DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA

8/2006

Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado

Universidad Católica del Táchira
San Cristóbal - Venezuela

Número 8
Enero - Diciembre 2006
Depósito Legal: p.p 200202TA1209
ISSN: 1317-9306

Derecho y Tecnología

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

Editor-Director
Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

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

Revista Derecho y Tecnología
Número 8
Enero / Diciembre 2006

Dirección:
Carrera 14 con calle 14
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela

Teléfonos:
(58) (0276) 344.75.72 -90.83
Fax:
(058) (0276) 344.61.83
E-mail:
derechoytecnologia@ucat.edu.ve
mrico@ucat.edu.ve

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

Universidad Católica del Táchira

Revista Derecho y Tecnología
Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas

8/2006

ÍNDICE

Editorial 5

Artículos

Horacio FERNÁNDEZ DELPECH: Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico 11
Marta GARCÍA MANDALONIZ y Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL: "La inquebrantabilidad del principio de la unicidad en la junta general electrónica" 27
A. Daniel OLIVER-LALANA: Internet como fuente de información accesible al público: pensando el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico 49
Miguel Ángel MATA: La protección al consumidor en la contratación a distancia 73
Carlos E. DELPIAZZO: La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur 95

Conferencias

VII Jornadas de Derecho del Comercio Electrónico

Isabel RAMOS HERRANZ: Presentación 115
Rafael ILLESCAS ORTÍZ: La continuada –y, a veces, desaparecida- electronificación del Derecho de sociedades mercantiles 117
María Jesús GUERRERO LEBRÓN: Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa 161
Mariliana RICO CARRILLO: El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas 177
María PÉREZ PEREIRA: La evolución de los sistemas de cifrado 189

Ricardo Enrique ANTEQUERA: La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME 197
Diego SÁNCHEZ: Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana 209
José Luis BARZALLO: Derecho de autor, Internet y libre competencia 221
María Inés ARIAS DE RINCÓN: El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos 247
Carlos S. ÁLVAREZ CABRERA: La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional 261
Alexander DÍAZ GARCÍA: Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano 275

Legislación

Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de Internet, video juegos y otros multimedias de fecha 25 de septiembre de 2006 305
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 315

Crónica Jurídica

Matías ALTAMIRA: Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades 329

Jurisprudencia

Pablo A. PALAZZI: Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet 339

Índice acumulado 371

EDITORIAL

Cumpliendo nuestro propósito de difundir los aportes doctrinarios, legales y jurisprudenciales relacionados con los avances tecnológicos propios de nuestros tiempos, nos complace presentarles el número ocho de *Derecho y Tecnología*, correspondiente al año 2006, edición que marca el inicio de la periodicidad anual de nuestra revista.

En la sección conferencias de esta nueva publicación, se encuentran las actas de las VII Jornadas de Derecho del Comercio Electrónico, celebradas en España durante el mes de mayo, así como algunas de las conferencias del VI Congreso Andino de Derecho Informático, que tuvo lugar en Venezuela en el mes de noviembre.

Las Jornadas de Derecho del Comercio Electrónico, se celebran desde el año 2000 en la Universidad Carlos III de Madrid, habiéndose constituido desde entonces en un foro de reconocido prestigio para los conocedores y especialistas en la materia. Agradecemos al comité organizador de la séptima edición de estas jornadas, especialmente a su Directora, la Prof. Dra. Isabel Ramos Herranz y a los profesores coordinadores, Dña. Mónica Lastiri y D. Jorge Feliú, la confianza depositada en *Derecho y Tecnología* para difundir las conferencias presentadas en tan prestigioso evento.

Siguiendo en la línea de foros de discusión internacionales en materia de Derecho y Nuevas Tecnologías, consideramos necesario destacar que durante en el año 2006, la Universidad Católica del Táchira fue designada sede del VI Congreso Andino de Derecho Informático, bajo la presidencia del Prof. Miguel Arrieta y la coordinación académica de quien suscribe estas líneas. El Congreso Andino de Derecho Informático, patrocinado por la comunidad jurídica internacional Alfa-Redi, es un evento que desde el año 2001 se ha celebrado en los distintos países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, en colaboración con diversas universidades, organismos públicos y entes del sector privado que forman parte de la Región Andina. Agradecemos de manera muy especial a los ponentes que nos enviaron sus conferencias para ser incluidas en esta publicación.

Una vez más, hacemos extensivas las palabras de agradecimiento a todos los autores que colaboran en *Derecho y Tecnología*, cuyos aportes han contribuido a la consolidación de nuestra revista en ámbitos nacionales e internacionales.

Mariliana Rico Carrillo

DOCTRINA

Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico

Horacio Fernández Delpech*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. La retención de los datos de tráfico en las normativas internacionales. 4. En la República de Argentina. 5. Análisis final.

Resumen

El presente trabajo aborda el estudio de la Directiva sobre Conservación de Datos de Tráfico, aprobada por el Consejo Europeo el 21 de febrero de 2006, con la finalidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, relacionadas con la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar ciertos datos generados o tratados por ellos mismos.

Palabras clave. Comunicaciones electrónicas. Proveedores de servicios. Datos de tráfico. Conservación de datos

Abstract

This work undertakes the study of the Directive on data retention, approved by the European Council on February 21th 2006, with the purpose of harmonizing the legislations of the European Union's Members States, referring to the obligation of the providers of electronic communications services to safely keep certain data generated or processed by them.

Key words: Electronic communications. Providers of services. Traffic data. Data retention

Recibido: 3/3/2006 • Aceptado: 25/3/2006

* Abogado argentino, especialista en Derecho Informático, Profesor Universitario, autor de numerosas publicaciones, entre ellas "Internet: Su Problemática Jurídica" – Editorial LexisNexis-Abeledo Perrot de Buenos Aires. Segunda Edición - Junio de 2004.

1. Introducción

Finalmente el 21 de febrero de 2006 el Consejo de Ministros de la Unión Europea ha dado aprobación final a la Directiva sobre Conservación de Datos de Tráfico y de Localización Telefónicos y de Comunicaciones Electrónicas[1].

Esta nueva Directiva, que aún no ha sido publicada[2], obliga a los operadores de telecomunicaciones telefónicas y de Internet a almacenar los datos de tráfico y de localización de las comunicaciones durante un período de entre 6 y 24 meses.

El texto final aprobado incluye una serie de enmiendas al texto inicial elaborado por la Comisión Europea y aprobado por el Parlamento Europeo en Diciembre de 2005. Estas enmiendas tienden a proteger los derechos de los ciudadanos y su privacidad.

Sin perjuicio de que no contamos aun con la versión oficial de la Directiva, ya que como dijera, la misma no ha sido aun publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, efectuaré a continuación un breve resumen de sus principales disposiciones, partiendo para ello de un texto no oficial.

El objetivo de la Directiva es tratar de armonizar las legislaciones de los estados miembros de la Unión Europea, relacionadas con la obligación de los Proveedores de los Servicios de Comunicaciones de conservación de determinados datos de tráfico, a fin de que los mismos estén disponibles a los fines de la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, según estén estos definidos en la legislación nacional de cada estado miembro, principalmente los relacionadas con el terrorismo y el crimen organizado.

El texto originario incluía también a "la prevención de delitos", pero esta frase fue eliminada en el texto aprobado por el Parlamento Europeo.

Con relación a los delitos graves a los que la Directiva se refiere, la Declaración del Consejo relativa al Art. 1 de la Directiva, contenida en la en la Adenda del 17.2.2006, establece "*Al definir los delitos graves en su legislación nacional, los Estados miembros tomarán debidamente en consideración los delitos incluidos en la lista del artículo 2 apartado 2, de la Decisión Marco sobre la orden de detención europea (2002/584/ JAI) y los delitos relacionados con las telecomunicaciones*".

Por su parte la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), en su artículo 2 apartado 2, incluye a los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro

1 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE

2 A la fecha que se escriben estas líneas (26 de febrero de 2006), la Directiva aún no ha sido publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor:

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo del producto del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados o a mano armada,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de medios de pago,
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
- tráfico de vehículos robados,

Los datos a retener serán los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas, y los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o al usuario registrado.

Expresamente, la Directiva establece que no se aplicará "*al contenido de las comunicaciones electrónicas*".

En el detallado artículo 5, la Directiva amplía y precisa cuales son los datos de tráfico y de localización y datos relacionados que deberán retenerse.

Dada la importancia de esta detallada y precisa norma considero conveniente transcribirla en forma total.

"Artículo 5. Categorías de datos que deben conservarse

1. Los Estados miembros garantizarán que las siguientes categorías de datos se conserven de conformidad con la presente Directiva:

a) datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:

1) con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

I. el número de teléfono de llamada;

II. el nombre y la dirección del abonado o usuario registrado

2) con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

I. la identificación de usuario asignada;

II. la identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía;

III. el nombre y la dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono:

b) datos necesarios para identificar el destino de una comunicación

1) con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

I. el número o números marcados (el numero o números de teléfono de destino)y, en aquellos caso en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieran las llamadas;

II. los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados;

2) con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:

I. la identificación de usuario o el numero de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet;

II. los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación;

c) datos necesarios para identificar la fecha, hora y duración de una comunicación:

1) con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la comunicación;

2) con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

I. la fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a la Internet, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección de Protocolo Internet, ya sea dinámica

o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, así como la identificación de usuario del abonado o del usuario registrado;

II. la fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario;

d) datos necesarios para identificar el tipo de comunicación:

1) con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado;

2) con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado;

e) datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:

1) con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y destino;

2) con respecto a la telefonía móvil:

I. los números de teléfono de origen y destino;

II. la identificación internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada;

III. la identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada;

IV. la IMSI de la parte que recibe la llamada;

V. la IMEI de la parte que recibe la llamada;

VI. en el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se ha ya activado el servicio.

3) con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

I. el numero de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números;

II. la línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación;

f) datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

1) la etiqueta de localización (identificador de celda) al comienzo de la comunicación;

2) los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

2) De conformidad con la presente Directiva, no podrá conservarse ningún dato que revele el contenido de la comunicación".

En el artículo cuarto se dispone que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que los datos conservados se proporcionen sólo a las autoridades competentes de cada estado, y que estos deben definir en su legislaciones el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para

tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

En el artículo séptimo se establece también la obligación de los Estados de velar por que los proveedores de servicios de comunicaciones cumplan, respecto de los datos conservados, como mínimo, los siguientes principios de seguridad e los datos:

a) los datos conservados serán de la misma calidad y estarán sometidos a las mismas normas de seguridad y protección que los datos existentes en la red;
b) los datos estarán sujetos a las medidas tecnológicas y organizativas adecuadas para protegerlos de la destrucción accidental o ilícita, perdida accidental o alteración, así como almacenamiento, tratamiento, acceso o divulgación no autorizados o ilícitos;
c) los datos estarán sujetos a medidas técnicas y organizativas apropiadas para velar por que sólo puedan acceder a ellos las personas especialmente autorizadas; y
d) Los datos, excepto los que hayan sido accesible y se hayan conservado, se destruirán al término del período de conservación.

Con relación al plazo de conservación, tema que fue objeto de amplio debate, se acordó en el Art. 6 que cada Estado miembro resuelva a ese respecto dentro de un período mínimo de 6 meses y máximo de 24 meses a partir de la fecha de la comunicación, si bien se establece que los Estados que lo soliciten podrán retener los datos por un plazo mayor.

La Directiva establece un plazo de 18 meses después de su entrada en vigencia para que los Estados miembros de la Unión Europea incorporen la norma a sus legislaciones internas, pero se estipula también que los Estados podrán aplazar la aplicación en lo que se refiere a la conservación de los datos de comunicaciones en relación con el acceso a Internet, telefonía por Internet y correo electrónico por Internet, hasta 36 meses después de su entrada en vigencia. Hasta el presente Estonia, el Reino Unido, Chipre, Grecia, Luxemburgo, Eslovenia, Suecia, Lituania, Austria, Letonia, la República Checa, Bélgica, Polonia, Finlandia y Alemania, ya han hecho uso de este aplazamiento[3].

Por último cabe señalar que la Directiva entrará en vigencia a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

3 Adenda del 27.2.2006 a la Directiva.

2. Antecedentes

Tanto la Directiva General 95/46/EC[4] 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 libre circulación de estos datos, como la Directiva 97/66/EC[5] relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las Telecomunicaciones, no aceptaban en forma alguna el almacenamiento de datos de tráfico de las comunicaciones, consagrando el principio de la protección del derecho a la vida privada, precisando como obligación de los estados miembros la protección del secreto de las comunicaciones por medio de normativas nacionales que garanticen la confidencialidad de las comunicaciones efectuadas a través de redes públicas de telecomunicaciones o de servicios de telecomunicaciones accesibles al público.

Sin embargo los atentados del 11 de septiembre de 2001, hicieron repensar muchas ideas y aceptar, en miras a la seguridad, la restricción de cientos derechos.

Fue así como el 12 de julio de 2002 se aprobó la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas[6].

Allí se establece, como principio general en los Arts. 5, 6 y 9, que los datos de tráfico y de localización generados por el uso de servicios de comunicaciones electrónicas deben borrarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios para la trasmisión, pero se "*faculta a los Estados para establecer excepciones a las normas de destrucción de datos de tráfico (...) para proteger la seguridad y defensa nacional*".

Concretamente, el artículo 15 de esta Directiva autorizó a los estados miembros a retener por ciertos períodos datos de tráfico con la finalidad de prevenir e investigar delitos.

A partir de entonces varios estados europeos dictaron normativas que contemplan la conservación de datos, normativas estas que varían sustancialmente en sus contenidos y alcances.

Estas diferencias motivaron la necesidad de dictar una nueva directiva a fin tratar de unificar la legislación de los estados de la UE.

En mayo de 2004 el Consejo de Europa emitió una declaración sobre la lucha contra el terrorismo en la que se estableció la necesidad de dictar normas comunitarias que garantizasen la disponibilidad de los datos de tráfico con fines antiterroristas.

4 Directiva del 24.10.1995

5 Directiva del 15.12.1997

6 A esta Directiva se la conoce como Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas [Diario Oficial L 201 de 31 de julio de 2002] y reemplazo a la Directiva 97/66/CE.

Fue por todo ello que el Consejo de Europa decidió encarar el estudio de una nueva Directiva sobre la conservación de datos de tráfico, que modificase la Directiva 2002/58/CE, con vistas a su adopción durante el año 2005.

La propuesta de esta nueva Directiva fue presentada el 21.9.2005, aprobada por el Parlamento Europeo en Bruselas el 14.12.2005 y elevada al Consejo de Ministros de Justicia e Interior de los veinticinco, quien luego de efectuarle varias modificaciones, le dió final aprobación el 21 de Febrero de 2006.

Destaco también que el 28 de abril de 2004, el Reino Unido, Francia, Irlanda y Suecia habían presentado una propuesta, conocida como "Propuesta de Decisión Marco sobre Retención de Datos de Tráfico de Comunicaciones Electrónicas"**,** que pretendía armonizar en los Estados Europeos normas mínimas sobre retención de datos de tráfico, dada la importancia que dichos datos tienen hoy en día en la investigación de delitos graves, incluido el terrorismo.

Se estableció allí que la propuesta no vulneraba en modo alguno el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, dado que, como su nombre lo indicaba, se limitaba exclusivamente a los datos de tráfico y no al contenido de tales comunicaciones. Esta propuesta fue rechazada por el Parlamento Europeo durante el procedimiento de consulta.

3. La retención de los datos de tráfico en las normativas internacionales

Algunos Estados, ya con anterioridad a la nueva Directiva habían establecido la obligación de retención de datos de tráfico, con distintas particularidades.

En España, la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico del 11 de Julio de 2002, en la actual redacción de su art. 12, establece que los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicio de alojamiento de datos, deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses.

