegurando el correcto cumplimiento de los requisitos legales que rodean el sistema. SEMADISC se basa en los estándares del W3C, organismo internacional dedicado a la estandarización de la Web, tanto para accesibilidad como para corrección del código de la aplicación. Se ha tenido especial cuidado con la privacidad de los usuarios, la seguridad y la adaptación a la legislación en el ámbito de la protección de datos, adaptando todo el proceso a la Ley 15/1999, de protección de datos de carácter personal. El sistema da respuesta al RD 1417/2006, de 1 de Diciembre, que desarrolla la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades y no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que desarrolla la previsión del legislador de crear un sistema de arbitraje alternativo para la solución de las cuestiones que plantea la eficacia de esta ley. SEMADISC nace como una plataforma de apoyo a este tipo de casos, basándose en las tecnologías de la información para ofrecer soporte a todo el proceso. Esta característica acerca el sistema a las personas con discapacidad, que tienen diferentes problemas para poder llevar este tipo de procesos con normalidad. Por otra parte, la herramienta se ha diseñado siguiendo un flujo de proceso flexible capaz de poder adaptarse a cualquier proceso de mediación de cualquier ámbito jurídico (mercantil, administrativo, etc.). Este proyecto ha sido financiado por el IMSERSO y tiene como centro de referencia el CEAPAT.

No obstante, en el texto del Anteproyecto llama la atención que vaya más allá del fomento de las nuevas tecnologías, imponiendo que la mediación habrá de llevarse a cabo por medios electrónicos cuando el asunto consista en una reclamación de cantidad inferior a los 300 euros. A lo anterior, se añade la insuficiencia de información que proporciona la norma proyectada sobre tales medios electrónicos (tan sólo el art. 5.2 apunta a que las instituciones de mediación implantarán sistemas de mediación electrónicos lo que, en su caso, obligaría a pasar necesariamente por una de esas instituciones) y sobre qué ha de entenderse que el empleo de estos medios “*no se posible para alguna de las partes*”.

Agregado a lo anterior, nos parece mejorable otro aspecto establecido en el Anteproyecto y previsto en la Ley 5/2012 en idénticos términos<sup>6</sup>, referido a todo el contenido de la Ley, por tanto también a la mediación por medios electrónicos, que en particular atrae nuestro interés: la entrada en vigor. La entrada en vigor de la Ley se ha previsto a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Parece conveniente que este periodo de *vacatio legis* se hubiera ampliado no solo por las importantes novedades que introducidas en los distintos textos del *iter* prelegislativo y lo que supone para el ordenamiento jurídico español la incorporación de la institución de la mediación en el ámbito civil y mercantil sino por la necesidad de contar con un tiempo razonable que permita a los destinatarios de la norma adaptarse a las novedades normativas introducidas y adecuar algunas de las previsiones relativas a los ámbitos procesal y administrativo. Así, por ejemplo, a nuestro parecer el plazo previsto de veinte días podría ser insuficiente para atender a la exigencia referida en el artículo 5.2 del Anteproyecto sobre la implantación de sistemas electrónicos por parte de las instituciones de mediación en conexión con el artículo 25.2 del Anteproyecto que exige que todas aquellas mediaciones que consistan en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos. Si bien es cierto que en la Ley 5/2012 el artículo citado ha pasado a recogerse de manera que la mediación no es obligatoria sino potestativa con carácter preferente, la brevedad del plazo de veinte días no parece facilitar a la perseguida “preferencia” por la mediación electrónica. Un plazo más conveniente resultaría, a modo de ejemplo, el de la *vacatio legis* que estableció la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su disposición final tercera.

<sup>6</sup> En la Disposición Adicional Décima de la Ley 5/2012, y en la Disposición Adicional Séptima del Anteproyecto de la misma.

**2. Novedades relacionadas con la mediación por medios electrónicos introducidas por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles frente al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**

El Pleno del Congreso aprobó, con la ratificación de todas las enmiendas del Senado, el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (procedente del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo y que queda derogado). De este modo, la Ley 5/2012 incorpora una serie de novedades frente al RDL, por lo que detallamos aquellas que guardan relación directa con la mediación por medios electrónicos. Sin perjuicio de otras diferencias relativas a otros aspectos, la Ley 5/2012:

- a) Amplía el campo de mediación en conflictos transfronterizos, en coherencia con el artículo 2.2 de la Directiva 2008/52/CE, que contempla la circunstancia de traslado sobrevenido, teniendo también la consideración de conflictos transfronterizos, los previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto (art. 3 de la Ley 5/2012). La mediación electrónica contribuye al desarrollo y práctica de la mediación de manera especial cuando el conflicto es de índole transfronteriza.
- b) Se refuerza el principio de confidencialidad como base de la mediación, y con ello la mediación electrónica, tanto para el mediador, que queda protegido por el secreto profesional, como con la inclusión del deber para las instituciones de mediación (art. 9 de la Ley 5/2012), como veremos más adelante.
- c) Se establece la posibilidad de que las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, puedan realizarse por videoconferencia y por cualquier medio análogo de transmisión de voz o imagen. Asimismo, se regula la mediación por procedimientos electrónicos con carácter potestativo aunque preferente (art. 24 de la Ley 5/2012).
- d) Regula, para su adaptación a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en los procedimientos de mediación, garantizando la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente en el proceso (disposición

adicional cuarta de la Ley 5/2012). La mediación electrónica resulta idónea para los supuestos de discapacidad.

- e) Mantiene el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad cuya duración máxima será de un mes prorrogable por acuerdo de las partes, mientras que en el RDL el plazo máximo de duración era improrrogable (Disposición final séptima de la Ley 5/2012).

### III. Régimen general de la mediación civil y mercantil aplicable a la mediación por medios electrónicos

La normativa de mediación, además de añadir cuestiones completamente ajenas a la misma, como cierta regulación del acceso a la profesión de abogado, se estructura en cinco Títulos. El primero corresponde a cuestiones generales; el segundo, a los principios que informan la mediación; el tercero, relativo al estatuto del mediador; el cuarto, regulador del procedimiento de mediación; y el quinto y último, establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación. Además, en las disposiciones finales se establece el nuevo articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil afectado por la reforma, que son relativas a la suspensión, competencia, confidencialidad, y derivación del asunto a mediación y ejecución.

En esta revisión del régimen general de la mediación nos centramos en los aspectos más relevantes para la mediación por medios electrónicos, siguiendo el orden sistemático del RDL.

Comenzando por el concepto, la mediación, se ha dicho<sup>7</sup>, supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes, actora-demandada, ganadora-perdedora, o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas por el conflicto. En términos expresados por la jurisprudencia<sup>8</sup>, *“La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación”*.

La definición de la mediación que se recoge en el RDL y en la Ley 5/2012 es muy simple, del estilo previsto de la Directiva 2008/52/CE y, de manera

<sup>7</sup> En este sentido se expresa VILLAGRASA ALCAIDE, “El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos, en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, p. 133.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de enero de 2012 (Nº. de Recurso 1821/2007. Nº. de Resolución 109/2011).

especial y con gran acierto, destaca la voluntariedad. La mediación se define como aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la intervención de un mediador. La denominación que las partes utilicen, mediación, conciliación u otra, es indiferente.

Como norma española sustantiva dedicada a la mediación, el RDL se ha de considerar favorable y en particular por dos motivos. El primero de ellos porque ha transpuesto la Directiva 2008/52/CE, y el segundo porque se ha inspirado en los trabajos de armonización de UNCITRAL<sup>9</sup>, como el legislador español señala en su Exposición de Motivos. Este criterio, sin embargo, no es compartido ni pacífico pues parece que se trata de dos mediaciones distintas: la que encuentra su origen en UNCITRAL y la que lo haya en el RDL<sup>10</sup>. Por ello, podía haberse evitado la confusión terminológica y conceptual en que incurre el RDL utilizando la terminología de los textos de UNCITRAL, toda vez que “conciliación” y “mediación” son métodos alternativos de resolución de conflictos distintos, y sus diferencias no son puestas de manifiesto en el RDL de mediación. Como quiera que sea, el Reglamento de UNCITRAL utiliza el término “conciliación”<sup>11</sup> y establece sus reglas, por lo que dicho término resultaría acertado porque lo que la nueva norma de mediación persigue es precisamente conciliar. Podemos avanzar que los preceptos formalistas del RDL suscitan una reflexión en el sentido de que los mismos pueden ser útiles en este momento pero en el futuro probablemente no lo serán, afectando al carácter vinculante, y podrán ser esgrimidos como defectos de forma, escapando con ello al carácter vinculante.

Por lo que al ámbito de aplicación se refiere, la nueva normativa es de aplicación a las mediaciones sobre derechos disponibles para las partes en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. En este sentido, puede comprobarse el paralelismo con el ámbito del arbitraje (art. 2.1 Ley de Arbitraje). En la nueva normativa española se ha recogido una regulación genérica sobre la mediación, lo cual es muy acertado, frente a la posibilidad de haber regulado únicamente los conflictos transfronterizos, como exigía la Directiva 2008/52/CE. Sin duda, esta opción resulta la más adecuada, dada la necesidad de regulación y la conveniencia de disponer de una normativa clara y coherente. En este sentido, el reconocimiento legal a la mediación por medios electrónicos promueve y facilita la mediación en conflictos transfronterizos.

9 Al igual que ocurriera en 2003 en sede de arbitraje en España, se ha seguido en gran medida las recomendaciones de UNCITRAL, adoptando muchos de los criterios recogidos, en este caso, en la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

10 ILLESCAS ORTIZ, R., “La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores”, en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos*, jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.

11 Téngase en cuenta que en el texto de UNCITRAL, dentro del término “conciliación”, se incluye la mediación, porque se refiere a todo procedimiento que no escapa al control de las partes y se lleva a cabo con la asistencia de por lo menos un tercero neutral.

La mediación en los ámbitos laboral, penal, los conflictos con las Administraciones Públicas y en materia de consumo se encuentra fuera del ámbito material de la Ley, al considerarse ámbitos excluidos del poder de disposición de las partes, siguiendo en este sentido la línea que estableció la Directiva 2008/52/CE.

Entre los aspectos más elogiados del RDL destaca la institucionalización y profesionalización de los mediadores, que son emplazados solemnemente en las resoluciones alternativas de disputas de manera permanente y preferente. En este sentido, la figura del mediador se concibe como el elemento vertebrador de la mediación, porque es éste el que ayuda a las partes a encontrar una solución.

Dos son los aspectos relativos a la figura del mediador que se regulan en el RDL: el primero se refiere al nivel formativo de los mediadores, que requerirá una formación específica que les proporcione los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación. Si bien el RDL establecía la no necesidad de una titulación de nivel universitario para el ejercicio de la profesión de mediador, la Ley lo modifica requiriendo lo contrario; el segundo de los aspectos atañe a la responsabilidad civil en que pudieren incurrir los mediadores, estableciendo al respecto la necesaria suscripción de un seguro o garantía equivalente, y existiendo ya en el mercado alguna póliza específica de responsabilidad civil de mediadores.

Conforme a la Ley de Arbitraje (art. 17.4), es preciso tener en cuenta que, salvo acuerdo en contrario de las partes, no puede actuar como árbitro quien haya intervenido como mediador en esa misma disputa.

El examen de la figura del mediador requiere tener en consideración lo establecido en la Exposición de Motivos al señalar la “*desjudicialización*” como uno de los ejes de la mediación privada, en el sentido del deseo de descargar de trabajo a los tribunales de justicia, de forma que el recurso a ellos para determinados asuntos se conciba como un “*último remedio*”. De este modo, el requisito de “*formación específica para ejercer la mediación*” por “*instituciones debidamente acreditadas*” (art. 11.2 RDL) sería tal vez algo ajeno a la “*desjudicialización*” ya referida. Como ejemplo, en Estados Unidos de América no es habitual establecer requisitos para la formación de los mediadores, aunque sí es frecuente que las personas que presten servicios de mediación reciban una formación continua en la materia. Allí, si bien la autonomía de la voluntad de las partes impera en el ámbito de la mediación, sucede que la autorregulación y la eficacia del mercado han sido fundamentales para garantizar la calidad del servicio. En este sentido, el RDL (art. 11.1) establece de manera idéntica la exigencia para actuar de mediador como la que señala la Ley de Arbitraje (art. 13) para actuar de árbitro: “*las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles*”. Sin embargo, el legislador español ha sido más exigente en materia de mediación al exigir una formación

específica al mediador que no requiere para el árbitro. Esta circunstancia resulta llamativa toda vez que el árbitro emite un laudo que produce efectos de cosa juzgada, a diferencia de lo que ocurre en la actuación del mediador. Esta situación quizás se explica por el arraigo que la cultura de arbitraje tiene en nuestro país. En este sentido, se ha dicho que la autorregulación y la eficacia del mercado se consideran vehículos fiables de control de calidad. Por el contrario, para el caso de la mediación no parece que la opción del legislador resulte la más afortunada, máxime si recordamos que entre los objetivos del RDL se encuentra el de impulsar el establecimiento y consolidación de la cultura de la mediación.

En el supuesto de una mediación por medios electrónicos, las habilidades y, en su caso, la formación del mediador habrán de ser especialmente adecuadas a dicho medio con el fin de no frustrar el éxito de la mediación electrónica. En buena medida, el éxito del impulso de la mediación y su implantación como método alternativo de resolución de conflictos, alternativo al judicial y al arbitral, reside en la adecuada formación y especialización<sup>12</sup> de los mediadores, de manera especial en materias mercantiles complejas como es el concurso de acreedores. Dicha formación de carácter jurídico por sí sola no es suficiente para garantizar una mediación concursal de calidad, por lo que habrá de ser completada con la formación en la destreza en las técnicas propias de la mediación sea por medios electrónicos o no. El mediador no solo debe tener conocimientos técnicos en materia mercantil concreta, sino que ha de saber mediar y, por tanto, negociar.

En la misma línea de lo expresado, al ansiado éxito de la mediación contribuiría sin duda alguna el establecimiento otras medidas complementarias como la creación de un registro de mediadores (ya existen algunos registros creados por asociaciones privadas que ofrecen mediación y arbitraje), o la aprobación de un código deontológico<sup>13</sup>, pues con ello se propiciaría la transparencia necesaria en aras de infundir confianza en todos los involucrados en la mediación.

En suma, el exceso de la regulación del estatuto del mediador y las condiciones que le son exigibles en la nueva normativa sobre mediación, a mi parecer, no son la mejor opción para lograr el impulso definitivo de la mediación civil, y sobre todo la mercantil, que en nuestro país se necesita. En este sentido, la norma nueva puede representar una injerencia de tal trascendencia que el efecto que se consiga con ella resulte contrario al perseguido, generando más problemas que soluciones en la práctica.

<sup>12</sup> En relación a la especialización de los mediadores, y en particular en el ámbito de la mediación concursal, sería conveniente la acreditación como mediador especializado, a través de algún tipo de certificación, pues ello redundaría en la confianza y la garantía en la mediación frente, por ejemplo, a la vía judicial.

<sup>13</sup> *Vid.*, el Código Europeo de Mediadores, en [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf). En la actualidad se han aprobado algunos códigos deontológicos por asociaciones que ofrecen mediación.

La regulación estatal reconoce la importancia de las instituciones de mediación a la hora de fomentar y ordenar los procedimientos de mediación. En coherencia con ello, permite que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación desempeñen funciones de mediación. Y las instituciones que tengan entre sus fines el arbitraje deberán asegurar la separación entre ambas actividades. En relación con las Cámaras de Comercio se ha criticado la proliferación de organismos que administran arbitrajes y, como consecuencia de ello, la falta de calidad en los mismos. La realidad es que las Cámaras de Comercio por el contacto directo que guardan con los empresarios son idóneas para divulgar y hacer publicidad de la mediación.

## 1. Los principios informadores de la mediación

### a) Voluntariedad y libre disposición

El principio informador de la voluntariedad y libre disposición representa uno de los aspectos más elogiados del RDL, si bien en los borradores de la norma es un aspecto que resultaba oscuro, no en vano, la mediación se imponía como paso previo a la interposición de la demanda, siendo objeto de crítica<sup>14</sup>. Con la regulación vigente, la premisa es que alcanzar un acuerdo no es obligatorio, pero en el que el acuerdo alcanzado voluntariamente podrá convertirse, mediante su elevación a escritura pública, en título ejecutivo, cuya ejecución podrá instarse ante el Tribunal competente.

Como máxima, se ha de partir de que el principio de voluntariedad y libre disposición es esencial a la mediación. Cuando exista un pacto escrito de mediación, deberá intentarse de buena fe el procedimiento pactado antes de acudir a la jurisdicción o al arbitraje, y como garantía de ello se regula la declinatoria. Sin embargo, las partes no están obligadas a alcanzar un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación. Las partes pueden abandonar unilateralmente la mediación en cualquiera de sus fases.

El sistema de relación entre la mediación y el proceso se regula de manera llamativa en el RDL, pues da un tratamiento análogo al sometimiento tanto a la mediación como al arbitraje. Esta opción del legislador resulta llamativa al recordar que la voluntariedad es un elemento básico del proceso de mediación, así como la posibilidad en todo momento de abandonar la mediación por cualquiera de las partes.

El texto normativo tiene como objetivo fortalecer el uso de la mediación impidiendo que un Tribunal conozca de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación: en el art. 6, titulado "*Voluntariedad y libre*

<sup>14</sup> Referido al anteproyecto de ley de mediación, critica la obligatoriedad de la mediación, PÉREZ CONESA, "Mediación en asuntos civiles y mercantiles", *Aranzadi Civil*, 4/2010.

*disposición*”<sup>15</sup>. La nueva redacción de los artículos de la LEC relativos a jurisdicción permite la apreciación a instancia de parte por existir un procedimiento de mediación en curso, así como la posibilidad de presentar declinatoria por haberse pactado que se haya de intentar la mediación<sup>16</sup>.

Como un elemento de fondo regulado en el RDL que, a nuestro entender, no resulta afortunado destaca el escaso valor vinculante de las denominadas “cláusulas de mediación”. Esta crítica ha de entenderse en el sentido de que el legislador no ha sido excesivamente exigente en cuanto a las cláusulas de esta mediación. No se trata de una obligación sólida, toda vez que cabe escapar a la misma, por ser una cláusula carente de fuerza para obligar. La lectura del RDL evidencia que resulta muy sencillo desligarse de una cláusula que impone la mediación, por lo que, creo que se puede afirmar, que la misma obliga poco.

El polo opuesto a este tipo de cláusula es la denominada cláusula de arbitraje<sup>17</sup> que se encuentra blindada por el ordenamiento jurídico, lo que significa que equivale a una excepción procesal toda vez que si la misma se pacta y es válida, el arbitraje existe, y en consecuencia, es necesario estar y pasar por el laudo.

En el RDL se presenta, como resultado de lo anterior, una situación antitética al carecer de una instrumentación procesal. De benevolente cabe calificar el carácter del RDL por la escasa confianza que ofrece una cláusula de mediación que, en varias ocasiones, permite que se escape de esta situación antitética. En particular nos referimos a los supuestos previstos, por ejemplo, en los artículos 15.2.2, 17.1.1, 19.2 y 22.1.1 del RDL. Lo establecido en los citados preceptos equivale al cumplimiento de la “*cláusula de mediación*”, si bien resultaría

<sup>15</sup> El art. 6 de la Ley 5/2012 dispone que: “1. La mediación es voluntaria.2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

<sup>16</sup> El art. 39 LEC, con la nueva dicción dada por el RDL, dispone que el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación, al tiempo que en el art. 63.1 LEC se integra la sumisión a mediación como motivo de la declinatoria. Estas nuevas regulaciones fortalecen los acuerdos por escrito de sometimiento a mediación, indicándose incluso la necesidad de intentar el procedimiento de buena fe, asegurada, por otra parte, con la introducción en el apartado primero del art. 395 LEC de la definición de mala fe a efectos de condena en costas cuando se hubiera iniciado procedimiento de mediación por la otra parte. A tal efecto, la Ley dispone que se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.

<sup>17</sup> *Vid.*, los términos “cláusula de arbitraje” y “convenio arbitral”, en AAVV., *Diccionario Terminológico del Arbitraje* Nacional e Internacional (comercial y de inversiones), (Dir. COLLANTES GONZÁLEZ; Coords. BAIZEAU, CREMADES, DE LA VEGA, GALLEGO, MAS, ZAMBRANA), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 18, ed. Palestra, Perú, 2011.

más apropiado utilizar esta expresión a la otra de “*acuerdo de mediación*” con el fin de evitar la confusión terminológica en que el RDL incurre en algunos preceptos.

A nuestro parecer, la normativa de mediación refleja una actitud del legislador excesivamente laxa, mediatizada por el derecho de tutela judicial efectiva; y deja a la discrecionalidad de las partes el dar por cumplido el contenido de la cláusula de mediación. El legislador podía haber amparado más el carácter vinculante, y ser algo más exigente en el cumplimiento del contenido de la cláusula de mediación, porque no puede olvidarse de que se trata de un contrato o cláusula que produce unos efectos entre las partes. Esta actitud laxa resulta chocante con los excesivos formalismos que el legislador da al desenvolvimiento excesivo de la mediación, en la línea de lo que es propio y típico del carácter formalista de nuestro país, a diferencia de la tradición anglosajona. Quizá hubiera resultado preferible una norma legal más exigente con el cumplimiento de la cláusula de mediación, y menos formal en el desarrollo de la mediación. En cualquier caso, los mediadores deben actuar a requerimiento de ambas partes sin someterse a una actuación formal y escrituraria.

En la línea de lo expresado, quizá en los primeros preceptos de la normativa de mediación debería incluirse una norma que estableciera el carácter vinculante en lo relativo al allanamiento y a la transacción. En el supuesto de que el mediador no advirtiera y afirmara a las partes del carácter vinculante, por ejemplo por olvido, la obligatoriedad derivaría en todo caso de lo establecido en el Código Civil.

**b) Igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y neutralidad**

El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades y que puedan llegar por ellas mismas a un acuerdo. El mediador debe ser imparcial y revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses.

En relación con la imparcialidad, cuando el mediador actúe debe hacerlo exclusivamente en tal condición, y en particular en aquellos casos en que el mediador sea (por ejemplo un abogado, porque no podrá representar u asesorar a las partes). Otro tanto cabe señalar respecto al notario, en el caso de que se eleve el acuerdo a escritura pública, pues en tal caso solo podrá cumplir con sus funciones de notario y no las de mediador, pues ya se han postulado como mediadores. Resulta esencial no generar la confusión en las partes, para lo cual en la sesión informativa previa el mediador habrá de aclarar su actuación en su condición exclusiva de mediador.

Como novedad frente al RDL, la Ley 5/2012 reconoce expresamente la igualdad de las partes como reflejo de la Ley de igualdad<sup>18</sup>, y a este principio contribuye sin duda la consagración legal de la mediación por medios electrónicos como hemos referido.

### c) Confidencialidad

De los principios informadores de la mediación, el de la confidencialidad tiene un significado especial cuando la mediación se realiza por medios electrónicos. En toda clase de mediación, la confidencialidad es una garantía esencial. El RDL regula esta cuestión en su art. 9, y establece la confidencialidad tanto del procedimiento de mediación como de la documentación utilizada en el mismo. En cambio, exceptúa de la confidencialidad la información sobre qué parte o partes dejaron de asistir a la sesión inicial que debe convocar el mediador tras recibir una solicitud de mediación.

La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes, que tienen prohibido revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Coherentemente, ninguno de ellos puede ser obligado a declarar o aportar documentación sobre esa información en un proceso judicial o arbitraje, salvo en con dos excepciones: cuando las partes hayan acordado otra cosa por escrito o cuando la información sea requerida por un juez penal. La infracción del deber de responsabilidad genera la responsabilidad de su autor.

El Tribunal Supremo, en Sentencia del 2 de marzo de 2011<sup>19</sup>, se pronuncia de manera expresa acerca del principio de confidencialidad en la mediación. En la Sentencia se revisa el acuerdo de una juez de primera instancia de no admitir los documentos que aparecían firmados por ambos cónyuges y el mediador. La juez de primera instancia consideró que la aportación al proceso judicial de los citados documentos era ilícita al tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de un proceso de mediación familiar. El Tribunal Supremo estima que los documentos de que se trata guardan directa relación con la tutela judicial que se pretende obtener por parte de la persona que los aporta a juicio y que no se refieren a actividad prohibida por la “*ley ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención*”, al igual que dicha aportación no vulnera lo establecido por la ley de Mediación Familiar de Cataluña. De manera expresa, en la Sentencia se señala que “*el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a “informaciones confidenciales”*”. Estas informaciones quedan reservadas al

<sup>18</sup> Un estudio multidisciplinar sobre la Ley de igualdad se recoge en AAVV., *Discriminación por razón de edad y sexo, Retos pendientes del Estado Social*, Dirs. CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F., Presentación LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1ª EDICIÓN, 2011.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de marzo de 2011, (Nº. de Recurso 1821/2007. Nº. de Resolución 109/2011).

estricto conocimiento de las personas y del mediador, pero no pueden extenderse a un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

De vuelta a las fuentes normativas, en el art. 347 LEC se establece, a partir de la redacción dada por el RDL, que: *“El Tribunal solo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes”*. Esta dicción introduce entonces la confidencialidad para imposibilitar las declaraciones del mediador en un proceso en el que existiera coincidencia de partes con la mediación.

El RDL no regula una dicción análoga en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los testigos, sin embargo, es evidente que el mediador y el personal gestor de los programas de mediación no podrán ser llamados como testigos, de acuerdo con la obligación de confidencialidad que les vincula, tal como se establece en el art. 9 del RDL. Por lo tanto, el mediador y demás personal participante en el procedimiento de mediación no podrá participar como testigo o perito en un proceso entre las partes, con las excepciones señaladas, a las que habría que añadir las circunstancias que permiten quebrar la confidencialidad que puedan poner en riesgo la seguridad de las personas, o contrarias al orden público, tal como recogen la mayoría de los códigos de conducta de mediadores.

La confidencialidad del procedimiento de mediación entendemos que incluye la confidencialidad del propio laudo, si bien no se recoge expresamente en el RDL.

En suma, resulta elogiable la extensión que la norma realiza del carácter confidencial del proceso, yendo más lejos que la propia Directiva 2008/52/CE que traspone, no en vano la confidencialidad constituye una de las claves para favorecer que la mediación pueda generalizarse.

#### **d) Buena fe y respeto mutuo**

El RDL obliga a las partes a adecuar su comportamiento a los principios de buena fe y respeto mutuo (art. 10.2).

## **2 El procedimiento**

#### **a) La mediación presencial**

El RDL prevé un procedimiento sencillo y flexible al tiempo que permite que sean las partes implicadas en la mediación las que determinen la fórmula que mejor se adapte a sus necesidades. Directamente relacionado con el eje de la *“desjuridificación”*, recogido en la Exposición de Motivos del RDL, la forma y contenido del acuerdo de mediación logrado serán, en principio, fruto de la

autonomía de la voluntad de las partes y no de la decisión de un tercero. A diferencia de un árbitro, un mediador no decide ni “da la razón” a una parte; simplemente facilita que las partes encuentren la forma de transigir la controversia. En relación a este eje, el RDL contiene un Título IV, con nueve artículos (los números 16 a 24, éste último regulador de la mediación por medios electrónicos), que describe el “*Procedimiento de mediación*” y en donde se detallan los aspectos concretos como son una “*sesión constitutiva*”, en la que se deje constancia de siete extremos detallados en el Real Decreto-Ley (artículo 19.1); y se levante un acta que llevará la firma de las partes (artículo 19.2).

En virtud del principio dispositivo reflejado en su Exposición de Motivos, así como el principio de la autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 10.1, ha de entenderse que el procedimiento descrito en el RDL es facultativo y no imperativo. Quizás el legislador podría haber incluido una declaración expresa a tal efecto dentro del mismo Título IV de la norma, con el fin de aclarar este extremo.

De igual modo, la exigencia de la firma del acuerdo de mediación por el mediador (art. 23.2 RDL) podría resultar contradictoria con el concepto de la mediación como un producto de la voluntad de las partes. Además de no ser requerida por la Directiva, esta exigencia podría conllevar problemas formales y ser una fuente misma de controversias.

Con independencia de la comentada “*desjuridificación*”, el art. 17 regula la denominada sesión informativa (en la que el mediador informará a las partes tanto sobre su propia idoneidad como sobre las características del propio proceso de mediación) y establece que la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se debe entender como desistimiento.

En el procedimiento de mediación comienza con una sesión constitutiva de la que debe levantarse acta. En esta sesión se identifican las partes, el mediador y el objeto del conflicto; también indica el lugar y la lengua del procedimiento de mediación y sus costes, o las bases para fijarlos. En esta sesión se fija el programa de actuaciones y su duración, que debe ser la más breve posible. El art. 21 permite al mediador mantener tanto comunicaciones simultáneas con las partes como celebrar unas sesiones privadas con una parte sin la asistencia de la otra. Naturalmente, el mediador no podrá comunicar a la otra parte la información o documentación que reciba en esas sesiones, salvo autorización expresa de la parte que se la hubiera aportado.

La conclusión del procedimiento se producirá bien con el acuerdo de las partes bien sin acuerdo, por desistir cualquiera de ellas de la mediación, o por haber transcurrido el plazo de duración previamente acordado sin resultado positivo. En este sentido, resulta fundamental la pericia del propio mediador al punto de saber identificar en qué momento del desarrollo del procedimiento la mediación ha de darse por concluido por la imposibilidad de las partes de alcanzar un acuerdo.

Una de las ventajas de la mediación es el coste del procedimiento. La propia jurisprudencia<sup>20</sup> ha señalado los costes del procedimiento como una de las ventajas de la mediación frente a otros métodos de resolución de conflictos. Asimismo, merece mención especial por su trascendencia en la mediación, la regulación por el RDL de las costas procesales.

El art. 15 del RDL establece que el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. Señala, además, que tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. En el caso de que las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado. Esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada, nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los Tribunales, si bien en general al menos en España los programas intrajudiciales son gratuitos para las partes. Ésta es una cuestión que se debate en la actualidad, y se cuestiona su conveniencia por los distintos operadores jurídicos, y, sobre todo, su inclusión en el derecho de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, se establece la Disposición Adicional Segunda<sup>21</sup>, titulada “impulso a la mediación”<sup>22</sup>.

La normativa que comentamos apunta la necesidad de incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, si bien no los incluye expresamente, y permite a las Administraciones que lo hagan o no. La situación de crisis económica actual permite dudar de la viabilidad práctica del precepto comentado, por la importante carga económica para el Estado si

20 Entre las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la ventaja de la mediación en términos de menores costes de procedimiento, destaca en particular en la Sentencia de 3 de julio de 2009 (Nº. de Recurso: 816/2005. Nº. de Resolución: 537/2009).

21 La Disposición Adicional Segunda del RDL dispone que: “1. Las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes”.

22 SOLETO MUÑOZ, H., “La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil”, *Diario La Ley*, Nº 7834, Sección Tribuna, 10 Abr. 2012, Año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3159/2012), califica de curiosa la dicción del precepto, porque no estamos acostumbrados a ella en una normativa nacional, pues un enunciado flexible como el del apartado segundo de esta disposición, en el que se recoge un comportamiento de las Administraciones Públicas sin vincularlas normativamente es una forma de regulación más en la misma línea de la normativa europea, que normalmente pretende establecer líneas de trabajo, dando cierta libertad a los Estados para que elijan la forma de llevarlas a cabo.

existe un número relevante de mediaciones. En todo caso, es preciso tener en cuenta que la mediación se puede producir, asimismo, en etapas posteriores a la inicial, que es a la que se refiere el RDL y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y que la mayoría de los asuntos que se median provienen de procesos abiertos en los que se ha realizado una derivación a la mediación. Se ha apuntado la conveniencia de intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos.

En relación con el coste del procedimiento, y con la buena fe, y la voluntariedad, es preciso referirse a la regulación que el RDL realiza de las costas. En este sentido, el art. 395 LEC dispone que la no participación en la mediación intentada por una de las partes se interpretará como mala fe a efectos de imposición de costas, es decir, que si una de las partes, incluso aunque hubiese resultado ganadora del proceso, no hubiera participado en la mediación que se intentó por la otra parte, será condenada en costas. El artículo 395 LEC ha de interpretarse de forma que sea condenado en costas la parte que no participó de buena fe en la mediación, y que no es suficiente con que hubiera asistido simplemente a la mediación o a la primera sesión. Como mecanismo protector, el citado precepto permite que la propia parte que obtenga el resultado favorable a sus intereses en la mediación, resulte castigado con el pago de las costas si se pudo evitar el proceso. Este precepto podrá ser utilizado por los Tribunales con el fin de fomentar la mediación.

#### **b) Aspectos especiales en la mediación por medios electrónicos**

La Ley 5/2012 se limita a reconocer en su art. 24 la mediación por medios electrónicos, al disponer que las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones, de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes. La parquedad del contenido del anterior precepto nos lleva a plantear algunas preguntas en relación a cómo ha de practicarse la mediación electrónica, los elementos que precisa, el cumplimiento de la normativa de protección de datos, la determinación de la cuantía económica de la reclamación, el cumplimiento de los principios de la mediación, la firma digital de un acuerdo de mediación, o la documentación que las partes habrán de llevar al notario para que éste eleve el acuerdo a escritura pública.

Por lo que a la forma se refiere, el proceso de mediación por medios electrónicos<sup>23</sup> se puede realizar de manera asincrónica (sin coincidencia temporal y espacial de las partes que intervienen en el proceso), y sincrónica (con coincidencia temporal y espacial de las partes, por ejemplo a través de videoconferencia).

En cuanto a los elementos del proceso, además de las partes mediadas y el mediador, los elementos necesarios variarán en función de que la mediación sea asincrónica (ordenador y conexión a Internet) o sincrónica (ordenador, conexión a Internet, webcam, auriculares y micrófono).

Por lo que a la protección de datos<sup>24</sup> se refiere, en el proceso de mediación ha de cumplirse lo prescrito en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>25</sup> en materia de los requisitos que han de cumplir los sujetos que recopilen información de terceros, quedando obligados a garantizar su resguardo y facultar a los terceros para modificar o borrar dicha información.

En cuanto a la cuantía económica de la reclamación, la normativa de mediación no establece nada respecto a quién o cómo valorar y determinar la cuantía de una reclamación, por lo que en su defecto y toda vez que el proceso de mediación se inicia con la solicitud de mediación, parece que será el solicitante de la misma quien realice dicha valoración para determinar si es viable o no una mediación electrónica, si bien puede suceder que las partes acuerden una cuantía superior a la permitida por la Ley para la mediación electrónica (600 euros), lo que obligaría a suspender la mediación electrónica y pasar a presencial. O simplemente que la parte requerida de mediación entienda que la cuantía es superior a la permitida y la mediación concluya con un acta de no acuerdo.

Respecto a los principios que informan la mediación, habrán de cumplirse tanto en la presencial como en la electrónica, revistiendo especial importancia el de la confidencialidad como ya referimos, por lo que nos remitimos a ello. Conviene tener presente que la confidencialidad no se limita a la protección de datos genérica (en el sentido de la obligación del mediador y de las partes de garantizar la protección de la información y datos recogidos durante el proceso de mediación). La confidencialidad en ocasiones se confunde con el cifrado de las comunicaciones, que se resuelve a través de usuarios y contraseñas y/o bajo protocolos HTTPS, en otras palabras, trabajando dentro de un servidor seguro que impide la fuga de información alguna, y presentando algunas diferencias en función de que la mediación sea sincrónica o asincrónica.

<sup>23</sup> Vid., CONFORTI, F., “La mediación electrónica, una oportunidad ahora al alcance de todos, sus claves para que funcione”, en [http://www.acuerdojusto.com/Acuerdo\\_Justo/Articulos.html](http://www.acuerdojusto.com/Acuerdo_Justo/Articulos.html).

<sup>24</sup> En relación a la protección de datos en el ámbito del *Cloud Computing*, vid., DE LA VEGA JUSRTIBÓ, B., “*Cloud Computing* y Universidad: aplicaciones y consecuencias desde la perspectiva de la protección de datos”, en *Emprendimiento e innovación con responsabilidad social*, Costa Rica, UNA, Red, 31 pp. (en prensa).

<sup>25</sup> Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 298 de 14 de diciembre de 1999.

Asimismo, la confidencialidad se vincula al “acceso a la sesión de mediación” o “identidad de las partes”, y que plantea también diferencias en las dos modalidades electrónicas de mediación.

En relación a la firma del acuerdo de mediación, es preciso referirse a la firma electrónica<sup>26</sup>, concepto directamente relacionado con la firma digital. Y en el caso de que las partes deseen elevar dicho acuerdo a escritura pública, estas habrán de llevar al notario toda la documentación de la mediación (informe del mediador en relación al cumplimiento de las condiciones legales, técnicas y tecnológicas en que se ha celebrado la mediación, actas de apertura, acuerdo y firma de documentos a través del canal de chat de la sala de mediación), o bien previo consentimiento, grabar la sesión de mediación (en el modelo sincrónico) para poder, ver y oír a los participantes, de modo tal que sirva de resguardo y certificación de identidad de los participantes.

#### **IV. Conclusiones**

La Ley de mediación, desde su punto de vista el texto legislativo, es una buena ley que, por primera vez, es de aplicación en todo el territorio español lo que debería impulsar el éxito de la mediación.

Igualmente, por primera vez, se regula la mediación por medios electrónicos si bien de una manera parca e incompleta, con carácter potestativo aunque preferente. La Ley 5/2012 (art. 24) se limita a reconocer que las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones, de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. Si la mediación consiste en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes

Como en todo texto legislativo, se encuentran algunos aspectos que son mejorables. Quizá hubiera resultado preferible una norma legal más exigente con el cumplimiento de la cláusula de mediación, al tiempo que menos formal en el desarrollo de la mediación propiamente dicha. En cualquier caso, los mediadores deben actuar a requerimiento de ambas partes sin someterse a una actuación formal y escrituraria. En este sentido, entre los aspectos menos afortunados de la Ley, en mi opinión, se encuentran el modo en que se regula el estatuto del mediador y sus requisitos para ejercer por resultar algo excesivo; como excesiva parece la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte

<sup>26</sup> *Vid.*, ILLESCAS ORTIZ, R., “La firma electrónica y el R. D. Ley 14/199, de 17 de septiembre”, *Der. Neg.*, 1999.

ejecutable, por la diferencia de trato respecto al laudo arbitral lo que, sin duda, no contribuye al impulso de la mediación. Por lo que respecta al breve plazo de la *vacatio legis*, tampoco resulta propiciador de la mediación y en particular si lo es por medios electrónicos.

El régimen legal de la mediación es de carácter general, presencial y electrónica, para lo civil y lo mercantil. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que enlaza la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE con asuntos civiles resultará relevante por igual en la mediación civil y en la mediación mercantil.

La aprobación de la normativa sobre mediación puede representar un importante y positivo impulso de la mediación mercantil en nuestro país. Esta carta de naturaleza, sin embargo, no es por sí sola suficiente pues es necesario inculcar el valor la mediación. El tiempo dirá si las bases establecidas por la normativa para el desarrollo de la mediación presencial y electrónica en nuestro país propiciará el arraigo de la cultura de la mediación en España, como la que se ha desarrollado en otras jurisdicciones. A tal fin, resulta clave es la adecuada formación de los mediadores y el impulso por parte de las instituciones y, de manera especial, de todos los profesionales del derecho, en las destrezas propias de la mediación presencial y en las habilidades especiales requeridas por el medio electrónico.



---

## **CONTRIBUCIONES ESPECIALES**



# ¿Compartir o proteger? Tensiones en la gerencia de la seguridad de la información

Jeimy J. Cano\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. Compartir o proteger: ¡He ahí el dilema! III. Clasificar la información. IV. Analizando las tensiones entre compartir y proteger V. Conclusiones.

## Resumen

En un mundo cambiante y dominado por la incertidumbre de los mercados, donde la información se convierte en valor fundamental para la toma de decisiones, se advierte una tensión inherente entre las exigencias de transparencia y rendición de cuentas, y las de reserva y restricción de información propia de los negocios. En razón a lo anterior, este estudio plantea elementos de análisis que permitan comprender mejor dicha tensión y balancear las expectativas de los diferentes grupos de interés, que permita a la organización sobrevivir a la dinámica de su entorno y cumplir con sus compromisos de gobierno corporativo.

**Palabras clave:** Información clasificada. Rendición de cuentas. Transparencia. Compartir información. Proteger información.

## Abstract

In a changing world dominated by the uncertainty of markets, where information becomes critical value for decision making, we see an inherent tension between the demands of transparency and accountability, and classified information and own business restrictions. Due to the above this study raises elements of analysis to better

---

Recibido: 21/5/2012 • Aceptado: 28/6/2012

\* Ph.D in Business Administration de Newport University, CA – USA. Ingeniero y Magíster en Ingeniería de Sistemas y Computación de la Universidad de los Andes (Colombia) Miembro investigador del Grupo de Estudios en Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI) de la Facultad de Derecho de Universidad de los Andes y Profesor Distinguido de la misma Facultad. Executive Certificate in Management and Leadership del MIT Sloan School of Management y egresado del programa de formación ejecutiva Leadership in the 21st Century. Global Change Agent, ofrecido por la Harvard Kennedy School of Government (Boston, MA). jjcano@yahoo.com

understand the tension and balance the expectations of different stakeholders, enabling the organization to survive the dynamics of their environment and fulfill their commitments with corporate governance.

**Keywords:** Classified Information. Accountability. Transparency. Share information, Protect information.

## I. Introducción

Existe una tensión inherente en seguridad de la información que a diario enfrenta la necesidad de compartir información, con sus requerimientos de protección. Si bien cada persona está "facultada" para tener acceso a la información, no toda información está "autorizada" para que sea de dominio público.

Es claro que con la dinámica de la sociedad actual, cada vez más se erosiona la privacidad, esa expresión natural y constitucional que tienen los ciudadanos de mantener en su intimidad aspectos propios de la vida, la cual en sí misma define lo que las personas son y esperan. Sin embargo, permanece la clara tendencia marcada de mantener cierto tipo de información en reserva, protegida de "miradas" no autorizadas o de personas que la buscan con otros intereses diferentes a los cuales ésta fue creada.

Como quiera que la información, al igual que la energía, no se crea ni se destruye, simplemente se transforma, se hace necesario establecer prácticas básicas de seguridad y control, que sin menoscabar las garantías propias del "acceso a la información", pueda ser accedida en las condiciones requeridas y basada en la valoración de riesgo establecida.

En este sentido, movernos hacia una dinámica de protección de información, como estrategia para acceder de manera confiable a lo que se necesita, exige una disciplina de aseguramiento y entendimiento de la información como activo estratégico de las personas y organizaciones, esto es, una cultura de seguridad de la información que desde lo que "las personas creen", sea posible transformar las cosas que hacen y materializar con actos visibles, y comportamientos confiables la esencia de la dinámica realidad empresarial y personal: proteger el valor propio y asegurar la construcción de un futuro sostenible<sup>1</sup>.

En consecuencia de lo anterior, la información se convierte en ese elemento fundamental de la vida humana y exigencia natural de la competencia empresarial, que alcanza todos los aspectos de la dinámica social, para sumergirnos en una realidad emergente que traspasa nuestros deseos más profundos y descubre las motivaciones más elevadas. La información, es la

<sup>1</sup> BROTHBY, K. (2009) *Information security governance*. John Wiley and Sons, cap. 1.

nueva forma de combustible que el mundo necesita y exige para movilizar la energía que transforme personas, sociedades y naciones.

Así pues, el balancear la necesidad de conocer o estar informado, y la reserva o restricción de acceso requerida, es un ejercicio de reconocimiento de los impactos y consecuencias de la revelación de información clasificada, de las bondades de los modelos abiertos y de participación ciudadana, así como de los comportamientos y fines que tanto personas como estados persiguen, los cuales generalmente se encuentran vinculados con un adecuado tratamiento de la información.

En síntesis, podemos advertir que este documento plantea algunas reflexiones que profundizan en las tensiones propias entre el compartir y proteger, entre el restringir y revelar, condiciones y aspectos de la información empresarial, que nos recuerdan que ella hace parte natural de nuestro quehacer diario y es base fundamental para encontrar nuevas oportunidades y hacer que las probabilidades, se transformen en posibilidades.

## **II. Compartir o proteger: ¡He ahí el dilema!**

Con frecuencia se anota que la vida se hace más libre y plena cuando se comparte, cuando se nutre de las realidades de los otros y capitalizamos las lecciones aprendidas que nos permiten ver "por fuera de la caja". Compartir es un ejercicio de generosidad interior que se traduce en una afinidad trascendente que encuentra en el otro, su mejor destinatario y mejor excusa para construir. Cuando se comparte, las personas experimentan la plenitud de donarse a sí mismas, como esa ofrenda personal que hace de aquello que se entrega, una expresión íntima de su querer y propio ser.

Compartir en la vida cotidiana, sabiendo la volubilidad de los seres humanos, previene al hombre sobre sus impactos y riesgos, sobre la forma como será utilizada, y lo que es más importante, sobre la manera como ésta podrá ser "manejada" para producir y recrear los intereses de terceros, incluso por encima de los propios. Bien se anota en la literatura, que una cosa es nuestra huella digital y otra nuestra sombra digital en Internet; mientras la primera se traduce en los rastros que dejamos al navegar por los sitios web alojados en los servidores de la red y la otra, lo que la información allí publicada, dice o revela sobre nosotros<sup>2</sup>.

En este contexto, la información que manejamos a diario requiere ser analizada frente a los riesgos propios de su tratamiento en los procesos de la empresa y las personas, para evitar que "terceros" sin autorización o personas con intenciones desconocidas, puedan invadir los terrenos propios de la esfera

<sup>2</sup> GANTZ et all. (2008) The diverse and exploding digital universe. *IDC Research*. Disponible en: <http://www.emc.com/collateral/analyst-reports/diverse-exploding-digital-universe.pdf> (Consultado: 21-05-2012)

personalísima de éstas y poner en peligro la viabilidad de las mismas en un contexto de cambios y dinámica internacional.

Con esto no queremos indicar que exista una extraña motivación o deseos ocultos de personas u organizaciones frente a la información personal o empresarial, que genere "delirios" de persecución y permanente zozobra e inquietud en las organizaciones e individuos, sino más bien plantear una reflexión propositiva que permita ubicar a la información como ese elemento estratégico que hace la diferencia en el mundo personal y empresarial, cuando se trata de encontrar nuevas razones para escribir derecho con letras cursivas.

De acuerdo con Foster<sup>3</sup> existe un espectro de análisis entre el compartir y el proteger que nos permite entender mejor las tensiones propias de estas dos distinciones. Para ello define ocho variables complementarias entre sí que nos revelan motivaciones y declaraciones que son claves para avanzar en el estudio del balance requerido de las dos vistas sobre la información. Ellas son: las leyes, lo requerido por la industria, la necesidad de minimizar pérdidas, la revelación de vulnerabilidades, las expectativas públicas, el valor financiero, la reputación y la recomendación de la industria.

Cuando el movilizador del tema son las *regulaciones o leyes*, comenta Foster, se establece que "*la información es protegida internamente pues existen normas o estatutos que dictan un mandato sobre el aseguramiento de su confidencialidad*", cuyo incumplimiento genera impactos negativos, bien de carácter sancionatorio interno con repercusiones externas, o exclusiones definitivas en ciertos sectores de negocio.

Del mismo modo, cuando el tema se apalanca en aquello *requerido por la industria*, "*la información se protege dado que es una práctica estándar en la industria, lo cual implica habilidades de aseguramiento*". Esto significa, que para estar un sector particular, son criterios de ingreso y aceptación, la acreditación de prácticas en tratamiento de la información como base de la relación de confianza entre sus miembros.

Así mismo, si lo que moviliza el adecuado tratamiento de la información es *minimizar las pérdidas*, la declaración se articula como "*la información se protege limitando el acceso de las personas a la misma, para prevenir su pérdida hacia el exterior*". Esta declaración busca asegurar las responsabilidades de los participantes frente a la información y prevenir fugas y/o pérdidas de información intencionales y no intencionales.

De otra parte, cuando hablamos de *revelación de vulnerabilidad*, el autor expresa: "la información se protege, pues es viable descubrir fallas que pueden ser explotadas por terceros y alcanzar elementos valiosos de la empresa o la información". Esta expresión nos muestra la sensibilidad del manejo de las debilidades de seguridad y control, las cuales, si no observan un tratamiento

<sup>3</sup> FOSTER, C. (2012) Sharing o controlling? Examining the decision to segregate information within the organization. *ISACA Journal*. Vol. 2

adecuado, pueden causar detrimento y/o compromiso del nivel de confianza en sus grupos de interés.

Si el movilizador son las *expectativas públicas*, el tratamiento de la información estará articulado con la confianza que los terceros tienen del aseguramiento de la confidencialidad de su información frente al acceso por parte de una organización o personas autorizadas. La confianza es el valor fundamental sobre la cual descansa la promesa empresarial del acceso a la información personal y corporativa, una forma para construir en conjunto distintos futuros posibles<sup>4</sup>.

Por otro lado, si la información requiere ser protegida por *el valor que representa*, esto es que pueden ser aprovechada para alcanzar ganancias económicas, estamos hablando de la protección del conocimiento inherente a la información y lo que ello significa en términos financieros. Esto es, cómo las empresas aseguran aquellos elementos sensibles que marcan la diferencia en su sector y generan diferenciación del valor frente a sus competidores<sup>5</sup>.

No hay duda que *la reputación* es un factor clave que protege el adecuado tratamiento de la información. En este sentido, la información revestida de su valor estratégico, debe ser asegurada para minimizar los impactos de una eventual fuga de información, que afecte su imagen, genere sanciones legales, pérdidas de clientes o posición privilegiada en su ámbito de negocio.

Finalmente y no menos importante, la información debe ser protegida atendiendo las *recomendaciones que la industria establece* para mantener un nivel de aseguramiento que permitan una relación homogénea para sintonizar los deseos de compartir y la necesidad de proteger aquello que se declara valioso para ambas partes. Las prácticas definidas por la industria establecen la base homogénea para comprender los riesgos propios del tratamiento de la información.

En conclusión, podemos afirmar que cualquiera de estas variables establece una forma concreta de elevar la discusión de la protección de la información, del ámbito puramente técnico de operación, a los impactos y efectos que se advierten en la organización, que bien marcan las consecuencias a las cuales eventualmente la organización estará expuesta y la forma de llamar la atención y hacer parte de agenda de alta gerencia.

4 HAMEL, G. (2012) *Lo que importa ahora. Cómo triunfar en un mundo de cambios implacables, competencia feroz e innovación sin barreras*. Norma (Sección 3.5)

5 HAX, A. (2003) El modelo delta. Un nuevo marco estratégico. <http://cirpq.tripod.com/consultoriaestrategica/modelodelta.pdf> (Consultado: 21-05-2012)

### III. Clasificar la información

Las variables revisadas anteriormente, establecen el lenguaje general que los ejecutivos de las empresas utilizan para relacionarse con la seguridad de la información. Ellos tienen claro que la información es la herramienta fundamental, no sólo para tomar las decisiones, sino para transformar la manera como las empresas se reinventan a sí mismas. En este sentido, identificar aquella información que articula las estrategias de negocio y los procesos que la hacen realidad, son aspectos relevantes frente a la protección del valor requerido para mantenerse en su sector empresarial.

Clasificar la información significa definir un esquema de operación que asigna un nivel de sensibilidad o relevancia de la información, sus responsables y roles, asociado con las prácticas que éstos debe seguir para asegurar un acceso adecuado y controlado a la información. En este sentido, la clasificación de la información, más que un procedimiento en sí mismo, es la manifestación natural del lenguaje ejecutivo, transformado en actividades que verifiquen las expectativas de la alta gerencia.

Cuando se clasifica la información, se revela de manera natural dónde fluye, cómo fluye, cómo se asegura, cómo es su tratamiento y cómo se dispone de ella. Esto es, se manifiesta el nivel de exposición actual de la empresa frente a la información y cómo se nutre la cultura corporativa de la realidad de los riesgos, que no es otra cosa que cómo desarrollar estrategia que le permitan anticiparse frente a escenarios posibles que puedan amenazar la estabilidad de la organización y sus planes de negocio<sup>6</sup>.

Si bien, el ejercicio de clasificar la información demanda una disciplina particular en las empresas, el no hacerlo aumenta la incertidumbre y efectos de borde que tarde o temprano las empresas deben enfrentar. Es claro que la práctica de clasificación no va a solucionar el tema de la seguridad y control de los activos de información, sino que será un elemento más del sistema de control interno empresarial que ayuda a forjar un ambiente de control más preventivo y estandarizado, que focaliza los esfuerzos de aseguramiento y posibilita la trazabilidad frente a incidentes de seguridad de la información.

Clasificar la información no es una práctica novedosa o especial que las empresas ahora deban ejecutar para alcanzar una posición especial en el contexto empresarial, sino un proceso sistemático articulado en el ejercicio de administración de riesgos corporativo que ilustre y detalle una forma de afinar los esfuerzos de protección de la información, para comprender los impactos de la materialización de una falla de seguridad al interior de las empresas y

<sup>6</sup> MOHAMED, A. (2008) Data classification. Why it is important and how to do it. *Computer Weekly*. Disponible en: <http://www.computerweekly.com/feature/Data-classification-why-it-is-important-and-how-to-do-it> (Consultado: 21-05-2012)

dimensionar las inversiones necesarias para mantener o disminuir el nivel de exposición de la empresa frente a la inevitabilidad de la falla.

Finalmente, cualquiera sea la estrategia que se siga para clasificar la información tenga en cuenta las siguientes recomendaciones<sup>7</sup>:

- Piense dos veces antes de etiquetar y categorizar todo. El costo puede ser alto.
- Considere la confidencialidad y seguridad de los datos que van a ser clasificados.
- Considere la integridad de los datos. Si son de baja calidad no se puede confiar en ellos.
- Mire la disponibilidad de los datos. Si se requiere una alta disponibilidad y almacenamiento flexible es una condición clara de su importancia para la organización.
- Use una estrategia efectiva de metadatos para etiquetar la información y así poder recuperarla.
- Busque el apoyo de la gerencia y el convencimiento de los empleados para adelantar la clasificación de la información.
- Utilice tecnologías de limpieza de datos para eliminar contenido redundante, obsoleto o trivial.
- Adelante una auditoría de la información a clasificar, para obtener una visión precisa de la naturaleza de los datos.
- Efectúe el diseño de la clasificación de la información basado en los resultados de la auditoría de los datos.
- Monitoree y mantenga la clasificación de la información a través del tiempo y adelante los ajustes que sean necesarios.

#### **IV. Analizando las tensiones entre compartir y proteger**

Gartner advierte en un reciente estudio publicado por uno de sus analistas en abril de 2012<sup>8</sup>, que la información y la tecnología serán usadas de manera agresiva por los líderes de empresariales e individuos para repensar los parámetros actuales de los modelos de negocio y generar una ambiciosa colaboración entre las personas, para crear conceptos más allá de lo que el mundo real nos puede ofrecer.

En este escenario, no es posible detener el uso de tecnologías móviles, los servicios de información instantánea ni la natural progresión de las empresas hacia estrategia en la nube, pero si identificar de manera selectiva aquella información y áreas claves de las empresas en las cuales, luego de un ejercicio

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> MAHONEY, J., MORELLO, D. y ROBERTS, J. (2012) Exploring the future: Everyone's IT. *Gartner Research*.

consciente y estructural basado en riesgos e impactos, se requiere balancear la necesidad de protección con la exigencia de compartir.

La tensión entre los conceptos se presenta siempre que se contraponen las necesidades corporativas de visibilidad y presencia en Internet, con las exigencias de los mercados y las prácticas de industria frente a la información, que articulan en sí mismas dos condiciones relevantes para empresas del siglo XXI, la transparencia y la rendición de cuentas, con la protección del valor y la generación de ventajas competitivas con el uso de la información.

Bien anotan los especialistas en estrategia que todo aquello que hoy ha sido exitoso y relevante para el logro de los objetivos empresariales, mañana terminará indefectiblemente convertido en un "commodity", algo que puede ser claramente copiado y superado, y que en corto plazo, no será un diferenciador empresarial, sino algo que se requiere para competir<sup>9</sup>.

En este contexto, las reflexiones sobre la tensión entre el compartir y proteger adquieren una dimensión particularmente estratégica, pues en el ejercicio de conocer aquello que resulta importante para la estrategia empresarial y la rendición de cuentas a terceros, la información juega un papel relevante que explica el papel de la organización en la dinámica del tejido empresarial.

Así las cosas, las tensiones aumentan cuando los mercados demandan negocios innovadores y quebrantamiento de reglas, los cuales necesariamente implican análisis de información de grandes datos, inteligencia de negocios y analítica especializada, que claramente genera conocimiento y condiciones novedosas que articulan una nueva forma de intervenir el entorno, posiblemente cambiándolo<sup>10</sup>. Por lo tanto, la esencia del compartir estará mediada por la idea del proteger, pues la supervivencia de la empresa, juega un papel relevante ante el desarrollo de una posición estratégica privilegiada de la organización.

Ahora bien, en un mundo dominado por la información y la necesidad de anticipación a los eventos futuros, es natural que los ciudadanos conozcan la realidad de la empresa frente a sus retos venideros; es decir, que las organizaciones ejerzan su gobierno corporativo haciendo transparentes sus proceder y resultados frente a sus grupos de interés. En razón con lo anterior, se exagera la necesidad de compartir y revelar información frente a la de proteger y restringir, toda vez que las bondades del ejercicio de gobierno generan confianza inversionista y un ambiente propicio integrar los impactos sociales y las exigencias corporativas.

Por consiguiente, cuando la motivación de transparencia se haga más evidente y requerida por los grupos de interés, la esencia del proteger estará mediada por la de compartir, esto es, la información deberá ser revelada conforme a los

9 HAX, A. (2003) El modelo delta. Un nuevo marco estratégico. <http://cirpq.tripod.com/consultoriaestrategica/modelodelta.pdf> (Consultado: 21-05-2012)

10 HAMEL, G. (2012) *Lo que importa ahora. Cómo triunfar en un mundo de cambios implacables, competencia feroz e innovación sin barreras*. Norma (Sección 3.1)

acuerdos establecidos con las comunidades, sin mancillar la protección de la reputación corporativa, que si bien se verá enaltecida con la rendición de cuentas, deberá ser asistida con la reserva de la información relevante para proteger su viabilidad en el futuro.

Así las cosas, resolver las tensiones entre el proteger y compartir, será un ejercicio de tensión creativa que lleve a las organizaciones a encontrar el justo medio de los griegos, que descubra la virtud que cumpla con la necesidad de ejercitar el gobierno empresarial y su responsabilidad con sus grupos de interés y la legítima defensa de sus intimidades estratégicas y de negocio para mantener su rumbo en el cumplimiento de sus metas grandes y ambiciosas.

## V. Reflexiones finales

Podríamos decir luego de la revisión de la realidad entre compartir y proteger que *no es posible compartir sin antes entender lo que significa proteger, ni proteger sin evidenciar los impactos del compartir*. Muchos tenemos cosas para compartir, que debemos revisar en el contexto de las prácticas de protección, esto es, entender qué queremos compartir y cómo esto quedará protegido en el contexto de la cosmovisión de sus depositarios. Dicho de otra forma, como reza un refrán popular: *"cada uno es dueño de lo que sabe y esclavo de lo que dice"*.