Se establece allí también que los referidos datos serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información, y que los prestadores de servicio de alojamiento de datos deberán retener sólo aquéllos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio, pero que en ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones.

También la normativa española dispone que los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación

de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales.

Se ha justificado esta normativa española en el texto de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, antes comentada.

Destaco que la normativa española todavía no se aplica, ya que para que ello sea posible primero debe aprobarse un reglamento que establezca que datos pueden retenerse, en que condiciones y por que período de tiempo, tema este que ha llevado a un agudo debate en España, ya que grupos defensores de los derechos a la privacidad estiman que la norma viola principios constitucionales de defensa de los derechos de los individuos.

Resalto también que la Agencia Española de Protección de Datos ha emitido un informe jurídico por el que considera que la dirección IP, por sí sola, constituye un dato de carácter personal (Informe 327/03)[7]. También la referida Agencia ha considerado a la dirección de correo electrónico como un dato de carácter personal (Memoria Anual 1999). Estas consideraciones de la máxima autoridad en protección de datos personales de España constituye también un obstáculo para la reglamentación de esta obligación establecida en el art. 12 de la LSSICE

En EE.UU. en 1994 fue aprobada la "Communications Assistance for Law Enforcement Act", pero la misma se aplica solamente a las empresas de telecomunicaciones, a las que obliga a prestar una serie de colaboraciones a los fines de aislar e interceptar datos de tráfico y contenido de comunicaciones telefónicas, siempre que existiera orden judicial.

Esta normativa se entendió que no era de aplicación a los Proveedores de Servicio de Internet.

Pero poco tiempo después de los atentados del 11 de Septiembre de 2001, el Congreso de EE.UU. aprobó la H.R.3162, llamada Acta Patriótica, que otorga amplios poderes especiales al FBI y a las agencias de inteligencia de EE.UU. para poder monitorear el tráfico de correo electrónico

En Inglaterra, pese a una gran oposición de numerosas organizaciones, fue aprobada *The Regulations of Investigatory Powers* (RIPA), que se aplica a los proveedores de servicio de Internet y obliga a retener datos de tráfico e incluso obliga a los proveedores de telecomunicaciones que usan encriptado a entregar a pedido oficial las claves del mismo para poder acceder a la comunicación codificada. También the Anti-Terrorism Crime and Security Act

7 El Informe 327/2003 establece que existen distintas maneras de identificar a un usuario de Internet a partir de la dirección IP, ya sea ésta dinámica o estática y que, por tanto, aunque no todos los agentes de Internet tengan la posibilidad de identificar a los usuarios, la mera posibilidad de que la identificación sea posible a partir de una IP, hace que la normativa de protección de datos sea aplicable y que la dirección IP sea un dato de carácter personal porque permite identificar a una persona física, el usuario, o al menos hacerla identificable a través de distintos medios.

was passed in 2001, Part 11, lo permite a los fines de la seguridad nacional o la lucha contra el delito.

En Italia, el nuevo Código de Protección de Datos Personales vigente desde enero de 2004, admite la conservación de los datos de tráfico por el término de 30 meses.

En otros países se están estudiando normativas al respecto, tal los casos de: Bélgica donde la Computer Crime Act (28 Nov. 2000) admite la conservación para la investigación criminal, pero la norma no se encuentra aun reglamentada.

En Dinamarca la Sec.786 de la Ley de Administración de Justicia, admite la obligación de conservación para la investigación policial por el término de un año, pero no se encuentra aun vigente pues debe ser reglamentada.

En Finlandia existe una fuerte corriente de apoyo a su implementación por un período de dos años, pero aun no ha sido establecida.

En Francia se admite a los efectos de la investigación criminal por un año, pero con importantes limitaciones.

En Grecia existe una tendencia a aceptarla por un año

En Suecia es un tema actual de discusión, y se sugiere 12 meses como mínimo de la obligación.

4. En la República Argentina

En Argentina no existía ninguna normativa relativa a la conservación de los datos de tráfico por parte de las empresas prestadoras de servicios de comunicaciones, sino que solamente algunos proyectos de ley contemplaban estas situaciones.

Tal el caso del Proyecto de Ley Nº 64/02 de delitos informáticos que tuvo durante el año 2003 media aprobación legislativa, pero que finalmente no ha prosperado. En la versión original de este proyecto no se contemplaba ésta situación, pero el posterior dictamen de la Comisión de Asuntos Penales del Senado del 21.11.2002 había propuesto la introducción, como nuevo art. 7, de la obligación de los ISP de conservar los datos de tráfico durante dos años[8].

8 El texto propuesto expresa: Dictamen Comisión: "Artículo 7: Deber de conservación de datos. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos, deberán conservar los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de los servicios que suministran, por un período de dos años. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Público que los requiera.

Los datos que deberán conservar serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información o para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio. En ningún caso, la obligación de conservación de datos afectará la confidencialidad de las comunicaciones,

Sin perjuicio de este antecedente a fines del año 2003 el Parlamento Argentino sancionó la Ley 25873 que incorporó a la Ley Nacional de Telecomunicaciones, tres artículos, que fundamentalmente regulan dos aspectos relacionados a las telecomunicaciones:

El primer aspecto de la normativa autoriza la intercepción de las comunicaciones telefónicas o por Internet, incluido los contenidos, pero supeditando esta intercepción a la previa orden judicial o del Ministerio Público.

Se reafirmó así lo que ya dispone la Ley 25520 de Inteligencia Nacional en su art. 18 que establece que "*cuando en el desarrollo de las actividades de inteligencia o contrainteligencia sea necesario realizar interceptaciones o captaciones de comunicaciones privadas de cualquier tipo, la Secretaría de Inteligencia deberá solicitar la pertinente autorización judicial*"

De esta forma se trata de evitar las intercepciones clandestinas o dispuestas sin orden judicial que configuran afrentas reales y concretas al derecho a la privacidad de los individuos.

El segundo aspecto de la Ley 25873 establece la obligación de conservación de los datos de tráfico de las comunicaciones por parte de las empresas prestadoras de los servicios y por el término de diez años, con la finalidad de su consulta por parte del Poder Judicial.

Esta exigencia de conservación de los datos de tráfico ya se venía realizando por las empresas telefónicas a efectos de la facturación de los servicios, pero no ocurría así con los proveedores de Servicios de Internet que no conservaban los datos de tráfico del correo electrónico.

Esta conservación de datos, reitero se refiere únicamente a los datos de tráfico, pero nunca a la conservación de los contenidos.

Quizás el plazo de diez años, establecido en la normativa argentina, fue demasiado extenso, ya que en general se ha estimado que el término correcto debe ser de 1 o 2 años.

El 8 de noviembre de 2004 fue reglamentada la Ley 25873 con el dictado del Decreto 1563.

Personalmente entiendo que tal reglamentación no alteró el contenido de la ley, si bien su falta de claridad provocó una aguda polémica en la Argentina, en donde muchos, incluidos los medios periodísticos, informaron erróneamente que tal decreto y la ley que reglamentaba, permitían la conservación de los datos de contenido por el término de diez años, sin ningún requisito.

Esto no es así, ya que como antes expliqué son dos situaciones distintas, y la conservación de los datos por 10 años se refiere a los datos únicamente de tráfico.

Como consecuencia de esta polémica el Gobierno argentino, dictó el Decreto 357/05 que suspendió la aplicación del Decreto 1563.

debiendo adoptar las medidas de seguridad apropiadas para evitar su utilización para otros fines no previstos en esta ley, su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos".

Por su parte la justicia argentina estableció su inconstitucionalidad en una causa tramitada ante la Justicia Contencioso Administrativo de la Capital Federal en un amparo planteado por CABASE.

Personalmente creo que tanto el Decreto 357/05 como el fallo judicial fueron equivocados y privan a la Argentina de una normativa útil y acorde a las modernas legislaciones, que lejos de afectar la privacidad, brinda un importante instrumento en la lucha contra la delincuencia.

5. Análisis final

El tema de la retención y conservación de datos en los servicios de comunicaciones electrónicas, entendiendo por tal a la telefonía de red fija o móvil, al acceso a Internet, al correo electrónico y a la telefonía por Internet, motiva desde hace un tiempo agudos y frecuentes debates a nivel doctrinario y legislativo en todo el mundo.

El creciente uso de estos medios de comunicación y de transferencia de datos, está imponiendo la necesidad del estudio de una nueva obligación de los proveedores de estos servicios como necesarios partícipes de estas comunicaciones

Pero cuando se habla de esta nueva obligación de conservación de datos se está haciendo referencia a dos posibles situaciones:

- El almacenamiento y conservación **del contenido** de las comunicaciones,
- El almacenamiento y conservación **de los datos de tráfico** relativos a éstas comunicaciones (subrayado del autor)

Según algunos en ambas situaciones podría encontrarse afectado el principio de la confidencialidad de las comunicaciones, principio que hoy en día se encuentra garantizado por diversos instrumentos internacionales y legislaciones nacionales. Gran parte de las Constituciones del mundo dan amparo constitucional a la privacidad de las comunicaciones, y las diversas leyes de Protección de Datos Personales que se están dictando brindan también esta protección.

La creciente capacidad de almacenamiento y tratamiento informático de datos relativos a usuarios de la telefonía, de Internet y del correo electrónico que se está produciendo en el mundo, hace cada vez mas necesaria una regulación pormenorizada de estas situaciones y de las obligaciones consecuentes de los proveedores de estos servicios, que establezca un justo límite para lograr un necesario equilibrio entre el derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones y, ciertas situaciones en que, en miras a un interés general de protección y defensa de la seguridad pública o con la finalidad de la investigación y persecución de delitos, se pueda alterar ese derecho a la privacidad.

Personalmente, y tal como ya lo he afirmado en otras oportunidades[9], creo que el almacenamiento y conservación **del contenido** de las comunicaciones electrónicas por parte de los proveedores de los servicios, sólo es posible excepcionalmente:

- Cuando fuera automático, transitorio y necesario para llevar a cabo la transmisión;
- Cuando la ley expresamente así lo establezca y por el tiempo y modalidad establecido por la misma. La normativa debiera disponer que solamente este almacenamiento y conservación sea posible, cuando fuera ordenado previamente y en cada caso por un Juez y con fundamento en la defensa de la seguridad del estado o la investigación de un delito;
- Cuando las partes intervinientes en la transmisión, así lo hayan requerido a los fines de la prueba de una transacción comercial. Esta situación debiera estar también contemplada por la ley y quizás lleve a un futuro no muy lejano en donde encontremos el correo electrónico con copia certificada, o aviso de entrega, etc., similares a los del correo postal.

Como ya lo adelantara, en todos estos casos los proveedores de los servicios deben garantizar la confidencialidad de la información, adoptando las medidas de seguridad necesarias a tal fin.

Fuera de estos supuestos y condiciones, el almacenamiento y conservación del contenido de las comunicaciones viola el derecho a la privacidad, y no pude ser permitido.

Los **datos de tráfico**, en cambio, no están referidos a los contenidos sino solamente a la duración, fecha, origen y destino, de esas comunicaciones.

La privacidad de la información contenida, consecuentemente, no está allí en peligro.

Lo que se trata es la conservación de los datos de tráfico, entendiendo por tal todos los elementos que hacen a esa transmisión en cuanto a su individualización de partida y llegada, fecha, hora y demás datos, que no impliquen la vulneración y conocimiento del texto contenido en el mensaje.

Se discute así si existe obligación por parte de los proveedores de servicios de conservar durante un período de tiempo relativamente largo los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de su servicio, y si con éste almacenamiento y conservación no se está afectando al derecho a la privacidad.

Algunos afirman que ésta conservación de los datos, constituye una violación a uno de los principios mas importantes en materia de protección de datos

9 "La Obligación de Conservación de datos en el Correo Electrónico por parte de los Proveedores de Servicio de Internet – Horacio Fernández Delpech – Ponencia presentada en el IV Congreso Mundial de Derecho Informático.

personales como es el principio de finalidad, que exige que los datos personales se recojan para finalidades determinadas, explícitas y legítimas, y no se traten posteriormente de manera incompatible con ellas.

Sin embargo, creo que muchos son los motivos que aconsejan el establecimiento de la obligación de los proveedores de servicios de guarda de estos datos, y que el motivo fundamental de esta obligación debe buscarse en la prevención e investigación de los delitos graves.

No debemos olvidar que en un mundo cada vez mas inseguro como el que vivimos, la seguridad física de las personas tiene una importancia vital. La sociedad actual necesita protegerse y es por ello que es obligación de los estados, demostrar que se concede la mayor consideración posible a esa necesidad de protección, introduciendo las normas legislativas tendientes a tal fin.

Con relación a ésta obligación de conservación de datos de tráfico se ha dicho reiteradamente que tal obligación se justifica ante la necesidad de conservación tanto de las informaciones canalizadas a través de ellos, como del número o identificación de los equipos de origen y del destino de la comunicación, tiempo de duración de la conexión, volumen de datos transmitidos, todo ello a los fines que estos elementos puedan servir para la investigación y enjuiciamiento de delitos graves y como prueba en procesos judiciales. Este requisito se ha considerado una condición necesaria y fundamental, y trata de garantizar así los derechos de los usuarios al secreto de los datos de conexión que les afecten.

No puedo dejar de señalar que muchas instituciones y grupos europeos se han opuesto tenazmente a la aprobación de la Directiva, alegando que con ella se violan fundamentales principios que hacen a la privacidad y a la intimidad de los individuos, así como que la obligación de conservación generará altísimos costos que deberán afrontar los operados de los servicios.

Entiendo que tal violación a la privacidad y a la intimidad de los individuos no se produce, en la medida que la retención, tal como lo establece la Directiva, esté dirigida:

- Al tráfico y no al contenido de las comunicaciones. A este respecto la nueva Directiva es clara, en cuanto dispone expresamente cuales son los datos a retener, y establece en su art. 1.2. que la misma se aplicará "*a los datos de tráfico y localización*", y que "*no se aplicará al contenido de las comunicaciones*".
- Que el objetivo sea la lucha contra el delito grave, tal como lo establece la Directiva, cuando en el art. 1 al referenciar su objeto, dispone "*con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación de cada Estado miembro*".
- Que se establezcan claras normas en cuanto a la protección y seguridad de los datos retenidos conforme esta definido en el artículo séptimo.
- Que los plazos de de conservación de datos estén limitados y respondan a necesidades demostradas del sistema penal;

Con relación a los costos que se generaran para las empresas proveedoras de los servicios, destaco que el texto inicial de la Propuesta de Directiva, que fuera aprobado por el Parlamento Europeo en año 2005, establecía en el art. 10 que los Estados miembros debían asegurar que los proveedores de servicios de comunicaciones debían ser reembolsados por los costes adicionales que demostrasen haber incurrido para cumplir las obligaciones de conservación impuestas.

Tal compensación había sido incluida en el texto por considerarse que la conservación de datos generaría evidentemente una serie de costos adicionales de consideración para los proveedores de los servicios, y ya que los beneficios, en términos de la seguridad pública, estaban dirigidos a la sociedad en su conjunto, debían ser los estados quienes afrontasen tal costo.

Esta norma no fue incluida en el texto final recientemente aprobado, lo que creo es un aspecto criticable.

Pese a ello y finalmente creo que la Directiva Europea cumple en los demás con los requisitos propuestos y debe servir como marco normalizador y legislativo, no sólo de los estados europeos a los que está dirigida, sino también de los demás países del mundo.