Por otra parte, se requiere hacer un ejercicio de impactos frente a la revelación de información, más allá de su nivel de clasificación, como una forma natural en la que la organización asegura la información que fluye en su sistema nervioso y cómo esta será entregada y analizada por sus grupos de interés.

Estas tensiones identificadas entre el compartir y el proteger, nos recuerdan los intereses cruzados que motivan a los diferentes participantes de la realidad empresarial: aquellos deseos de conocer y los legítimos deseos de los dueños de la empresa por restringir.

Viabilizar un acuerdo entre estos dos mundos (compartir y proteger), es necesariamente abrir una puerta de acceso de doble vía, acordada, validada y verificada; una forma de construir y mantener una confianza a prueba de la fallas, que necesariamente se verá resquebrajada y animada por las fallas inherentes de un proceso imperfecto asistido por humanos, donde las posibilidades estarán por encima de las probabilidades.

Por tanto, en el ejercicio de segregar la información, establecer responsabilidades y analizar sus impactos, el compartir y el proteger, serán parte de un continuo de comunicación y control que deberán ser asistidos por comportamientos establecidos, rendiciones de cuentas requeridas y administración de recursos identificados, para hacer de la organización un sistema que aprende de sus restricciones y destruye su inercia empresarial: un mandato estratégico que transforma su entorno y desequilibra el *statu quo* existente.



---

## **RESEÑA LEGISLATIVA**



# Comentarios a las disposiciones generales del Decreto Ley de Interoperabilidad Electrónica

Gustavo Adolfo Amoni Reverón\*

---

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado N° 9.051 (DLIE), fue publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.945, de 15 de junio de 2012 con una *vacatio legis* de 2 años a partir de la fecha de su publicación. Consta de 65 artículos, además de 4 disposiciones finales y 3 disposiciones transitorias, de los cuales, se comentarán los primeros 6 artículos agrupados bajo el título I, denominado Disposiciones Generales, referidos al objeto, ámbito de aplicación, fines, definiciones y principios del DLIE.

## I. Objeto, ámbito de aplicación y definiciones

El objeto del DLIE es fijar las bases y principios que asegurarán que todos los órganos y entes públicos de los diferentes ámbitos político-territoriales venezolanos puedan acceder e intercambiar datos, informaciones y documentos de manera electrónica, mediante un estándar generado por el Operador de la Interoperabilidad, órgano público creado al efecto.

De lo expuesto, surgen varios elementos a los cuales se hará referencia seguidamente.

A. *Bases y principios*: en el DLIE no se regula al detalle la manera como se efectuará el acceso e intercambio de datos, información y documentos entre órganos de un mismo ente público o entre órganos de diferentes entes, sino que se establecen las bases y principios que informarán al estándar de interoperabilidad que se debe seguir para hacer posible tal acceso e intercambio, en consecuencia, la aplicación del estándar de interoperabilidad por parte de los órganos y entes públicos debe integrarse mediante las previsiones del DLIE.

---

Recibido: 30/6/2012 • Aceptado: 15/7/2012

\* Abogado *summa cum laude* de la Universidad de Carabobo. Especialista *cum laude* en Derecho Administrativo de la "Universidad Católica Andrés Bello".

B. *Los órganos y entes públicos de los diferentes ámbitos político-territoriales venezolanos*: el DLIE prevé su aplicación respecto de todos los órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, personas de Derecho público *nacionales*, estatales, distritales y municipales y demás entes de carácter público, donde se incluyen los órganos y entes con forma de derecho público o privado como las instituciones públicas del sector universitario, el Banco Central de Venezuela, sociedades de cualquier naturaleza, fundaciones y asociaciones civiles.

En esta clasificación quedan incluidos los órganos públicos legislativos y judiciales, cuando actúen en ejercicio de la función administrativa así como también a los órganos del Poder Moral Republicano y los electorales, según la penta-distribución de las funciones públicas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La importancia de incluir a todos los órganos y entes del Estado es evitar la atomización en la actuación estatal a los fines de un mejor desarrollo de las funciones públicas.

C. *Datos, informaciones y documentos*:

a. Dato: el artículo 4 del DLIE define qué son los datos, informaciones y documentos, diferenciación que responde al área informática ya que en el ámbito jurídico normativo, las definiciones de dato e información no traen distinciones relevantes sino que normalmente se usan como sinónimos, tal como se advierte en el Decreto Ley de Registro Público y del Notariado, en el Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, o en la Ley Especial contra Delitos Informáticos (LEDI).

En concreto el DLIE, igual que la LEDI, define al dato como cualquier "*Hecho, concepto, instrucción o caracteres, que se expresa por sí mismo, representado de una manera apropiada para que sea comunicado, transmitido o procesado por seres humanos o por medios automáticos, y al cual se le asigna o se le puede asignar un significado*".

En este sentido, el dato es un *fenómeno producido por la naturaleza o por el hombre*, como la lluvia, una idea o un contrato; que está *representado por medios aptos para ser comunicado o transmitido*. En la actualidad, los medios de representación a los fines de comunicar o transmitir tal representación son básicamente aptos para ser percibidos por la vista y el oído, como la grabación en video y/o en audio, la fotografía, la escritura en papel o electrónica, que pueden ser comunicados o transmitidos por medios físicos, como la entrega personal o por el servicio de correspondencia; analógicos, como el facsímil analógico; o digitales, como una página de Internet, una red social o el correo electrónico, según el caso. Dicha transmisión pueden efectuarla los *seres humanos o medios automáticos* programados por seres humanos, como sería el envío de una comunicación ordenada por una persona o por una máquina

programada por una persona a tales fines, por ejemplo, la firma y el sello de una institución al recibir un escrito en papel o la comunicación automática que generan ciertos sistemas electrónicos a modo de acuse de recibo.

Por último, esa representación del fenómeno debe tener asignado un significado, o ello debe ser posible, lo cual va a depender del contexto en el que se pretenda emplear, por ejemplo, puntos y rayas pueden ser sólo eso o un dato en código morse, así como unos y ceros pueden representar cifras o pueden ser datos en código binario. La importancia del significado es fundamental para distinguir entre dato e información, como se expresará posteriormente.

Además, el DLIE prevé dos tipos de datos, el complementario, que es el dato adicional requerido por un órgano o ente para complementar un proceso o trámite de su competencia; y el dato de autoría, que es el dato emanado de un órgano o ente del Estado, en su condición de autoridad competente para emitirlo o registrarlo, que resulta del cumplimiento de los procedimientos administrativos que realiza con ocasión del ejercicio de sus atribuciones; es decir, como resultado de la tramitación de las diligencias, actuaciones o gestiones que se realizan ante ellos.

De acuerdo con lo expuesto en las definiciones legales citadas, el dato complementario es el dato que solicita el órgano o ente público, adicionalmente a los datos que ya posee, para ejercer sus atribuciones; mientras que el dato de autoridad es el que produce el órgano o ente público como consecuencia del cumplimiento de sus atribuciones. Por ejemplo, para generar la cédula de identidad serán datos complementarios las huellas dactilares, la fotografía y la firma de la persona, pero el número de cédula de identidad e incluso la propia cédula, al ser el resultado del procedimiento administrativo seguido ante el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), es un dato de autoría de ese servicio autónomo sin personalidad jurídica. Asimismo, para emitir una constancia de notas, la Universidad ante la cual se solicite pudiera exigir copia de la cédula de identidad y la firma del solicitante, los cuales serían datos complementarios, pero la constancia de notas sería un dato de autoría de la Universidad.

b. *Documento*: en el ordenamiento jurídico venezolano, a saber, este texto normativo es el segundo que define al documento. El primero fue la LEDI cuya letra e, del artículo 2 establece que documento, a los fines de dicha ley penal, es un "*registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos*".

Por su parte, el DLIE lo define como "*documento digitalizado que contiene un dato o información acerca de un hecho o acto, capaz de causar efectos jurídicos*".

En la definición de la LEDI se modifica la concepción doctrinaria comúnmente aceptada de documento como cosa mueble susceptible de

representar un hecho para adecuarlo al ámbito electrónico; pero en el DLIE se define al documento como documento con características especiales, en consecuencia, a los efectos de esta norma, documento será cualquier cosa mueble susceptible de representar un hecho, con la particularidad de haber sido producida en formato físico tangible y reproducida en formato electrónico por un procedimiento apto para tal fin, como pudiera ser el uso de un escáner cuando se trate de escritos en soportes físicos tangibles como el papel, fotografías, o la grabación en archivos electrónicos de imágenes o sonidos documentados en formatos no digitales (grabaciones en formato casete, VHS, Betamax, Super 8, etc.) bien sea en video y/o audio y fotografía.

El documento, según la definición del DLIE, debe ser apto para generar efectos jurídicos, elemento característico de la prueba documental, la cual se distingue del documento por la relevancia jurídica de aquella, no siempre presente en éste, así como por la posibilidad de ser reproducida en el mismo formato del expediente judicial, como se desprende de los artículos 107 y 112 del Código de Procedimiento Civil, de modo que si éste es de papel, el documento será prueba documental si también es de papel o se encuentra en algún soporte similar que permita su reproducción, pero si el expediente es electrónico, se amplía entonces la posibilidad de incluir en la definición de prueba documental a los archivos de video o voz, aunque constaren en un dispositivo de almacenamiento masivo como un disco compacto o una memoria USB, debido a que son fácilmente reproducibles y transmisibles en un entorno virtual.

c. *Información*: conforme al DLIE la información es el "*significado que el ser humano le asigna al dato o al conjunto organizado de datos procesados, utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas*", de allí que el dato proporciona información, por lo que según la norma bajo análisis, cada vez que se transmite un dato, va asociado a él una o más informaciones, que es el significado que se le asignará a ese dato; por ello pareciera redundante prever que se transmitirán datos e informaciones, como lo establece el propio título del DLIE y se reitera en los artículos 1, 3, 4, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 23, 24, 25, 28, 29, 33, 34, 36, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 63 y 64, así como también, en la disposición transitoria primera.

No obstante, esta distinción queda justificada si por dato se entiende la representación de un hecho al que es posible atribuirle significado siempre que se cuente con otro dato que permita, una vez procesados, obtener información. Así las cosas, se podrán transmitir sólo datos, si estos no generan información, salvo que se cuente con la herramienta indispensable para ello, como pudiera ser determinado programa de computación, o si faltaren otros datos para dotarlos de significado.

d. *Síntesis: datos, informaciones y documentos*: en el DLIE se diferencian estos tres elementos, de modo que según se deduce de su análisis

sistemático con otras normas de Derecho y del ámbito informático, dato es la representación de hechos en formato electrónico a la que se le puede asignar un significado luego de ser procesada; información es el dato procesado que tiene un significado; y documento, es una cosa mueble que representa otra, originada en formato físico tangible que ha sido digitalizada para efectos de su transmisión electrónica.

D. *Estándar*: el estándar es la normativa técnica que dicta el "Operador de la Interoperabilidad" mediante providencias administrativas de carácter general, instructivos o circulares, que prevé las formalidades que deben cumplir los sistemas de recepción, almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos, informaciones y documentos que utilicen los órganos y entes públicos, para que sea factible el intercambio electrónico, intra e inter orgánico o subjetivo.

Puede haber estándares abiertos, que son las "*especificaciones técnicas, publicadas y controladas por alguna organización que se encarga de su desarrollo, aceptadas por la industria, estando a disposición de cualquier usuario para ser implementadas en software libre*", sin embargo, conforme lo prevé el artículo 6 del DLIE, los órganos y entes del Estado están obligados a garantizar la implementación del estándar de interoperabilidad al que se refiere el propio DLIE, de carácter preferente sobre cualquier otra iniciativa implementada por cualquier otro órgano o ente público.

La importancia del uso de un estándar único de interoperabilidad es que permitirá que los diferentes órganos y entes públicos empleen tecnología compatible entre sí, independientemente del fabricante y de las necesidades particulares, con el objeto de poder intercambiar los datos y documentos que se requieran para ejercer sus actividades públicas.

E. *Operador de la Interoperabilidad*: para garantizar la existencia de un estándar de interoperabilidad se requiere una autoridad que lo genere, para ello se crea el Operador de la Interoperabilidad, como el ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para Ciencia Tecnología e Innovación, a quien le corresponde desarrollar, operar, mantener y administrar el conjunto de componentes tecnológicos, sistemas y servicios, conocidos como la Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables, y así poder "*estandarizar, formalizar, integrar, reutilizar y compartir, por medios electrónicos, entre los órganos y entes del Estado, los datos, información y documentos que éstos poseen conforme a sus atribuciones...*", que es, en definitiva, el objeto principal del texto normativo bajo análisis y que constituye un elemento indispensable para alcanzar el máximo nivel en las escalas de medición del gobierno electrónico, referidas a la ejecución de un trámite administrativo en el que deban intervenir varios entes u órganos públicos mediante un solo "click".

## II. Fines y principios

Los fines del DLIE se concretan en el establecimiento de un estándar de interoperabilidad estatal que permita ejercer las potestades públicas en satisfacción de las necesidades ciudadanas, promoviendo un conjunto de componentes tecnológicos, sistemas y servicios, que posibiliten el acceso e intercambio de documentos de modo homogéneo en el seno del Estado, con lo cual se pretende mejorar el funcionamiento del aparato estatal al simplificar los trámites que realizan los ciudadanos ante los órganos y entes del Estado.

El Estado se justifica en la medida que sirve a la sociedad, de modo que la interoperabilidad de sus diferentes órganos y entes debe dirigirse a mejorar las condiciones de la sociedad, al facilitar el ejercicio de los derechos y deberes ante el Estado, en derivación de lo anterior, la interoperabilidad no busca beneficiar al Estado en detrimento de la sociedad sino beneficiar a la sociedad mediante la optimización del Estado.

Para el cumplimiento de tales fines, el ejercicio de la interoperabilidad se fundamenta en los principios siguientes:

A. *Coordinación*: para obtener el mayor provecho del uso de las TIC en las actividades estatales, los diversos órganos y entes que integran el Estado deben trabajar coordinadamente, sin duplicar esfuerzos ni realizar acciones divergentes o contradictorias<sup>1</sup> para lograr su funcionamiento eficaz, el cual debe generarse como consecuencia de la integración adecuada de las actuaciones administrativas<sup>2</sup>.

En el ámbito del gobierno electrónico, la coordinación significa la existencia de "coherencia o compatibilidad"<sup>3</sup> de los sistemas informáticos, como lo prevén los artículos 19 y 24 de la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (CIGE)<sup>4</sup> para intercambiar, procesar e interpretar correctamente la información<sup>5</sup>.

Este principio, que está previsto en el artículo 23 del Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (DLOAP),

1 PARADA, R. *Derecho Administrativo, organización y empleo público*, Vol. II, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 65.

2 GALLEGO, A. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*. Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 152.

3 SANTAMARÍA, J. *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª Ed., 2ª reimpresión, CEURA, Madrid, 2004, p. 451.

4 Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, XVII. *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, Resolución N° 18 de la Declaración de Santiago [Documento en línea]. Consultado el 20 de julio de 2012 en: [http://www.gobiernoenlinea.ve/documentos/CartaIberoamericana\\_deGobiernoElectronico.pdf](http://www.gobiernoenlinea.ve/documentos/CartaIberoamericana_deGobiernoElectronico.pdf)

5 COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones N° 743 final, Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015: Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora*. 2010, p. 13.

implica que toda la Administración trabaje con el mismo sistema informático o al menos con sistemas compatibles o "interoperables"<sup>6</sup> para lograr, por una parte, que los particulares, al familiarizarse con uno de ellos, aprendan a acceder a todos los demás, y por la otra, para que los distintos órganos y entes puedan interrelacionarse y así cumplir los fines del Estado.

B. *Cooperación*: también conocido como principio de colaboración o auxilio administrativo<sup>7</sup> implica que los órganos y entes de la Administración estén orientados al logro de los fines y objetivos del Estado, y no al de cada uno de ellos, considerados individualmente *ex* artículos 136 CRBV y 24 DLOAP.

Este principio es especialmente importante para alcanzar el máximo nivel de desarrollo en la escala de Administración electrónica, al que ya se hizo referencia, puesto que conforme a él, las actividades de los distintos órganos y entes de la Administración Pública deberán ejecutarse de manera que sea posible la comunicación ascendente, descendente o transversal entre órganos públicos<sup>8</sup>, de modo electrónico, como pudiera ocurrir en caso de que la información que se encuentre en la base de datos de un órgano o ente fuera requerida por otro para actuar.

El intercambio de información es un técnica de cooperación administrativa<sup>9</sup> prevista en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) y 45 del Decreto N° 6.265, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos (DLSTA), que le impone al órgano requerido el deber de remitir los datos solicitados al requirente, los cuales, podrían ser enviados por medios electrónicos, siempre con respeto a los derechos fundamentales, a los fines de que un particular pueda completar cualquier trámite sin necesidad de tener que trasladarse de una sede a otra para obtener la información que necesite cuando ella se encontrare almacenada en archivos dispersos, problema para el que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) se presentan como una solución que deja sin importancia el archivo concreto ni el punto físico desde donde se haga la consulta<sup>10</sup>.

Además, al no tener que pedir de nuevo la información al particular se cumple lo que se conoce como el principio de registro de los datos "*una sola vez*",

6 AMOROSO, Y. y BRITO, I. "Gobierno electrónico: claves del éxito", *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e informática*, Vol. 1, FIADI, Monterrey, 2010, p. 39; y JIJENA, R. "Gobierno electrónico y TGOV Sobre la ilegalidad del proyecto chileno Plataforma integrada de servicios electrónicos del estado (PISEE)". *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Vol. 1, 2010, Fiadi, Monterrey, p. 403.

7 ARAUJO-JUÁREZ, J. "Procedimiento y recurso administrativo", Paredes, Caracas, 2010, p. 56.

8 *Idem*.

9 GALLEGO, A. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*. Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 157.

10 PALOMAR, A. (1995). "La utilización de las nuevas tecnologías en la actuación administrativa". *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 87, 1995, p. 371.

conforme al cual sólo se pide en una ocasión la información necesaria a los particulares, garantizando en todo momento la protección de la intimidad<sup>11</sup>.

C. *Responsabilidad*: el ejercicio de la actividad administrativa, bien sea mediante un funcionario público o por la ejecución automática de ciertas tareas para las que fue programada una máquina, es una eventual fuente de generación de daños<sup>12</sup>.

En este sentido, la letra f del artículo 6 de la CIGE prevé que la Administración deberá responder por sus actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que los realizados por medios tradicionales.

No puede haber distinción entre la actividad administrativa que emplee medios electrónicos y la actividad administrativa por los medios tradicionales, pues ello implicaría que existieran actos administrativos exentos de la aplicación del Derecho administrativo, y por eso, de las garantías establecidas a favor de los particulares.

Por esta razón, la Administración no puede evitar su responsabilidad mediante la incorporación de una cláusula general o especial de irresponsabilidad, mediante la cual se indique que cierto órgano público no se hace responsable de los datos contenidos en su página de Internet. La única forma de exceptuarse sería haciendo constar "con caracteres muy visibles y reiterados" que se trata de una página electrónica que no es oficial y que por ello no forma parte del sistema de gobierno electrónico.

El principio de responsabilidad es de tal importancia que goza del mayor rango normativo, pues el artículo 141 constitucional prevé la responsabilidad como uno de los principios en los que se fundamenta la Administración Pública, quien responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento (Artículo 140 CRBV).

Conforme a este principio no sólo la Administración, sino también los funcionarios responderán patrimonialmente por los daños que generen<sup>13</sup>, en todos los casos en los que medie falta, siempre que la víctima pruebe la existencia de un daño que le sea imputable a la Administración o que se presuma (salvo prueba en contrario) ocasionado porque la Administración no actuó apegada a

11 COMISIÓN EUROPEA. *op. cit.*, p.12.

12 AMONI, G. "La responsabilidad patrimonial de la Administración Electrónica en Venezuela", *Revista de la Contratación Electrónica*, 102, EDICIP, Madrid, p. 46.

13 BREWER-CARIAS, A. "Los principios generales del procedimiento administrativo en la ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo de Colombia", *Visión actual de los procedimientos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 32

Derecho<sup>14</sup>, o aun cuando no la hubiere, en los casos de daños anormales y especiales<sup>15</sup>.

Pero también, la responsabilidad de los funcionarios públicos podrá ser penal y administrativa, de modo que no queden impunes los daños y perjuicios que eventualmente se generaren con su actuación u omisión.

D. *Eficiencia*: para la Real Academia Española, la eficiencia es la "capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado". De acuerdo con este principio, que incorpora la óptica de la relación objetivos-medios<sup>16</sup> la Administración debe estar en capacidad de disponer de recursos humanos y técnicos suficientes para satisfacer las necesidades y derechos de los particulares.

La Administración es eficiente en la medida:

- Que los funcionarios cuenten con la formación técnica (apartes 20 y 23.b CIGE), moral y social indispensable para desempeñar a cabalidad las atribuciones que les corresponden en función de su cargo, lo que les permitirá generar la mayor productividad con el menor esfuerzo y uso del tiempo posible;
- Que disponga de los medios que la ciencia y la técnica hayan producido para optimizar el trabajo del hombre, como son, por ejemplo, las TIC, lo que permitirá reducir gastos (de papelería e impresión, con todo lo que ello implica: impresora, tinta, honorarios de técnicos especializados para mantenimiento y reparación, etc.), entre otros, y facilitar la interrelación con los particulares.

Si los funcionarios no están preparados para afrontar los retos que se les presenten ni cuentan con los instrumentos tecnológicos adecuados para facilitar y mejorar la calidad de los procesos bajo su responsabilidad, la Administración será cada vez menos eficiente; o, por interpretación en contrario a la definición del diccionario de la Real Academia Española, no estará en la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir el efecto que impone el Derecho.

E. *Legalidad*: previsto para todos los órganos que ejerzan las distintas funciones del poder Público en el artículo 137 constitucional, este principio encuentra fundamento legal en el artículo 4 LOPA, el cual, en forma sintética lo define como la subordinación plena de la asignación, distribución y ejercicio de

<sup>14</sup> AMONI, G. "La responsabilidad patrimonial de la Administración Electrónica en Venezuela", *Revista de la Contratación Electrónica*, 102, EDICIP, Madrid, p. 64.

<sup>15</sup> ORTÍZ, L. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial jurídica venezolana, Caracas, p. 101.

<sup>16</sup> ARAUJO-JUÁREZ, J. *op. cit.*, p. 99.

las competencias administrativas, a la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo.

Este concepto supone que la Administración queda sometida a la regla de derecho preexistente, tanto exógena que es la impuesta por la Constitución y la ley, como la endógena, producida por la misma Administración<sup>17</sup>.

En cuanto al sometimiento de la Administración a los actos administrativos normativos, explica Moles Caubet, "...si falta una norma legal expresa, el Ordenamiento Jurídico debe o puede integrarse con un acto reglamentario que no lo contradiga"<sup>18</sup>.

Por esta razón, el principio de legalidad no sólo supone la sujeción de la Administración a la Constitución y ley, sino también a las normas sublegales dictadas por ella misma para complementar o suplir el silencio legal, siempre que no se trate de materias reservadas al legislador y que los actos administrativos normativos no contradigan tales normas superiores, ya que en este caso serían anuladas dado que "...las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 259)"<sup>19</sup>, independientemente de su ejecución por los modos tradicionales o electrónicos<sup>20</sup>.

F. *Privacidad*: en Venezuela, la privacidad es un derecho fundamental, puesto la Constitución protege la vida privada e intimidad de toda persona, y en consecuencia, "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos" (artículo 60 CRBV).

La privacidad puede definirse como el derecho de los ciudadanos a la soledad, a estar sin vigilancia o interferencia de otros particulares, organizaciones o del Estado<sup>21</sup>. En el contexto de estos comentarios, se refiere al ámbito personal reservado que debe ser protegido contra ataques a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones o por cualquier otro medio válido para conseguir tal fin<sup>22</sup>.

En este sentido, el principio de privacidad trae como consecuencia que los datos personales no puedan utilizarse por terceros sin autorización para generar datos que afecten su intimidad, en especial por la Administración pública<sup>23</sup>,

17 RONDÓN, H. *Teoría General de la Actividad Administrativa: organización/actos internos*, Liber, Caracas, 2000, p. 47.

18 MOLES, A. *Estudios de Derecho Público*, UCV, Caracas, 1997, p. 322.

19 BREWER-CARIAS, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*, 4ª ed., Vol. 1, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2004, p. 271.

20 Letra b del artículo 6 de la CIGE.

21 LAUDON, K. y LAUDON, J. *Sistemas de información gerencial: Administración de la empresa digital*, Pearson educación, México, 2004, P. 153.

22 MARTÍN-CASALLO, J. "El estatus de las garantías individuales: Informática y libertad" *Informática y Derecho 9-10-11*, UNED, España, 1996, p. 505.

23 Letra b del artículo 6 de la CIGE.

puesto que los individuos tienen el derecho a la "autodeterminación informativa" según el cual toda persona puede controlar sus datos personales y decidir si pueden ser usados o difundidos por terceros<sup>24</sup>, no a los fines de impedir plenamente y en todos los casos la circulación de datos personales, sino para que se produzcan las condiciones mínimas para que el tratamiento de los datos personales no afecte derechos fundamentales<sup>25</sup>.

G. *Adecuación tecnológica*: este principio está previsto en la letra g del artículo 6 de la CIGE en los términos siguientes:

*Las administraciones elegirán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades. Se recomienda el uso de estándares abiertos y de software libre en razón de la seguridad, sostenibilidad a largo plazo y para prevenir que el conocimiento público no sea privatizado. En ningún caso este principio supondrá limitación alguna al derecho de los ciudadanos a emplear la tecnología de su elección en el acceso a las Administraciones Públicas. Dentro de este principio se comprende el del uso de distintos medios electrónicos como son: el computador, la televisión digital terrestre, los mensajes SMS en teléfonos celulares, entre otros, sin perjuicio de la eventual imposición del empleo en determinados casos de aquellos medios concretos que se adecuen a la naturaleza del trámite o comunicación de que se trate.*

La incorporación de TIC en el ejercicio de las actividades administrativas no puede ser caprichosa, por el contrario, debe atender a la satisfacción de necesidades de los particulares, dado el carácter vicarial de la Administración pública. Por ello, el Estado no debería utilizar cualquier tecnología sino la más adecuada conforme al trámite de que se trate, e incluso, debe procurar permitir el acceso y la interoperabilidad por la mayor cantidad de sistemas electrónicos posibles, para lo cual, según la CIGE, se deberá preferir el uso de estándares abiertos y de software libre.

A pesar de la preferencia por los estándares abiertos que establece la CIGE, en Venezuela, como ya se comentó, el DLEI impone el uso del estándar que creará el Operador de la Interoperabilidad, normativa técnica que debería cumplir con las características del estándar abierto, en cuanto a que tales normas cumplan con las exigencia mínimas de la industria y que permitan ser utilizadas en software libre, definido en el DLIE como un "*programa de computación cuya licencia garantiza al usuario el acceso al código fuente y lo autoriza a ejecutarlo con cualquier propósito, modificarlo y redistribuirlo con sus modificaciones, en las mismas condiciones de licenciamiento acordadas en el programa original*".

<sup>24</sup> TANÚS, G. "La protección de los datos personales de salud y la ley 25.326", *Derecho y Nuevas tecnologías*, N° 4-5, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, 240 y 241.

<sup>25</sup> REMOLINA, N. "Data Protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano", *Revista Derecho y Tecnología*, N° 4, UCAT, San Cristóbal, 2004, *op. cit.*, 142.

H. *Conservación*: el principio de conservación está previsto en la letra c del artículo 6 de la CIGE, como aquel "*en virtud del cual se garantiza que las comunicaciones y documentos electrónicos se conserv[en] en las mismas condiciones que por los medios tradicionales*".

Con ello se pretende que la equiparación entre los documentos electrónicos y en papel abarque aspectos internos de la Administración como su conservación. Los documentos electrónicos (mensajes de datos o documentos digitalizados) tienen el mismo valor que los documentos en papel, lo que cambia es el formato que contiene los datos, por ello deben garantizarse las mismas condiciones de acceso, lapsos de almacenamiento y seguridad que las aplicables a los documentos físicos tangibles, por lo que deben guardarse en archivos electrónicos que permitan mantenerlos en las mismas condiciones que fueron generados. De allí que se deberán establecer mecanismos necesarios para prevenir desastres y recuperar datos en caso de producirse tales eventos, de forma tal que se reduzca al mínimo el riesgo de pérdida de datos<sup>26</sup>.

I. *Reutilización*: de acuerdo con la Directiva Europea 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público, y la Decisión 2006/291/CE, Euratom de la Comisión, de 7 de abril de 2006, relativa a la reutilización de información de la Comisión, la reutilización es:

*el uso de documentos que obran en poder de organismos del sector público por personas físicas o jurídicas con fines comerciales o no comerciales distintos del propósito inicial que tenían esos documentos en la misión de servicio público para la que se produjeron. El intercambio de documentos entre organismos del sector público en el marco de sus actividades de servicio público no se considerará reutilización.*

Para la normativa europea, reutilizar documentos implica que personas públicas o privadas usen documentos para fines distintos a los que motivaron su entrega al Estado, lo cual colide con el derecho a disponer de los datos personales y está prohibido expresamente en los artículos 47 y 64 del DLIE, de modo que si en Venezuela, el principio de reutilización tuviera esa orientación debería llamarse "*principio de no reutilización*", a los efectos de evitar en la mayor medida posible, el uso no autorizado de datos por terceros, lo cual es producto del principio de privacidad. En consecuencia, a pesar de la definición europea de reutilización, el principio de reutilización en el contexto del DLIE sí se refiere a la utilización eficaz de los documentos por parte de la Administración.

Esta afirmación se fundamenta en el DLIE. Así, el artículo 18 prevé entre los fines del Operador de la Interoperabilidad, "*...reutilizar...por medios*

26 Letra c del artículo 16 de la CIGE.

*electrónicos, entre los órganos y entes del Estado, los datos, información y documentos que éstos poseen conforme a sus atribuciones..."; el artículo 22 eiusdem, impone el deber a los órganos del Estado de "...permitir entre sí, el acceso, intercambio y reutilización, por medios electrónicos, de los datos de autoría, información y documentos de acceso público que posean..."; el artículo 33 establece un diseño de los servicios de información interoperables que apunte a la promoción del "reuso de datos, información y documentos de acceso público"; y el numeral 1 del artículo 42 estatuye la conformación de la plataforma nacional de servicios de información interoperables, conformada, entre otras, por "una plataforma de consulta de datos, que contribuirá con la reutilización de datos de autoría, información, documentos y funcionalidades de los órganos y entes del Estado de manera eficiente".*

Siguiendo esta interpretación, el principio de reutilización se fundamentaría en la letra h del artículo 9 de la CIGE, según la cual los Estados deben:

*...evitar la presentación reiterada ante la Administración de documentos que ya obren en poder de la misma o de otra, especialmente si son electrónicos, todo ello en el supuesto de que el ciudadano dé su consentimiento para la comunicación de tales documentos entre Administraciones y entre distintas dependencias de la misma Administración, lo que supone acciones de interoperabilidad y simplificación registral.*

El principio de reutilización entendido en este sentido, implicaría evitarle a los particulares tener que llevar a los órganos y entes públicos los mismos recaudos cada vez que deba ejecutar un trámite ante ella, en especial, si el documento que se exige para efectos de un procedimiento administrativo en particular emanó del ente u órgano que lo está solicitando, actuación que está calificada como infracción leve en el numeral 6 del artículo 63 del DLIE y que prevé la sanción de multa de veinticinco a cincuenta Unidades Tributarias

En este orden, destaca la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015, cuya tercera prioridad pretende que los poderes públicos utilicen eficazmente la información personal ya disponible en respeto del derecho a la privacidad, para lo cual, la Comisión propone aplicar el principio de registro "una sola vez" de determinados datos para que sean reutilizados en la más amplia gama de formatos y lenguajes posible.

J. *Integridad*: un aspecto importante de la interoperabilidad es la integridad de los datos y documentos cuyo acceso o intercambio deben garantizar los órganos y entes públicos.

En lo que concierne a este tópico, el artículo 14 de la CIGE prevé como responsabilidad de la Administración la integridad, veracidad y calidad de los datos, servicios e informaciones en sus sitios electrónicos y portales, lo que en

el contexto del DLIE se traduce como el deber del Estado de mantener íntegros los datos y documentos de los que disponga con ocasión de la actividad que lleva a cabo. Es decir, que el Estado deberá garantizar la inalterabilidad de los datos y documentos recibidos una vez que se encuentran en su poder y cuando salgan de su ámbito de control, y que en caso de existir algún tipo de alteración, deben proporcionarse métodos para descubrirla.

K. *Continuidad*: el preámbulo de la CIGE reconoce el rol insustituible que le corresponde a los Estados para garantizar la continuidad de los servicios electrónicos, de modo que, en palabras de Jijena, sólo debe admitirse su suspensión a los efectos de realizar labores de mantenimiento técnico u operativo lo cual debe informarse electrónicamente y no sobrepasar el lapso estrictamente necesario<sup>27</sup>.

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. Lo mismo aplica para las relaciones intra e interadministrativas donde es necesario el funcionamiento continuo de la actividad desplegada por los órganos y entes públicos a los fines de mantener a la disposición del resto de organismos estatales, los datos y documentos que requieran para el cumplimiento de sus atribuciones.

Para ello se requiere que el servicio de Internet o la red por la que se desarrolle la interoperabilidad, esté disponible 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 retrasos debido a la imposibilidad de acceder o intercambiar datos o documentos entre órganos y entes públicos para ejercer sus atribuciones<sup>28</sup>.

L. *Seguridad*: la primera exigencia para proteger la vida privada y las libertades es la seguridad de los datos para lo cual se necesita desarrollar métodos para autenticarlos<sup>29</sup>. Según este principio, el responsable del tratamiento de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para

27 JIJENA, E. "Administraciones Públicas electrónicas: Retos y desafíos para su regulación en Iberoamérica", *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*. Universidad Andrés Bello, Caracas, 2009.

28 AMONI, G. "Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela", *Revista Derecho y Tecnología*, N° 9, UCAT, San Cristóbal, 2007, p. 122

29 CADOUX, L. "La protección de la vida privada y de las libertades fundamentales en el tratamiento de imágenes y sonidos", *Informática y Derecho 9-10-11*, 1996, UNED, España, p. 494

garantizar la seguridad de los datos<sup>30</sup> con miras a evitar su uso no autorizado, pues "la vulneración directa sobre los derechos fundamentales de una persona puede ser ocasionada por el inadecuado tratamiento de sus datos personales"<sup>31</sup>, incluso por datos erróneos que se pongan a circular<sup>32</sup>.

Al respecto el artículo 11 de la CIGE prevé que el ordenamiento jurídico deberá propiciar que los ciudadanos y el Estado se relacionen por medios electrónicos con seguridad y confianza, respecto de la identidad de las personas naturales o jurídicas que interactúan con el Estado, como en lo referente a la autenticidad e integridad de los datos y documentos requeridos para la actuación estatal, así como, consecuentemente, la imposibilidad de que los datos o documentos sean repudiados por el emisor.

La seguridad en el ámbito del gobierno electrónico debe establecer sistemas físicos, sistemas de firma electrónica, incluso avanzada, así como otros sistemas alternativos a la firma electrónica, cuando la naturaleza del trámite lo aconseje, para identificar a quien emite la comunicación y asegurar la autenticidad de su contenido<sup>33</sup>.

### III. Comentario final

El DLIE llegó para reforzar la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en el ejercicio de la actividad administrativa, como se había venido proponiendo<sup>34</sup>. A partir de 2014, cuando entre en vigencia el referido Decreto, el Estado deberá estar en la capacidad técnica para acceder e intercambiar datos y documentos entre sus distintos órganos y entes públicos lo que permitirá llegar al máximo nivel en la escala de medición del gobierno electrónico, que implica la ejecución de un trámite que requiere la participación de varios órganos y entes estatales mediante un solo "click".

No obstante, la extensa *vacatio legis* del DLEI, la aprobación de esta normativa, de la que sólo se comentaron sus disposiciones generales, consolida el norte al que se dirige el Estado venezolano: el fortalecimiento del gobierno electrónico, lo que trae como consecuencia comenzar a aceptar la existencia de actos y procedimientos administrativos electrónicos en todo su valor, aunque no esté vigente una regulación normativa detallada al respecto.

30 MARTÍN-CASALLO, J. "El status de las garantías individuales: Informática y libertad" *Informática y Derecho 9-10-11*, UNED, España, 1996, p.510

31 REMOLINA, N., *op. cit.*, p. 119.

32 REMOLINA, N., *op. Cit.*, p. 139.

33 Artículo 12 de la CIGE.

34 AMONI, G. "El Procedimiento administrativo electrónico" *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e informática*, Vol. 1, FIADI, Monterrey, 2010.



---

## **LEGISLACIÓN**



**Decreto N° 9.051**

**15 de junio de 2012**

**HUGO CHAVEZ FRÍAS**  
**Presidente de la República**

Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del Socialismo, la refundación del Estado venezolano, basado en los principios humanistas, sustentado en condiciones morales y éticas que persiguen el progreso de la patria y del colectivo, por mandato del pueblo y en ejercicio de las atribuciones que me confieren el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el numeral 2, literal b del artículo 1° de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, en Consejo de Ministros,

**DICTA**

El siguiente,

**DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY  
SOBRE ACCESO E INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE  
DATOS, INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS ENTRE LOS  
ÓRGANOS Y ENTES DEL ESTADO**

**Título I**  
Disposiciones Generales

- Objeto**
- Artículo 1** El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley tiene por objeto establecer las bases y principios que regirá el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado, con el fin de garantizar la implementación de un estándar de interoperabilidad.
- Ámbito de Aplicación**
- Artículo 2** Están sometidos a la aplicación de las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley:

1. Los órganos del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal.
2. Los institutos públicos nacionales, estadales, distritales y municipales.
3. El Banco Central de Venezuela.
4. Las Universidades públicas nacionales autónomas y experimentales, así como cualquier otra institución del sector universitario de naturaleza pública.
5. Las demás personas de derecho público nacionales, estadales, distritales y municipales.
6. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan una participación en su capital social superior al cincuenta por ciento (50%), las que se constituyan con la participación de aquéllas, o que a través de otro mecanismo jurídico, tenga el control de sus decisiones.
7. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio, por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores, representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto.
8. Los demás entes de carácter público.

**Fines**

**Artículo 3**

El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley tiene los siguientes fines:

1. Establecer un estándar de interoperabilidad entre los órganos y entes del Estado.
2. Establecer las condiciones necesarias para el desarrollo y adopción de planes y proyectos que garanticen el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado.
3. Promover el desarrollo de sistemas de información interoperables adecuados para los procesos del Estado y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.
4. Promover el desarrollo de una Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables que provea un acceso

- uniforme de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado.
5. Promover el desarrollo de un modelo nacional para el intercambio, publicación e interpretación de los datos, información y documentos, que apoye el establecimiento de políticas, lineamientos y estrategias públicas.
  6. Garantizar un adecuado nivel de interoperabilidad en los sistemas de información utilizados por los órganos y entes del Estado.
  7. Coadyuvar en la gobernabilidad del Estado con el fortalecimiento, seguimiento y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos enmarcados en los objetivos estratégicos de la nación.
  8. Contribuir con la mejora del funcionamiento interno de los órganos y entes del Estado, impulsando una mayor eficiencia y eficacia en las actividades que soportan los servicios que éstos prestan.
  9. Coadyuvar en la ordenación, coordinación, cooperación, armonización y racionalización de la acción pública de los órganos y entes del Estado.
  10. Coadyuvar en la simplificación de los trámites que realizan los ciudadanos ante los órganos y entes del Estado.

#### Definiciones

**Artículo 4** A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se entiende por:

1. **Dato:** Hecho, concepto, instrucción o caracteres, que se expresa por sí mismo, representado de una manera apropiada para que sea comunicado, transmitido o procesado por seres humanos o por medios automáticos, y al cual se le asigna o se les puede asignar un significado.
2. **Dato complementario:** Dato adicional requerido por un órgano o ente para complementar un proceso o trámite que conforme a la ley tiene atribuido.
3. **Dato de autoría:** Dato emanado de un órgano o ente del Estado, en su condición de autoridad competente para emitirlo o registrarlo, que resulta del cumplimiento de los procesos administrativos que realiza con ocasión al ejercicio de sus atribuciones o como resultado de la tramitación de las diligen-

- cias, actuaciones o gestiones que realizan las personas ante ellos.
4. **Documento:** Documento digitalizado que contiene un dato o información acerca de un hecho o acto, capaz de causar efectos jurídicos.
  5. **Estándares Abiertos:** Especificaciones técnicas, publicadas y controladas por alguna organización que se encarga de su desarrollo, aceptadas por la industria, estando a disposición de cualquier usuario para ser implementadas en software libre.
  6. **Información:** Significado que el ser humano le asigna al dato o al conjunto organizado de datos procesados, utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas.
  7. **Interoperabilidad:** Capacidad de los órganos y entes del Estado de intercambiar por medios electrónicos datos, información y documentos de acceso público.
  8. **Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables:** Conjunto de componentes tecnológicos, sistemas y servicios, que permite a los órganos y entes del Estado, intercambiar datos, información y documentos haciendo uso del estándar de interoperabilidad.
  9. **Registro Nacional de Servicios de información interoperables:** Conjunto de servicios de información interoperables organizados y accesibles para los órganos y entes del Estado.
  10. **Seguridad de la Información:** Condición que resulta del establecimiento y mantenimiento de medidas de protección, que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la data de personas no autorizadas, o que afecten la operatividad de las funciones de un sistema de computación, bajo los principios de confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información.
  11. **Servicio de Información interoperable:** Servicio que reúne, procesa, reusa y dispone datos, información y documentos, en función de la demanda de los órganos y entes del Estado, en forma adecuada, confiable, oportuna y de fácil acceso.
  12. **Software Libre:** Programa de computación cuya licencia garantiza al usuario el acceso al código fuente y lo autoriza a ejecutarlo con cualquier propósito; modificarlo y redistribuirlo con sus modificaciones, en las mismas condiciones de licenciamiento acordadas en el programa original.

**Principios**

**Artículo 5** La interoperabilidad se fundamenta en los principios de coordinación, cooperación, responsabilidad, eficiencia, legalidad, privacidad, adecuación tecnológica, conservación, reutilización, integridad, continuidad y seguridad.

**Preeminencia del Estándar de Interoperabilidad**

**Artículo 6** Es obligación de los órganos y entes del Estado garantizar la implementación del estándar de interoperabilidad establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable, y tiene carácter preferente sobre cualquier otra iniciativa desarrollada e implementada por cualesquiera de los órganos y entes del Estado.

**Título II**  
**De la Participación Ciudadana**

**Derecho a la Participación Ciudadana**

**Artículo 7** Los órganos y entes sometidos a la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley tienen la obligación de garantizar el ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar y colaborar en la promoción y uso de los servicios de información interoperables.

**Garantía de estar informados**

**Artículo 8** Las Oficinas de Atención al Ciudadano de los órganos y entes del Estado, deberán suministrar y ofrecer a los ciudadanos, de forma oportuna, adecuada y efectiva; información sobre los servicios desarrollados por el Estado para la eficaz y eficiente prestación de sus servicios.

**Derecho a presentar peticiones**

**Artículo 9** Los ciudadanos, en forma individual o colectiva, directamente, por medio de sus representantes o a través de la comunidad organizada; podrán presentar física o electrónicamente ante las Oficinas de Atención al Ciudadano de los órganos y entes del Estado; peticiones, sugerencias, reclamos, quejas o denuncias en la prestación de servicios públicos o por la irregularidad de la actuación de los servidores públicos en los términos de ésta y otras leyes aplicables.

**Formulación de Propuestas**

**Artículo 10** Los ciudadanos tienen el derecho de formular propuestas para el desarrollo de servicios de información interoperables, y para el mejoramiento de las normas que regulan el intercambio de datos, información y documentos, mediante los sistemas de información interoperables previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.

**Registro**

**Artículo 11** Las Oficinas de Atención al Ciudadano de los órganos y entes del Estado, deberán llevar un registro automatizado de las peticiones, sugerencias, reclamos, quejas o denuncias que presenten los ciudadanos en los términos señalados en el artículo anterior, conforme a la normativa técnica que al efecto se dicte.

**Tramitación de Peticiones**

**Artículo 12** Las Oficinas de Atención al Ciudadano de los órganos y entes del Estado, tramitarán las peticiones, sugerencias, reclamos, quejas o denuncias que presenten los ciudadanos conforme a las normas que rigen la materia.

**Obligación de Informar al Operador de la Interoperabilidad**

**Artículo 13** Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, las máximas autoridades de los órganos y entes del Estado, deberán remitir al operador de la interoperabilidad, información relacionada con las propuestas que presenten los ciudadanos sobre el desarrollo de servicios de información interoperables y las normas técnicas que regulan el intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado.

**Título III**  
De la Organización Pública  
para la interoperabilidad

**Capítulo I**

**Del Comité Nacional de la Interoperabilidad**

---

**Comité Nacional de la Interoperabilidad**

**Artículo 14** Se crea el Comité Nacional de la Interoperabilidad, dependiente administrativamente de la Vicepresidencia Ejecutiva, encargado de establecer y coordinar la aplicación de los principios y políticas para el acceso e intercambio electrónico de datos,

información y documentos entre los distintos órganos y entes del Estado.

**Conformación**

**Artículo 1** El Comité Nacional de la Interoperabilidad estará conformado por un representante y su respectivo suplente de:

1. La Vicepresidencia Ejecutiva de la República, quien lo preside.
2. El Consejo Federal de Gobierno.
3. El Ministerio del Poder Popular con competencia en planificación.
4. El Ministerio del Poder Popular con competencia en tecnologías de información.
5. La Procuraduría General de la República.
6. La Asamblea Nacional.
7. El Tribunal Supremo de Justicia.
8. El Consejo Nacional Electoral.
9. El Consejo Moral Republicano.
10. El Banco Central de Venezuela, y;
11. El Operador de la Interoperabilidad.

**Atribuciones**

**Artículo 16** El Comité Nacional de la Interoperabilidad tendrá las siguientes atribuciones:

1. Ordenar, incluso de oficio, a los órganos y entes del Estado, la implementación de los sistemas de información interoperables necesarios para la gestión de los servicios del Estado, en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.
2. Garantizar el cumplimiento de las políticas, lineamientos, normas, y procedimientos requeridos para garantizar el intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado, con el objeto de garantizar un estándar de interoperabilidad.
3. Resolver los conflictos que surjan en relación al acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos o al uso inadecuado de éstos por parte de los órganos y entes del Estado, de conformidad con lo establecido en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.

4. Aprobar sus normas de funcionamiento.
5. Las que le señalen las leyes y demás normativas aplicables.

#### **Funcionamiento**

**Artículo 17** El Comité Nacional de la Interoperabilidad, mediante las normas de funcionamiento, fijará su organización y funcionamiento, con el objeto de garantizar el cabal ejercicio de sus atribuciones.

### **Capítulo II**

#### **Del Operador de la Interoperabilidad**

---

#### **Operador de la Interoperabilidad**

**Artículo 18** El operador de la interoperabilidad es el ente adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en tecnologías de información, encargado del desarrollo, operación, mantenimiento y administración de la Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables, con el fin de estandarizar, formalizar, integrar, reutilizar y compartir, por medios electrónicos, entre los órganos y entes del Estado, los datos, información y documentos que éstos poseen conforme a sus atribuciones, de acuerdo al principio de unidad orgánica y demás principios aplicables a la interoperabilidad.

#### **Atribuciones**

**Artículo 19** Son atribuciones del operador de la interoperabilidad las siguientes:

1. Desarrollar y actualizar el estándar de interoperabilidad.
2. Desarrollar, operar, administrar, mantener y actualizar la Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables que integre los servicios de información interoperables de los órganos y entes del Estado.
3. Dictar las normas técnicas y procedimientos que garanticen el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado, con el fin de establecer el estándar de interoperabilidad, de conformidad con la presente ley.
4. Promover la reutilización de los datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado.
5. Desarrollar, mantener, administrar y operar el Registro Nacional de Servicios de Información Interoperables.

6. Proponer ante el Comité Nacional de la Interoperabilidad el desarrollo de sistemas y servicios de información interoperables, en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.
7. Garantizar de manera efectiva y eficaz la entrega de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado, de acuerdo al Registro Nacional de Servicios de Interoperabilidad.
8. Presentar ante la autoridad competente, los conflictos que surjan sobre la negativa al acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos o por el uso inadecuado de éstos en los órganos y entes del Estado, en los términos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.
9. Promover, en el componente laboral de los órganos y entes del Estado, el desarrollo de conocimientos, habilidades y destrezas en el área de interoperabilidad.
10. Garantizar la efectiva instalación, operación, prestación y mantenimiento de los servicios de información interoperables en coordinación con los órganos y entes del Estado.
11. Las demás que le asigne la ley.

<p style="text-align: center;"><b>Título IV</b> Del acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos</p>
---

**Capítulo I**  
De La Interoperabilidad

**Interés Público**

**Artículo 20** El Estado venezolano reconoce el carácter de interés público de la interoperabilidad como una herramienta que garantiza el desarrollo de servicios públicos integrados, complementarios y transparentes, así como, la simplificación de los trámites administrativos que sus órganos y entes ejecutan en atención a los requerimientos de los ciudadanos, en pro de la satisfacción de sus necesidades y mejora de las relaciones de éstos con el Estado.

- Finalidad de la Interoperabilidad**
- Artículo 21** A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, la interoperabilidad tiene como fin apoyar la función y gestión pública que desarrollan los órganos y entes del Estado, garantizando la cooperación y colaboración requerida para proporcionar servicios y procesos públicos integrados, complementarios y transparentes, sobre la base del principio de unidad orgánica.
- Acceso e Intercambio de Datos, Información y Documentos**
- Artículo 22** Los órganos y entes del Estado están obligados a permitir entre sí, el acceso, intercambio y reutilización, por medios electrónicos, de los datos de autoría, información y documentos de acceso público que posean, en los términos y condiciones establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.
- Solicitud de Acceso e Intercambio de Datos, Información y Documentos**
- Artículo 23** Los órganos y entes del Estado deberán solicitar, ante el operador de la interoperabilidad, el acceso e intercambio por medios electrónicos, de los datos, información y documentos de acceso público necesarios para la ejecución de los procesos que conforme a la ley tienen atribuidos, en los términos y condiciones establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.
- Elementos de los Sistemas Informáticos**
- Artículo 24** Los órganos y entes del Estado deberán incorporar en sus sistemas informáticos todos los elementos técnicos requeridos por el operador de la interoperabilidad para realizar el proceso de intercambio electrónico de datos, información y documentos.
- Formación Obligatoria**
- Artículo 25** Los órganos y entes del Estado están obligados a formar al personal designado para lograr intercambiar electrónicamente datos, información y documentos, conforme a las políticas y lineamientos que se dicten al efecto.
- Normas Técnicas**
- Artículo 26** Las normas técnicas que dicte el operador de la interoperabilidad son de obligatorio cumplimiento, y comprenden las providencias administrativas de carácter general, instructivos o

circulares enviadas a los órganos y entes del Estado, con el fin de garantizar que sus sistemas y servicios sean interoperables.

**Contenido de las Normas Técnicas**

**Artículo 27** Las normas técnicas que dicte el operador de la interoperabilidad contendrán las directrices e instrucciones de carácter técnico, procedimental, así como todas aquellas que sean necesarias para garantizar un adecuado nivel de interoperabilidad entre los sistemas de información utilizados por los órganos y entes del Estado.

**Normas Técnicas de Seguridad**

**Artículo 28** Las normas técnicas en materia de seguridad de la información para el intercambio electrónico de datos, información y documentos comprenden todas aquellas directrices e instrucciones relacionadas con los elementos técnicos, humanos, materiales, organizativos y de gestión basadas en riesgos tecnológicos.

La autoridad competente en la materia de seguridad de información electrónica será la encargada de dictar las normas técnicas en la materia, en coordinación con el operador de la interoperabilidad.

**Capítulo II**

**De los Servicios de Información Interoperables**

---

**Servicios de Información Interoperables**

**Artículo 29** Los órganos y entes del Estado tienen la obligación de implementar servicios de información interoperables, a fin de permitir el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos, a cualquier órgano o ente del Estado que lo requiera como dato complementario; en los términos y condiciones establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normativa aplicable.

**Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables**

**Artículo 30** Todos los servicios de información interoperables implementados por los órganos y entes del Estado se soportarán sobre la plataforma tecnológica gestionada por el operador de la interoperabilidad.

A los efectos de lo establecido en el presente artículo, los órganos y entes del Estado están obligados a garantizar la disponi-

bilidad de sus sistemas y servicios de información interoperables al operador de la Interoperabilidad.

El Operador de la interoperabilidad deberá garantizar la disponibilidad de todos los servicios de información interoperables a todos los órganos y entes del Estado, para lo cual dispondrá de los mecanismos tecnológicos que se lo permitan.

**Servicios Conocidos**

**Artículo 31** Los servicios de información interoperables deben ser conocidos por los órganos y entes del Estado, promoviendo la racionalización, complementariedad, integración y articulación interinstitucional.

Los órganos y entes del Estado deberán inscribir los servicios de información interoperables ante el Registro Nacional de Servicios de Información, para que sean conocidos por los órganos y entes sometidos a la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

**Disponibilidad y Acceso de los Servicios**

**Artículo 32** Los servicios de información interoperables deberán estar disponibles y de fácil acceso por los órganos y entes del Estado, tomando en cuenta las restricciones, requisitos y obligaciones relativas a las políticas de privacidad, confidencialidad, seguridad y libertad de información.

**Integración de los Servicios**

**Artículo 33** Los servicios de información interoperables deberán ser integrados con otros servicios, promoviendo la creación de nuevos servicios y el reuso de datos, información y documentos de acceso público.

**Seguridad de los Servicios**

**Artículo 34** Los servicios de información interoperables deberán ser seguros, garantizando la privacidad, confidencialidad e integridad de los datos, información y documentos que se intercambien entre los órganos y entes del Estado.

**Estándares Abiertos y Software Libre**

**Artículo 35** Los sistemas de información interoperables y servicios de información deberán ser desarrollados bajo estándares abiertos y software libre.

**Implementación de Servicios de Información Interoperables**

**Artículo 36** Cuando para el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos o entes del Estado, no se encuentre implementado un servicio de información interoperable; cualquier órgano, ente o persona podrá solicitar ante el operador de la interoperabilidad, que dicho servicio sea implementado, a fin de garantizar la ejecución del proceso o trámite administrativo correspondiente.

**Tramitación de la Solicitud**

**Artículo 37** Recibida la solicitud de implementación de un servicio de información interoperable, el operador de la interoperabilidad notificará su contenido al órgano o ente requerido, y se le instruirá para implementar dicho servicio conforme a la normativa aplicable. El operador de la interoperabilidad notificará igualmente al Comité Nacional de la Interoperabilidad del contenido de la solicitud.

**Plan de Implementación**

**Artículo 38** El órgano o ente al cual se le haya solicitado la implementación de un servicio de información interoperable no podrá negarse a ello, y deberá presentar ante el operador de la interoperabilidad un plan para su implementación.

La normativa técnica correspondiente establecerá las condiciones y términos para la tramitación e implementación de los servicios de información interoperables.

**Facultad de Proponer la Implementación de Servicios de Información Interoperables**

**Artículo 39** El operador de la interoperabilidad podrá proponer ante el Comité Nacional de la Interoperabilidad la implementación de los servicios de información interoperables que estime procedente a fin de satisfacer las necesidades de los ciudadanos y optimizar los procesos del Estado.

A los efectos señalados en el presente artículo, el operador de la interoperabilidad presentará al Comité Nacional de la Interoperabilidad la propuesta de plan de implementación de servicios de información interoperables, a fin de garantizar el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado y la gestión de los servicios electrónicos de éstos.

**Resolución de Conflictos**

**Artículo 40** Cualquier conflicto que surja en torno a la implementación de un servicio de información interoperable será resuelto por el Comité Nacional de la Interoperabilidad.

**Capítulo III**

**De la Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables**

---

**Objeto de la Plataforma**

**Artículo 41** La plataforma nacional de servicios de información interoperables concentrará y coordinará los esfuerzos necesarios para garantizar el estándar de interoperabilidad en el Estado venezolano, permitiendo la cooperación, participación, interconexión e integración de los órganos y entes del Estado sobre una plataforma común.

La plataforma nacional de servicios de información interoperables abarca toda la capacidad tecnológica necesaria para que los servicios de información interoperables puedan ser ofrecidos por el operador de la interoperabilidad a todos los órganos y entes del Estado que lo requieran, sin que esto menoscabe los recursos tecnológicos que los órganos y entes del Estado necesiten para poner a la disposición de otros órganos y entes los datos de su autoría.

**Conformación**

**Artículo 42** La plataforma nacional de servicios de información interoperables estará conformada por:

1. Una plataforma de consulta de datos, que contribuirá con la reutilización de datos de autoría, información, documentos y funcionalidades de los órganos y entes del Estado de manera eficiente.
2. Una plataforma de mediación de servicios de información interoperables la cual contribuirá con la mediación y la orquestación de servicios.
3. Un Registro Nacional de Servicios de Información interoperables, que proveerá un único punto de acceso a dichos servicios provistos por los órganos y entes del Estado, fomentando paulatinamente su conocimiento, reutilización, integración e interoperabilidad.

**Capítulo IV**  
**De los Datos, Información y Documentos**

**Obligación de Compartir los Datos, Información y Documentos**

**Artículo 43** Los órganos y entes del Estado están obligados a compartir los datos de autoría, y sólo podrán excusarse de compartir los datos, información y documentos que manejan cuando la ley expresamente así lo limite, a fin de garantizar la protección al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de los ciudadanos y ciudadanas.

La obligación de compartir datos de autoría, información y documentos de acceso público no será exigible cuando la solicitud de éstos sea impertinente, inadecuada o excesiva en relación al ámbito y fines del proceso que se desea ejecutar.

**Certificación Electrónica**

**Artículo 44** Los órganos y entes del Estado deberán hacer uso de la certificación electrónica, a fin de garantizar la integridad y autenticidad de los datos, información y documentos que se intercambien electrónicamente, ya sea que su original se encuentre en medio impreso o electrónico; conforme a las normas técnicas de seguridad de la información que dicte la autoridad competente en la materia.

**Características de los Datos, Información y Documentos**

**Artículo 45** Los datos de autoría, información y documentos que los órganos y entes del Estado se intercambien electrónicamente deberán ser exactos, ciertos, íntegros y actuales.

Los órganos y entes del Estado deberán mantener actualizados electrónicamente los datos de autoría, información y documentos que puedan ser complementarios para otros órganos y entes del Estado.

**Prohibición de exigir Documentos Físicos**

**Artículo 46** Los órganos y entes del Estado no podrán exigir para trámite alguno; la consignación en formato físico, de documentos que contengan datos de autoría o información que se intercambie electrónicamente.

**Uso de los Datos, Información y Documentos**

**Artículo 47** Los datos, información y documentos que los órganos y entes del Estado se intercambien electrónicamente, no podrán emplearse para fines distintos a los solicitados.

No se entenderá incompatible el uso de los datos, información o documentos compartidos electrónicamente, cuando éstos sean empleados para completar procesos de los órganos o entes del Estado propios de sus competencias.