"La inquebrantabilidad del principio de la unicidad* en la junta general electrónica"**

Marta García Mandaloniz***
Teresa Rodríguez de las Heras Ballell****

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio de unicidad en la junta general. 2.1. *Unicidad de tiempo*. 2.2. *Unicidad de lugar*. 3. El domicilio social como lugar de celebración de la junta general. 3.1. *Las excepciones de la fuerza mayor y la junta universal*. 3.2. *El principio de la autonomía de la voluntad para la designación estatutaria de un lugar distinto al del domicilio social*. 3.2.a) *El principio de la autonomía de la voluntad en la sociedad anónima*. 3.2.b) *El principio de la autonomía de la voluntad en la sociedad limitada*. 4. La junta general presencial y la junta general electrónica. 4.1. *La dicotomía presente / ausente en materia de voto y sesión*. 4.2. *Perspectiva funcional de las dimensiones tecnológicas*. 5. La asistencia a la junta por medios electrónicos. 6. El lugar de celebración de la junta general electrónica. 6.1. *El sitio web como lugar de celebración*. 6.2. *Análisis funcional del sitio web como lugar de celebración en la junta general electrónica*. 7. Conclusión: la inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica. 7.1. *Unicidad de tiempo*. 7.2. *Unicidad de lugar.*

Recibido: 10/3/2006 • Aceptado: 25/3/2006

* Escogemos el término de "unicidad", en vez del de "unidad" para poner de manifiesto el carácter único de la junta general, en cuanto a tiempo y lugar. Si unidad hace referencia a uno, unicidad a único; como así revelan las definiciones que de ambos vocablos proporciona el Diccionario de uso del español María Moliner. Este "principio de unicidad" fue, además, el que utilizó, entre nuestra mejor doctrina, el profesor J. F. DUQUE a la hora de estudiar el domicilio social como lugar de reunión de la junta de accionistas en su obra: "El lugar de celebración de las juntas generales de la sociedad anónima (Sentencia del Tribunal Supremo de 13-X-1961)", *RDM*, octubre-diciembre 1963, vol. XXXVI, nº 60, pp. 245-293, en especial, pp. 254, 265.

** El presente artículo es el resultado de la actualización, debida a las recientes novedades legislativas, del trabajo que con el mismo título se publicó en la *Revista de la Contratación Electrónica (RCE), Sección Sociedades,* núm. 57, Febrero 2005, pp. 63-86.

*** Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil (mailto:marta.mandaloniz@uc3m.es)

**** Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Mercantil (mailto:teresa.rodriguezdelasheras@ uc3m.es) Universidad Carlos III de Madrid.

Resumen

La aplicación de las nuevas tecnologías a la operativa societaria despliega innegables ventajas asociadas a la agilización de procesos, la facilitación de funciones y la deslocalización. Los procedimientos de formación de la voluntad social se pueden ver especialmente beneficiados por la incorporación de tecnologías capaces de superar limitaciones territoriales y de reactivar la participación de los socios. El artículo propone un análisis sobre la viabilidad de una junta general puramente electrónica. Para ello, es preciso, de un lado, una interpretación funcional de la junta como mecanismo de adopción de acuerdos sociales, liberada de las cargas que le imponen los condicionantes temporales y espaciales; y, de otro, una comprensión práctica y real de las posibilidades tecnológicas desde la perspectiva del principio de equivalencia funcional. Un principio de equivalencia funcional entre actos físicos y actos en soporte digital que ha de interpretarse de forma dinámica y con carácter específico.

Palabras clave: Sociedades mercantiles, nuevas tecnologías, junta general electrónica, principio de equivalencia funcional, formación de la voluntad social.

Abstract

The incorporation of new technologies in company functioning entails irrefutable efficiencies arising from acceleration of procedures, facilitation of tasks and deslocalization. Decision-making procedures are main beneficiaries of advantages resulting from the application of technologies apt to overcome geographical obstacles and reactivate shareholders' participation. This paper aims at exploring the viability of a purely electronic Shareholders' Meeting. Accordingly, on the one hand, a function-based construction of the concept of Shareholders' Meeting, free of time and space determining factors, is due. And, on the other hand, a full understanding of technology real possibilities in accordance with functional equivalence principle is required. A dynamic and specific interpretation of functional equivalence principle is suggested thereupon.

Key words: Commercial companies, new technologies, electronic shareholders' meeting, functional equivalence principle, decision-making procedures.

1. Introducción

Las ventajas que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación (TIC), también en el ámbito societario, son indiscutibles: aceleración (tiempo), facilitación (forma y funciones) y desmaterialización (lugar)[1]. No son escasas

1 Informe *Winter,* que lleva el nombre de su Presidente, Jaap WINTER, elaborado por el denominado *Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades* y creado por la Comisión Europea en septiembre de 2001, en el marco de un Plan de Acción sobre Derecho de Sociedades impulsado por la Unión Europea. El Informe fue publicado bajo el título *On a modern regulatory framework for Company Law in Europe,* con fecha de 4 de noviembre de 2002. Puede consultarse

las áreas de impacto del entorno societario sobre las que se proyectan las posibilidades de las nuevas tecnologías[2]: el gobierno corporativo, las exigencias de transparencia[3] en el mercado, la difusión de información contable y financiera, la constitución de sociedades[4], las relaciones internas entre sociedad, socios y administradores. Legislador y sociedades mercantiles se han embarcado en el atractivo viaje de la electronificación hacia, entre otros destinos, una deseada reactivación del accionista y una necesaria revitalización de la junta[5].

Por sus dificultades, por su centralidad en la operativa societaria y por su potencialidad para canalizar un cierto resurgimiento del denominado "activismo accionarial"[6], optamos por abordar, de forma particular, el supuesto de celebración de una junta general puramente electrónica. No obstante, antes de llegar al estudio de la viabilidad de la junta electrónica, consideramos imprescindible repasar la actualidad normativa en materia de junta. Sólo conociendo con detalle cuál es el marco temporal y locativo que la legislación vigente tiene implantado para las juntas generales presenciales y tradicionales de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, podremos plantear las opciones de admisibilidad con las que cuenta, en estos tipos societarios, la junta electrónica.

2. El principio de unicidad en la junta general

Como órgano deliberante, soberano y necesario de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la junta general de accionistas o de socios, respectivamente, actúa bajo el principio de *unitas actus*.

en la siguiente dirección: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/index.htm.

2 Conferencia pronunciada por el profesor VICENT CHULIÁ, F., "Internet y Sociedades", en las V *Jornadas de Comercio Electrónico,* organizadas por el Área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, días 15 y 16 de marzo de 2004.

3 El principio de transparencia había sido el elemento central del informe emitido por la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, hecho público el 8 de enero de 2003, conocido por el nombre de su Presidente, D. Enrique ALDAMA, como *Informe Aldama.*

4 *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedad de Responsabilidad Limitada* (BOE, núm. 79, 2 de abril de 2003) y su desarrollo. Esta modalidad electrónica de constitución y publicación de las sociedades supondrá un significativo avance cuando se extienda y generalice a todas las sociedades, según la previsión del párrafo tercero del punto 1 de la Disposición Adicional octava "Documento Único Electrónico (DUE)" de esta Ley 7/2003; en la línea de la *Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 68/151/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas* (DO L 221, de 4 de septiembre de 2003).

5 Vid. ALONSO LEDESMA, C., "El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital", en AAVV, *El gobierno de las sociedades cotizadas,* Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 628 y ss.

6 Vid. RECALDE CASTELLS, A., "Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de "buen gobierno", *R.V.E.H.,* I/2003, pp. 51-77, en p. 69.

La junta general es, en efecto y en primer término, un órgano –y sólo un órgano[7]– deliberante porque, a través de él y con debates o sin ellos, se expresa la voluntad de la sociedad, mediante la adopción de acuerdos.

La junta general es, en segundo lugar, un órgano soberano porque sus acuerdos tienen efectos obligatorios para todos los socios, incluso disidentes y ausentes en la reunión, conforme indican los apartados segundos de los artículos 93 TRLSA[8] y 43 LSRL[9]. Es soberano, además, porque, amén de que sus acuerdos también obligan a los administradores, el nombramiento y separación de éstos es competencia exclusiva de la junta general (arts. 123.1 y 131 TRLSA, y arts. 58.1 y 68.1 LSRL). Ni son ilimitadas las competencias de la junta, ni se encuentran enumeradas en el TRLSA[10] (al contrario que en el art. 44 LSRL), pero sí son suyas las de mayor relevancia para la sociedad. Así, por ejemplo, la censura de la gestión social, la aprobación, en su caso, de las cuentas anuales del ejercicio anterior, o la resolución sobre la aplicación del resultado (art. 95 TRLSA), de un lado; y, de otro, la emisión de obligaciones, el aumento o reducción del capital social, la transformación, fusión o escisión de la sociedad (art. 103.1 TRLSA), entran dentro de su esfera competencial.

La junta general es, en tercer y último extremo, un órgano necesario porque no existen procedimientos alternativos para que los socios tomen decisiones[11]. Se imposibilita la alternancia y sustitución de procedimientos. No serían admisibles, pues, los supuestos en los que una anónima o una limitada funcionaran en régimen de asamblea[12]. Cuando el artículo 100.1 RRM alude a la adopción de acuerdos sin sesión por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, especifica que ello será posible cuando la Ley no lo impida. Tanto el texto refundido de la Ley de anónimas como la vigente Ley de limitadas lo impiden, aun de forma tácita. No lo impedía, en cambio, la anterior Ley de limitadas, del año 1953, cuando en su artículo 14 manifestaba: "*Cuando el número de socios exceda de quince, o cuando así lo exija la escritura,*

7 Vid. LOJENDIO OSBORNE, I., "La junta general de accionistas", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., (coord.), *Derecho Mercantil*. T. I. 9ª ed. Barcelona: Ariel, septiembre 2004, p. 333.

8 *Ley de sociedades anónimas*, aprobado mediante Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE núm. 310, 27 diciembre 1989, pp. 8234-8272; rect. BOE núm. 28, 1 febrero 1990, pp. 511-516 [RCL 1989, 2737; 1990, 206]).

9 *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedad de Responsabilidad Limitada* (BOE núm. 71, 24 de marzo de 1995, pp. 9181-9206 [RCL 1995, 7240]).

10 Las competencias de la junta general de la sociedad anónima se encuentran dispersas a lo largo del articulado del TRLSA. Así, por ejemplo, en los artículos 25 a 28, 41, 75, 95, 103, 123, 144, 152, 159, 164, 212, 213, 224, 234.3, 239, 240, 254, 260, 262, 271, 277, 283, 292 ó 294.

11 Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 346; URÍA, R., *Derecho Mercantil*. 28ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 311.

12 Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. I. 11ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, p. 390.

la mayoría habrá de formarse necesariamente en junta general. En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice con arreglo a la Ley o a la escritura la autenticidad de la voluntad declarada". Esta posibilidad no se mantuvo con la aprobación, en 1995, de la actual Ley de régimen jurídico de las sociedades limitadas, por lo que la interpretación más correcta es entender que el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 100.1 RRM queda circunscrito a las sociedades colectivas y comanditarias simples[13]. Por aplicarse la Ley de sociedades anónimas a las sociedades comanditarias por acciones, en lo que no resulte incompatible con las disposiciones específicas (art. 152 C. de c.), en la estructura corporativa de éstas, al igual que en la de las anónimas y en la de las sociedades de responsabilidad limitada, debe haber una junta general, y sólo esa junta general es la encargada de manifestar la voluntad social. No caben excepciones; salvo que se entienda como una excepción lo que consigna el artículo 127 LSRL y, por remisión, el artículo 311 TRLSA en materia de unipersonalidad: "*el socio único ejercerá las competencias de la junta general*"[14].

2.1. *Unicidad de tiempo*

Deliberante, soberana y necesaria, la junta general es única, en cuanto a tiempo y lugar. Al lugar y al tiempo de celebración de la junta se refiere el artículo 109 TRLSA; sólo al lugar, el artículo 47 LSRL.

Por lo que hace al aspecto temporal, el citado artículo 109 indica, en su primer apartado, que las juntas se celebrarán el día señalado en la convocatoria. Efectivamente, una de las menciones necesarias de la convocatoria de la junta de una sociedad anónima es la expresión de la fecha de la reunión en primera convocatoria (art. 97.2 TRLSA); mientras que resulta facultativo hacer constar la fecha en la que, en su caso, esa junta se reunirá en segunda convocatoria[15] (art. 98.1 TRLSA).

13 Vid. RUIZ-GALLARDÓN, M., "Derecho de sociedades e Internet", en, MATEU DE ROS, R.; LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 608.

14 A esta excepción se refieren, verbigracia, LOJENDIO OSBORNE, I., "La junta general...", *op. cit.*, p. 333; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 346; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I. 27ª ed. Madrid: McGraw-Hill, 2004, p. 362; URÍA, R., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 311; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*. 17ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 357. Además, vid. las *Resoluciones de la DGRN 18-junio-1979* (R. 2595), *12-septiembre-1985* (R. 4492), *13-noviembre-1985* (R. 6635), *14-noviembre-1985* (R. 6636) y *21-junio-1990* (R. 5366).

15 De todos es conocido que la LSRL desconoce el juego de la doble convocatoria de la junta general, en línea –como, con precisión, indicara PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Órganos sociales; modificación de estructura; cuentas anuales. La SRL "Nueva Empresa", en, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), *Derecho Mercantil*. T. I. 9ª ed. Barcelona: Ariel, septiembre 2004, p. 453– con las

En la hipótesis de que el día señalado en la convocatoria resultara insuficiente, por la cantidad de temas que deber ser tratados o por su complejidad, para concluir los puntos del orden del día y adoptar los acuerdos correspondientes entraría en juego la previsión que contiene el artículo 109.1 *in fine* en torno a las prórrogas: podrán prorrogarse las sesiones durante uno o más días consecutivos. En caso de prórroga, no hay suspensión. *A contrario sensu*, si la junta, una vez iniciada, se suspende para celebrarse al día siguiente en segunda convocatoria, no hay prórroga[16].

Siempre que se cumplan las previsiones legislativas, no son dos o más juntas, sino una sola prorrogada. La primera previsión ya ha sido anunciada: que la prórroga sea durante uno o más días consecutivos, sin que se distinga entre días hábiles e inhábiles[17]. Que sean días consecutivos, es decir, que uno siga inmediatamente al otro, sin solución de continuidad es requisito ineludible para no romper la continuidad y unicidad de la junta[18]. La segunda previsión se contiene en el apartado segundo del mismo precepto[19]: el acuerdo de prórroga se hará a propuesta bien de los administradores, bien de los accionistas que representen la cuarta parte del capital presente en la junta. En este sentido, han sido firmes el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado a la hora de negar al presidente competencia para aplazar o prorrogar *motu proprio* la sesión de la junta[20]. La última previsión es el levantamiento de una sola acta para todas las sesiones (art. 109.3 TRLSA), aun cuando si es acta notarial la reunión de cada día se consignará como diligencia distinta en el mismo instrumento y por orden cronológico (art. 102.2 RRM)[21]. Bajo estas tres condiciones, la prórroga no afecta a la unicidad temporal de la junta.

tendencias doctrinales actuales que abogan por la desaparición de la diferencia entre primera y segunda convocatoria.

16 Vid., ad ex., la *STS 6-julio-1963* y la *RDGRN 21-septiembre-1984*. Asimismo, vid. URÍA, R., *Derecho*..., *op. cit.*, p. 317.

17 La no-distinción entre días hábiles e inhábiles ya la pusieron de manifiesto: GARCÍA LUENGO, R.; SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y Jurisprudencia)*. Granada: Comares, 1991, p. 509. Vid. también la *RDGRN 23-junio-1997* (R. 4569).

18 Vid. GARCÍA LUENGO, R.; SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico*..., *op. cit.*, p. 509; GARRIGUES, J.; URÍA, R., *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*. T. I. 3ª ed. Madrid, 1976, p. 711; URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M. "Comentario al artículo 109. Lugar y tiempo de celebración", en, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. T. V. La junta general de accionistas (Artículos 93 a 122 de la Ley de sociedades anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 222.