#### **Obligación de Registrar Datos, Información y Documentos**

**Artículo 48** Los órganos y entes del Estado están en la obligación de registrar ante el operador de la interoperabilidad, los datos, información y documentos sobre los cuales tienen autoría conforme a su competencia. Asimismo, deberán registrar cuáles son los datos, información y documentos que requieren para completar los procesos o trámites administrativos que conforme a la ley tienen atribuidos.

#### **Sustanciación Electrónica de Expedientes Administrativos**

**Artículo 49** Los órganos y entes del Estado podrán sustanciar sus actuaciones administrativas, total o parcialmente, por medios electrónicos. Serán aplicables a los expedientes administrativos electrónicos, todas las normas sobre procedimiento administrativo, en la medida en que no sean incompatibles con la naturaleza del medio empleado.

Los funcionarios públicos están obligados a aceptar de los ciudadanos, la consignación de documentos en físico para su incorporación en un expediente electrónico. En tales casos, se procederá a la digitalización de los documentos para su incorporación al expediente electrónico, en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

El expediente administrativo electrónico que resulte de la sustanciación electrónica tendrá la misma validez jurídica y probatoria que el expediente físico.

#### **Firma Electrónica en las Actuaciones Administrativas**

**Artículo 50** Los funcionarios públicos podrán sustituir por firmas electrónicas, el uso de las firmas autógrafas que requieran las actuaciones administrativas, cuando la sustanciación de las actuaciones administrativas se realice total o parcialmente por medios electrónicos.

#### **Digitalización de los Archivos Públicos**

**Artículo 51** Los órganos y entes del Estado deberán proceder a la digitalización de sus archivos. Los mensajes de datos que resulten de la digitalización deberán cumplir con la normativa aplicable a la materia, y serán firmados electrónicamente por el funcionario autorizado para realizar las citadas digitalizaciones con el fin de certificar dichas copias electrónicamente.

La digitalización de los archivos de los órganos y entes del Estado a que se refiere el presente artículo, no afectará ni modificará el documento reproducido, ni implicará un reconocimiento expreso o tácito de que su contenido es válido, sólo dará fe de que el contenido digital es copia fiel y exacta del original.

**Obligación de Conformar un Repositorio Digital**

**Artículo 52** A los fines de lo establecido en los artículos precedentes, los órganos y entes del Estado tienen la obligación de conformar un repositorio digital, en el cual se puedan recuperar los documentos electrónicos por ellos emitidos u obtenidos en los procesos de digitalización. Los documentos contenidos en los repositorios digitales deberán estar identificados por un código unívoco que permita su recuperación. La normativa técnica respectiva establecerá los términos y condiciones para ello.

**Presentación de Datos, Información o Documentos Escritos**

**Artículo 53** Cuando los datos de autoría, información o documentos emanados de los órganos y entes del Estado se encuentren contenidos en un mensaje de dato, sea porque estos han sido digitalizados o han sido tramitados en formato electrónico, y la ley exija que deben constar por escrito; tal requisito quedará satisfecho, cuando el mensaje de dato correspondiente se presente en formato impreso y contenga el código unívoco que lo identifique y permita su recuperación en el repositorio digital institucional correspondiente.

**Valor de los Documentos Impresos**

**Artículo 54** Los funcionarios públicos están en la obligación de recibir y tramitar los documentos que se le presenten en los términos y condiciones señalados en el artículo anterior. El funcionario público validará la autenticidad e integridad del documento a que se refiere este artículo a través de la consulta que realice en el repositorio correspondiente y constate que el mismo es copia fiel y exacta del original.

**Valor de los Datos, Información y Documentos Intercambiados**

**Artículo 55** Los datos, información o documentos intercambiados por medios electrónicos entre los órganos y entes del Estado, se tendrán como válidos y surtirán todos sus efectos legales.

**Solicitud de Datos, Información y Documentos**

**Artículo 56** El órgano o ente que requiera acceder e intercambiar un dato, información o documento electrónicamente, para complementar un proceso o trámite administrativo, presentará su solicitud ante el operador de la interoperabilidad, indicando el órgano o ente a quien se lo solicita y para qué proceso o trámite lo requiere, así como cualquier otra información que estime necesaria.

El operador de la interoperabilidad notificará al órgano o ente a quien se le solicita el dato, información o documento para que permita su acceso e intercambio electrónico dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación. El órgano o ente a quien se le solicita el acceso e intercambio electrónico del dato, información o documento podrá denegar su acceso. La falta de respuesta por parte del órgano o ente se entenderá como una negativa de permitir el acceso e intercambio del dato, información o documento.

**Denegación a los Datos, Información y Documentos**

**Artículo 57** La denegación de acceso a los datos, información y documentos que presente un órgano o ente del Estado, deberá estar justificada en alguna disposición legal y sólo se limitará a lo expresamente establecido en la ley.

Si el dato, información o documento denegado se encuentra en algún documento que contenga datos o información no confidencial, el órgano o ente del Estado deberá separarlo y permitir el acceso e intercambio electrónico de aquellos que no tengan carácter confidencial.

**Notificación de la Denegación**

**Artículo 58** La denegación de acceso a los datos, información y documentos deberá ser notificada por el órgano o ente requerido ante el operador de la interoperabilidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a su solicitud, acompañada de un informe en el cual se expongan los fundamentos que la sustente.

Una vez recibido el informe, el operador de la interoperabilidad pondrá en conocimiento del mismo al órgano o ente que haya solicitado acceder al dato, información o documento, para que este manifieste si ratifica o no su solicitud.

**Decisión**

**Artículo 59** Ratificada la solicitud de acceso e intercambio electrónico del dato, información o documento, el operador de la interoperabilidad convocará a los órganos o entes involucrados a fin de conciliar sus diferencias.

Agotada la fase conciliatoria sin llegar a un acuerdo, el operador de la interoperabilidad remitirá las actuaciones al Comité Nacional de la Interoperabilidad, para que éste, dentro de un lapso de treinta días hábiles, se pronuncie sobre la procedencia o no de la solicitud de acceso e intercambio electrónico del dato, información o documento requerido. El Comité Nacional de la Interoperabilidad podrá en su decisión establecer todas las medidas necesarias para el adecuado y seguro intercambio electrónico del dato, información y documento, de ser el caso.

**Tramitación de oficio**

**Artículo 60** El operador de la interoperabilidad, cuando lo estime conveniente, podrá someter a la consideración del Comité Nacional de la Interoperabilidad, la denegación del acceso a los datos, información y documentos presentada por un órgano o ente del Estado, aun en aquellos casos en los cuales el solicitante no haya ratificado su solicitud.

**Conflictos por el Uso Inadecuado de los Datos**

**Artículo 61** Los conflictos que surjan por el uso inadecuado de los datos, información o documentos intercambiados electrónicamente entre los órganos o entes del Estado serán tramitados por el procedimiento establecido precedentemente.

**Título V**  
**Regimen Sancionatorio**

**Responsabilidad de los Funcionarios Públicos  
o Funcionarias Públicas**

**Artículo 62** Los funcionarios y empleados al servicio de los órganos y entes del Estado, incurrir en responsabilidad civil, penal y administrativa por las infracciones cometidas al presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley, en el ejercicio de sus funciones.

**Infracciones Leves**

**Artículo 63** Independientemente de la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, los funcionarios y empleados al servicio de los órganos y entes del Estado, serán sancionados de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, con multa de veinticinco a

cincuenta Unidades Tributarias por las siguientes infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones:

1. Suministrar al operador de la interoperabilidad o al Comité Nacional de la Interoperabilidad, información inexacta o incompleta sobre aspectos que se le haya solicitado.
2. Demora injustificada en la entrega de la información requerida por el operador de la interoperabilidad o el Comité Nacional de la Interoperabilidad.
3. Alterar o modificar un servicio de información interoperable, sin la autorización previa del operador de la interoperabilidad.
4. Eliminar o deteriorar un servicio de información interoperable, que afecte su calidad.
5. Interrumpir, total o parcialmente, sin causa justificada, un servicio de información interoperable.
6. Exigir la consignación, en formato físico, de documentos que contengan datos de autoría, información o documentos que se intercambie electrónicamente.
7. No registrar ante el operador de la interoperabilidad, los datos, información y documentos sobre los cuales tienen autoría conforme a su competencia.

#### **Infracciones Graves**

#### **Artículo 64**

Independientemente de la responsabilidad a que se refiere el artículo 61, los funcionarios y empleados al servicio de los órganos y entes del Estado, serán sancionados de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, con multa de cincuenta a cien Unidades Tributarias por las siguientes infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones:

1. Alterar el dato, la información o documento proporcionado por los servicios de información interoperables.
2. Emplear para fines distintos a los solicitados, los datos, información o documentos obtenidos a través de los servicios de información interoperables.
3. Negar y obstruir la prestación de un servicio de información interoperable.
4. Incumplir las normas técnicas establecidas por el operador de la interoperabilidad.

5. Negar al operador de la interoperabilidad la información requerida sobre aspectos que éste le haya solicitado.
6. Incumplir las normas técnicas en materia de seguridad de la información.
7. Afectar la disponibilidad e integridad de un servicio de información interoperable.
8. Celebrar, por sí o por intermedio de terceros, acuerdos que tengan por objeto, el intercambio electrónico de datos, información o documentos con otros órganos o entes del Estado, sin la autorización previa del operador de la interoperabilidad.
9. Intercambiar electrónicamente los datos, información y documentos sin hacer uso de la certificación electrónica conforme a la ley.

#### **Inhabilitación**

**Artículo 65** Sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan, la Contraloría General de la República, de manera exclusiva y excluyente, podrá inhabilitar al funcionario público que se niegue, obstruya o retrase, de manera injustificada, la prestación de un servicio de información interoperable, cuando haya sido ordenada por la autoridad competente, conforme al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

### **Título VI**

#### **Disposiciones Finales y Transitorias**

#### **Capítulo I**

##### **Disposiciones Finales**

---

#### **Operador de la Interoperabilidad**

**Primera** El Presidente de la República, a través de Decreto, establecerá el ente que ejercerá las funciones del operador de la interoperabilidad.

#### **Incorporación de Capacidades o Infraestructura**

**Segunda** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se podrán incorporar a la plataforma nacional de servicios de interoperabilidad cualquier otra capacidad o infraestructura tecnológica requerida para

garantizar la optimización de los procesos y trámites que realizan los órganos y entes del Estado.

#### **Inspección y Fiscalización**

**Tercera** Las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes del Estado serán competentes para inspeccionar y fiscalizar los sistemas de información en los órganos y entes del Estado, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas y políticas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y demás normas técnicas aplicables.

#### **Vigencia**

**Cuarta** El presente Decreto entrará en vigencia vencido el plazo de dos años contado a partir de la publicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

### **Capítulo II**

#### Disposiciones Transitorias

#### **Acuerdo Preexistentes**

**Primera** Los acuerdos de acceso e intercambio de datos, información o documentos por medios electrónicos que los órganos y entes del Estado hayan suscrito, con anterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, seguirán surtiendo sus efectos legales hasta tanto el operador de la interoperabilidad lo determine y se haga efectivo el acceso e intercambio de datos, información y documentos por intermedio de él.

#### **Adecuación de Sistemas**

**Segunda** Los órganos y entes del Estado deberán adecuar sus sistemas de información de forma progresiva a las normas y procedimientos establecidos por el operador de la interoperabilidad garantizando el establecimiento de un estándar de interoperabilidad nacional.

#### **Autoridad competente en materia de seguridad de la información**

**Tercera** La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica tendrá la competencia para dictar las normas técnicas en materia de seguridad de la información, hasta que se promulgue la ley que regule la materia.

Dado en Caracas, a los quince días del mes de junio de dos mil doce. Año 202° de la Independencia, 153° de la Federación y 13° de la Revolución Bolivariana.

Cúmplase,  
(L.S.)

*HUGO CHÁVEZ FRÍAS*

Refrendado  
El Vicepresidente Ejecutivo  
(L.S.)

*Elias Jaua Milano*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para el  
Comercio  
(L.S.)

*Edmee Betancourt de García*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular del  
Despacho de la Presidencia  
(L.S.)

*Erika del Valle Farias Peña*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para las  
Industrias  
(L.S.)

*Ricardo José Menendez Prieto*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para  
Relaciones Interiores y Justicia  
(L.S.)

*Tareck El Aissami*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para el  
Turismo  
(L.S.)

*Alejandro Antonio Fleming Cabrera*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para  
Relaciones Exteriores  
(L.S.)

*Nicolás Maduro Moros*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Agricultura y Tierras  
(L.S.)

*Elias Jaua Milano*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular de  
Planificación y Finanzas  
(L.S.)

*Jorge Giordani*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para la  
Educación Universitaria  
(L.S.)

*Marlene Yadira Cordova*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Defensa  
(L.S.)

*Henry de Jesús Rangel Silva*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para la  
Educación  
(L.S.)

*Maryann del Carmen Hanson Flores*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para la  
Salud  
(L.S.)

*Eugenia Sader Castellanos*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para el  
Trabajo y Seguridad Social  
(L.S.)

*María Cristina Iglesias*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para  
Transporte y Comunicaciones  
(L.S.)

*Juan de Jesús García Toussaint*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para  
Transporte Acuático y Aéreo  
(L.S.)

*Elsa Iliana Gutiérrez Graffe*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para  
Vivienda y Hábitat  
(L.S.)

*Ricardo Antonio Molina Peñaloza*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular de Petróleo  
y Minería  
(L.S.)

*Rafael Darío Ramírez Carreño*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para el  
Ambiente  
(L.S.)

*Alejandro Hitcher Marvaldi*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para Cien-  
cia, Tecnología e Innovación  
(L.S.)

*Jorge Alberto Arreaza Montserrat*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Comunicación y la Información  
(L.S.)

*Andrés Guillermo Izarra García*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para las  
Comunas y Protección Social  
(L.S.)

*Isis Ochoa Cañizalez*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Alimentación  
(L.S.)

*Carlos Osorio Zambrano*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Cultura  
(L.S.)

*Pedro Calzadilla*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para el  
Deporte  
(L.S.)

*Héctor Rodríguez Castro*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para los  
Pueblos Indígenas  
(L.S.)

*Nicia Maldonado Maldonado*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para la  
Mujer y la Igualdad de Género  
(L.S.)

*Nancy Pérez Sierra*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Energía Eléctrica  
(L.S.)

*Héctor Navarro Díaz*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para la  
Juventud  
(L.S.)  
*María Pilar Hernández Domínguez*

Refrendado  
La Ministra del Poder Popular para el  
Servicio Penitenciario  
(L.S.)  
*María iris Varela Rangel*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Banca Pública  
(L.S.)  
*Rodolfo Clemente Marco Torres*

Refrendado  
El Ministro del Poder Popular para la  
Transformación Revolucionaria de la  
Gran Caracas  
(L.S.)  
*Francisco de Asis Sesto Novas*



# Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

JUAN CARLOS I  
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.  
Saber: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

## PREÁMBULO

### I

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

### II

A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado en España, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal.

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos

subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

Asimismo, esta Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

Precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea.

Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

### III

El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública. En ningún caso pretende esta norma

encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto.

La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.

Igualmente, la Ley utiliza el término mediador de manera genérica sin prejuzgar que sea uno o varios.

Se tiene presente el papel muy relevante en este contexto de los servicios e instituciones de mediación, que desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación.

Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales. En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

El marco flexible que procura la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados.

La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

Con el fin de facilitar el recurso a la mediación, se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo.

#### IV

El articulado de esta Ley se estructura en cinco títulos.

En el título I, bajo la rúbrica "Disposiciones generales", se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación.

El título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores.

El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.

Finalmente, el título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo.

## V

Las disposiciones finales cohonestan la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales.

Se reforman, así, la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, para incluir entre sus funciones, junto al arbitraje, la mediación, permitiendo así su actuación como instituciones de mediación.

Se operan también una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. Se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de

promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil comprende, por último, la de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución.

Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución.

## VI

Por último, esta Ley reforma la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, con el objetivo de dar satisfacción a las legítimas expectativas de los estudiantes de Derecho que, en el momento de la publicación de aquella Ley, se encontraban matriculados en sus estudios universitarios y, como consecuencia de la publicación de la misma, ven completamente alteradas las condiciones de acceso a las profesiones de abogado y procurador.

Con arreglo a la Ley 34/2006, para obtener el título profesional de abogado o procurador de los tribunales es necesario, además de estar en posesión del título universitario de licenciado en Derecho o del correspondiente título de grado, probar su capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y de carácter oficial que se adquiere a través de cursos de formación acreditados por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación, así como superar una posterior evaluación.

La modificación que se aprueba es congruente con la exposición de motivos de la propia Ley 34/2006, que declara como objetivo no quebrar "las expectativas actuales de los estudiantes de la licenciatura o grado en Derecho". Sin embargo, la *vacatio legis* de cinco años que fijó inicialmente la Ley se ha revelado insuficiente para dar satisfacción a un colectivo de estudiantes que no han podido completar sus estudios en dicho periodo de cinco años. Se trataría de resolver problemas de los estudiantes que se matricularon en licenciaturas de Derecho con anterioridad al 31 de octubre de 2006, momento en el que no se exigían los títulos profesionales para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador y que no han podido finalizar sus estudios en el citado plazo. Por una omisión no querida del legislador, dichos estudiantes sufren una discriminación, puesto que se quiebran las expectativas legítimas que tenían en el momento en el que comenzaron a cursar sus estudios en Derecho. Pero, además, se aprovecha la ocasión para reconocer un régimen especial de acceso al ejercicio profesional para los licenciados en Derecho, cualquiera que sea el momento en que inicien o finalicen sus estudios, atendiendo de este modo a diversas iniciativas planteadas en sede parlamentaria.

Por otra parte, se contempla la situación de los poseedores de títulos extranjeros susceptibles de homologación al título español de licenciado en Derecho, mediante la introducción de una nueva disposición adicional que permite acceder a las profesiones jurídicas a quienes hubiesen iniciado el procedimiento de homologación antes de la entrada en vigor de la Ley.

La futura modificación contemplará la expedición de los títulos profesionales por parte del Ministerio de Justicia.

Además, para acabar con la incertidumbre generada por el apartado 3 de la disposición transitoria única de la citada Ley 34/2006, se introduce una mejora técnica en la redacción aclarando que no es necesario estar en posesión del título de licenciado o grado en Derecho, sino que basta estar en condiciones de obtenerlo, es decir, no es necesario estar en la posesión material del título, sino haber concluido los estudios cuando entra en vigor la Ley. Con ello se salvaguardan los derechos de los licenciados que habiendo finalizado sus estudios, por el retraso o descuido en la solicitud de los títulos a las universidades queden excluidos del ámbito de la disposición transitoria de la Ley.

## TÍTULO I

### Disposiciones generales

**Artículo 1.  
Concepto**

Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

**Artículo 2.  
Ámbito de  
aplicación**

1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones públicas.
- c) La mediación laboral.
- d) La mediación en materia de consumo.

**Artículo 3.  
Mediación en  
conflictos  
transfronterizos**

1. Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que

afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

2. En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

**Artículo 4.  
Efectos de la  
mediación sobre  
los plazos de  
prescripción y  
caducidad.**

La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso.

Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.

La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.

**Artículo 5.  
Las instituciones  
de mediación**

1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.

La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley.

Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando,

al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen.

2. Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

3. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.

## TÍTULO II

### Principios informadores de la mediación

**Artículo 6.  
Voluntariedad y  
libre disposición**

1. La mediación es voluntaria.

2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

**Artículo 7.  
Igualdad de las  
partes e  
imparcialidad de  
los mediadores**

En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

**Artículo 8.  
Neutralidad**

Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.

**Artículo 9.  
Confidencialidad**

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la

información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

**Artículo 10.**  
**Las partes en la**  
**mediación**

1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

**TÍTULO III**

**Estatuto del mediador**

**Artículo 11.**  
**Condiciones**  
**para ejercer de**  
**mediador**

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que

no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

**Artículo 12.  
Calidad y  
autorregulación  
de la mediación**

El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

**Artículo 13.  
Actuación del  
mediador**

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

**Artículo 14.  
Responsabilidad  
de los  
mediadores**

La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

**Artículo 15.  
Coste de la  
mediación**

1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

**TÍTULO IV**

**Procedimiento de mediación**

**Artículo 16.  
Solicitud  
de inicio**

1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:
  - a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la

institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

**Artículo 17.  
Información  
sesiones  
informativas**

1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1.

**Artículo 18.  
Pluralidad  
mediadores**

1. La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores.

2. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

**Artículo 19.  
Sesión  
constitutiva**

1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de

desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

**Artículo 20.  
Duración del  
procedimiento**

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

**Artículo 21.  
Desarrollo de las  
actuaciones de  
mediación**

1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

**Artículo 22.  
Terminación del  
procedimiento**

1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por

terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

**Artículo 23.  
El acuerdo de  
mediación**

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a

escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

**Artículo 24.  
Actuaciones  
desarrolladas  
por medios  
electrónicos**

1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

## TÍTULO V

### Ejecución de los acuerdos

**Artículo 25.  
Formalización  
del título  
ejecutivo**

1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 26.  
*Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación*

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.

Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 27.  
*Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos*

1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

#### **Disposición adicional primera**

##### *Reconocimiento de instituciones o servicios de mediación*

Las instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación.

#### **Disposición adicional segunda**

##### *Impulso a la mediación*

1. Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial.

2. Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes.

**Disposición adicional tercera**

*Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación.*

Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.

**Disposición adicional cuarta**

*Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.*

Los procedimientos de mediación deberán garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. A tal fin, deberán atenerse a lo dispuesto en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

En especial se deberá garantizar la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente del proceso.

Los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 24 de esta Ley deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

**Disposición derogatoria**

Queda derogado el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

**Disposición final primera**

*Modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero,  
de Colegios Profesionales*

La letra ñ) del artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, pasa a tener la siguiente redacción:

«ñ) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente».

**Disposición final segunda**

*Modificación de la Ley 3/1993, de 22 de marzo,  
Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y  
Navegación*

La letra i del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, pasa a tener la siguiente redacción:

- «i) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente».

**Disposición final tercera**

*Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero,  
de Enjuiciamiento Civil*

Se modifican los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los términos siguientes:

**Uno.** El apartado 1 del artículo 19 queda redactado en los siguientes términos:

- «1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero».

**Dos.** Se modifica el artículo 39, que pasa a tener la siguiente redacción:

*«Artículo 39. **Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.***

*El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia».*

**Tres.** El párrafo primero del apartado 1 del artículo 63 queda redactado del siguiente modo:

- «1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción

del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores».

**Cuatro.** Se da nueva redacción al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 65:

«Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación».

**Cinco.** El artículo 66 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 66. *Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o mediación y competencia objetiva.*

1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación.

2. Contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin

perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje o a mediación».

**Seis.** Se modifica la regla 2.<sup>a</sup> del apartado 2 del artículo 206, que pasa a tener la siguiente redacción:

«2.<sup>a</sup> Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvencción, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones.

También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto».

**Siete.** Se añade un apartado 3 nuevo al artículo 335, con la siguiente redacción:

«3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto».

**Ocho.** El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 347 queda redactado de la forma siguiente:

«El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes».

**Nueve.** El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 395 pasa a tener la siguiente redacción:

«Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación».

**Diez.** Se sustituye el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 414 por los siguientes:

«En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa».

**Once.** Los apartados 1 y 3 del artículo 415 pasan a tener la siguiente redacción:

- «1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.  
Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.  
Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.  
En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto».
- «3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.  
Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia».

**Doce.** Se añade una excepción 4.<sup>a</sup> al apartado 3 del artículo 438, con la siguiente redacción:

«4.<sup>a</sup> En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos».

**Trece.** El apartado 1 del artículo 440 queda redactado como sigue:

«El secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte.

En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso

a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304. Asimismo, se prevendrá a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieran a la vista.

La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el secretario judicial a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de tres días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381 de esta Ley».

**Catorce.** El apartado 3 del artículo 443 queda redactado como sigue:

«3. Oído el demandante sobre las cuestiones a que se refiere el apartado anterior, así como las que considerare necesario proponer acerca de la personalidad y representación del demandado, el tribunal resolverá lo que proceda y, si manda proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje».

**Quince.** El número 2 del apartado 2 del artículo 517 pasa a tener la siguiente redacción:

«2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles».

**Dieciséis.** El artículo 518 pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 518. *Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.*

La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución».

**Diecisiete.** Se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539, con la siguiente redacción:

«Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros».

**Dieciocho.** El apartado 2 del artículo 545 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación».

**Diecinueve.** Se modifica el artículo 548:

«Artículo 548. *Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación.*

No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado».

**Veinte.** Se añade un nuevo párrafo al ordinal 1.º del apartado 1 del artículo 550, con la siguiente redacción:

«Cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento».

**Veintiuno.** Se modifica la rúbrica y el párrafo primero del apartado 1 del artículo 556, que pasan a tener la siguiente redacción:

«Artículo 556. *Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación.*

1. Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificarse documentalmente».

**Veintidós.** Se da nueva redacción al ordinal 3.º del apartado 1 del artículo 559:

«3. Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520».

**Veintitrés.** El apartado 3 del artículo 576 queda redactado de la siguiente forma:

«3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas».

**Veinticuatro.** Se da nueva redacción al artículo 580, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 580. *Casos en que no procede el requerimiento de pago.*

Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones del secretario judicial, resoluciones judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso, o acuerdos de mediación, que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes».

#### **Disposición final cuarta**

*Modificación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre,  
sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador  
de los Tribunales*

Se modifican el artículo 2 y la disposición transitoria única y se añaden dos nuevas disposiciones adicionales, octava y novena, a la Ley 34/2006, de 30 de

octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, en los términos siguientes:

**Uno.** Se modifica el apartado 3 del artículo 2, que queda redactado en los siguientes términos:

«Los títulos profesionales regulados en esta Ley serán expedidos por el Ministerio de Justicia».

**Dos.** Se añade una nueva disposición adicional octava, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional octava. *Licenciados en Derecho.*

Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes».

**Tres.** Se añade una nueva disposición adicional novena, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional novena. *Títulos extranjeros homologados.*

Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes en el momento de entrada en vigor de la presente Ley hubieran solicitado la homologación de su título extranjero al de licenciado en Derecho, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que obtengan dicha homologación, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes».

**Cuatro.** Se modifica el apartado 3 de la disposición transitoria única, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho o en condiciones de solicitar su expedición y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan».

**Disposición final quinta**

*Título competencial*

Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Constitución. No obstante lo anterior, la modificación de la Ley 34/2006 se efectúa al amparo del artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> de la Constitución.

**Disposición final sexta**

*Incorporación de normas de la Unión Europea.*

Mediante esta Ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

**Disposición final séptima**

*Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad*

El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes.

**Disposición final octava**

*Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley.*

1. El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.

2. El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir.

Reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores.

**Disposición final novena**

*Evaluación de las medidas adoptadas por la presente Ley*

El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de dos años, un informe sobre la aplicación, la efectividad y los efectos del conjunto de medidas adoptadas por la presente Ley a los efectos de evaluar su funcionamiento.

Dicho informe incluirá asimismo la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales, que, a través de las oportunas iniciativas, mejoren la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

**Disposición final décima**

*Entrada en vigor*

La presente Ley entrará en vigor a los veinte días 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, 6 de julio de 2012.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
MARIANO RAJOY BREY

**BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO**

Núm. 178

Jueves 26 de julio de 2012

**I. DISPOSICIONES GENERALES**

**JEFATURA DEL ESTADO**

**9982** *Corrección de errores de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.*

Advertidos errores en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 162, de 7 de julio de 2012, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones:

En la página 49229, en el artículo 8, donde dice: «... de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.», debe decir: «...de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.».

En la página 49237, en el apartado seis de la disposición final tercera, donde dice: «... Se modifica la regla 2.<sup>a</sup> del apartado 2 del artículo 206,...», debe decir: «... Se modifica la regla 2.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 206,...».

---

## **JURISPRUDENCIA**



# Consideraciones sobre el reciente criterio del Tribunal Supremo de Justicia venezolano respecto al tratamiento de los correos electrónicos impresos como medios de prueba\*

Mileidi Paola Ferrer Castro\*\*  
Jenny Carolina Quintero Mendoza\*\*\*

---

El valor probatorio de los correos electrónicos agregados en forma impresa a las actas procesales ha sido tratado ampliamente por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano (en adelante TSJ). En este artículo se revisa el pronunciamiento emitido por la Sala de Casación Civil en la sentencia del 5 de octubre de 2011<sup>1</sup>. Para cumplir este objetivo se analiza tanto el criterio sobre el valor probatorio de los mensajes de datos impresos, así como algunas inexactitudes técnicas de la referida sentencia en cuanto a la aplicación e interpretación de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>2</sup> (en lo sucesivo LMDFE).

En el caso objeto de análisis, la recurrente denuncia ante el TSJ la supuesta falta de aplicación del artículo 4 de la LMDFE por parte del sentenciador de Alzada, alegando que éste se confundió en la valoración de los correos electrónicos agregados en formato impreso a las actas procesales y que de

---

Recibido: 18/6/2012 • Aceptado: 10/7/2012

\* El presente comentario jurisprudencial es el resultado del trabajo de investigación presentado en la materia "Comercio Electrónico", impartida por la Prof. Mariliana Rico Carrillo en la Maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Católica del Táchira. Agradecemos a la Prof. Rico sus orientaciones y aportaciones en la redacción final de este artículo a efectos de su publicación.

\*\* Abogada egresada de la Universidad del Zulia. Alumna de la Maestría en Derecho Mercantil. Universidad Católica del Táchira (2011-2012)

\*\*\* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira. Alumna de la Maestría en Derecho Mercantil. Universidad Católica del Táchira (2011-2012).

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala de Casación Civil del cinco de octubre de 2011 del TSJ. No. RC. 000460, Expediente 11-237. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/octubre/rc.000460-51011-2011-11-237.html> (Consulta: 30 de junio de 2012).

<sup>2</sup> Decreto No. 1.214, de 10 de febrero de 2001. Publicado en la Gaceta Oficial No. 37.148, de 28 de febrero de 2001.

haber aplicado la disposición en forma correcta se hubieran desestimado tales medios de prueba. Para fundamentar su acción, la recurrente afirma que el juzgador erró en valorar como plena prueba los correos electrónicos impresos, ya que no fueron promovidos ni evacuados según las reglas de la prueba libre, tal como lo establece el artículo 4 de la LMDFE. Lo cierto es que en el caso planteado el sentenciador si aplicó en forma correcta la mencionada disposición, y así lo decidió el TSJ, como veremos seguidamente.

Para fundamentar nuestro análisis es necesario revisar el texto de la citada disposición que al efecto 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 regirá 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.

De la redacción de la norma se desprende que la LMDFE adopta el principio de equivalencia funcional y otorga a los mensajes de datos (categoría a la que pertenecen los correos electrónicos) el mismo valor probatorio de los tradicionales documentos escritos, estableciendo que su tratamiento como medio de prueba se regirá conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

En este caso, la recurrente acertadamente remite a la aplicación del Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup> (en adelante CPC) respecto a lo previsto para la promoción, control, contradicción y evacuación de las pruebas libres en el artículo 395, norma que permite a las partes valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley (principio de libertad probatoria). De acuerdo con esta disposición, estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes. Siguiendo el contenido de este precepto y en concordancia con lo prescrito en el artículo 4 de la LMDFE se deduce que existe equivalencia entre los documentos escritos y documentos electrónicos, por lo tanto, el tratamiento que se les debe dar a éstos últimos, en cuanto a su promoción, control, contradicción y evacuación, debe ser el mismo que el CPC establece para los documentos escritos, tal como lo hizo el sentenciador de Alzada.

El artículo 4 de la LMDFE también establece que la eficacia probatoria del documento electrónico dependerá de la forma en que sea reproducido y agregado

<sup>3</sup> Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial No. 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1.990.

al proceso. Al tratarse de un documento en formato impreso se le otorga el valor probatorio de las copias o reproducciones fotostáticas, mientras que al documento electrónico en formato digital (en CDs, cinta, disco duro, memoria, entre otros) se le atribuye el valor de un documento original. Sobre este aspecto es de destacar que la Sala se refiere a la sentencia de 24 de octubre de 2007 del propio TSJ<sup>4</sup>, donde acertadamente se indica que el soporte original de los mensajes de datos "*...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 la sentencia objeto de análisis se considera una vez más la eficacia probatoria de los correos electrónicos adjuntados en formato impreso a las actas procesales<sup>5</sup>. En esta oportunidad es acertado el criterio de la Sala de Casación Civil al indicar que el valor probatorio de los mensajes de datos en formato impreso es semejante al de las copias o reproducciones fotostáticas, tal y como lo establece el artículo 4 de la LMDFE. En cuanto a los argumentos de la recurrente, la Sala desestima el recurso y reafirma el criterio del sentenciador de Alzada, quien otorgó: "*...pleno valor probatorio a los correos electrónicos al amparo de lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, con base en que los mismos no fueron impugnados en su oportunidad legal*"<sup>6</sup>.

Al analizar el artículo 429 del CPC, la Sala indica que deben reputarse fidedignas las copias fotostáticas o reproducidas por cualquier medio mecánico, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas en la mencionada norma. Esto quiere decir que el hecho que las copias no sean impugnadas por la contraparte en la oportunidad correspondiente hace que se consideren fidedignas, proceso que deberá realizarse en la contestación a la demanda si las copias (o los mensajes de datos impresos) han sido producidos con libelo, o dentro de los 5 días siguientes, si estos documentos se han incorporado al proceso con la contestación o en el lapso de pruebas.

Al regirse por las normas procesales relativas a la valoración de las copias fotostáticas, los correos electrónicos en formato impreso están sometidos al proceso de impugnación, por lo tanto para restar el valor probatorio atribuido por quien los promueve deben ser impugnados por la contraparte en la oportunidad correspondiente, como se indicó anteriormente. En caso de impugnación corresponde la aplicación del último aparte del artículo 429 del CPC, que exige el cotejo con el original o agregar la copia certificada para hacer valer la copia simple previamente incorporada al expediente, o hacer valer el documento original. Al tratarse de un mensaje de datos, el documento original es el que se encuentra en el respectivo soporte electrónico y en el caso de los correos

4 Vid. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 24 de octubre de 2007.

5 Esta situación ya ha sido considerada por el TSJ en anteriores decisiones. Vid. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 5 de marzo de 2007, sentencia de la Sala Político Administrativa de 12 de febrero de 2008 y sentencia de la Sala de Casación Social de 2 de julio de 2010.

6 Sentencia de la Sala de Casación Civil de 5 de octubre de 2011, p. 32.

electrónicos se localiza en el espacio virtual, por ende el cotejo de los mismos se haría accediendo a la cuenta de correo electrónico desde la cual fueron enviados, confrontando los originales con las impresiones de aquellos.

Al tratarse de un documento cuyo original reposa en un formato electrónico, el cotejo deberá acompañarse de una experticia que demuestre que el mensaje de datos no ha sido alterado, ya que de acuerdo con las previsiones de la LMDFE, el análisis de la veracidad del mensaje de datos, en atención a su condición de original, se hará teniendo en cuenta la inalterabilidad del mismo, lo cual sólo puede ser determinado mediante la intervención de un experto, posibilidad prevista en forma expresa en el artículo 429 del CPC. Para garantizar la condición de original, el artículo 7 de la LMDFE establece lo siguiente:

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.

Sobre la base de estas consideraciones estimamos acertado el criterio del sentenciador de Alzada, reafirmado por la Sala Civil del TSJ al otorgar valor de plena prueba a los correos electrónicos agregados en formato impreso a las actas procesales, en su consideración de copias fotostáticas, en el entendido que los mismos no fueron impugnados en el lapso legalmente establecido para tal fin.

Por otra parte, llama la atención la observación que realiza la Sala al indicar: *"La valoración de los mensajes de datos o correos electrónicos, como suelen llamarse también, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas..."* (Subrayado nuestro). Sobre este aspecto resulta necesario señalar que aunque la Sala trata como sinónimos los "mensajes de datos" y los "correos electrónicos", en realidad no lo son. La propia LMDFE define el mensaje de datos en su artículo 2, como: *"Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio"*. El correo electrónico en este sentido es una especie de mensaje de datos y no un sinónimo del mismo. De acuerdo con la citada disposición también entran en la definición legal las páginas web, los mensajes transmitidos mediante sistemas de comunicación cerrados y los mensajes de texto enviados a través de teléfonos móviles, conocidos como SMS (*Short Message System*).

Otro aspecto a resaltar es el referido al funcionamiento de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (en adelante SUSCERTE), sobre la cual, la sentencia objeto del presente análisis, indica:

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

La técnica de redacción empleada por el sentenciador se presta a interpretar que la SUSCERTE no se encontraba en funcionamiento para el momento de la decisión del asunto en cuestión (octubre de 2011), siendo que ésta fue creada desde el año 2001 mediante el Decreto-Ley No. 1.204, de fecha 10 de febrero de 2001, sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Sobre el funcionamiento de SUSCERTE consideramos oportuno mencionar que en febrero de 2007, el ente regulador de los servicios de certificación comenzó a prestar servicios como **Autoridad Certificadora Raíz del Estado venezolano**, encargándose de acreditar a todo *Proveedor de Servicios de Certificación (PSC) que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tal fin*. En virtud de esta función, en julio de 2008 fueron acreditados como PSC la Fundación Instituto de Ingeniería para Investigación y Desarrollo Tecnológico (FII), y la Empresa Proveedores de Certificados PROCERT C.A.<sup>7</sup>.

Es probable que la intención del sentenciador haya sido referirse al funcionamiento de los PSC acreditados por SUSCERTE para el momento en que fueron emitidos y transmitidos los mensajes de datos, cuyas fechas corresponden a diciembre de 2003 y enero de 2004. Aunque para esta fecha no se encontraba acreditado ningún PSC ante SUSCERTE, el órgano certificador sí estaba en funcionamiento.

Igualmente llama la atención que la sentencia se refiera a la valoración de la firma electrónica como elemento necesario para atribuir certeza al mensaje de datos, toda vez que la LMDFE no exige este requisito y que en ningún momento se menciona que los correos electrónicos aportados al proceso hayan sido suscritos mediante esta técnica de autenticación. En este caso también incurre en incongruencia el juzgador al indicar:

...para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como "mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica"...

<sup>7</sup> En la actualidad estos son los únicos PSC que se encuentran facultados para emitir los certificados exigidos para la equiparación de la firma electrónica con la firma manuscrita en todos sus efectos legales. Ambos PSC pueden prestar servicios tanto a la Administración Pública como al sector privado Vid., <http://www.suscerte.gob.ve/index.php/es/certificacion/proveedores-acreditados> (Consulta: 30 de junio de 2012)

De acuerdo con la propia LMDFE lo que hay que valorar para atribuir certeza al mensaje de datos no es el certificado de validez de firma, sino la forma de conservación del documento, además de su integridad y accesibilidad, tal como lo disponen los artículos 7 y 8. El primer apartado artículo 8 de la LMDFE es claro al establecer las condiciones para la equiparación entre los mensajes de datos y los documentos escritos al exigir la conservación y reproducción sin alteraciones de los mensajes de datos, así como todo dato que permita determinar su origen y destino. Lo que la norma prevé es la posibilidad de acudir a un tercero para acreditar tales circunstancias, pero en ningún momento condiciona la validez del mensaje de datos a la existencia del certificado electrónico.

En el caso que la firma electrónica hubiese sido incorporada al documento, consideramos necesario recordar que si bien es cierto que por aplicación del artículo 18 de la LMDFE la firma electrónica certificada un PSC tiene el mismo valor de la firma manuscrita, no lo es menos el hecho que la firma que carezca de certificación será valorada conforme a las reglas de la sana crítica, tal como lo dispone el artículo 17: "La firma electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica".

Concluyendo con nuestro comentario, y a pesar de las incongruencias indicadas, coincidimos con el criterio de la Sala de Casación Civil del TSJ que estima que el juzgador de Alzada si aplicó correctamente el artículo 4 de la LMDFE al atribuir pleno valor a los correos electrónicos impresos, siguiendo la aplicación de los principios que rigen la promoción y evacuación de las pruebas libres, toda vez que los mismos en su consideración de pruebas documentales, fueron incorporados al expediente en el momento procesal adecuado (junto con el escrito de contestación de la demanda), tal como se establece para las copias fotostáticas, sin que fueran objeto de impugnación por la parte contraria en la oportunidad procesal correspondiente.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

## SALA DE CASACIÓN CIVIL

Exp. Nro. AA20-C-2011-000237  
Ponencia de la Magistrada ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

En el juicio por cumplimiento de contrato e indemnización por daños y perjuicios, seguido por la sociedad mercantil **TRANSPORTE DOROCA C.A.**, representada judicialmente por los abogados Gustavo Adolfo Anzola Crespo, Miguel Adolfo Anzola Crespo y José Antonio Anzola Crespo, contra la sociedad mercantil **CARGILL DE VENEZUELA S.R.L.**, representada judicialmente por los abogados Jhoel Saúl Ortega López e Ivor Ortega Franco; el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Lara, dictó sentencia el día 16 de marzo de 2011, mediante la cual declaró sin lugar la apelación interpuesta por la demandante y sin lugar la demanda propuesta. De esta manera, confirmó la

decisión apelada dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial, de fecha 13 de mayo de 2008.

Contra la referida decisión de la alzada, el accionante anunció recurso de casación, el cual fue admitido mediante auto de fecha 6 de abril de 2011 y posteriormente fue formalizado en tiempo oportuno. Hubo impugnación.

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:

## RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD ÚNICA

De conformidad con el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 12, 15 y 243 en su ordinal 5° del mismo Código, sustentado en lo siguiente:

“...Ciudadanos Magistrados, nuestro proceso está regulado por etapas donde unas a otras se relacionan por el régimen de preclusión, de modo que los actos del proceso tienen asignada UNA OPORTUNIDAD ESPECÍFICA, que prela y es prelada por otras, asumiendo las partes la carga de cumplir dichos actos en el plazo legal correspondiente, establecido en la ley. Vencida la oportunidad para determinado acto, precluye irremediamente la posibilidad de actuar conforme a ellos.

Respecto a la denuncia indicada en el presente recurso, se observa que el demandante tiene el derecho de alegar en su libelo de la demanda “TODO” lo que considere a bien deducirla en juicio, pero sólo allí, ASÍ COMO EL DEMANDADO DEBE ALEGAR TODO lo que a bien considere; por así disponerlo nuestro ordenamiento jurídico, pues las PARTES EN JUICIO ESTABLECEN LOS LÍMITES JURISDICCIONALES AL JUEZ, señalando “TODO” lo que debe juzgar, y “SÓLO” lo que debe juzgar.

Cualquier otra pretensión indicada con posterioridad a la finalización de la fase alegatoria, así como la falta de pronunciamiento sobre alguno de los puntos contenidos en la “litis de la controversia”, escapa del mérito de la causa.

En efecto, el juez de la sentencia recurrida violó los dispositivos legales denunciados, pues en su fallo sentenció en forma distinta a lo alegado y probado en el presente asunto, infringiendo con tal proceder, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, pues no se atuvo a lo “alegado y probado en los autos”.

En efecto ambas partes aceptaron y por tanto escapa del debate probatorio que 1) el (sic) unía un contrato y 2) que fue resuelto “anticipada y unilateralmente por la demandada. Es tan claro ello que la recurrida indica acertadamente:

“Así las cosas, siendo que las partes tienen la carga de probar todas sus afirmaciones, el demandante debe probar los daños y perjuicios causados con sus respectivos requisitos legales para que puedan prosperar los daños y perjuicios alegados, mientras que la parte demandada debe probar el incumplimiento del contrato atribuido a la demandante y así se establece”.

Siendo ello, tan claro, la recurrida debió en la aplicación de lo alegado y probados en autos determinar qué elementos de pruebas existían en autos para determinar que la parte demandada, en Este caso CARGILL DE VENEZUELA, pudo en forma anticipada resolver el contrato.

En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida no fue dictada con apego a lo alegado y probado en autos, sacando el juez de la recurrida elementos de convicción fuera de estos, establece que elementos de alegación y pruebas los correos electrónicos enviados a mi representada, SEÑALANDO QUE ELLOS

POR SÍ SÓLO PROBABAN QUE MI REPRESENTADA INCUMPLIÓ EL CONTRATO Y QUE EN CONSECUENCIA QUEDABA AUTORIZADA LA EMPRESA CARGIL L A RESOLVER EL CONTRATO EN FORMA UNILATERAL. ES DECIR, LE OTORGA AUTORIZACIÓN A UNA EMPRESA PARA QUE RESUELVA UN CONTRATO, CUANDO ESTO SERÍA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL.

Esta forma de sentenciar hace que la recurrida incurra en su sentencia en un vicio de INCONGRUENCIA POSITIVA ya que el fallo contiene más de lo pedido por las partes: “*neeat iudex ultra petita partium*”, la sentencia se fundamenta en situaciones de hechos que las partes NO HAN ALEGADO lo que afecta la misma de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil.

Es igualmente absurdo, que el contenido de los correos enviados por parte de la empresa CARGILL DE VENEZUELA, comprueben por sí sólo el incumplimiento de parte de mi representada de las obligaciones que impone la ley y sean ellos el medio de pruebas únicos de los demandantes, es decir, fabrican la prueba, no tiene posibilidad de control y al decir de la recurrida es suficiente para comprobar la carga de la prueba por ellos asumida al invertir la carga probatoria.

La incongruencia positiva de la cual adolece la sentencia recurrida se evidencia de su propio contenido al expresar lo contrario a lo probado en autos, y sacar elementos de convicción que ninguna de las partes no sólo no alegó, sino que tampoco fue probado (que eran suficientes los correos como medio de prueba)

Es importante destacar que si el juez de la recurrida hubiera profundizado en el análisis de argumentación y observado los elementos que corren en los autos, de seguro hubiera revisado los términos de su sentencia, concluyendo de esta forma que jamás se ALEGÓ Y MENOS SE PROBO QUE LOS CORREOS ERAN LOS MEDIOS DE PRUEBAS DE QUE MI REPRESENTADO INCUMPLIÓ EL CONTRATO ningún hecho que sirvió de base para su fallo, que por lo demás, en los autos CONSTABA EXACTAMENTE LO CONTRARIO. Por las razones expuestas solicito respetuosamente a la Sala se sirva declarar la Nulidad de la Sentencia Recurrida...”. (Mayúsculas del formalizante).

El formalizante indica que la sentencia recurrida está inficionada del vicio de incongruencia del fallo, con soporte en que el juez superior “...*en su fallo sentenció en forma distinta a lo alegado y probado en el presente asunto... pues no se atuvo a lo “alegado y probado en los autos...”*, y en este sentido, sostiene que al haber señalado el juez que los correos electrónicos enviados por la accionante “...*POR SÍ SÓLO PROBABAN QUE MI REPRESENTADA INCUMPLIÓ EL CONTRATO Y QUE EN CONSECUENCIA QUEDABA AUTORIZADA LA EMPRESA CARGIL L A RESOLVER EL CONTRATO EN FORMA UNILATERAL. ES DECIR, LE OTORGA AUTORIZACIÓN A UNA EMPRESA PARA QUE RESUELVA UN CONTRATO, CUANDO ESTO SERÍA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL...*”, hace que el fallo contenga más de lo pedido, pues la sentencia se fundamenta en situaciones de hechos que las partes

no han alegado lo que afecta la misma de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil. (Subrayado de la Sala).

La Sala, para decidir observa:

El artículo 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, contiene el requisito de congruencia del fallo, el cual establece que toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.

En concordancia con la referida norma, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, dispone, entre otros asuntos, que el juez debe decidir conforme a todo lo alegado y sólo lo alegado en autos, sin suplir excepciones o argumentos de hecho no formulados por las partes, lo cual constituye una reiteración del principio dispositivo que caracteriza el procedimiento civil en nuestro ordenamiento jurídico.

Las anteriores disposiciones, sujetan el pronunciamiento del juez a todos los alegatos formulados por las partes, sin que le sea posible dejar de decidir alguno de ellos (incongruencia negativa), o por el contrario, extender su decisión sobre excepciones o argumentos de hechos no formulados o excederse en lo solicitado por las partes en el proceso (incongruencia positiva). (Ver, entre otras, sentencia del 26 de octubre de 2010, caso: Alexander José Rodríguez Pinto y otros contra Grupo Tropicalia C.A.).

Ahora bien, en el presente caso, la Sala observa que la formalizante señala que la recurrida está inficionada del vicio de incongruencia positiva, al haber señalado en la sentencia de alzada que los correos electrónicos enviados por la accionante “...*POR SÍ SÓLO PROBABAN... [QUE LA ACTORA] INCUMPLIÓ EL CONTRATO Y QUE EN CONSECUENCIA QUEDABA AUTORIZADA LA EMPRESA CARGILL A RESOLVER EL CONTRATO EN FORMA UNILATERAL, ES DECIR, LE OTORGA AUTORIZACIÓN A UNA EMPRESA PARA QUE RESUELVA UN CONTRATO, CUANDO ESTO SERÍA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL...*”, hace que el fallo contenga más de lo pedido, pues la sentencia se fundamenta en situaciones de hechos que las partes no han alegado lo que afecta la misma de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil.

A fin de verificar si está presente en la sentencia de alzada el vicio de incongruencia alegado por la formalizante, la Sala evidencia que la empresa accionada CARGILL DE VENEZUELA S.R.L., en el momento de contestar la demanda, alegó lo siguiente:

“...rechazo y contradigo la presente demanda tanto en los hechos como en el derecho, por no ser ciertos los primeros, y, por no tener asidero legal-contractual, los segundos.

En efecto, es cierto que entre la demandante y mi conferentes se celebró un contrato, el cual está autenticado en la Notaría Pública Décimo Novena del Municipio Libertador, de fecha 5 de junio del año 2003, anotado

bajo el N° 21, tomo 28 de los libros de autenticaciones llevados por esa Notaría y por ante la Notaría Pública Primera de Barquisimeto, en fecha 3 de julio del año 2003, inserto bajo el N° 67, Tomo 42, de los libros de autenticaciones llevados por esa Notaría, mediante el cual la actora se comprometió, a sus únicas y exclusivas expensas, usando su propio personal y con vehículos de carga propios o de terceros, utilizados a su propia cuenta y riesgo a transportar con carácter de exclusividad todos los productos y/o carga que la demandada despachara o generare desde su centro de distribución, ubicado en la ciudad de Barquisimeto, estado Lara, y ubicado este en la zona industrial uno, calle 28 entre carreras 4 y 5, galpones 28 y 29, y hacia los destinos que se indicaran expresamente. Igualmente, se comprometió la demandante, a cargar y transportar los productos que le señalara la demandada, cualquier día continuo de la semana de lunes a domingos, previo requerimiento por escrito, lo cual se hace diariamente, debiendo la demandante, entregar los productos transportados a cualquier destino en el tiempo previsto, así mismo, la demandante se obligó contractualmente a mantener una cantilla suficiente de vehículos o contratar vehículos propiedad de terceros para satisfacer los requerimientos de transporte de acuerdo a la planificación mensual de fletes, siendo que de no cumplirse con dicho compromiso, la demandada podría optar entre terminar anticipadamente el contrato o contratar otros transportistas, por lo que la demandante aceptó no reclamar ningún pago por indemnización de daños y perjuicios, por ese concepto, así mismo convino, que si la demandada decidiera contra-

tar otras compañías transportistas para suplir el incumplimiento de la demandante, la demandante se obligó y aceptó pagar a la demandada una cantidad de dinero equivalente a lo que últimamente se pagare a los terceros transportistas, lo cual podrá hacer la demandada mediante compensación de cualquier pago que por cualquier concepto debía hacer la demandada a la demandante.

### ...Omissis...

La cláusula séptima, del contrato fue transcrita parcialmente por la demandante, razón por la cual copio su texto con exactitud, el cual es del tenor siguiente: “el presente contrato tendrá una vigencia desde la fecha de otorgamiento de este documento y hasta el día 30 de mayo de 2004, prorrogable de pleno derecho por periodos de un (1) año, salvo que cualquiera de las partes manifieste por escrito a la otra su voluntad de no prorrogarlo, con por lo menos noventa (90) días continuos de anticipación al vencimiento del término original de vigencia o al de cualquiera de sus prórrogas, si las hubiere. No obstante lo anterior, cualquiera de las partes podrá terminar anticipadamente este contrato en cualquier momento dentro del plazo inicial o el de cualquiera de sus prórrogas, si las hubiere, mediante comunicación expresa y escrita dirigida a la otra parte, con por lo menos noventa (90) días continuos de anticipación a la fecha en que deba producirse la referida terminación anticipada, sin que tal terminación prematura haga acreedora a la otra parte de indemnizaciones de daños y perjuicios y manteniendo en todo caso plena validez y vigor, hasta su definitivo cumplimiento, las obligaciones

válidamente contraídas antes de la fecha en que se notifique la terminación anticipada.

**...Omissis...**

La cláusula décimo quinta del contrato establece “sin perjuicios del ejercicio por parte de CARGILL (la demandada) de las acciones que le correspondan para la indemnización de daños y perjuicios que sufriere CARGILL, podrá terminar anticipadamente este contrato, inmediatamente después de notificar a DOROCA (la demandante) y sin necesidad de resolución judicial, en caso de que ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1) Disolución, liquidación, concurso, atraso o quiebra de DOROCA (la demandante); 2) Embargo, secuestro, confiscación y otra medida judicial similar contra los activos de DOROCA, cuyas consecuencias hagan imposible o menoscaben significativamente la ejecución del objeto de este contrato, siempre que dichas medidas no se levanten dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a partir de la fecha de ejecución; y 3) Incumplimiento de las disposiciones de este contrato por parte de DOROCA, cuando dicho incumplimiento no fuere subsanado dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que CARGILL lo solicitare por escrito”.

Ahora bien, ciudadano juez, las violaciones a las disposiciones contractuales dieron lugar a que, conforme consta de comunicaciones de fechas 27/12/2003, 21/01/2004 y 10/01/2004, recibidas personalmente y de puño y letra por el representante legal-director principal de la demandante, Francisco Javier Oropeza Noda, titular

de la cédula de identidad N° 7.317.374, que anexo marcadas “a”, “b” y “c”, donde mi conferente participara a DOROCA (la demandante), el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, siendo que al no haber subsanado o corregido sus faltas en el plazo de diez (10) días hábiles, como quedó convenido en el numeral 3 de la cláusula decimoquinta, justificaba y procedía la notificación que se le hiciera a DOROCA (la demandante) en fecha 4 de febrero del año 2004, de igual manera recibidas personalmente y de puño y letra por el representante legal-director principal de la demandante, Francisco Javier Oropeza Noda, antes identificado, expresándosele la voluntad de terminar o extinguir anticipadamente el contrato de transporte, a que he venido haciendo referencia, pues era evidente que DOROCA (la demandante) había perdido todo interés en cumplir con sus obligaciones, siendo que no hizo uso del mencionado plazo para enmendarse. Ello causaba inmenso perjuicio económico y trastocaba los intereses y compromisos contraídos con los clientes de mi conferente.

Por tanto, ciudadano juez, no es cierto el aserto de la parte actora, el cual rechazo, de que en plena ejecución del contrato, sin que mediare ninguna razón legal ni contractual, ni ningún incumplimiento de su parte, mi conferente hubiese arbitrariamente notificado el 4/2/2004 su voluntad de resolver y terminar anticipadamente el contrato, pues, ello estuvo precedido de sendas notificaciones respecto a su inaceptable incumplimiento contractual, las cuales fueron evidentemente desatendidas o ignoradas olímpicamente por la demandante...”. (Mayúsculas de la demandada)

Como se evidencia de la anterior transcripción parcial de la contestación de la demanda, CARGILL DE VENEZUELA S.R.L., alegó al momento de incorporarse al proceso que en dicho contrato, TRANSPORTE DOROCA C.A., se comprometió a cargar y transportar los productos que le señalara la demandada, cualquier día continuo de la semana de lunes a domingo, previo requerimiento por escrito; asimismo, alega que la demandante se obligó contractualmente a mantener una cantidad suficiente de vehículos o contratar vehículos propiedad de terceros para satisfacer los requerimientos de transporte de acuerdo a la planificación mensual de fletes, siendo que de no cumplirse con dicho compromiso la demandada podría optar entre terminar anticipadamente el contrato o contratar otros transportistas, para lo cual la demandante aceptó no reclamar ningún pago por indemnización de daños y perjuicios.

En este mismo orden, la demandada dio por reproducida las cláusulas séptima y décima quinta del contrato en su totalidad, de las cuales alegó que en virtud de lo allí convenido, el contrato podía rescindirse anticipadamente, después de notificada a DOROCA y sin necesidad de resolución judicial, en caso de que ocurriera cualquiera de los siguientes supuestos: 1) Por disolución, liquidación, concurso, atraso o quiebra de DOROCA; 2) Por embargo, secuestro, confiscación y otra medida judicial similar contra los activos de DOROCA, cuyas consecuencias hagan imposible o menoscaben significativamente la

ejecución del objeto de este contrato, siempre que dichas medidas no se levanten dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a partir de la fecha de ejecución; y 3) Por incumplimiento de las disposiciones de este contrato por parte de DOROCA, cuando dicho incumplimiento no fuere subsanado dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que CARGILL lo solicitare por escrito.

Adicionalmente, esta Sala observa que la demandada CARGILL DE VENEZUELA S.R.L., alegó que las violaciones a las disposiciones contractuales dieron lugar a que emitiera comunicaciones de fechas 27/12/2003, 21/1/2004 y 10/1/2004, las cuales fueron recibidas personalmente y de puño y letra por el representante legal y director principal de TRANSPORTE DOROCA C.A., ciudadano FRANCISCO JAVIER OROPEZA NODA, donde ésta le notificaba el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, siendo que al no haber subsanado o corregido sus faltas en el plazo acordado de diez (10) días hábiles como quedó establecido en la cláusula décimo quinta del contrato, procedía la voluntad de extinguir anticipadamente el contrato de transporte, ya que ello causaba un gran perjuicio a los clientes de CARGILL.

Por su parte, el sentenciador de alzada estableció en la sentencia de mérito, lo que a continuación se transcribe:

“...Ahora bien, ante el argumento de la parte actora, de que la misma cumplió con todas sus obligaciones derivadas del contrato y que en plena

ejecución del mismo, sin que mediara ninguna razón legal y contractual, con fecha 04 de febrero del 2004, a través del vicepresidente de la compañía demandada dirigió comunicación escrita en la que informaba que su representada CARGILL DE VENEZUELA C.A. decidió resolver y terminar anticipadamente el contrato, la parte demandada se excepciona alegando que ella podía terminar unilateralmente el contrato, después de notificarle a DOROCA C.A. cuando ésta última incumplió con las disposiciones del contrato, luego que se le notificare dicho incumplimiento y no subsanare el mismo, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de dicho incumplimiento, hechos que según la parte demandada le fue notificada los días 27/12/2003, 21/1/2004 y 10/1/2004, motivo por el cual el 04/12/2004 le manifestó la decisión anticipada de terminar el contrato al demandante.