19 En igual dirección se pronunciaba la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, en su artículo 63.2.

20 Es el caso de las *STS 6-julio-1963*, *26-octubre-1979* (R. 3460); o de las *RDGRN 21-septiembre-1984*, *21-septiembre-1989*, *4-marzo-2000* (R. 1095).

21 URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M. "Comentario al artículo 109...", *op. cit.*, p. 222, añadieron que así se procederá también cuando es acta privada.

2.2. *Unicidad de lugar*

La referencia temporal ha de complementarse con la referencia al lugar. El lugar de celebración de la junta general es único[22]. Aun cuando el artículo 97.2 TRLSA silencie, entre los datos que han de constar en el anuncio de la primera convocatoria, el lugar de reunión; tal silencio se salva con la mención expresa que hace *ab initio* el artículo 109.1 del mismo texto legal a "*la localidad donde la sociedad tenga su domicilio*" como lugar de celebración. El modo verbal que emplea este último precepto es imperativo: "se celebrarán". Este tono no deja albergar dudas acerca de la intención del legislador de cerrar el paso a decisiones discrecionales que fijen en otro lugar la reunión de la junta. Sin perjuicio de matizaciones posteriores que luego habrá ocasión de introducir, la localidad (que no el local) donde se sitúa el domicilio social es el único lugar admitido por la Ley de anónimas para que los accionistas reunidos en junta general expresen la voluntad social.

3. El domicilio social como lugar de celebración de la junta general

Averiguar qué ha de entenderse por "localidad donde la sociedad tiene su domicilio" es el siguiente cometido. Un dato del que hay que dejar constancia en los estatutos sociales es el domicilio social (art. 9.e) TRLSA y 120.1 RRM). El domicilio de la sociedad ha de ser único[23]; si bien el artículo 6.1 TRLSA, como también el 120.1 RRM, concede una doble posibilidad para su fijación: en el lugar en que se halle el centro de la efectiva administración y dirección de la sociedad, o en el lugar en que radique su principal establecimiento o explotación.

Así fijado, en uno u otro lugar, el domicilio; éste habrá de ser concretado con la indicación de "*la calle y número o lugar de situación, la localidad y el municipio*", según precisa el artículo 387.1.2º RRM. Aun cuando los vocablos "localidad" y "municipio" aparezcan en este artículo separados con la conjunción "y", en vez de con la conjunción "o", la localidad[24], donde el domicilio está situado,

22 Vid. URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M. "Comentario al artículo 109...", *op. cit.*, p. 220.

23 Vid. GARRIGUES, J.; URÍA, R., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 142; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Denominación y domicilio social", en, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., (et al.), (coord.), *Derecho de sociedades anónimas. T. I. La Fundación*. Madrid: Civitas, 1990, p. 244; SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), Comentarios *a la Ley de sociedades anónimas. T. I. Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones. Artículos 1º a 46*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 184.

24 El significado de "localidad" como pueblo o ciudad es el que, en primer lugar, nos proporciona el Diccionario de uso del español María Moliner.

ha sido interpretada como municipio[25] o término municipal[26]. La expresión "término municipal" es, además, la que en 1995 recogió la LSRL para definir, en su artículo 47, el lugar de celebración de la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada.

Permítasenos dejar a un lado, de momento, las peculiaridades que en esta materia posee el régimen jurídico de la sociedad limitada, para centrarnos ahora en la sociedad anónima y decir que en el municipio designado en los estatutos como domicilio es donde ésta debe convocar y celebrar la junta general. La justificación para este deber es tutelar el interés del accionista de conocer antes de la reunión el lugar al que puede acudir para participar en la junta y permitir su accesibilidad[27]. En último extremo, el deseo es garantizar el derecho del socio a asistir y, en su caso, votar[28]. Si de lo que se trata es de proteger al socio frente a actuaciones que pudieran resultar perjudiciales para sus intereses y derechos, no parece que se produciría tal perjuicio en la hipótesis en que el lugar de reunión, distinto al del domicilio social, estuviera determinado en el anuncio de la convocatoria de la junta y fuera, además, de igual o más fácil acceso que el del domicilio[29]. La jurisprudencia ha considerado, sin embargo, nulas las juntas convocadas en un término municipal diferente al del domicilio, incluso aunque ambos fueran colindantes y sin solución de continuidad[30].

3.1. *Las excepciones de la fuerza mayor y la junta universal*

En dos supuestos excepcionales se rompe la imperatividad con que el artículo 109.1 TRLSA se pronuncia en materia de lugar de celebración de la junta de una sociedad anónima. Son dos casos tan dispares como el de la fuerza mayor y la junta universal. Pese a que ninguno de ellos está previsto de modo expreso

25 El Diccionario de uso del español María Moliner especifica que "municipio" es la "*unidad territorial administrativa, formada por una población y cierta extensión de territorio alrededor de ella, llamada "término municipal", regida toda ella por un mismo organismo*".

26 Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución. Ampliación de capital*. Madrid: EDERSA, 1991, p. 427; SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 177-178. También la *RDGRN 11-octubre-1993* (R. 7972).

27 Vid. DUQUE, J. F., "El lugar de celebración...", *op. cit.*, p. 253; LOJENDIO OSBORNE, I., "La junta...", *op. cit.*, p. 341.

28 La DGRN puso de manifiesto en el Fundamento de Derecho primero de su *Resolución de 11-octubre-1993* (R. 7972) la garantía que supone el artículo 109.1 TRLSA para el derecho de los socios a asistir y votar en las juntas.

29 DUQUE, J. F., "El lugar de celebración...", *op. cit.*, p. 253, en un caso citado por GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*. Valladolid, 1952, p. 318, consideró que había que entender como válida la celebración de una junta en las afueras de la localidad donde la sociedad tuviera su domicilio si el acceso no era más difícil para los socios que quisieran acudir a ella.

30 Léanse las *STS 25-abril-1978* (R. 1456), *15 julio 1988* (R. 5273), *28-marzo-1989* (R. 2273), *17-diciembre-1997* (R. 8818). En la doctrina, vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas...*, *op. cit.*, p. 427; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 359.

en la Ley como excepción, ha sido constante el Alto Tribunal[31] y la doctrina más autorizada[32] en señalar cómo la inobservancia de lo dispuesto en el citado artículo 109.1 no desencadena la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta si es debida a fuerza mayor o si se está ante una junta universal.

Cuando la concurrencia de circunstancias extraordinarias, tales como guerra, inundación o terremoto[33], haga imposible o extremadamente difícil que la junta se desarrolle en el lugar que marca la Ley, será viable la reunión en localidad diferente, siempre que ello no sea contrario al interés social[34]. Aparte de estos casos en los que interviene la fuerza mayor, no tiene por qué respetarse la previsión legal sobre el lugar de celebración de la reunión si hay junta universal (art. 97.1 RRM).

La junta universal es, por sí misma, un supuesto excepcional de junta. Así lo demuestra el hecho de que el precepto que la regula, el artículo 99 TRLSA, comience con la frase: "*No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores*". Dos son los requisitos necesarios para que podamos hablar de junta universal. El primero, la concurrencia de todo el capital social[35] y, el segundo, la aceptación unánime de la celebración de la junta. Si estando presente todo el capital, todos los accionistas, por sí o debidamente representados, aceptasen –*rectius*, no se opusieran a- que la junta se celebrara en localidad distinta a la del domicilio social se salvarían los posibles vicios de la convocatoria y la reunión[36]. En virtud del principio general que no permite ir contra los actos propios, no podría después impugnarse el acuerdo o los acuerdos adoptados alegando desprotección de los intereses del socio porque la reunión no se ha llevado a cabo en la localidad donde la sociedad tiene su domicilio.

31 Entre otras, las *STS 9-noviembre-1955* (R. 3109), *13-octubre-1961* (R. 3297), *25-noviembre-1967* (R. 4770), *23-noviembre-1970* (R. 4885), *25-abril-1978* (R. 1456), *15-julio-1988* (R. 5723) o *17-diciembre-1997* (R. 8818).

32 De entre la doctrina destacamos a: BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual*..., *op. cit.*, pp. 390, 396-397; GARCÍA LUENGO, R.; SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico*..., *op. cit.*, p. 508; SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios*..., *op. cit.*, pp. 182-183; URÍA, R., *Derecho*..., *op. cit.*, p. 316.

33 Estos ejemplos de casos de fuerza mayor se expusieron en: URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M. "Comentario al artículo 109...", *op. cit.*, p. 221; con base en las *STS 25-noviembre-1967* y *7-junio-1989*.

34 Vid. DUQUE, J. F., "El lugar de celebración...", *op. cit.*, p. 274.

35 Capital social "desembolsado", puntualizaba con anterioridad el artículo 55 de la LSA de 1951.

36 En este sentido, vid. DUQUE, J. F., "El lugar de celebración...", *op. cit.*, pp. 281-284. También la *sentencia del TS 9-noviembre-1955* y las *Resoluciones 15-noviembre-1956*, *29-noviembre-1956* y *23-julio-1958*.

3.2. *El principio de la autonomía de la voluntad para la designación estatutaria de un lugar distinto al del domicilio social*

3.2. a) *El principio de la autonomía de la voluntad en la sociedad anónima*

Fuera de estos supuestos restringidos de fuerza mayor y junta universal, no parece haber resquicio para que, entrando en juego la libre autonomía de la voluntad, una sociedad anónima decida designar en sus estatutos un lugar de reunión diverso al del término municipal del domicilio. Ni el artículo 109, ni ninguno de los demás artículos que componen la Sección 1ª del Capítulo V del TRLSA, sobre la junta general, abren el paso a esta decisión.

Tampoco la anterior LSA, del año 1951, en una interpretación literal de su artículo 63, dejaba huecos para aplicar el principio de libre autonomía que propugna el artículo 1255 C.C. En efecto, tan tajante como el vigente artículo 109 se mostraba el derogado artículo 63: "*Las juntas generales se celebrarán en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio*". No obstante, una dulcificación de este texto legal vino de la mano de una interpretación doctrinal[37], al hilo de la *sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1961* que enjuició un acuerdo adoptado en una junta que se había reunido en una localidad que no era la del domicilio. Aunque en esta sentencia no hubo un pronunciamiento expreso acerca de la clase de nulidad, se dedujo, en una interpretación sistemática de esta declaración judicial, que el artículo 63 no era una norma de derecho necesario, cuya infracción causara la nulidad del acuerdo, sino una norma de carácter dispositivo, cuya infracción sólo producía la impugnación por anulabilidad del acuerdo, considerándose mientras tanto eficaz. Esta tesis no ha tenido, sin embargo, eco. Precisamente, la mencionada sentencia de 1961 ha sido luego citada como ejemplo de decisión judicial contraria a la determinación de una localidad diferente a la del domicilio[38].

3.2. b) *El principio de la autonomía de la voluntad en la sociedad limitada*

Las cortapisas a la libertad de configuración estatutaria que se han visto para la sociedad anónima se han suprimido, por completo, para la sociedad de responsabilidad limitada. El artículo 47 LSRL inicia su único párrafo con la siguiente frase: "*Salvo disposición contraria de los estatutos*". Hay que estar, en primer término, a lo que libremente las partes dispongan y, si nada hubieran dispuesto en contra en los estatutos sociales, la reunión de la junta será "*en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio*". Además, continúa

37 a interpretación doctrinal a la que nos referimos en el texto principal fue realizada por parte del profesor DUQUE, J. F., "El lugar de celebración...", *op. cit.*, pp. 245-293, en especial pp. 266, 287-288.

38 Vid., verbigracia, LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas...*, *op. cit.*, p. 427.

el artículo 47, si en la convocatoria de la reunión no figurase el lugar concreto de la reunión, se entenderá que ha sido convocada para celebrarse en el (local del) propio domicilio social[39].

Atendiendo a la flexibilidad del régimen jurídico que declara, como tercer postulado general, la Exposición de Motivos de la LSRL, en su epígrafe II, se abre la puerta a la autonomía de la voluntad de los partícipes para que éstos, si lo desean, establezcan, mediante la oportuna cláusula estatutaria, un lugar de reunión no coincidente con el del municipio en el que se sitúa el domicilio social. Con ello no se están perjudicando los intereses del socio. Éste conoce de antemano el contenido de los estatutos y sabe, además, que, cuando la convocatoria no alude al lugar de reunión, ha de acudir, por sí o por medio de representante, al domicilio social para ejercer sus derechos de asistencia y, en su caso, de voto. La tutela de los socios se obtiene, en el caso de la sociedad limitada, con el conocimiento anticipado. No otorga más protección al socio de una sociedad anónima la rigidez de la que hace gala el TRLSA[40]. No existen, por tanto, motivos de fondo para seguir conservando los obstáculos legales que impiden que la anónima designe, vía estatutos, el lugar de celebración de la junta general[41].

4. La junta general presencial y la junta general electrónica

Una vez que han sido examinados, con cierto detenimiento, los límites que los textos legales vigentes han marcado para las anónimas y las limitadas en materia de tiempo y lugar de celebración de la junta general presencial, estamos en disposición de afrontar el estudio de la viabilidad de celebración de una junta general electrónica.

La clave del análisis de la viabilidad de la junta general electrónica está, en todo caso, en una adecuada comprensión del principio de equivalencia funcional[42]. La equivalencia funcional entre actos físicos y actos en soporte digital ha de interpretarse en forma dinámica y con carácter específico. Es decir, el instrumento de la equivalencia con base en las funciones ha de incorporar dos factores: la evolución tecnológica y sus dimensiones y el contexto circunstancial de la realidad socio-económica sobre la que se proyecta. A los efectos que aquí interesan, la pregunta que pretendemos responder encadena dos cuestiones sucesivas:

39 Vid. PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Órganos sociales...", *op. cit.*, p. 454.

40 En dirección análoga, vid. DUQUE, J. F., "El lugar de celebración...", *op. cit.*, p. 263.

41 Concordamos, en este punto, con URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M. "Comentario al artículo 109...", *op. cit.*, p. 221.

42 *Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico*, aprobada por la *Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996*. Un excelente estudio de los principios y fundamentos del Derecho de la Contratación Electrónica en ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación electrónica,* Madrid: Civitas, 2001*;* también MADRID PARRA, A., "Contratación electrónica, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* 1ª ed. Tomo III, Madrid: Civitas, 1996, pp. 2913-2957.

primero, qué funciones asocia el Derecho societario a la unicidad de tiempo y lugar; y segundo, qué dimensiones tecnológicas ofrecen equivalentes electrónicos para el desempeño de las funciones descubiertas.

4.1. La dicotomía presente/ ausente en materia de voto y sesión

A los efectos de introducir las nuevas tecnologías en el proceso de adopción de acuerdos por los órganos colegiados de la sociedad, es conveniente distinguir dos modalidades que, aun con atención y favor diferentes, aparecen previstas en la Ley: la adopción de acuerdos en la reunión del órgano implicado o la adopción de acuerdos sin sesión. Ciertamente, el legislador ha mostrado cierta desconfianza a la implantación generalizada del sistema de adopción de acuerdos sin sesión, al entender que la reunión, en sí misma, permite el ejercicio paralelo de otros derechos subjetivos (o deberes) de los socios y administradores (derecho de asistencia, deber de presencia); cumple la función real de supervisión, en el caso de la junta; y, en todo caso, materializa, al menos en teoría, la formación de una voluntad colegiada mediante el debate y la deliberación entre los presentes. De ahí que únicamente en las reuniones del órgano de administración quepa admitir sin dificultad la modalidad de adopción de acuerdos sin sesión[43].