En este sentido le toca a la parte demandada probar dichos alegatos los cuales fueron realizados en la contestación de la demanda de que unilateralmente dio por terminado el contrato, en virtud del incumplimiento del demandante. Ahora bien, el contrato en una convención entre dos o más personas, para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico (artículo 1.133 Código Civil), siendo la consecuencia de ello que tienen fuerza de ley entre las partes, significando la obligatoriedad de su cumplimiento entre las mismas so pena de incurrir en la correspondiente responsabilidad civil, por cumplimiento y, que no puede revocarse sino por mutuo consentimiento y por las causas autorizadas por la ley, también debe considerarse que los mismos se ejecutan de buena fe y

obligan no solamente a cumplir lo expresado en los contratos mismos según la equidad, el uso o la ley conforme a lo establecido en el artículo 1.160 del Código Civil, de igual manera en la interpretación del contrato, debe tomarse en cuenta la aplicación de principios contenidos en normas expresas establecidas por el Legislador. Así tenemos que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: "...En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad, o deficiencia, los jueces se atenderán 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 finalmente establece el artículo 1.167, que "El contrato bilateral si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede, a su elección, reclamar la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello".

En el presente caso, se trata de determinar cuál de las partes ha dado lugar al incumplimiento del contrato que consta en autos y para ello es necesario referirse a las cláusulas principales del mismo. En efecto, la cláusula segunda del contrato y su parágrafo primero señalan la obligación de la parte actora, mientras dure la vigencia del contrato mantener una cantidad suficiente de vehículos de carga propios para satisfacer la planificación previa mensual de fletes de CARGILL, debiendo DOROCA sub-contratar a su propia cuenta y riesgo otros vehículos de carga propiedad de terceros, cuando por cualquier causa no tuvieren una cantidad suficiente de vehículos propios de carga para satisfacer la referida planificación previa mensual

de CARGILL, siendo que de no cumplir DOROCA en cualquier momento y por cualquier causa, con la citada obligación, quedaría facultada la empresa CARGILL para terminar anticipadamente el contrato según los términos mencionados en cláusulas posteriores, no pudiendo la demandante solicitar el pago de indemnización compensatoria de daños y perjuicios. De la misma manera establece la cláusula séptima que si bien el contrato tendría una duración de un año hasta el 30/5/2004, cualquiera de las partes podría terminarlo anticipadamente con una notificación previa al menos de noventa (90) días, ahora bien, la cláusula decimoquinta establece que:

“Sin perjuicio del ejercicio por parte de CARGILL, de las acciones que le correspondan para la indemnización de daños y perjuicios que sufiere, CARGILL podrá terminar anticipadamente este contrato, inmediatamente después de notificar a DOROCA y sin necesidad de resolución judicial, en caso que ocurra cualquiera de los siguientes supuestos.

1. Disolución, liquidación, concurso, atraso o quiebra de DOROCA.

2. Embargo, secuestro, confiscación u otra medida similar contra los activos de DOROCA, cuyas consecuencias hagan imposible o menoscaben significativamente la ejecución del objeto de este contrato, siempre que dichas medidas no se levanten dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes de la fecha de ejecución.

3. Incumplimiento de las disposiciones de este contrato por parte de DOROCA cuando dicho incumplimiento no fuere subsanado dentro de los diez (10) días hábiles siguientes

a la fecha en que CARGILL lo solicitare por escrito”.

También la cláusula novena establece que las notificaciones que las partes deban darse por virtud del contrato se realizarán por escrito y se entregaran en las direcciones estipuladas ya sea personalmente, mediante telegrama con acuse de recibo u otro medio de notificación fehaciente.

Ahora bien, consta en autos que la parte demandada haciendo uso de las cláusulas constitutivas del contrato a través de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 manifestó su inconformidad a la actora, respecto a la manera de ejecución del contrato, siendo que en el primer correo informa al actor del déficit de camiones, ya que en la actualidad cuentan con 4 camiones 350 de 14 que están creados, 20 camiones 600 de 39 que están creados, 9 camiones 750 de 24 que están creados, recalando que dicha inconformidad la tienen motivado a que en los últimos 4 meses no cuenta con la flota necesaria para cumplir con los requerimientos de la operación, todos los meses, todos los días, en el segundo correo electrónico hacen alusión a la tardanza en la llegada de los camiones que no llegan a tiempo, del tiempo suficiente que disponen para cargarlos de día, lo que implica gastos adicionales para el personal que no se justifican debido a que en el día sobra tiempo para hacerlo, por lo que sugiere que la empresa DOROCA tome las medidas mecánicas para un cumplimiento. Las expresadas comunicaciones no fueron contradichas o desconocidas por la demandante, las cuales ya fueron valoradas y ello le permite concluir a éste juzgador que la empresa TRANSPORTE DOROCA C.A., incumplió la cláusula segunda

del contrato y su párrafo primero de proveer de la cantidad suficiente de vehículos propios de carga para satisfacer la referida planificación mensual de la empresa CARGILL; así se declara.

Ahora bien, como quedó plasmado precedentemente la parte demandada notificó en fecha 4 de febrero de 2004 a la empresa DOROCA, C.A. la terminación anticipada del contrato y siendo que la actora tenía, de acuerdo al numeral 3° de la cláusula décimo tercera del contrato la oportunidad de subsanar las irregularidades informadas por la empresa CARGILL, C.A., en la cual manifestó su inconformidad a través de correos enviados de fechas 10/1/2004, 21/1/2004 y 27/12/2003 y no consta que la haya realizado en dicho lapso, es por lo que resulta tempestiva la comunicación enviada a la empresa DOROCA, en la fecha ya indicada del 4 de febrero de 2004, de dar por terminado el contrato de acuerdo a lo establecido en los términos expresados en el contrato de marras, así se declara...”. (Mayúsculas de la alzada).

Se evidencia de la transcripción parcial del fallo anterior, que el juzgador de alzada, resolvió que la parte demandada notificó en fecha 4 de febrero de 2004, a la empresa TRANSPORTE DOROCA C.A., la terminación anticipada del contrato y siendo que la actora tenía, de acuerdo con el numeral 3° de la cláusula décimo tercera del contrato, la oportunidad de subsanar las irregularidades informadas por la empresa CARGILL DE VENEZUELA S.R.L., en la cual manifestó su inconformidad a través de los correos enviados en fechas 10/

1/2004, 21/1/2004 y 27/12/2003, sin que conste las haya realizado en dicho lapso, resulta para el sentenciador tempestiva la comunicación enviada a la demandada el 4 de febrero de 2004, que informaba la rescisión del contrato de transporte suscrito por las partes para la distribución con carácter de exclusividad de productos y de carga que la empresa demandada quisiera despachar hacia el resto del país.

Se observa manifiestamente de la transcripción precedente de la sentencia recurrida, que lo establecido por el juez superior acerca de la rescisión anticipada y unilateral del contrato, fue la respuesta que éste dio al alegato de la demandada esgrimido en la contestación respecto a que la demandante incumplió sus obligaciones contractuales al no mantener las flotas de camiones convenidas para el transporte de su mercancía, ni tampoco realizar los cambios necesarios para el óptimo desempeño en esa labor, los cuales habían sido notificados oportunamente mediante comunicaciones fechadas 27/12/2003, 21/1/2004 y 10/1/2004. De acuerdo a lo convenido, TRANSPORTE DOROCA C.A., tenía diez días hábiles para la subsanación de los problemas generados con el transporte de la carga, lo que para la fecha de la rescisión del contrato no habían sido resueltos, generando grandes pérdidas y problemas para la empresa, debido a dicho incumplimiento.

Por consiguiente, muy por el contrario de lo que sostiene la recurrente, el juez superior no se excedió en los límites de su oficio, extendiendo su

decisión sobre excepciones o argumentos de hechos no formulados o solicitados por las partes en el proceso, esta Sala considera que debe desestimarse, por ser a todas luces

improcedente, la denuncia de infracción del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, planteada por la formalizante. Así se establece.

## RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

### I

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente plantea su primera denuncia de fondo, de la siguiente manera:

“...La recurrida incurrió en la suposición falsa denunciada cuando indicó expresamente:

“Ahora bien, consta en autos que la parte demandada haciendo uso de las cláusulas constitutivas del contrato a través de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 manifestó su inconformidad a la actora, respecto a la manera de ejecución del contrato, siendo que en el primer correo informa al actor del déficit de camiones, ya que en la actualidad cuentan con 4 camiones 350 de 14 que están creados, 20 camiones 600 de 39 que están creados, 9 camiones 750 de 24 que están creados, recalcando que dicha inconformidad la tienen motivado a que en los últimos 4 meses no cuenta con la flota necesaria para cumplir con los requerimientos de la operación, todos los meses, todos los días, en el segundo correo electrónico hacen alusión a la tardanza en la llegada de los camiones que no llegan a tiempo, del tiempo suficiente que disponen para cargarlos de día, lo que implica gastos adicionales para el personal que no se justifican debido a que en el día sobra tiempo para

hacerlo, por lo que sugiere que la empresa DOROCA tome las medidas mecánicas para un cumplimiento. Las expresadas comunicaciones no fueron contradichas o desconocidas por la demandante, las cuales ya fueron valoradas y ello le permite concluir a este juzgador que la empresa TRANSPORTE DOROCA C.A., incumplió la cláusula segunda del contrato y su parágrafo primero de proveer de la cantidad...”. (Mayúsculas de la formalizante).

Constata la Sala de la lectura del escrito que encabeza la primera denuncia por infracción de ley, que una vez la formalizante señaló que “*la recurrida incurrió en suposición falsa*”, prosiguió con la transcripción de la sentencia recurrida, y en esta labor, sin explicación alguna y de manera casi estrepitosa cortó la idea y finalizó la narración sin llegar a ninguna conclusión, desenlace o explicación de lo que pretendía denunciar. Pareciera que la denuncia resultó más bien ser un error de impresión o que por algún u otro motivo la formalizante se equivocó a la hora de incorporar o desincorporar parte del texto que fundamentaba la denuncia, pues la verdad es que de su lectura no emerge ninguna idea ni denuncia en concreto, que permita a

esta Sala entender lo que se pretendía delatar.

En todo caso, esta Sala ha establecido de manera reiterada, cuál es la técnica que debe cumplir el formalizante para denunciar ante esta Sala el vicio de suposición falsa.

En ese sentido, ha expresado que la suposición falsa consiste en la afirmación de un hecho positivo y concreto, que resulta falso o inexacto, porque el juez atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dio por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo.

Precisamente por constituir un motivo autónomo y distinto de casación, la Sala ha indicado que la adecuada fundamentación de alguno de los casos de suposición falsa comprende: a) indicación del hecho positivo y concreto que el juzgador haya dado por cierto valiéndose de una falsa suposición; b) indicación específica de cuál de los tres casos de suposición falsa se refiere la denuncia; c) señalamiento del acto o instrumento cuya lectura patentice la falsa suposición; d) indicación y denuncia del texto o de los textos aplicados falsamente, porque el juez da por cierto un hecho valiéndose de una suposición falsa; e) especificación de las normas que dejaron de ser aplicadas con motivo de la suposición falsa, y f) la exposición de las razones que demuestren que la infracción cometida es determinante en el dispositivo de la sentencia.

En efecto, entre otras decisiones, en sentencia del 20 de noviembre de 2006, caso: Micro Computer Store contra Mariana Martín Capriles y otra, expediente N° 05-448, esta Sala de Casación Civil, ratificando criterio anterior, puntualizó lo siguiente:

“...en lo relativo al segundo punto que se propuso abordar el presente fallo –la técnica de formalización de la suposición falsa–, esta Sala de Casación Civil establece los siguientes requisitos: a) por cuanto la falsa suposición constituye un vicio de juzgamiento configurativo de un error *facti in iudicando* de hecho propiamente dicho, se precisa encuadrar la denuncia en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 320 *eiusdem*; b) por cuanto la suposición falsa consiste en dar por demostrado un hecho positivo, particular y concreto sin el apropiado respaldo probatorio, debe indicarse el mismo en el contexto de la denuncia; c) por cuanto existen tres sub-hipótesis de suposición falsa contempladas en el artículo 320 *eiusdem*, especificar cuál de dichas sub-hipótesis se trata; d) el señalamiento del acto o instrumento cuya lectura patentice la suposición falsa, salvo que se trate de la sub-hipótesis de prueba inexistente; e) la denuncia, como infringidos, por falsa o falta de aplicación, de los preceptos o normas jurídicas que en la recurrida se utilizaron o se dejaron de utilizar, respectivamente, como resultado del hecho particular, positivo y concreto, falsamente supuesto; normas jurídicas que pueden ser tanto de derecho sustantivo como de derecho adjetivo; f) en indisoluble conexión con el requisito expuesto en el literal anterior,

está la exigencia de que se explique las razones que demuestren que la suposición falsa cometida fue determinante del dispositivo de la sentencia...”. (Subrayado de la Sala).

Del anterior criterio jurisprudencial se desprende, que para que la Sala pueda examinar la denuncia de suposición falsa, es necesario que el recurrente exprese claramente en cuál de las tres hipótesis de suposición falsa ha incurrido el juez, a saber, atribuir a actas o instrumentos del expediente menciones que no contiene, dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo; indique expresamente cuál es el hecho positivo y concreto que el juzgador dio por cierto valiéndose de una falsa suposición; señale el acta o instrumento cuya lectura patentice la falsa suposición; indique y denuncie el texto o los textos aplicados falsamente, porque el juez da por cierto un hecho valiéndose de una suposición falsa, y de las normas que dejó de aplicar y; por último, exponga las razones que demuestren la incidencia de la suposición falsa en el dispositivo de la sentencia.

Vista la exigencia técnica necesaria para denunciar la suposición falsa, esta Sala estima que la presente denuncia no cumple a cabalidad con

la técnica exigida por esta Sala, por cuanto el formalizante no indica ni explica puntualmente bajo sus propias razones, cuál de las tres hipótesis de suposición falsa incurrió el juez superior en su sentencia, ni indicó cuál es el hecho positivo y concreto que el juzgador dio por cierto el juez valiéndose de una falsa suposición, ni señaló el acta o instrumento cuya lectura se patentiza la falsa suposición, ni denunció el texto o los textos aplicados falsamente, ni tampoco expuso las razones que influyen que esa suposición falsa haya sido determinante en el dispositivo de la sentencia.

En efecto, la formalizante se limita a señalar en el encabezado de su denuncia que el juez incurrió en suposición falsa, y luego pasó a transcribir parte del texto de la sentencia recurrida, sin llegar a hilar de alguna u otra manera su pretendida denuncia con el fallo en cuestión ni cumplir con la técnica necesaria para este tipo de denuncias, terminando, como ha sido manifestado anteriormente, de manera estrepitosa la transcripción del texto recurrido, con lo cual se evidencia que no arrojó a ninguna conclusión ni explicó de alguna u otra manera las razones que lo motivaron a delatar la suposición falsa, carencias éstas que se traducen en una denuncia ineficiente, la cual a todas luces, debe ser desestimada, por inadecuada fundamentación. Así se establece.

## II

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente delata la infracción del artículo 4 del Decreto sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, por falta de aplicación, con soporte en lo siguiente:

“...Dispone la norma que la regula en el artículo 4 del DECRETO LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS, que la eficacia probatoria de los mensajes de datos, es la misma que se le otorga a los documentos escritos, estableciéndose que 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, motivo por el cual, DEBE PROMOVERSE, DARSE POSIBILIDAD DE CONTROL, EVACUARSE, ETC, EN LA FORMA QUE REGULA LA PRUEBA LIBRE.

De igual consideración, encontramos lo establecido por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 13 de febrero del año 2008, caso PDV-IFT y TELECOMUNICACIONES, donde se sostuvo lo siguiente:

“....Ahora bien, la valoración de los mensajes de datos, entendidos estos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de

Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4. Dicho dispositivo 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.

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”.

En concordancia con la previsión anterior, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria:

“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”.

De acuerdo a los dispositivos transcritos se colige que tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos.

Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

Significa que su PROMOCIÓN, CONTROL Y CONTRADICCIÓN Y EVACUACIÓN DEBERÁ REGIRSE POR LO ESTABLECIDO POR LAS PRUEBAS LIBRES, tal y como sostiene el aludido dispositivo legal.

La recurrida fundamenta su decisión EXCLUSIVAMENTE en la posibilidad de la empresa CARGILL DE VENEZUELA en resolver unilateralmente el contrato y que como prueba de que mi representada incumplió supuestamente otorga plena valor probatorio a los correos electrónico.

En efecto indica la recurrida “Ahora bien, consta en autos que la parte demandada haciendo uso de las cláusulas constitutivas del contrato a través de correos electrónicos de fechas 10/01/2004, 21/01/2004, 27/12/2003 manifestó su inconformidad a la actora, respecto a la manera de ejecu-

ción del contrato, siendo que en el primer correo informa al actor del déficit de camiones, ya que en la actualidad cuentan con 4 camiones 350 de 14 que están creados, 20 camiones 600 de 39 que están creados, 9 camiones 750 de 24 que están creados, recalcando que dicha inconformidad la tienen motivado a que en los últimos 4 meses no cuenta con la flota necesaria para cumplir con los requerimientos de la operación, todos los meses, todos los días, en el segundo correo electrónico hacen alusión a la tardanza en la llegada de los camiones que no llegan a tiempo, del tiempo suficiente que disponen para cargados de día, lo que implica gastos adicionales para el personal que no se justifican debido a que en el día sobra tiempo para hacerlo, por lo que sugiere que la empresa DOROCA tome las medidas mecánicas para un cumplimiento. Las expresadas comunicaciones no fueron contradichas o desconocidas por la demandante, las cuales ya fueron valoradas y ello le permite concluir a este juzgador que la empresa TRANSPORTE DOROCA C.A., incumplió la cláusula segunda del contrato y su parágrafo primero de proveer de la cantidad...

La confusión del Juez a-quo, podría tener en cuanto a la valoración de esta prueba, la cual si efectivamente el rigor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos, es el que debe darse a las pruebas documentales, pero es su valoración una vez evacuada la prueba, pero su promoción y evacuación debió ser a través de la prueba libre.

Era claro que si aplicaba correctamente el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, no podía subsumir dentro del supuesto de la norma la

consecuencia jurídica en ella prevista, pues declaró como válidos unos correos electrónicos, que no fueron ni promovidos, menos evacuados de conformidad con lo establecido en el precitado artículo, por lo que no se podía dar tratamiento de plena prueba a unos instrumentos que ni siquiera fueron debidamente promovidos.

La sentencia no aplicó el artículo 4 Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas siendo el único medio de prueba del supuesto incumplimiento de mi representada que debía ser acreditado por la parte demanda (sic).

De conformidad con lo pautado en el ordinal 4° del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil señalo que la norma jurídica que el sentenciador de última instancia ha debido aplicar correctamente y no lo hizo es el artículo 4 Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas que he denunciado, que de ser aplicado hubiera hecho desestimar, no valorar los correo enviados razón por la cual la falta aplicación del artículo 4 Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas por lo que solicito respetuosamente a esta Honorable Sala case el fallo recurrido por los vicios descritos en este Capítulo...”. (Mayúsculas del formalizante)

La formalizante delata la infracción, por falta de aplicación, del artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, con soporte en que el juez a-quo se confundió en cuanto a la valoración de los correos electrónicos impresos agregados a las actas como pruebas, los cuales a pesar de que deben dársele el mismo valor pro-

batorio que a las pruebas documentales, su promoción y evacuación debió ser a través de la prueba libre.

Asimismo, indica la recurrente, que si el sentenciador aplica correctamente el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, no podía subsumir dentro del supuesto de la norma la consecuencia jurídica en ella prevista, pues declaró como válidos unos correos electrónicos, que no fueron ni promovidos ni evacuados de conformidad con lo establecido en el precitado artículo, por lo que no se le podía dar tratamiento de plena prueba a los mismos.

La Sala, para decidir observa:

Sobre el error de derecho delatado, la Sala encuentra que la falta de aplicación ocurre cuando el juez no aplica una norma jurídica vigente, que resulta idónea para resolver el asunto sometido a su consideración.

En tal sentido, esta Sala ha sostenido que dejar de aplicar una norma jurídica al caso concreto, sea por considerarla inexistente, o por desconocimiento de su contenido, o porque se presume que no se encontraba vigente, aún cuando ella estuviese promulgada, conduce a la violación directa de la norma, pues, bajo este supuesto, la situación sometida a conocimiento, ha debido ser decidida de conformidad con el precepto legal que efectivamente planteaba la solución y que el juez no aplicó, lo que puede dar lugar a una sentencia injusta y en consecuencia, susceptible de nulidad. (Ver, entre otras, sentencia

del 21 de julio de 2008, caso: Ana Faustina Arteaga contra Modesta Reyes).

Alega la formalizante que el juez superior debió aplicar correctamente el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, lo que significa que no podía declarar válidos unos correos electrónicos agregados a las actas por la demandada para demostrar el incumplimiento del contrato de la adversaria, que no fueron promovidos ni evacuados conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil, por lo que no se le podía dar tratamiento de plena prueba.

Ahora bien, de la revisión de las actas procesales, la Sala observa que los correos electrónicos (3) cuestionados, fueron consignados, en formato impreso, por la accionada al momento de contestar la demanda (folios 120-123).

En esta oportunidad alegó la demandada que en esas *“comunicaciones [correos electrónicos en formato impreso] de fechas 27/12/2003, 21/1/2004 y 10/1/2004, recibidas personalmente y del puño y letra por el representante legal-director principal de la demandante, Francisco Javier Oropeza Noda, titular de la cedula de identidad no.7.31t374, que anexo marcadas “A”, “B” y “C”, donde mi conferente participara a DOROCA (la demandante), el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, siendo que al no haber subsanado o corregido sus faltas en el plazo de diez (10) días hábiles, como quedó convenido en el numeral 3*

*de la cláusula decimoquinta, justificaba y procedía la notificación que se le hiciera a DOROCA (la demandante) en fecha 4 de febrero de 2004, de igual manera recibidas personalmente y de puño y letra por el representante legal y Director Principal de la demandante...”*.

En sentencia dictada por la Sala Político Administrativa, de fecha 13 de febrero de 2008, caso: PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones S.A. contra las empresas INTESA y SAIC Bermuda, este Alto Tribunal, precisó que la valoración de los mensajes de datos, entendidos estos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Asimismo, esta Sala de Casación Civil, en sentencia dictada el 24 de octubre de 2007, caso: Distribuidora Industrial de Materiales C.A. contra Rockwell Automation de Venezuela C.A., dejó asentado que el documento electrónico 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 ha sido 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 repro-

ducidos 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.

La valoración de los mensajes de datos o correos electrónicos, como suelen llamarse también, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4 del referido Decreto-Ley.

En efecto, el artículo 2 del Decreto-Ley, consagrada al mensaje de datos como “...*toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio...*”.

La Sala en la sentencia antes referida (24 de octubre de 2007) dispuso que era evidente que los mensajes de datos son 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 cuanto a su eficacia probatoria, el Decreto-Ley en su artículo 4, prevé que:

“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”.

En concordancia con la previsión anterior, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria, es del siguiente tenor:

“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”.

De acuerdo a los dispositivos transcritos se colige que tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos escritos.

Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, para tramitar la

impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

En este sentido, el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 7, dispone:

“...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...”.

Con base en todo lo anterior, el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas, es el que debe darse a las pruebas documentales. En este sentido, se observa que los referidos mensajes de datos fueron enviados, el primero, por “*nina\_odreman@cargill.com*” para el remitente, *transportedoroca@cantv.net* el día 10 de enero de 2004, a las 3:23 de la tarde, con un asunto “*Minuta reunión Sábado 10/1/2004*”; el segundo, por “*nina\_odreman@cargill.com*” para el remitente, *transportedoroca*

*@cantv.net* el día 21 de enero de 2004, a las 5:09 de la tarde, con un asunto “*Situación del 21/1/2004*” y; el último, por “*nina\_odreman@cargill.com*” para el remitente, *transportedoroca@cantv.net* el día 27 de diciembre de 2003, a la 1:06 de la tarde, con un asunto *Facturas en tránsito*”. Dichas características deben ser cotejadas en los términos expresados en el artículo 2 y 9 del Decreto-Ley, que dispone:

**Artículo 2:** A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:

Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

**Artículo 9:** Las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un Mensajes 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.

Conforme con las referidas normas, para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como “Mensaje de Datos proporcionado por un Pro-

veedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica”. Asimismo, a falta de acuerdo entre las partes, sobre el procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor, se tomará en cuenta cuando éste ha sido enviado por: el propio Emisor; la persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje; por un Sistema de Información programado por el Emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

No obstante lo anterior, estima esta Sala, que ante la falta de certificación electrónica, los correos electrónicos o mensajes de datos, agregados en formato impreso por la demandada a las actas procesales, deben ser analizados conforme a lo previsto en el único aparte del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuyo contenido es del siguiente tenor: *“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”*. (Subrayado de la Sala).

De conformidad con la citada ley especial, el valor probatorio de los mensajes de datos, es asimilable al de los documentos escritos y están sujetos a las regulaciones que plantea el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil en lo referido a la prueba libre, por lo que el juez superior al apreciarlos con el mismo valor que se les da a las copias o reproducciones fotostáticas, aplicó correctamente el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, al caso concreto.

En efecto, el juez superior sobre el valor probatorio de esta prueba, estableció en el fallo recurrido, lo que a continuación se transcribe:

“La parte demandada promovió las siguientes pruebas:

**Acompañó a la contestación formatos impresos de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 respectivamente, folios 120 al 123.**

**Es importante destacar a este respecto que hablar de documentos electrónicos en la era actual, no parece presentar ningún tipo de problema, ya que tales documentos son comunes en la vida cotidiana, por lo que es normal que se reciban correos electrónicos y por este medio, se trate cualquier tipo de compromiso, que es un contrato en sentido estricto, así como la utilización de tarjetas de créditos para todo tipo de pago.**

Cónsono con ello, es útil precisar que dichos medios electrónicos de comunicación están contemplados dentro de las pruebas libres a tenor

de lo establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

“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. Esos 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 señala el juez”.

Este artículo recoge el principio de libertad de los medios de prueba, el cual, está subordinado al principio dispositivo del proceso civil, permitiendo que las partes puedan valerse de cualquier otro medio provisto nominalmente en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil o en otras leyes de la República, entre los que se incluyen los registros, discos, o cintas, o cualquier otro medio que permita la programación, registro y acceso a la información almacenada a través de la memoria o base de datos del computador. **El citado artículo 395, dispone que los medios de prueba no previstos en el Código Civil, ni el Código de Comercio, ni en el Código de Procedimiento Civil o en las otras leyes, y no prohibidos expresamente, se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y en su defecto, en la forma que señale el juez. Y el valor probatorio de dichos mensajes de Datos y Firmas**

**Electrónicas, reproducido en formato impreso se asemeja a la eficacia y el valor probatorio a las copias o reproducciones fotostáticas, según decreto con fuerza de ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas en su artículo 4.**

Ahora bien, **los expresados correos electrónicos no fueron impugnados en su oportunidad legal por lo que se le da pleno valor probatorio según lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, y se tienen los mismos como manifestación de inconformidad de la empresa CARGILL requerida a TRANSPORTE DOROCA**, así se decide...”.(Mayúsculas y negritas de la recurrida).

De la transcripción parcial de la sentencia recurrida se evidencia que el sentenciador de alzada estableció que la demandada acompañó junto con la contestación formatos impresos de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 respectivamente, folios 120 al 123.

Respecto de ellos, consideró que hablar de documentos electrónicos en la era actual, no parece presentar ningún tipo de problema, ya que tales documentos son comunes en la vida cotidiana, por lo que es normal que se reciban correos electrónicos y por este medio, se trate cualquier tipo de compromiso, que es un contrato en sentido estricto, así como la utilización de tarjetas de créditos para todo tipo de pago.

Asimismo, indicó que conforme el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, los medios de pruebas libres, deben promoverse y evacuarse aplicando por analogía las dispo-

siciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

Sobre este particular, señaló que el valor probatorio de los mensajes de datos y firmas electrónicas, reproducidos en formato impreso, debían considerarse semejantes, en cuanto a su eficacia y valor probatorio, a las copias o reproducciones fotostáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, razón por la cual le dio pleno valor probatorio a los correos electrónicos al amparo de lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, con base en que los mismos no fueron impugnados en su oportunidad legal.

Considera esta Sala, que el sentenciador de alzada, con su proceder respecto al valor probatorio de los mensajes de datos o correos electrónicos, aplicó el contenido del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en especial en lo referido al único aparte de la norma que establece “*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*”, por cuanto el juez superior al momento de apreciar y valorar la referida prueba estableció: “*los expresados correos electrónicos no fueron impugnados en su oportunidad legal por lo que se le da pleno valor probatorio según lo establecido*

*en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil*”, norma ésta que regula el valor de las copias fotostáticas, de la siguiente manera:

**Artículo 429:** Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.

Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

Conforme con esta norma, las copias fotostáticas o reproducidas por cualquier medio mecánico, se reputarán fidedignas, siempre que se cumplan con ciertas condiciones, entre ellas, que no sean impugnadas por la contraparte, ya en la contestación a la demanda si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de pruebas.

La Sala debe insistir, y en este sentido también darle la razón al juez superior, que el adversario del promovente tiene la carga de impugnar las

fotocopias simples de documentos, si dicha fotocopia se consigna en la demanda, contestación o lapso probatorio.

En este sentido, la Sala observa que la demandante no impugnó, dentro de los cinco días siguientes de producidas, las copias impresas de los correos electrónicos consignados junto con la contestación de la demanda, lo cual era su deber a tenor de lo establecido en la jurisprudencia de esta Sala, que en decisión No. 469 de fecha 16 de diciembre de 1992, Caso: Asociación La Maralla contra Proyectos Dinámicos El Morro, C.A., dejó asentado:

“...Al tenor del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, dentro de la prueba por escrito, el legislador decidió otorgar valor probatorio a determinadas copias fotostáticas o reproducciones fotográficas de algunos instrumentos.

Según dicho texto legal, es menester que se cumplan con determinados requisitos objetivos y subjetivos, para que estas fotocopias, o reproducciones fotográficas tengan efecto en el proceso mediante la debida valoración que, sobre ello, le otorgue el sentenciador.