El verdadero despliegue de las funcionalidades de las nuevas tecnologías de información y comunicación debe plasmarse sobre la modalidad general de adopción de acuerdos en la reunión de cualquiera de los órganos, bien el de administración, bien el deliberante y soberano. Tal posibilidad pasa por definir el equivalente funcional de la "reunión", esto es, determinar el valor funcional del que aparece dotado la "sesión" y sus factores circunstanciales de tiempo y lugar. No dudamos que la reunión de la junta general presupone tradicionalmente, en la regulación legal, la presencia física y simultánea de los miembros asistentes en un lugar y en un momento temporal[44]. La comprensión de estos parámetros en el entorno electrónico debe partir de una superación de los condicionantes naturales, técnicos e históricos de las exigencias de unicidad de tiempo y de lugar, para destilar la función última que les era asignada. Estos requisitos de tiempo y lugar cumplen la esencial función[45] de posibilitar el intercambio real de pareceres y la deliberación en un mismo momento temporal con objeto de

43 Así como para la juntas de otro tipo de sociedades, como las comanditarias o colectivas, en virtud del artículo 106 RRM, vid. RUIZ-GALLARDÓN, M., "Derecho de sociedades e Internet", *op.cit.,* p. 608.

44 Vid. VICENT CHULIÁ, F., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación", *RDM,* julio-septiembre 2000, nº 237, pp. 915-1002, en particular, p. 956.

45 Vid. VICENT CHULIÁ, F., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *ibidem,* p. 958.

conformar una auténtica voluntad del órgano colegiado[46]. La misma función han de desempeñar los modelos electrónicos a los que pretendamos confiar la equivalencia. Para evaluar su idoneidad para permitir la coincidencia de tiempo y lugar es preciso conocer, desde una perspectiva funcional, las dimensiones tecnológicas que concurren en el entramado de la sociedad de la información.

4.2. Perspectiva funcional de las dimensiones tecnológicas

Una taxonomía posible de las funcionalidades que ofrecen las nuevas tecnologías de comunicación requiere la asunción de tres criterios[47].

a. *Criterio temporal:* las comunicaciones se distinguen entre sincrónicas (videoconferencia, chat) y asíncronas (correo electrónico) en función de la concurrencia o no en tiempo real, y de forma simultánea, de los participantes en el acto comunicativo.
b. *Criterio subjetivo:* las comunicaciones pueden identificarse como estrictamente bilaterales (1-1) [correo electrónico], dirigidas a un colectivo (1-n) [página *web,* lista de distribución, *streaming*], o multilaterales (n-n) [foros de discusión, *newsgroups*].
c. *Criterio direccional:* los flujos de información pueden ser unidireccionales o bidireccionales, según que la posición de las partes en la relación comunicativa sea simétrica o asimétrica[48]. Partiendo de que

46 La concurrencia de pareceres susceptible de conformar una voluntad del órgano colegiado diferencia este ansiado supuesto de modelos pretendidamente virtuales donde las nuevas tecnologías se emplean con un finalidad meramente informativa. La distinción es fundamental y muestra también una patente evolución técnica e histórica. El 30 de enero de 1971, Telefónica, entonces CTNE, celebró una junta general en Madrid que fue retransmitida por televisión en directo a través de un circuito cerrado en Barcelona y Bilbao. Esa retransmisión cumplía una función meramente informativa, los destinatarios no podían participar, no eran asistentes. El 4 de febrero de 2000, Telefónica S.A. celebró junta de accionistas en dos carpas interconectadas mediante videoconferencia. Los asistentes pudieron escuchar las deliberaciones en tiempo real, intervenir, ejercer su derecho de información y su derecho de voto. Este avance técnico ha permitido encontrar finalmente un verdadero equivalente funcional de la sesión presencial, la sesión virtual. Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la J.G. de la S.A. (A propósito de la JG de la CNTE de enero de 1971)", *RDM,* julio-septiembre 1971, nº 121, pp. 351-377.

47 Véase similar aproximación argumentativa en nuestro trabajo: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., "La incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones intrasocietarias (a propósito de la Ley española sobre transparencia de las sociedades cotizadas)", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, marzo 2004, vol. 37, pp. 159-174.

48 Este factor de simetría en la comunicación se comporta de forma similar a la distinción entre las denominadas tecnologías *pull,* como las páginas *web,* y *push,* como el correo electrónico, en función del origen de la iniciativa de transmisión de la información. Vid. COOK, J., "Information and Communication Technology: The Internet and Company Law", *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge,* July 1999, disponible en: http://www.dti.gov.uk (última consulta 4/3/2004).

en toda relación comunicativa tenemos dos puntos, un emisor y un destinatario, los tres tipos de relaciones que describiremos se distinguen según dónde se encuentra el centro de gravedad de la comunicación, dando lugar a una relación asimétrica (en una de las partes) o una relación simétrica (compartida o equilibrada).

i. Primero, cuando en el marco de un proceso de navegación en la Red el usuario introduce sus datos en un formulario diseñado por el prestador de servicios, o realiza tareas u operaciones activas en la toma de decisiones que conducen su visita y acceso a los sitios web, la información es simultáneamente incorporada al conjunto de datos almacenados en el sistema empleado por el prestador. Es, por tanto, una relación asimétrica en la que el flujo de información es unidireccional.
ii. Segundo, la relación exactamente contraria se produce cuando el usuario descarga un archivo en su ordenador (*download*). Siendo igualmente una relación en la que el flujo de información es unidireccional, el sentido del mismo es el inverso - el archivo se desplaza de su ubicación actual al ordenador de destino.
iii. Tercero, determinados servicios como el correo electrónico, reflejan un tipo de relación simétrica, en la medida que los centros de gravedad de la comunicación se desplazan alternativamente del emisor al receptor; por lo que el flujo de información es bidireccional.

Cada dimensión tecnológica de Internet permite la satisfacción de una serie de exigencias. El correcto uso del principio de equivalencia funcional exige conocer con detalle las funcionalidades que cada técnica de comunicación ofrece para asignar su ejercicio a cada una de las necesidades de la operativa intrasocietaria: obligación de información y transparencia, ejercicio del derecho de información, derecho de voto, "asistencia virtual" o remota a la junta, celebración no presencial de juntas de accionistas o Consejos de Administración.

Aunque con cierta cautela, la nueva redacción que daba la Ley de Transparencia[49] a los apartados 4 y 5 al artículo 105[50], y al apartado 2 del

49 *Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas* (BOE, núm. 171, 18 de julio de 2003), en adelante, *Ley de Transparencia.*

50 Que transcribimos:

"4. De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho a voto.

artículo 106[51] TRLSA parecía ya responder a un intento[52] de incorporación de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de voto[53]. Para el cual, basta una tecnología unidireccional, bilateral y asíncrona. No obstante, el verdadero reto de la electronificación recae sobre la "virtualización" auténtica de la junta.

La celebración plenamente electrónica de una junta general requiere el empleo de una tecnología[54] capaz de canalizar relaciones multilaterales de comunicación bi-direccional (multi-direccional, realmente) y sincrónica. Un entorno electrónico configurado bajo tales parámetros garantiza la coincidencia de tiempo y lugar y transforma las nociones presente/ausente en una cuestión de accesibilidad. A pesar de esta contundente afirmación de la potencial idoneidad técnica, el legislador ha sido inicialmente reacio a admitir con claridad la junta general electrónica. Finalmente, con ocasión de la transposición al ordenamiento español de las disposiciones precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que contiene el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, se procede a modificar el artículo 97 TRLSA para contemplar expresamente la posibilidad de que los estatutos prevean la asistencia a la junta por medios telemáticos. Al análisis crítico de esta nueva disposición dedicaremos el apartado siguiente (*infra* V). Si bien esta disposición reconoce la posibilidad de la asistencia a la junta por medios telemáticos y asume la viabilidad del ejercicio de los derechos del accionista así asistente, no se enfrenta, creemos, ya sea porque la obvia, ya sea porque no asume la plena "virtualización" de la junta, a la cuestión de la unicidad de tiempo y lugar en el

5. Los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de la constitución de la junta como presentes".

51 Cuyo nuevo tenor es:

"2. La representación deberá conferirse por escrito o por medios electrónicos de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos previstos en el artículo anterior para el ejercicio del derecho de voto a distancia, y con carácter especial para cada junta".

52 Mucho más contundente en el meritorio esfuerzo que reflejan los *Pactos estatutarios* en materia de *Comunicaciones electrónicas intrasocietarias* presentada por los Registradores de España y puesta a disposición en su página *web,* www.registradores.org.

53 La compañía *Scytl Online World Security,* especializada en la investigación y desarrollo de sistemas de seguridad en votaciones electrónicas, presentó el año pasado *Pnyx.corporate*, un software para realizar votaciones electrónicas en juntas generales. Está diseñado para implementar un proceso de votación seguro y auditable apto par múltiples entornos: acceso desde internet (a través de un navegador) o dispositivos móviles (teléfonos móviles, PDA, etc) (en www.noticias.com 27/5/2004).

54 Con fecha de 3 de febrero de 2003, el Ministro de Economía anunciaba la puesta en marcha de una plataforma electrónica, en cuyo desarrollo han participado la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y la empresa Indra, que permitirá la emisión de voto electrónico por parte de los socios de sociedades anónimas. Se pueden consultar las direcciones www.shareholder.com; www.issproxy.com o www.merl.com. Reproduce una versión electrónica de celebración de junta general: VAÑÓ VAÑÓ, M. J., "Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas", *RDBB,* julio-septiembre 2004, nº 95, pp. 77-122, en pp. 109-110.

supuesto de una junta general electrónica. Nuestras propuestas al respecto quedan detalladas *infra* VI.

5. La asistencia a la junta por medios electrónicos

Como ya adelantábamos, escondidas entre las Disposiciones finales de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España[55] encontramos varias modificaciones del articulado de la TRLSA. Aquí importa la revisión que la Disposición final primera lleva a cabo en el artículo 97 TRLSA sobre la convocatoria de la junta general.

El nuevo apartado quinto del mencionado artículo 97 establece medidas para el supuesto de que los estatutos sociales incluyan la posibilidad de asistir a la junta por medios telemáticos que garanticen debidamente la identidad del socio. Una vez incorporada esa posibilidad en los estatutos, en la convocatoria de la junta será obligatorio describir cuáles son los plazos, las formas y los modos de ejercicio de los derechos (de asistencia, voto, representación e información) de los accionistas que los administradores han previsto para que la junta se desarrolle de manera ordenada.

Los administradores, además, podrán determinar que las intervenciones y las propuestas de acuerdos de quienes deseen asistir por medios telemáticos sean remitidas a la sociedad antes de constituirse la junta. Lo que no se dice es si esa remisión también puede ser telemática. Nada parece impedirlo. Esta facultad de la que gozan los administradores de exigir con anterioridad a la constitución de la junta el envío de las intervenciones y de las propuestas de aquellos socios que quieren asistir telemáticamente va en contra del principio de simultaneidad y acarrea no pocas dificultades interpretativas.

El legislador deja en manos de los administradores esa decisión y los problemas aparecen en escena cuando, en efecto, deciden establecer el envío previo. En ese caso, si el socio dispusiera en el último momento asistir de manera no presencial, quizás no tendría tiempo suficiente para redactar sus intervenciones o propuestas, y luego enviarlas. A este socio parece que le estaría vetada la posibilidad de intervenir y proponer durante la junta. La pregunta es si también se negaría esa posibilidad a aquel socio que, aun habiendo remitido a la sociedad sus propuestas e intervenciones, quiera modificarlas total o parcialmente durante la junta al hilo de las discusiones que en ella se están produciendo. De manera incomprensible, los socios que asisten por medios electrónicos podrían tener mermada la actuación respecto de los socios que asisten físicamente. Más incomprensible resulta esta rigidez legal ante la existencia y disponibilidad de tecnologías capaces de gestionar relaciones multilaterales de comunicación multi-direccional y sincrónica, y, por tanto, de simular el entorno de deliberación e intercambio de pareceres que pretende garantizar la histórica unicidad de tiempo

55 BOE núm. 273, 15 noviembre 2005, pp. 37303-37308 [RCL 2005, 18667]

y lugar. Si la falta de viabilidad técnica no es un impedimento, no se entiende la (innecesaria) cautela legal que más parece responder al desconocimiento del estado de la técnica que a una eventual y deseable protección de derechos o intereses de los intervinientes.

A la merma se añade el retraso. El apartado quinto que se está examinando –a la vez que criticando– termina diciendo que aquéllos que asistan por medios telemáticos y ejerciten su derecho de información durante la junta recibirán la contestación, por escrito, en los siete días siguientes a la celebración de la junta. No se da ninguna otra opción. Indudablemente, esto contradice lo que dispone el artículo 112.2 del mismo cuerpo legal: los administradores facilitan la información por escrito dentro de los siete días siguientes a la terminación de la junta si no es posible satisfacer ese derecho de información durante la celebración de la misma. La situación ahora es distinta para el accionista que asiste por medios telemáticos porque, independientemente de que se le pueda contestar durante la junta –y técnicamente se podría-, se le contestará tras ella. Para intentar favorecer la posición de ese asistente vía telemática, podríamos deducir de la conjunción de ambos preceptos que siempre que sea posible dar contestación durante la junta se dará, amén de que esas contestaciones se remitan después por escrito en los siete días siguientes. Con ello se evitaría innecesariamente el retraso en el percibo de la información, aunque, al mismo tiempo, se estaría duplicando ésta.

Tras la lectura de este apartado quinto nos asalta otra duda, esta vez, en torno a si es viable que todos los accionistas asistan por medios telemáticos. Una respuesta afirmativa nos conduciría hacia la junta general electrónica con una completa "virtualización" de las sesiones. Aunque da la impresión de que en la *mens legislatoris* ronda la idea de que sólo una parte del accionariado asistente lo hace utilizando las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), no encontramos obstáculo legal que impida que todos sean "asistentes telemáticos". Distinto es que ello se pueda ver dificultado por las limitaciones antes descritas y por las consideraciones restrictivas en relación con el lugar de celebración de la junta (*infra* VI).

La rapidez, facilidad, sincronización y simultaneidad que se anudan a la utilización de las modernas técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas quedan contrarrestadas por las restricciones que para la asistencia a la junta general incorpora la Ley 19/2005 en la legislación de sociedades anónimas. Por eso, no echamos en falta que se haya dejado pasar la oportunidad de extender el ámbito de aplicación de la norma examinada a las sociedades de responsabilidad limitada. Cuando para este otro tipo social el legislador aborde (ójala pronto) este tema, esperemos que lo haga con más flexibilidad y sin tantas cortapisas.

6. El lugar de celebración de la junta general electrónica

La exigencia legal de un lugar físico para la celebración de la junta, y coincidente, en las sociedades anónimas necesariamente y en las sociedades limitadas, "salvo disposición contraria de los estatutos", con el término municipal del domicilio social, parece dificultar la plena "virtualización" de las sesiones.

La cautela del legislador en esta materia se justificaba para garantizar la previsibilidad y la accesibilidad del lugar de celebración de la junta con objeto de proteger los intereses de los accionistas o los socios en el ejercicio de sus derechos de asistencia y voto. El lugar de celebración de la junta, por imprevisto o por su difícil acceso, puede convertirse en un eficaz y peligroso instrumento para dificultar el ejercicio real de estos derechos. Sin embargo, las nuevas tecnologías facilitan de un modo extraordinario la accesibilidad.

6.1. El sitio web como lugar de celebración

La necesaria previsibilidad y la siempre ansiada, pero nunca conseguida en plenitud, accesibilidad del lugar de celebración de la junta general pueden alcanzarse de forma mucho más satisfactoria si se admitieran las juntas electrónicas. Un entorno técnico-informático, habilitado con tecnologías de comunicación multilateral, multidireccional y sincrónica, cuyo portón de entrada fuera la página web corporativa, alojaría la reunión del órgano soberano. Dada la incomprensible rigidez mostrada por la regulación de la sociedad anónima con respecto a la coincidencia del lugar de celebración con el término municipal del domicilio, nos preguntamos por la admisibilidad de la identificación de la página web con el domicilio social. Encontramos tres posibles respuestas a esta pregunta.

La primera, la más ambiciosa, nos conduce a la plena identificación del sitio web como domicilio social "virtual". Esta propuesta choca frontalmente con un Derecho societario (y otras tantas disciplinas) enraizado y distribuido en virtud de nociones de carácter territorial, que exige el engarce geográfico real de la organización, además de una desconcertante deslocalización de las actividades en Internet que agrava la falta de significación geográfica de los nombres de dominio. Así, fallaron los intentos de calificar el sitio web como establecimiento permanente a efectos fiscales, y nuestra *Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico*[56], advierte de la insuficiencia de la ubicación de determinados medios tecnológicos a efectos de aclarar su ámbito de aplicación (art. 2.3 *in fine*)[57].

56 BOE, núm. 166, 12 de julio de 2002.

57 Esta mención a la noción de "establecimiento permanente", nacida en el contexto tributario internacional, y la precisión relativa a la no-calificación como tal de simples medios tecnológicos tienen tras ellas una larga polémica sobre la tributación internacional de las operaciones realizadas

La segunda, más realista, pasa por equiparar, a efectos de comunicación e información, el sitio web con el domicilio social, sin que este último pierda su actual posición central en la normativa ni sus características. En este sentido, en cuanto permita el acceso a la información y el ejercicio de derechos cuyo natural espacio de desenvolvimiento sea el domicilio social, el sitio web corporativo estaría desempeñando una función especular, como réplica, traslación o, en definitiva, imagen virtual del domicilio social en su configuración física. Esta representación virtual del domicilio social ofrece una alternativa gratamente favorable a la accesibilidad que resulta en extremo potenciada. Es además una versión interpretativa que nos resulta, en especial, alentadora ante el tenor inflexible de la Sección 1ª del Capítulo V del TRLSA,

La tercera, la más conformista con el estado de las cosas, asume que el sitio web no actúa como sede social ni como sede asimilada, posibilidad que arrumbaría el criterio de localización geográfica de los entes societarios, sino como "lugar"[58] elegido y determinado para la celebración de la junta. Esta propuesta, con menores inconvenientes aplicativos, es, sin embargo, menos atractiva pues limita su aplicación, hasta que el legislador decida abordar esta cuestión en la TRLSA[59], a las sociedades limitadas donde se reconoce con plenitud la autonomía de la voluntad para la designación estatutaria del domicilio social.

a través de Internet. En la Propuesta del Grupo Consultivo Técnico de Calificación de los Pagos de la OCDE se deja constancia de una posición dividida en la calificación de la naturaleza de las entregas "on-line", como bien o como servicio. El *Informe de la Comisión para el Estudio del impacto del Comercio Electrónico en la fiscalidad española de octubre de 2000* se pronuncia con el siguiente tenor: "*debería propugnarse una visión avanzada, considerando la posible existencia de un establecimiento permanente de la empresa del comerciante electrónico en todos aquellos lugares en donde se realicen efectivamente operaciones o transacciones comerciales*", insistiendo en que "(l)*a clave de la cuestión radicaría no en la permanencia física continuada de la actividad en un Estado, sino en que se opera económica en ese Estado de forma continuada*". Entendamos que esta discusión plantea la posibilidad de si un servidor o una página *web*, como conjunto de datos almacenados en un determinado servidor, puede considerarse un establecimiento permanente a efectos de centro de imputación de rentas. En realidad, si bien un servidor de Internet encaja con relativa facilitad en la noción de establecimiento permanente actual, cuando el artículo 5 de la "*Model Tax Convention*" elaborada por la OCDE se refiere en su apartado 10 a "equipos automatizados fijos operados por una empresa y localizados en un país", no cabe duda de que entender que una página *web* dispone de iguales caracteres de estabilidad y localización física resulta mucho más complicado y, de que para CAZORLA PRIETO, L. M.; CHICO DE LA CÁMARA, P., "El Modelo de la OCDE ante Internet", en, CREMADES, J.; FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, M. A.; ILLESCAS ORTIZ, R. (coord.), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid: La Ley, 2002, p. 1080, es generador de una grave inseguridad jurídica.

58 De la misma opinión, VAÑÓ VAÑÓ, M. J., "Información y gobierno electrónico…", *op.cit.,* p. 108.

59 Advirtiendo de la necesaria modificación legal para admitir la viabilidad de la junta electrónica propiamente dicha, IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., "El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas", *RDM*, julio-septiembre 2004, nº 95, año XXIII, pp. 1029-1035.

6.2. Análisis funcional del sitio web como lugar de celebración en la junta general electrónica

La designación del sitio web corporativo como lugar de celebración de la junta electrónica cumple el requisito de previsibilidad y, de hecho, lo hará con mayor estabilidad que cualquier indicación de un lugar físico. Se pide, sin embargo, cautela, al valorar el requisito de la accesibilidad sobre el que reposa la tradicional imposición del domicilio social como lugar de reunión. La falta de disponibilidad universal de las nuevas tecnologías de comunicación, en concreto, del acceso a Internet, se alega como impedimento para la generalización de una operativa societaria con exclusiva base electrónica. Aun conscientes de esta realidad, estimamos que responde únicamente a una dificultad coyuntural que debe irse limando de forma progresiva.

En todo caso, las ventajas que ofrecen las nuevas técnicas de comunicación sobre la accesibilidad y proximidad del accionista a la vida societaria son innumerablemente superiores a las eventuales dificultades de su uso. No obstante, en el período necesariamente transitorio hasta la plena incorporación de las nuevas tecnologías en la actividad cotidiana, recae sobre la sociedad la carga de permitir esta disponibilidad, concediendo licencias del software necesario para el acceso a la plataforma electrónica corporativa (si fuera más sofisticado que el simple navegador) o, en su caso, facilitando puntos gratuitos de acceso a Internet en la sede social o en cualquiera de sus sedes para socios y accionistas.

7. Conclusión: la inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica

La junta general electrónica no altera el principio de unicidad de tiempo y lugar. Aunque cierta inflexibilidad normativa se erige, especialmente en las sociedades anónimas, como un verdadero obstáculo para la defensa de la plena electronificación de la operativa decisoria de la junta, hemos defendido una aproximación de plena equiparación basada en el principio de equivalencia funcional. El principio de equivalencia funcional es un instrumento que requiere una aplicación dinámica y con carácter específico. La conjunción de ambos factores determina la resolución de problemas conforme a una doble cuestión: el análisis funcional de la normativa existente y el análisis funcional de las dimensiones tecnológicas disponibles. De todo ello resulta una junta general regida por el principio de unicidad, cuyo significado (funcional) último puede reconducirse a la garantía de un entorno de deliberación y decisión capaz de conformar una voluntad real del órgano deliberante, soberano y necesario de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

7.1. *Unicidad de tiempo*

La satisfacción del principio de unicidad temporal de la junta general exige el recurso a técnicas de comunicación multilateral, multidireccional y sincrónica. Bajo tales funcionalidades tecnológicas, se asegura la simultaneidad temporal de las intervenciones activas o pasivas de los accionistas, que en cuanto que dispongan de un acceso suficiente al entorno electrónico habilitado, se consideran, a todos los efectos, presentes en la sesión.

Esta primera garantía técnica de simultaneidad ha de venir completada por otra cautela sustantiva. En la medida en que el acceso a esta junta virtual puede tener su origen en diversos lugares geográficos, es preciso marcar un momento temporal de referencia para la celebración. A estos efectos puede recurrirse a los sistemas de la denominada "hora Internet" o simplemente a la designación de una fecha y hora conforme a un uso horario predeterminado.

7.2. *Unicidad de lugar*

Las exigencias de un único lugar para la celebración de una junta general están destinadas a garantizar la accesibilidad en condiciones equitativas de los accionistas o socios para el ejercicio de sus derechos. Esta garantía no se rompe con la designación del sitio web corporativo como lugar de celebración de la junta general electrónica si la sociedad pone, de antemano, a disposición de sus socios los medios necesarios (licencias de software, por ejemplo) para el acceso a dicho "lugar virtual". Sin quebrantar el principio de unicidad locativo, como tampoco el de unicidad temporal, socios y sociedades podrán aprovecharse de las ventajas de agilidad y simplicidad que las TIC se están encargando de incorporar también a nuestro Derecho societario.

Internet como fuente de información accesible al público: pensando el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico

A. Daniel Oliver-Lalana*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los problemas de adaptación de la LOPD al mundo virtual. 3. El monopolio interpretativo de la autoridad de control sobre la LOPD. 4. El concepto auténtico de FAP y sus implicaciones jurídicas. 5. La doctrina dominante: posicionamientos. 6. Internet y los problemas de la tesis dominante. 1.1 Concepto de medio de comunicación social. 1.2. Libertades comunicativas. 1.3. Contexto social. 1.4. Posibles tratamientos "legítimos". 1.5. Prohibiciones por partida doble. 7. La protección de la información personal publicada en Internet. 8. Breve colección de objeciones. 9. Sobre la visión legalista de la protección de datos.

Resumen

Este trabajo defiende que Internet es un medio de comunicación social y por tanto tiene el carácter de fuente accesible al público a efectos de la LOPD. Y plantea también las bases para una reconsideración del régimen jurídico aplicable a los datos personales públicos que pueda dar respuesta a la creciente necesidad de conjugar la publicidad de la información personal con su protección normativa.

Palabras clave: Protección de datos personales. Fuentes accesibles al público. Internet. Libertades comunicativas

Recibido: 15/4/2006 • Aceptado: 25/5/2006

* Profesor asociado del Dpto. de Derecho público e investigador del Laboratorio de aplicaciones jurídicas y empresariales para la sociedad de la información (LABJE) de la Universidad de Zaragoza. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo de Investigación en «Promoción, Contratación y Fiscalidad electrónicas» (e-PROCOFIS) de la Universidad de Zaragoza, financiado por el Gobierno de Aragón.

Abstract

This paper defends the position that Internet is a social mass media and, therefore, has the character of accessible source to the public according to the Spanish data protection fundamental law. Also raises the bases for a review of the legal regime applicable to the personal data that can answer the increasing need to bring together the publicity of the personal information with their legal protection.

Key words: Protection of personal data. Accessible sources to the public. Internet.

1. Introducción

Intentaré defender aquí que Internet es una fuente de datos accesible al público (FAP) a efectos de la legislación de protección de datos. Al cuestionar la opinión de la autoridad de control española (Agencia Española de Protección de Datos, en adelante AEPD) en este punto, quisiera sugerir asimismo que el error de su interpretación, que suscribe la casi totalidad de nuestra doctrina, podría derivar de un malentendido acerca de la protección jurídica aplicable los datos "públicos" –e incluso de cierta reticencia a conjugar las nociones de "dato personal" (amparado por la ley) y de "publicidad". La opinión oficial sería indicadora, a su vez, de un enfoque demasiado dogmático, de una inercia "legalista" que se proyecta sobre el derecho de protección de datos. Siguiendo el enfoque crítico que anticipa el subtítulo del trabajo, jugaré con dos ideas elementales: la necesaria adaptación de la norma jurídica al contexto social, y el carácter principial o la dimensión de peso de los derechos fundamentales, entre ellos, la protección de datos personales, que los aboca siempre a escenarios de colisión y, por lo tanto, a la necesidad de ponderaciones. Pues bien, para hacer plausibles mis tesis las enmarcaré primero recordando dos cuestiones obvias sobre las que no siempre paramos mientes: los problemas que trae consigo la adaptación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) al mundo virtual (2) y el cuasi-monopolio interpretativo que sobre ésta disfruta la AEPD (3). A continuación, y tras introducir el concepto de FAP (4) y la postura mayoritaria que, al abrigo de la doctrina oficial, niega tal carácter a Internet (5), trataré de mostrar algunos de sus puntos flacos (6), para exponer después cómo la pretensión que subyace a esta doctrina, siendo del todo razonable, se puede lograr mejor por otra vía, que pasa justamente por reconocer a Internet la condición de FAP *qua* medio de comunicación –aunque esta opción exige un replanteamiento del régimen jurídico de lo que podríamos llamar datos públicos (7). Tampoco mi posición, desde luego, está libre de objeciones, así que trataré de encarar sintéticamente las que creo más relevantes (8). Para

concluir, me gustaría apuntar que el problema de las fuentes públicas es sólo una manifestación más del ineludible conflicto de la protección de datos con otros derechos, lo cual espero que ayude a clarificar mi crítica de esa suerte de servidumbre "legalista" o "dogmática" que impregna nuestra materia (9).

2. Los problemas de adaptación de la LOPD al mundo virtual

La adaptación al universo virtual de las legislaciones de protección de datos europeas, entre ellas la nuestra, se encuentra como sabemos jalonada de problemas y obstáculos. Sus principios vertebradores y sus contenidos básicos provienen mediatamente de la Convención del Consejo de Europa de 1981, y de forma más próxima de la Directiva comunitaria de 1995, que difícilmente pudieron prever la evolución social y tecnológica de los últimos diez años. Recién dignificado como derecho fundamental, y a pesar de que ni siquiera se ha consolidado aún en el mundo analógico, el derecho de protección de datos se intenta hacer valer dentro un entorno cambiante e hipercomplejo como es Internet. Y este objetivo no siempre puede realizarse con la efectividad deseada.

El elenco de dificultades para adaptarse a dicha evolución sería sin duda mucho más largo, pero bastará con recordar algunas[1]: *(i)* el carácter global de Internet la convierte en un mundo que a duras penas admite la disciplina legislativa, pues ésta se disipa fuera de las fronteras estatales; *(ii)* cada nuevo desarrollo tecnológico parece destapar una laguna jurídica o un problema regulativo desde el punto de vista de la protección de datos personales –así ha ocurrido, pongamos por caso, con la perfilación en línea y el tratamiento invisible, con el IPv6, con los servicios y dispositivos que incorporan la localización satelital de personas, con la identificación por radiofrecuencia (RFID), con las comunidades virtuales, con los agentes inteligentes de software o con las nuevas formas de gestión de la identidad en la red, como los esquemas de identidad federada; *(iii)* asimismo, los conceptos y las distinciones sobre las que opera nuestra legislación de protección de datos, como las nociones de dato personal o de identificabilidad de la información, resultan cada vez más difíciles de aplicar y en ocasiones pierden nitidez, como ocurre con la diferencia entre contenidos y datos de tráfico; *(iv)* y hasta ciertas prácticas que por la presión del *lobby* de la mercadotecnia se reputaron lícitas en un principio, como los mensajes comerciales no solicitados (*spam*), parecen habérsenos ido sobradamente de las manos.

1 D. OLIVER-LALANA, «El derecho fundamental virtual a la protección de datos: tecnología transparente y normas privadas», *La Ley,* núm. 5592 (2002), pp. 1 ss.; «Código invisible y pequeño gran hermano. Nuevas condiciones de posibilidad del derecho de protección de datos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República* 22 (2003), Montevideo, pp. 235 ss.

Estas y otras dificultades no sólo han motivado ya reformas legislativas sectoriales (en especial, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas), sino que han hecho preciso recurrir a controvertidas estrategias de regulación, como la codificación técnica, la autorregulación social, o el llamado "derecho híbrido" o "derecho bisagra" –ejemplo de este último es el Acuerdo de Safe Harbor[2]. Pero más allá de las grandes tendencias y transformaciones, en general hemos procurado afrontar Internet, como es uso arraigado entre buenos juristas, adaptando el texto de la ley, maleando el sentido de las normas con arreglo al principio garantista que se sigue del carácter iusfundamental de esta materia. Y así se ha logrado, por ejemplo, conceptuar el número IP como dato personal, tratar las *cookies* como un "establecimiento temporal del responsable", o "visibilizar" mediante diversas obligaciones informativas el tratamiento invisible de datos durante la navegación. Ahora bien, desde que a fines del siglo XIX se asentara en el mundo del derecho una sensibilidad sociológica, sabemos que en la adaptación de las normas a un contexto social y tecnológico proteico no siempre es sencillo atinar: la tarea comporta inseguridades y abre márgenes de discrecionalidad que conviene cubrir con buenos argumentos.