Estas condiciones son las siguientes: En primer lugar, las copias fotostáticas deben tratarse de instrumentos públicos o de instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en segundo lugar, **que dichas copias no fueren impugnadas por el adversario**; y en tercer lugar, **que dichos instrumentos hayan sido producidos con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas** (y si son consignados en

otra oportunidad, tendrían valor probatorio si fueren aceptadas expresamente por la contraparte).

A juicio de este Supremo Tribunal, la fotocopia bajo examen no se refiere a un instrumento público ni a un instrumento privado o tenido legalmente por reconocido, por lo que no se trata de aquel tipo de documento al cual el legislador ha querido dar valor probatorio cuando hubiere sido consignado en fotocopia...”. (Negritas de la sentencia)

Recordemos además, en este punto, que conforme al Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su único aparte *“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”*, de manera que con base en el contenido del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, resultó correcta la apreciación del juez al considerar que los correos electrónicos, estimados por la ley especial con eficacia probatoria semejante al de las copias o reproducciones fotostáticas, son fidedignos para demostrar la *“inconformidad de la empresa CARGILL requerida a TRANSPORTE DOROCA”*.

En efecto, el juez superior con base en dicha pruebas, más ampliamente, estableció:

“...consta en autos que la parte demandada haciendo uso de las cláusulas constitutivas del contrato a través de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/

2003 manifestó su inconformidad a la actora, respecto a la manera de ejecución del contrato, siendo que en el primer correo informa al actor del déficit de camiones, ya que en la actualidad cuentan con 4 camiones 350 de 14 que están creados, 20 camiones 600 de 39 que están creados, 9 camiones 750 de 24 que están creados, recalcando que dicha inconformidad la tienen motivado a que en los últimos 4 meses no cuenta con la flota necesaria para cumplir con los requerimientos de la operación, todos los meses, todos los días, en el segundo correo electrónico hacen alusión a la tardanza en la llegada de los camiones que no llegan a tiempo, del tiempo suficiente que disponen para cargarlos de día, lo que implica gastos adicionales para el personal que no se justifican debido a que en el día sobra tiempo para hacerlo, por lo que sugiere que la empresa DOROCA tome las medidas mecánicas para un cumplimiento. Las expresadas comunicaciones no fueron contradichas o desconocidas por la demandante, las cuales ya fueron valoradas y ello le permite concluir a éste juzgador que la empresa TRANSPORTE DOROCA C.A., incumplió la cláusula segunda del contrato y su párrafo primero de proveer de la cantidad suficiente de vehículos propios de carga para satisfacer la referida planificación mensual de la empresa CARGILL; así se declara”. (Mayúsculas del sentenciador)

De la declaración precedente del juez, es fácil deducir que en aplicación de los artículos 350 y 429 del Código de Procedimiento Civil, 4 y 7 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como del valor probatorio que arrojan los correos electrónicos antes mencionados, que deben ser considerados fidedignos en su contenido, concluyó que la empresa demandante fue la que “*incumplió la cláusula segunda del contrato y su párrafo primero de proveer de la cantidad suficiente de vehículos propios de carga para satisfacer la referida planificación mensual de la empresa CARGILL*”, por vía de consecuencia, acarreó que la demandada en aplicación de la cláusula séptima del contrato suscrito por las partes, resolviera de manera anticipada y unilateral el contrato, lo cual podía hacer perfectamente porque así fue pactado y convenido por las partes, en caso que la contratista incumpliera las reglas de transporte y carga de mercancía.

Con base en todo lo esgrimido anteriormente, esta Sala debe desestimar la denuncia de infracción del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, delatada por la formalizante. 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 y por autoridad de la Ley, declara **SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandante, contra la sentencia

dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Lara, en fecha 16 de marzo de 2011.

Por haber resultado infructuoso el recurso formalizado, se condena a la recurrente al pago de las costas procesales.

Publíquese y regístrese. Remítase este expediente al Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial. Particípese de la presente remisión al juzgado superior de origen antes mencionado, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 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 cinco (5) días del mes de octubre de dos mil once. Años: 201° de la Independencia y 152° de la Federación.

Presidenta de la Sala,  
*Yris Peña Espinoza*

Vicepresidenta-ponente,  
*Isbelia Pérez Velásquez*

Magistrado,  
*Antonio Ramírez Jiménez*

Magistrado,  
*Carlos Oberto Vélez*

Magistrado,  
*Luis Antonio Ortiz Hernández*

Secretario,  
*Carlos Wilfredo Fuentes*

**Exp. Nro. AA20-C-2011-000237**

**NOTA:** Publicada en su fecha  
Secretario,



---

## RECENSIÓN



# Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada

David López Jiménez\*

---

- RICO CARRILLO, Mariliana, *El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 304 páginas.

Como los datos ponen de manifiesto, sobre todo en los últimos años, el comercio electrónico está desplazando, a un ritmo muy acelerado, al comercio de carácter físico o tradicional. A tenor de las últimas previsiones al respecto, como la operada por *Forrester Research*, se espera que el número de compradores virtuales se incremente de manera sensible, pasando –solo en el escenario europeo- de los 141 millones que se registraron en el año 2009, a un total de 190 millones que, según sus perspectivas, concurrirán en 2014. En efecto, la forma en la que se contratan bienes y/o servicios a lo largo y ancho del territorio mundial, está protagonizando un rápido e irreversible cambio. En este último sentido, despliega, como es obvio suponer, una labor de primer orden el abono electrónico de las transacciones efectivamente cursadas. No en vano, por lo que se refiere a Europa, existen al hilo de la cuestión que comentamos, una pléyade de ciertos caracteres que, a buen seguro, podrían contribuir a aprovechar las prerrogativas inherentes al mercado único -sin perjuicio de las sugerentes repercusiones sobre la competitividad de la economía comunitaria-. Nos referimos, sin ánimo agotador, a la seguridad, la progresiva competitividad, la eficiencia, así como el carácter sensiblemente innovador propio de los pagos de carácter electrónico percibidas por los agentes que en este escenario interactúan: consumidores y/o usuarios, comerciantes de tipo minorista, y empresas, directa o indirectamente, vinculadas con el dinero electrónico.

Asimismo, debe repararse que a medida que se incrementa la actividad de los consumidores y/o usuarios, y también de los prestadores de servicios fuera de las fronteras de origen –lo que, dicho sea de paso, cada vez es más frecuente-, es fundamental un adecuado funcionamiento de los pagos de carácter electrónico. De hecho, este último representa, a fecha de hoy, habida cuenta de sus ventajas, uno de los medios de abono más dinámicos. Los consumidores recurren al mismo no solo en el comercio electrónico (tanto en la modalidad de

\* Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España)

comercio electrónico directo –en el que el pago electrónico es una nota constituyente-, como en el indirecto –en el que el abono de la transacción se suele efectuar en línea, si bien el producto contratado se recibe por medios tradicionales-, sino también en las transacciones comerciales de tipo físico o tradicional.

Toda esta cuestión relativa al pago electrónico es objeto de magistral examen en la obra al que esta reseña se refiere. La autora de la misma, la Doctora Mariliana RICO CARRILLO, a pesar de su notable juventud, como es sabido por todos, ostenta un más que merecido prestigio y reconocimiento internacional no sólo en España, donde, dicho sea de paso, ha sido precursora en el examen de toda esta materia –con, todo hay que decirlo, absoluta brillantez-, sino también, qué duda cabe, en el plano internacional. En efecto, ostenta un sólido y amplio reconocimiento por las investigaciones realizadas, a nivel europeo, como Profesora Visitante, en la Universidad Carlos III de Madrid –España-, pero nótese que también es Catedrática de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela). Igualmente, destacan sus colaboraciones en los Estados Unidos de América. Muy probablemente sobren las aclaraciones anteriores, pues por todos es sobradamente conocido que nos encontramos ante una notable autoridad en la materia.

El prólogo de la misma corre a cargo del prestigioso Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, el Doctor Rafael ILLESCAS ORTIZ, quien, además, ha sido Presidente de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL).

Por lo que se refiere a la materia abordada, como pone de relieve el Prof. ILLESCAS ORTIZ, cabe manifestar que es de notable relevancia, pues, recurriendo a sus palabras, “actualmente y desde hace ya lustros, el pago electrónico en la contratación manual es una realidad perceptible en cualquier establecimiento mercantil: la utilización de tarjetas –de crédito o de débito– o de dinero electrónico se encuentra plenamente disociada de la modalidad de contratación en la que las partes se hayan enfrascado”. Asimismo, añade que “lejos, en efecto, de circunscribir su operatividad a las exclusivas transacciones electrónicas, su empleo se extiende a la gran mayoría de las transacciones manuales de las que el pago electrónico viene a constituir un apéndice tecnológico y sobre el cual un específico acuerdo parcial suele en la práctica producirse entre las partes”. En resumen, como el mencionado Catedrático apunta, el pago electrónico es utilizado en los contratos electrónicos, pero también en los físicos o tradicionales.

La presente monografía examina de forma rigurosa, las distintas modalidades y operativa de los medios electrónicos de pago. En tal exposición, además de referirse a los instrumentos electrónicos más conocidos de abono, alude a otros que, por el momento, no cuentan con tanto reconocimiento social. Su contenido está plenamente actualizado a la reciente normativa vigente sobre el particular, jurisprudencia y doctrina. Aunque se refiere a la situación jurídica que toda esta

problemática plantea en el ámbito comunitario –con especial consideración de España- no faltan las alusiones de Derecho comparado –particularmente de Estados Unidos-. Igualmente, si bien se enumeran de forma didáctica los diversos problemas de Derecho privado que en esa sugerente cuestión tienen lugar, también, cuando ha resultado oportuno, se aportan las posibles soluciones al respecto. Se trata asimismo, de una obra que, con buen criterio, cuando ha sido necesario, ha recurrido –más allá del Derecho civil y mercantil- a otras disciplinas jurídicas con incidencia al respecto. Por si esto fuera poco, con acierto, se ha apelado a cuestiones de índole estrictamente tecnológico, pues el análisis de la materia abordada así lo requiere.

Por lo que se refiere a la sistemática del libro, cabe determinar que se estructura en cinco amplios y completos capítulos en los que se aborda, de manera pormenorizada, diversas cuestiones relativas al abono electrónico.

En el primero de ellos se estudian de manera general e integral, los sistemas de pago electrónico. Se dedica una especial consideración, por un lado, a las transferencias electrónicas de fondos y, por otro, a los distintos instrumentos de pago, más allá del simple escenario comunitario, pues se presta atención al panorama legislativo imperante en los Estados Unidos.

El capítulo segundo alude a las diferentes modalidades de instrumentos electrónicos de pago que se emplean en la Red de redes, es decir, Internet. En el mismo se efectúa un análisis completo e independiente, en relación a todos ellos, desde aquellos ciertamente más reconocidos o tradicionales –las tarjetas electrónicas, los títulos valores electrónicos, créditos documentarios electrónicos y el dinero efectivo de tipo electrónico o virtual- hasta los más recientes –como, entre otros, son los pagos a través del propio terminal de telefonía móvil-. En los diversos apartados de los que tal capítulo se compone se describen ciertos valores que no han alcanzado un sólido reconocimiento en el ámbito de las operaciones electrónicas cuales son la letra de cambio, el cheque y el pagaré. Especialmente sugerentes, en este orden de cuestiones, resultan las consideraciones que la autora realiza, por un lado, sobre los créditos documentarios electrónicos propios del comercio electrónico B2B o entre empresas y, por otro, en relación a los sistemas de pago ideados para funcionar en Internet pero respecto a los abonos efectuados por los consumidores y/o usuarios que no son sino las cursadas a través de cuentas de correo electrónico.

El contenido del tercer capítulo versa sobre las relaciones contractuales y el régimen obligacional de los diversos sujetos implicados en los sistemas de pago electrónico. Por lo que respecta al proveedor de servicios de pago, se analizan, en primer término, sus funciones como emisor del instrumento de pago y, en segundo lugar, como gestor del sistema de las transferencias electrónicas de fondos.

La seguridad en los pagos efectuados en la Red es objeto de estudio en el capítulo cuarto. En el mismo se atiende a los sistemas que contribuyen a la seguridad de los pagos. En este sentido, entre otros contenidos, se examina la

firma electrónica, los protocolos de seguridad, las pasarelas de pago y el uso de técnicas de identificación biométricas. El análisis jurídico de la seguridad se dedica a tres grandes cuestiones, a saber: la responsabilidad de los sujetos que intervienen en la operación de pago –particularmente cuando nos encontramos ante operaciones no autorizadas o fraudulentas- la protección de datos de carácter personal y la protección penal.

El último capítulo aborda el cumplimiento de la obligación de pago en la Red. En el mismo se va más allá de los efectos del abono realizado de forma electrónica, pues se presta especial atención al ámbito probatorio. A este último respecto, se alude a las figuras del documento electrónico, la firma electrónica y el sistema de la facturación electrónica como elementos probatorios del cumplimiento de la obligación.

En suma, podemos afirmar que nos encontramos ante una obra de ineludible referencia para cualquier estudioso del Derecho en el ámbito del pago electrónico. Constituye un sugerente instrumento que con claridad y sencillez ofrece una respuesta a toda la problemática que en este complejo escenario se suscita.



## **ÍNDICE ACUMULADO**

### **ARTÍCULOS**

---

### **CONFERENCIAS**

---

### **CONTRIBUCIONES ESPECIALES**

---

### **COMENTARIOS ESPECIALIZADOS**

---

### **RESEÑA LEGISLATIVA**

---

### **CRÓNICA JURÍDICA**

---

### **LEGISLACIÓN**

---

NACIONAL  
INTERNACIONAL

### **JURISPRUDENCIA**

---

COMENTARIOS  
SENTENCIAS

### **RECENSIÓN**

---

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA  
ESPECIALIZADA

AGUILAR TORRES, Jorge.

- El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España. **10**, (2008-2009), 75-91.

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
- La democracia electrónica: buscando nuevos medios para la participación. **12**, (2011), 127-145

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.
- Normativa respecto de las declaraciones de impuestos nacionales por Internet en Venezuela. **11**, (2010), 97-105.

BARZALLO, José Luis.

- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

BUITRAGO RODRÍGUEZ, Mariana

- La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano. **10**, (2008-2009), 93-109
- La electrificación en las sesiones del sistema de mercado bursátil en el Derecho venezolano. **13**, (2012), 87-105

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.

CONTRERAS ZAMBRANO, Josué.

- Manuel. Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano. **13**, (2012), 27-46

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.
- CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.
- La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor, **10**, (2008-2009), 133-155.
- CHIQUITO, Andreina.
- El cheque electrónico en la legislación venezolana. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 69-88.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara.
- Las nuevas tecnologías en la publicidad del concurso de acreedores. **11**, (2010), 107-130.
  - La mediación por medios electrónicos en la Ley española de mediación de asuntos civiles y mercantiles. **13**, (2012), 133-157
- DELPIAZZO, Carlos E.
- La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 95-111.
  - Aspectos de la contratación pública electrónica. **11**, (2010), 11-31
- FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.
- Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 11-25.
- GALINDO, Fernando.
- Democracia electrónica, Internet y gobernanza, **12**, (2011), 109-125
- 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 general 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 opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), **5**, (Julio/Diciembre 2004), 17-40
- GÓMEZ CORDOBA, Ana Isabel y Nelson REMOLINA ANGARITA.
- Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales. **12**, (2011), 69-108
- GRAHAM., 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.
- HERNÁNDEZ, Juan Carlos.
- La protección de datos personales en internet y los derechos fundamentales: El Habeas Data. **13**, (2012), 61-85
- HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquivar 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.
- INOSTROZA SÁEZ, Mauricio
- El convenio arbitral electrónico en la Ley de arbitraje española y los textos de Derecho uniforme. **12**, (2011), 53-67
- 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.
- JELEZTCHEVA, María y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa
- Los contratos electrónicos. **11**, (2010), 159-188.
- LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-learning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.
- LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.
  - El uso de la marca en Second Life. **10**, (2008-2009), 7-43
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David
- La autorregulación de la publicidad relativa a apuestas y juegos virtuales: una aproximación desde la perspectiva española. **12**, (2011), 147-185
  - Los deberes precontractuales de información en el ámbito de las transacciones virtuales: a propósito del principio de la buena fe. **13**, (2012), 107-131
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David y BARRIO, Fernando.
- Los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico en el espacio europeo. Los casos de Alemania, España e Italia. **11**, (2010), 33-68.
- 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
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia
- La internacionalización del consumo: el consumidor electrónico y la realidad venezolana. **12**, (2011), 7-51
- MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia.
- Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español. **10**, (2008-2009), 45-74
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILA, 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.
- MATTUTAT MUÑOZ, Marjorie.
- La electrificación del procedimiento constitutivo de las socie-

- dades mercantiles en Venezuela. **10**, (2008-2009), 111-131
- MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith.
- Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano. **10**, (2008-2009), 157-177
- OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
  - Internet 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, M<sup>a</sup> del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el “popurri” 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 contratación informática. **4**, (Enero/Junio 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.
- PONCE HEINSOHN, Ivonne
- Intervención notarial en la contratación electrónica: Especial referencia a la incorporación del documento público electrónico en el ordenamiento jurídico español y chileno. **11**, (2010), 131-157.
- 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.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa
- La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red. **11**, (2010), 69-96
- 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.
- SEMENT 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.
- USECHE CASTRO, Yasmin Carolina.
- El dilema entre el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador y el poder de vigilancia y control del patrono. **13**, (2012), 47-59
- VALEROTORRIJOS, 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.
- VARGASLEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. **4**, (Enero/Julio 2004), 23-62.
- VÁSQUEZ SÁNCHEZ, María Alejandra.
- La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio venezolano: Los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI. **13**, (2012), 9-25
- 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– electrificación 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), 161-172.

CANO, Jeimy J.

- Informáticos forenses: los criminalistas informáticos en la sociedad de la información. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 173-182.

- ¿Compartir o proteger? Tensiones en la gerencia de la seguridad de la información. **13**, (2012), 161-169

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, HERRERA-JOANCOMARTÍ, Jordi y PÉREZ-SOLÁ, Cristina

- Análisis técnico-jurídico del proceso de Iniciativa Legislativa Popular con recogida de firmas digitales en España, **11** (2010), 191-216.

## COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

---

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael

- Análisis del Acuerdo Inicial y sus enmiendas planteadas por Google a los autores. Su situación actual. **11**, (2010), 219-244.

MUNIVE CORTÉS, Erika Yamel

- Voto electrónico y protección de datos personales: los avances de la democracia universitaria en el País Vasco. **12**, (2011), 189-208

## RESEÑA LEGISLATIVA

---

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

- Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

- Comentarios a las disposiciones generales del Decreto Ley de Interoperabilidad Electrónica. **13**, (2012), 173-187

## CRÓNICA JURÍDICA

---

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

- La Informática forense como medio de prueba. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús

- 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.

BUENO DE MATA, Federico.  
Presente y futuro de los dispositivos telemáticos de localización de presos utilizados en España. **12**, (2011), 211-220

## 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 N° 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 N° 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 N° 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 Servicio 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.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado. **13**, (2012), 191-215

#### 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 multimedia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.

Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, **10**, (2008-2009), 181-202

Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **12**, (2011), 223-246

### Reglamentos

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), 207-220.

### Resoluciones

Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 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.

Resolución por la cual se dictan “Normas que Regulan los Procesos Administrativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico”, **10**, (2008-2009), 203-226.

Resolución por la cual se dictan “Normas relativas a la Protección de Usuarios y Usuarías de los servicios Financieros”. **12**, (2011), 247-265

### Providencias

Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto sobre la Renta. **11**, (2010), 247-249

Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto al Valor Agregado. **11**, (2010), 251-253

## **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.

Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior. **10**, (2008-2009), 227-301.

Directiva 2009/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 sobre Protección jurídica de programas de ordenador. **11**, (2010), 341-349.

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). **12**, (2011), 267-311

### Leyes Modelo

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho Interno. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 181-190.

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 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 185-2005.

Ley 16/2009 de 13 de noviembre, sobre Servicio de Pago. **11**, (2010), 255-304.

Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. **12**, (2011), 313-393

Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, **10**, (2008-2009), 303-322.

Real Decreto 899/2009 de 22 de mayo, se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. **11**, (2010), 305-340.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. **13**, (2012), 217-244

## 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.

FERRER CASTRO, Mileidi Paola y Jenny QUINTERO MENDOZA, Carolina.

- Consideraciones sobre el reciente criterio del Tribunal Supremo de Justicia venezolano respecto al tratamiento de los correos electrónicos impresos como medios de prueba. **13**, (2012), 247-252

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.
- La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **10**, (2008-2009), 325-330.
- Consideraciones sobre la validez de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguros contenidas en soportes documentales electrónicos. **11**, (2010), 353-358.
- De nuevo sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **12**, (2011), 397-400

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

### Sentencias

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 sobre 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 8 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 sobre el caso RCTV. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 223-259.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007 sobre el valor probatorio de los medios electrónicos. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 261-317.
- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de marzo de 2007. **10**, (2008-2009), 331-354.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de febrero de 2008. **10**, (2008-2009), 355-400.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de agosto de 2009. **11**, (2010), 359-373.
- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 2 de julio de 2010. **12**, (2011), 401-407.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de octubre de 2011. **13**, (2012), 253-277.

## 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 CALETRO, Alfredo: *Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial N° 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

- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa: *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid, Marcial Pons, 2006. 9, Enero/Diciembre 2007), 321-324.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada

- RICO CARRILLO, Mariliana: *El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 304 páginas. 13, (2012), 281-284

## Reglas para el envío de artículos

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación. El Consejo Editorial se reserva el derecho de publicar de manera excepcional artículos que ya han sido publicados.
2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente Windows™ 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (Excel™, Corel Draw™, 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.

Las citas, en las notas al pie de página, se harán siguiendo los siguientes ejemplos; según se trate de:

**A. Libros**

Mariano Aguilar Navarro: *Derecho Internacional Privado*, VI. 4a. edición, 2a. reimpresión. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.199 (o pp. 200 y ss).

Marino Barbero Santos: "Consideraciones sobre el Estado peligroso y las Medidas de Seguridad, con especial referencia al Derecho Italiano y Alemán". *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 13-61.

Vicente Mujica Amador: *Aproximación al Hombre y sus Ideologías*. Caracas. Editorial Vidabun, 1990.

Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*. XVII edición. Buenos Aires. EUDEBA, 1981.

**B. Cita sucesiva del mismo libro**

M. Aguilar N.: *Derecho Internacional* V.II... op. cit., p.78 y ss.

**C. Obras colectivas**

Haydée Barrios: "Algunos aspectos de cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado". *Libro-Homenaje a Werner Goldschmidt*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 383-419. Si se desea citar un determinado párrafo o página se agrega: especialmente, p. 80 o pp. 95-98.

**D. Revistas**

Gonzalo Parra-Aranguren: "El Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 75-100.

**E. Cita sucesiva del mismo artículo**

G. Parra-Aranguren: "*El Centenario de la Conferencia...*" op.cit., pp.80-85.

**F. Citas de jurisprudencia**

Orden de citar: Tribunal, N° y fecha de la sentencia, partes y fuentes de publicación.  
Ejemplo:

Corte Superior del Distrito Federal, N° ..., 6-5-1969 (Jacques Torfs vs. Clemencia de Mier Garcés), Jurisprudencia Ramirez y Garay, Vol. 21, p. 163.

**G Citas de testimonios verbales y entrevistas**

Se indicará el nombre de la persona que proporciona la información, la forma como se obtuvo y la fecha. Por ejemplo:

F. Rodríguez. Entrevista, 30/03/1999.

Esta información puede suministrarse siempre que lo autorice quien proporciona la información<sup>1</sup>.

#### H. Citas de páginas web

Si la cita se refiere a un sitio web (cita de carácter general) se coloca el *home page*. Si es una página específica dentro de un sitio web (cita de carácter especial) se debe colocar en primer lugar, la dirección del *link* (sub-página) y en segundo lugar la dirección donde aparece alojada la información, (*home page*). Debe indicarse también la fecha de la consulta, entre corchetes, indicando el año, luego el mes y finalmente el día

Ejemplos:

- a) Cita de carácter general:  
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].
- b) Cita de carácter especial:
  - Tatiana B. de Maekelt: La Ley de Derecho Internacional Privado <http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/tamaek.htm> 10/02/2001.  
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].
  - Haydée Barrios: El Domicilio  
<http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/barrios.htm> 8/04/2002.  
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 200, Noviembre 27].
4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a espacio y medio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.
5. Los artículos pueden ser remitidos en un archivo adjunto, a la dirección electrónica: [albornoz@ucat.edu.ve](mailto:albornoz@ucat.edu.ve), o al correo electrónico del director de la revista:
  - Revista Tachirense de Derecho: Prof. José Luis Villegas [villegas@ucat.edu.ve](mailto:villegas@ucat.edu.ve)
  - Revista *Tributum*: Prof. Jesús Manuel Oliveros [joliveros@ucat.edu.ve](mailto:joliveros@ucat.edu.ve)
  - Revista Paramillo: Prof. Felipe Guerrero [felipeguerrero11@gmail.com](mailto:felipeguerrero11@gmail.com)
  - Revista Derecho y Tecnología: Prof. Mariliana Rico [marilianarico@yahoo.com](mailto:marilianarico@yahoo.com)
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.

<sup>1</sup> UPEL: *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Caracas. FEDEUPEL. 2003, p. 91.

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.
11. La UCAT se reserva el derecho de distribuir el contenido de la revistas en su página web o en otras páginas de contenido académico o científico.

## Article Submissions Guidelines

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means. The Editorial Board reserves the right to publish articles, in exceptional cases, when they have already been published.
2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows<sup>TM</sup> 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (Excel<sup>TM</sup>, Corel Draw<sup>TM</sup>, 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 journals could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if they do not fulfill 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 author's 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).
    - a) The abstract and the key words must be written 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 introduction (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified with Roman and Arabic numerals. Each article, before section one or introduction, 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.

The references in the footnotes will be included according to the following examples:

**A. Books**

Mariano Aguilar Navarro: *Derecho Internacional Privado*, VI. 4a. edición, 2a. reimpresión. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.199 (o pp. 200 y ss).

Marino Barbero Santos: "Consideraciones sobre el Estado peligroso y las Medidas de Seguridad, con especial referencia al Derecho Italiano y Alemán". *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 13-61.

Vicente Mujica Amador: *Aproximación al Hombre y sus Ideologías*. Caracas. Editorial Vidabun, 1990.

Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*. XVII edición. Buenos Aires. EUDEBA, 1981.

**B. Subsequent quotations of the same book**

M. Aguilar N.: *Derecho Internacional V.II...* op. cit., p.78 y ss.

**C. Collective Works**

Haydée Barrios: "Algunos aspectos de cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado". *Libro-Homenaje a Werner Goldschmidt*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 383-419. Si se desea citar un determinado párrafo o página se agrega: especialmente, p. 80 o pp. 95-98.

**D. Journals**

Gonzalo Parra-Aranguren: "El Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 75-100.

**E. Subsequent quotations of the same article**

G. Parra-Aranguren: "*El Centenario de la Conferencia...*" op.cit., pp.80-85.

**F. Quotation of jurisprudence:**

Corte Superior del Distrito Federal, N°..., 6-5-1969 (Jacques Torfs vs. Clemencia de Mier Garcés), Jurisprudencia Ramirez y Garay, Vol. 21, p. 163.

**G. Quotation of oral testimonies and interviews**

It must include the name of the person providing the information, how it was obtained, and the date:

F. Rodríguez. Entrevista, 30/03/1999.

This information can be provided only if it is authorized by the provider of the information<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> UPEL: *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Caracas. FEDEUPEL. 2003, p. 91.

## H. Quotation of web pages

If a quote refers to an entire website (general citation), should include the reference of the home page. If is a **specific page within a website** (special citation), should include in first place, the link (sub-page) and in second place, the reference of the home page. It should also indicate the date the page was visited. This information should be in listing showing year, month, and day.

- a) General quotation:  
www.zur2.com.fipa. [Visited: 2008, Noviembre 27].
- b) Special quotation:
  - Tatiana B. de Maekelt: La Ley de Derecho Internacional Privado <http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/tamaek.htm> 10/02/2001.  
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].
  - Haydée Barrios: El Domicilio  
<http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/barrios.htm> 8/04/2002.  
www.zur2.com.fipa. [Visited: 200, Noviembre 27].
4. Articles must have a maximum extension of forty (40) pages written in 1.5 space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be Times New Roman 12.
5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: [albornoz@ucac.edu.ve](mailto:albornoz@ucac.edu.ve), or to the e-mail of the director of the journal:
  - Revista Tachirensis de Derecho: Prof. José Luis Villegas [villegas@ucac.edu.ve](mailto:villegas@ucac.edu.ve)
  - Revista *Tributum*: Prof. Jesús Manuel Oliveros [joliveros@ucac.edu.ve](mailto:joliveros@ucac.edu.ve)
  - Revista Paramillo: Prof. Felipe Guerrero [felipeguerrero11@gmail.com](mailto:felipeguerrero11@gmail.com)
  - Revista Derecho y Tecnología: Prof. Mariliana Rico [marilianarico@yahoo.com](mailto:marilianarico@yahoo.com)
6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the journal, 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 is considered convenient is reserved, once the article has been accepted by the Editorial Board for its publication.
9. An Arbitral Committee and an Editorial Board will analyze the articles. The observance of these rules does 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 Editorial Board of the journal, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

- 11 The Universidad Católica del Táchira reserves the right to distribute the contents of their journals on its website, or on other pages of academic or scientific content.

## **DERECHO Y TECNOLOGÍA**

<b>VICERRECTORADO ACADÉMICO DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO</b>	<b>13/2012</b>
---	----------------

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2012,  
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó  
de imprimir en el mes de octubre de 2012, en los talleres de  
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de 250 ejemplares.  
San Cristóbal - Venezuela