3. El monopolio interpretativo de la autoridad de control sobre la LOPD

Es un rasgo esencial del llamado modelo europeo de protección de datos del que participa la LOPD la existencia de un órgano o autoridad independiente encargada de velar por el cumplimiento y la difusión pública de la legislación en este campo[3]. De hecho, vale decir que gracias a la AEPD y a las agencias autonómicas ha nacido en España una cultura de protección de datos, quizá no madura aún, pero sí al menos creciente[4]; y debe reconocerse también que estos organismos nos han brindado muy buenos ejemplos de cómo hacer de la ley una garantía efectiva de la privacidad de las personas.

Ahora bien, la centralidad de la autoridad de control en el sistema lleva aparejados inevitablemente algunos riesgos, entre los que destacaría uno: en tanto que órgano especializado, no solamente está en punta de lanza de la adaptación de la legislación al contexto social, sino que parece disfrutar de una suerte de monopolio hermenéutico o interpretativo sobre ella. En alguna medida, siendo un área normativa aún reciente y de marcado corte tecnológico, tanto los jueces como los propios profesionales del ramo se muestran cautelosos en la revisión de los puntos de vista de la AEPD, los cuales tienden a prevalecer o a imponerse dentro de la comunidad de protección de datos. El resultado global

2 D. OLIVER-LALANA, «Consent as a Threat: A Critical Approach to Privacy Negotiation in e-commerce Practices», en: Katsikas, Pernul y López (eds.), *Trust and Privacy in Digital Business*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2004, pp. 110 ss.

3 Véase el Artículo II-68 de la Constitución Europea.

4 Memoria AEPD 2005, pp. 20 y 45 y ss.

merecería sin duda una valoración positiva, pero a veces juristas y abogados topamos con la falta de receptividad de la AEPD ante nuevos argumentos, y su posición autoritativa dentro del sistema no nos deja otro remedio que abandonarlos. Un rápido vistazo a la estadística de resoluciones impugnadas en 2005 revela cuán bajo es el porcentaje de anulaciones judiciales: los tribunales confirman los puntos de vista de la autoridad de control en un 83% de los casos (que llega hasta el 93% en casación)[5] –bien es verdad que los recursos judiciales suelen plantearlos por lo común agentes del sector financiero y grandes corporaciones. A reforzar este monopolio interpretativo contribuye decisivamente el hecho de que muchas resoluciones nunca lleguen a recurrirse porque el denunciante no ha sufrido perjuicios económicos o no tiene un interés patrimonial directo. Entonces, una resolución cualquiera de la AEPD, por más que sea cuestionable en términos argumentativos, puede acabar también pasando por dogma sin haber sido examinada en otra instancia. Algo parecido sucede con las consultas "ciudadanas" (que formulan muchas veces abogados o consultores), para las que la autoridad estatal suele ofrecer respuestas más bien "legalistas", esto es, demasiado apegadas al tenor literal de la ley o al de sus propias resoluciones –ya sea por no concurrir con el asesoramiento privado o por razones operativas ante el aluvión de preguntas; y de ahí que dichas consultas no acostumbren a dar lugar a un replanteamiento o a un debate público sobre los puntos de vista "oficiales". Al final, hay ciertos temas que no llegan a sede judicial o que, una vez en ésta, son difíciles de articular: no se olvide que todavía estamos ante un terreno novedoso, y que jueces y abogados, para armar sus posiciones, sólo disponen a veces de la propia reserva argumentativa de la AEPD. Pues bien, la consideración de Internet como FAP ofrece un ejemplo de este problema.

4. El concepto auténtico de FAP y sus implicaciones jurídicas

El concepto de fuente accesible al público es en cierta forma un legado de la normativa anterior. Bajo ésta, aunque fuese por vía reglamentaria, se había perfilado el concepto de "datos accesibles al público", y se entendía por tales aquellos «que se encuentran a disposición del público en general, no impedida por cualquier norma limitativa, y están recogidos en medios tales como censos, anuarios, bases de datos públicas, repertorios de jurisprudencia, archivos de prensa, repertorios telefónicos o análogos, así como los datos publicados en forma de listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indicación de su pertenencia al grupo» (art. 1 RD 1332/1994). Durante la tramitación de la LOPD los "datos" vendrían a convertirse en "fuentes". Y así, la ley vigente define hoy las FAP como «aquellos ficheros cuya consulta

5 Memoria AEPD 2005, pp. 133 y ss. y 237-38.

puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que (…) el abono de una contraprestación», aunque añade de seguido que tendrán esa consideración, «exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos» según «su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales», éstas sólo respecto de ciertos datos, así como «los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación» (art. 3.j LOPD)[6].

Arranca esta definición de una noción fáctica, para destilar de ella un concepto jurídico auténtico que abarca un elenco exhaustivo y excluyente de instancias, fuera del cual ya no podemos hablar de FAP en sentido legal. Que algo sea jurídicamente FAP tiene varias consecuencias desde el punto de vista de la protección de los datos en ella contenidos, pero quizá la más notable es que su tratamiento y cesión no exige el consentimiento de su titular (véase los arts. 6.4 y 11.2 LOPD) –existen modulaciones dependiendo de que el tratamiento consista en el acceso a, la recogida o la utilización de los datos para ciertos fines; en función del tipo de FAP de que se trate; o en relación con el cumplimiento *a posteriori,* por quien procese los datos, de ciertos deberes informativos[7].

El concepto de FAP, que por lo demás desconoce la Directiva 95/46/CE, ha sido siempre objeto de controversia por sus implicaciones respecto a la posibilidad de usar los datos públicos –o, por mejor decir, de abusar de ellos. De hecho, uno sospecha a veces que la introducción de este concepto tiene que ver con el intento de crear una "zona de datos de libre disposición", idea que no fue ajena a la presión de ciertos grupos de intereses en sede parlamentaria. Valgan dos botones de muestra:

> …ya que el Pisuerga pasa por Valladolid, la mera transposición de una Directiva comunitaria ha sido aprovechada en el proyecto de ley para introducir cosas que nada tienen que ver con la Directiva comunitaria. Esto ha sido, sin duda, un campo muy propicio para los grupos de presión que han actuado en torno a este proyecto de ley y que, sin duda, han hecho su agosto, por ejemplo, empresas de marketing directo; Telefónica, cómo no, otra vez surge aquí Telefónica; empresas de telecomunicación y aseguradoras. Hay que constatar que estos grupos de presión, que naturalmente de forma lícita pueden hablar y actuar ante los grupos parlamentarios y sugerirles sus propuestas (…), han conseguido su propósito y han introducido modificaciones, no en los ficheros de titularidad pública, sino en una parte de la LORTAD que está muy bien regulada, que son los ficheros de

6 El art. 7.e del borrador del nuevo Reglamento de la LOPD añade medios de comunicación "social".

7 Véanse los arts. 5.5, 28, 29 y 30 LOPD; arts. 19 ss. LSSI, y arts. 22, 34 y 38 LGT, así como el RD 685/2005 (publicidad de resoluciones concursales y modificación del Reglamento del Registro mercantil); y el RD 424/2005 (condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios); y M. VILASAU, «Fuentes accesibles al público y protección de datos en la legislación española», *VI Computer Law World Conference*, Edinburgh, 4-8 Septiembre 2006, pp. 5 ss.

> titularidad privada; ahí, como decía, han hecho su agosto y han conseguido introducir enmiendas en el Senado importantes sobre esos tres temas a los que me he referido[8].

Y en la misma línea, se rechazaba

> …el concepto de fuentes accesibles al público; (…) en la Directiva actual no figura para nada y es utilizado como un cajón de sastre permanentemente para eludir el criterio del consentimiento. (…) El peligro que representa la existencia de unos ficheros generalmente públicos cada vez mejor organizados que estimulan la codicia de los particulares, como, por ejemplo, el censo electoral, que es el fichero más perfecto de datos personales que hay en nuestro país, permanentemente actualizado. La Asociación española de marketing y otros *lobbies* que han actuado sobre los grupos parlamentarios (…) están deseando coger el censo electoral. (…) Hay organizaciones que se constituyen en partidos políticos para obtener torticeramente el censo. (…) A mí me lo ha contado la Asociación española de marketing. Si ellos lo saben, (…) ¿por qué no lo han denunciado? (…) Con esta concesión, desvinculada de la finalidad de las fuentes de acceso al público que se define en el artículo 3 del proyecto, nosotros no estamos de acuerdo ni lo votaremos a favor»[9].

5. La doctrina dominante: posicionamientos

En los últimos años ha habido ya alguna ocasión de precisar tan polémico concepto, por ejemplo, en torno al censo electoral, a los registros públicos o al principio de publicidad judicial[10]. Y ya tempranamente se trató también de clarificar su relación con Internet, debatiéndose si ésta es o no una FAP en el sentido legal de la expresión. La posición de la autoridad de control ha sido muy tajante al respecto: su doctrina, que rápidamente mutaría en dominante, reza que Internet, como tal, no constituye una FAP: y así, «no se considera que la procedencia de los datos recogidos en Internet sea la de fuente accesible al público, siendo necesario», por tanto, obtener el «consentimiento inequívoco, específico e informado del afectado para realizar tratamientos con sus datos personales publicados en Internet, aunque éstos se hayan publicado de forma que cualquier internauta pueda acceder a los mismos»[11]. Los dos argumentos

8 D. LÓPEZ GARRIDO, [Grupo Mixto], *Diario de Sesiones del Congreso*, VI Legislatura, Núm. 277, p. 14932

9 C. NAVARRETE, [Grupo Socialista], *Diario de Sesiones del Congreso*, VI Legislatura, Núm. 744, pp. 21887

10 STS de 26/04/02; Sentencia de la Audiencia Nacional de 6/04/06; F. J. GÓMEZ GÁLLIDO, «La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 669 (2001), pp. 191 ss.

11 Comparecencia del Director de la Agencia de Protección de Datos ante la Comisión Constitucional del Congreso, *Diario de Sesiones*, VII Legislatura, núm. 358, 7/11/2001, p. 11746.

clave a favor de esta opción se presentan como inapelables: Internet no figura en la lista cerrada del art. 3.j LOPD, ni tampoco es un medio de comunicación, *ergo* no puede considerarse una FAP. Esta concluyente estrategia argumentativa respondía además a un encomiable propósito social: dar la condición de FAP a Internet alentaría los usos nefandos de los datos publicados en ella, de tal modo que cualquiera podría usarlos a su antojo sin el consentimiento de sus titulares.

Por más que esta tesis pareciera inexpugnable, con el tiempo vino a plantearse en el seno de nuestra comunidad de protección de datos la conveniencia de reconsiderarla. Simplificando mucho, valdría formular así el problema: si Internet no era una FAP, y el acceso a datos publicados en ella constituía obviamente un tratamiento de datos, no sería lícito acceder a éstos sin consentimiento de su titular. Para vadear el disparate se sugerían al menos dos buenas soluciones, por demás interrelacionadas: *(i)* siempre que uno publica sus datos en Internet habremos de suponer que implícitamente consiente en su tratamiento ulterior (entendiendo por tal la consulta o el mero acceso); *(ii)* la otra opción era «abrir las opciones de tratamiento, en cuanto a los datos hechos públicos por el titular de los mismos, apelando a la responsabilidad individual sobre ellos»[12]. Pero en ambos casos, la solución se extendía únicamente a aquellos datos que uno mismo hace públicos, no ya a los que pudiera publicar un tercero, y dejaba sin zanjar la cuestión de si el consentimiento implícito cubría sólo el acceso y recogida, o también otros posibles usos.

Esta suerte de matizaciones revelaba cierta insatisfacción con la doctrina inicial, aunque en realidad se tratara más de reforzarla que de alterarla en lo sustancial: Internet seguía sin ser una FAP. Pero quizá no hayamos de esperar demasiado para un cambio radical, habida cuente de que la AEPD ha considerado hace no mucho que los datos personales (del denunciante) que un tercero había publicado en el periódico P y en la web W, «coinciden con los que pueden consultarse públicamente a través de las entidades de registro de Internet, de donde fueron obtenidos por los responsables de esta web, por lo que cabe apreciar que han sido obtenidos de una fuente de acceso público, sin que sea preciso» el consentimiento de su titular para recabarlos y publicarlos, así que «no se aprecia la existencia de incumplimiento a la normativa de protección de datos»[13]. Se dirá que nada alude aquí a Internet en sí misma: pero la calidad de

12 Comisión de Libertades e Informática, «La reforma de la Ley de protección de datos y los nuevos retos de la sociedad de la información», Madrid, CES, diciembre 2004, p. 5

13 Resolución de 23/05/06 (archivo de actuaciones), FJ IV. Quizá convenga destacar que concurren en el caso dos peculiaridades. La primera es que interviene un notario que da fe del contenido del registro y que procesa los datos publicados en Internet sin el consentimiento de su titular, incorporándolos a un documento notarial –a nadie se le ocurriría acusar por ello al notario de violar la LOPD. De otra parte, la resolución no analiza la circunstancia de que los denunciados sean periodistas, lo que habría servido para encarar la posible colisión entre la protección de datos del denunciante y la libertad de información que ejercitaban aquéllos. Esta circunstancia, como ha de verse, no es irrelevante en mi argumentación.

FAP se asigna en este caso a un "registro público" que no figura mencionado expresamente en el listado del art. 3.j LOPD, y ello parece invalidar la doctrina anterior, sustentada precisamente en el tenor literal de este artículo –y de ser así, no está de más subrayarlo, uno echa en falta una fundamentación más precisa por parte de la autoridad de control.

6. Internet y los problemas de la tesis dominante

Es difícil cuestionar que la información publicada en Internet reúna los requisitos de la noción fáctica de FAP: la puede consultar «cualquier persona», sin que lo impida «una norma limitativa o sin más exigencia que el abono de una contraprestación». Cabría objetar que esa información personal no constituye un «fichero», esto es, un conjunto organizado de datos, pero un sitio web exige siempre, cualquiera que sea su finalidad, una organización que permita el acceso a la información que alberga, por lo que hemos de considerar que cumple la exigencia estructural u organizativa de todo fichero[14]. Una página personal o corporativa, un *blog* o un foro constituirían pues una FAP en el sentido fáctico. Sin embargo, lo que ya no superan es el filtro jurídico del concepto: literalmente, Internet no figura en el elenco cerrado del art. 3.j LOPD. Se dirá que sí constan en él, en cambio, los medios de comunicación, y que Internet, entre otras cosas, parece ser justamente uno de ellos. Pero la AEPD insiste en que no se encuentra en el listado, e incluso en que no es tal medio –aunque quizá olvida decirnos lo que sin duda resulta más importante: por qué no lo es; como tampoco nos indica positivamente qué entiende por medio de comunicación. Pues bien, encuentro en esta posición, que como digo podría considerarse hasta ahora dominante en la doctrina española, cinco posibles problemas.

6.1. *Concepto de medio de comunicación social*

El primero de los problemas es que la doctrina restringe de una forma apresurada el concepto de "medio de comunicación" (social). Habida cuenta de que el sentido de los conceptos es una construcción social de la que nadie puede apropiarse, me ceñiré a identificar cuatro usos o acepciones de esta locución que, a lo que entiendo, no excluyen a Internet. En la acepción más común, los medios de comunicación son la prensa, la radio y la televisión, digamos, los medios convencionales, pero también es cierto que solemos considerar que Internet constituye un "nuevo" medio –uno más, al fin y al cabo[15]. En segundo término, la teoría de la comunicación entiende por medio de comunicación todo

14 Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17/03/06, FJ 4.

15 «Internet es un medio de comunicación que permite (…) la comunicación de muchos para muchos en tiempo escogido y a una escala global» (CASTELLS, *La Galaxia Internet*, Barcelona, P&J, 2002, pp. 16-17).

mecanismo que permita la transmisión e intercambio de mensajes o la transacción de significados, y agregan la coletilla "social" o "de masas" cuando en esos procesos participa pasiva o activamente un conjunto amplio e indeterminado de individuos, esto es, un "público"[16]. Dentro de las llamadas ciencias de la información y del periodismo, al menos hasta donde llega mi conocimiento, no termina de haber consenso sobre el significado de nuestro concepto, y resulta difícil «determinar cuántas personas consideran medios de comunicación en línea páginas de Internet no vinculadas a ningún medio tradicional»[17]. Pero si se admite la noción de medio está ligada a la de tecnología, y que cada desarrollo tecnológico propicia siempre la aparición de nuevos medios, habrá de acordarse que hoy los nuevos medios de comunicación ya no son tanto los medios en el sentido tradicional cuanto que las «manifestaciones comunicativas, con mayor o menor grado de organización» surgidas «en el nuevo entorno tecnológico, (…) principalmente en Internet»[18]. El uso jurídico es probablemente mucho más complejo, pero valga recordar aquí que nuestro Estado se reserva competencias sobre las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, "de todos los medios de comunicación social" –luego ha de haber alguno más aparte de aquellos tres[19].

Una interesante mezcla de los cuatro sentidos apuntados puede encontrarse en un Informe aprobado por el Senado, en el que se lee que «Internet es, ante todo, un medio de comunicación de masas, el más poderoso y el más interesante que ha habido en la historia de los medios de comunicación»[20]. Concedo que los redactores de la LOPD sólo pensaran en lo que cabe llamar medios convencionales o institucionalizados, sobre todo en la prensa, pero veo difícil que *jurídicamente* no puedan existir otros medios de comunicación distintos de ellos. De haberse querido así, y toda vez que al tiempo de tramitar la LOPD Internet ya era una realidad más que emergente, ¿por qué no incluir en la lista, explícitamente, las palabras "prensa, radio y televisión", o por qué no agregar quizá la apostilla de medios de comunicación "convencionales" o "institucionalizados", términos que ya conocía nuestra praxis constitucional?

16 Véase J. FISKE, *Introduction to Communication Studies*, London, Routledge, 1990.

17 K. MESO, «Periodismo Ciudadano: voces paralelas a la profesión periodística», *Chasqui–Revista Latinoamericana de Comunicación* 90 (2005), pp. 4-15, 12

18 J. ALONSO y L. MMARTÍNEZ, «Medios interactivos: caracterización y contenidos», en J. Díaz Noci y R. Salaverría (eds.), *Manual de redacción ciberperiodística*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 280, 262 y 270

19 Véase el art. 149.1.27ª CE y la STC 49/1984, FJ 5. En la misma línea parece apuntar el art. 13 de la LO 1/2004, de violencia doméstica, al referirse a "todos los medios de comunicación social". Aunque se trata de un ámbito mucho menos significativo, el Decreto de 1/03/04 del Concejal de Gobierno de Hacienda y Administración pública del Ayuntamiento de Madrid «entiende por medios de comunicación (…) los siguientes: prensa diaria y periódica, radio, televisión, *internet*, cine y medios de publicidad exterior».

20 Informe de la Comisión Especial del Senado sobre redes informáticas, aprobado por acuerdo del Pleno de 17/12/1999 (*BOCG* VI Legislatura, Serie I, 27/12/1999, núm. 812)

6.2. *Libertades comunicativas*

En segundo lugar, la exclusión de Internet puede suponer una cierta merma de las libertades comunicativas. Intentaré explicarme. La AEPD no cuestiona que la edición electrónica de los repertorios telefónicos, los diarios oficiales, las guías colegiales, las revistas o los periódicos quepan en el listado del art. 3.j LOPD[21], y tampoco que haya medios de comunicación exclusivamente digitales, como pueda ser la revista *datospersonales.org*. A lo que parece, el criterio de la equivalencia es razonable: lo que fuera de la red sea un medio de comunicación habrá de serlo también en ella. Pues bien, no conviene olvidar que dos amigos que editan un boletín informativo sobre su barrio con una multicopista y lo reparten en la calle crean un medio de comunicación social, por parca que sea su estructura organizativa o institucional –el sistema democrático tiene a gala la ausencia de trabas al establecimiento de los medios que no precluyen el ejercicio de la libertad de información por parte de otros ni aprovechan recursos escasos o públicos[22]: las libertades comunicativas implican por tanto «el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible»[23]. Y si aquellos dos amigos publicaran ese mismo boletín electrónicamente, o lo difundieran a través de una bitácora, ¿sobre qué base podríamos negar que han puesto en marcha un medio de comunicación? Hacerlo conlleva en primer término desbaratar el referido criterio de la equivalencia. Pero todavía puede ocasionar problemas nuevos y más espinosos: quien quisiera ejercitar sus libertades comunicativas (en particular, aunque no únicamente, las de información y expresión), ya ejerza o no como periodista profesional, y ya lo haga dentro o fuera de Internet, únicamente podría emplear aquellas informaciones relativas a personas que obtuviera de una de las fuentes que aparecen mencionadas en el artículo 3, o que ya hubiese publicado con anterioridad uno de los medios de comunicación que la doctrina cuestionada parece considerar como tales: empresas informativas (digitales o no) de cierta envergadura. Merece la pena detenerse un poco en esta línea argumental.

21 Véase en este sentido, por ejemplo, el art. 30.4 LOPD

22 La creación de ciertos medios se limita por esa razón (pensemos en las frecuencias de radio y TV), pero hay otros que pueden ser creados por igual por todos los ciudadanos, como los periódicos impresos: véase T. GONZÁLEZ BALLESTEROS, «Los medios de comunicación como instrumento de control del gobierno», en F. Pau i Vall (ed.), *Parlamento y comunicación (nuevos retos)*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 102.

23 STC 12/1982, FJ 3. Nuestra constitución consagra junto a las libertades de expresión e información el «derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades, si bien (…) no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el art. 20 CE y los que son meramente instrumentales de aquéllos» (STC 31/1994, FJ 7); «en nuestros días, la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales» (STC 127/1994, FJ 4).

Como es sabido, el art. 20 de la Constitución española (CE) condensa en sus varios apartados el valor constitucional de la libertad de información, anudándolo por demás a la comunicación pública libre o, si se prefiere, al libre flujo de informaciones en la sociedad. Pues bien, en relación con ese valor constitucional se han suscitado al menos tres cuestiones relevantes para nuestro contexto, que además se encuentran, de algún modo, interrelacionadas[24]: una es el deslinde de la libertad de información respecto de la libertad de expresión, las otras atañen a la titularidad y a las condiciones de ejercicio de aquélla. La primera cuestión venía siendo resuelta con el llamado criterio de la preponderancia y atendiendo a la intención del autor: que estemos ante un caso de ejercicio de la libertad de expresión o de la de información dependía del propósito, informativo o de opinión, con el que uno comunicara –bien entendido que la libertad de expresión opera respecto de la de información de una forma residual: cuando no existe una intención informativa preponderante, el mensaje se encuadra bajo la libertad de expresión. Posteriormente cambiaría este criterio, y hoy en los casos dudosos se atiende ya a si la comunicación implica un juicio de valor (libertad de expresión) o una narración de hechos (libertad de información)[25]. El segundo problema planteado radica en si son tan sólo los periodistas profesionales, o también el resto de ciudadanos, quienes se hallan constitucionalmente legitimados para ejercer el derecho a informar libremente. El Tribunal Constitucional parece tenerlo claro: titulares de los derechos del art. 20.1.*a*) y 20.1.*d)* CE somos todos. En otras palabras, cualquiera puede ejercer la libertad de información, sin que los periodistas disfruten de una legitimidad excluyente. Es cierto que nuestra constitución concede una consideración especial «a los medios que aseguran la comunicación social» y a quienes los sirven profesionalmente, como también lo es que éstos, haciendo «profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información» ejercen estos derechos con «mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos»; pero no es menos cierto que «no derivan de ello ningún privilegio»[26]. Ni siquiera al regular la condición de profesional de la información, como pretende hacer el estatuto jurídico del periodista actualmente en discusión, se excluye completamente a los ciudadanos de a pie[27].

A estas dos polémicas se suma una tercera, relativa a las condiciones de ejercicio del derecho a la información: se discute ahora si constituye un requisito

24 J. URÍAS, *Lecciones de derecho de la información*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 51 ss., 57 ss. y 67 ss.

25 Véase I. VILLAVERDE, «Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos del "proceso de comunicación pública"», *Revista Española de Derecho Constitucional* 68 (2003), pp. 121-150, 144

26 STC 6/1981, FFJJ 3 y 4

27 Puede consultarse el recorrido parlamentario de la proposición de ley, así como las tomas de postura de la comunidad periodística en: www.escolar.net/wiki/index.php/Estatuto_del_periodista_profesional

indispensable para ejercitarlo el que se haga desde un medio institucionalizado de comunicación. Y en principio, parece que no es el caso: el art. 20.1.*d)* CE habla de «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». La información tiene pues que difundirse por un "medio", término al que cabe dar dos posibles significados: el de un "medio físico de transmisión" o el de un "medio de comunicación" social o de masas. La cuestión, que discurre en paralelo al tema de la titularidad del derecho, es si el citado artículo protege toda forma de transmisión pública o si exige que el medio posea una configuración específica, digamos, institucional o convencional. El Tribunal Constitucional opta por la interpretación amplia: extiende la protección del art. 20.1.*d*) a cualquier transmisión pública de hechos noticiables y veraces en la sociedad, y aplica también aquí la doctrina del valor preferente de la libertad de información dentro del sistema constitucional. Este valor sería particularmente fuerte cuando dicha libertad es ejercida por «profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública» cual es la prensa «entendida en su más amplia acepción»; pero esto no significa de ninguna forma «que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional», sino sólo que «el valor preferente de la libertad declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse (…) que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último»[28]. Dicho en otras palabras, el Tribunal Constitucional diferencia el legítimo ejercicio del derecho a informar, que a todos nos corresponde, respecto del disfrute de la especial protección constitucional que se asocia a él: cualquiera puede ejercitar la libertad de informar, pero si emplea cauces poco convencionales ("irregulares" o "anormales") no gozará de sus garantías específicas, es decir, no podrá refugiarse bajo su valor preferente.

Pareciera pues que en cada caso concreto habrá que tomar en consideración quién y cómo ejerce la libertad de información para decidir el alcance de la protección aplicable[29]. Ahora bien, el problema que surge aquí es cómo demarcar lo que sea un medio "institucionalizado" de otro "anormal". El Tribunal Constitucional da a entender que ha de tratarse de un medio estable, con tendencia a la periodicidad y una mínima estructuración organizativa y funcional. Pero ahí se acaban los requisitos: factores como el tamaño, la tirada o la difusión potencial del medio no pueden ser decisivos a estos efectos, y menos aún el carácter empresarial o lucrativo, porque son elementos que variarán siempre mucho en función del contexto en el que se difunda la información. Aunque se

28 STC 165/1987, FJ 10

29 J. URÍAS, *Lecciones de derecho de la información*, pp. 69-71 y 98 ss., a quien sigo en este punto.

acepte que la transmisión a través de un medio convencional es condición de ejercicio de la libertad de informativa, la institucionalización del medio habría de entenderse pues en un sentido débil –de tal modo, por ejemplo, el boletín de un club cultural cumpliría esta condición; y adviértase también que si se trata de otro tipo de medio entramos en el dominio residual de la libertad de expresión[30]. Y se ha dicho incluso que ceñir la libertad de información a los medios institucionalizados no cuadra con la interpretación amplia de la que partía el Tribunal Constitucional, que resultaría más coherente atenerse a la finalidad de este derecho y centrarse en sus dos requisitos esenciales (veracidad y relevancia pública), con lo que la presencia de un medio institucionalizado debería verse a lo sumo como una condición subsidiaria. Sea como fuere, si se llegase a admitir que los dos amigos del ejemplo, al editar su boletín electrónico, no han creado un medio de comunicación en sentido jurídico y no están amparados por la libertad de información, se abrirían otras dos fallas argumentativas.

6.3. *Contexto social*

En primer lugar, negar a Internet el carácter de medio de comunicación supone pasar en cierto modo por alto aspectos importantes del actual contexto tecnológico y social. Fenómenos como la *blogosfera*, en torno a los que gravita señaladamente la reflexión sobre los "nuevos medios", obligan a reconsiderar las funciones de mediación comunicativa y atraen la atención hacia las contribuciones de los ciudadanos al proceso de comunicación pública. De ahí que excluir esas aportaciones del concepto de medio de comunicación pueda suscitar algún reparo desde un punto de vista democrático, ya que vendría a minar el único contrapeso a la hegemonía de los grandes conglomerados mediáticos sobre el espacio público. Se ha dicho, en este sentido, que los *weblogs* «han democratizado la publicación en línea y han posibilitado a muchos informar y opinar en un formato que desmonta gradualmente los muros que cercan la participación en los medios en línea al foro o a una lista de distribución»; que la aportación del público es también información; que «millones de reflexiones, críticas y crónicas de lo que pasa a nuestro alrededor son publicadas cada día en páginas personales»; que «la información generada por los usuarios puede competir con más posibilidades frente a las fuentes tradicionales y profesionales de información»; y que éste es, en fin, «el periodismo participativo o Periodismo 3.0»[31]. Y no se olvide que también los periodistas hacen sobreabundante empleo de información personal publicada por ciudadanos corrientes en sus bitácoras –algunos gozan de más credibilidad que muchos medios tradicionales y se han

30 Al margen de este debate, tampoco conviene olvidar que la LOPD no supedita el concepto de medio de comunicación al hecho de que a su través se ejercite o no un determinado derecho.

31 J. VARELA, «Cambiar para sobrevivir», *Cuadernos de Periodistas* 0 (2004), pp. 18-32; y «El asalto de los medios sociales», *Cuadernos de Periodistas* 2 (2005), pp. 20-34

erigido en líderes de opinión[32]. A pesar de los justificados recelos frente al posible intrusismo profesional, lo cierto es que gracias a las nuevas posibilidades tecnológicas «el periodismo es hoy un ejercicio más democrático, y no sólo un privilegio al alcance de unos pocos dueños de grandes grupos mediáticos»[33].

6.4. *Posibles tratamientos "legítimos"*

La segunda de las fallas abiertas es que, como ilustra el problema de las libertades comunicativas, la doctrina dominante no puede resolver debidamente la cuestión de los posibles tratamientos "legítimos" de información personal que se encuentra accesible *online*: cualesquiera tratamientos de datos publicados en Internet parecen requerir el consentimiento inequívoco de su titular –salvo que consten en aquellos sitios web que la AEPD sí considera FAP. Ya antes mencionaba este problema: con arreglo a la noción omniabarcante de tratamiento que consagra nuestra legislación, el solo acceso a los datos, su consulta o grabación constituyen un tratamiento de datos[34]. Luego si publico mis datos personales, o alguien los publica, acceder a ellos o guardar la página donde figuran requeriría mi consentimiento. Esta línea, como vimos, conduce al absurdo. Lo podríamos evitar con la citada tesis del consentimiento implícito, pero ni ésta ni la doctrina inicial de la AEPD pueden dar respuesta a algunos usos "legítimos" que, más allá del mero acceso, cabe dar a los datos publicados. Podemos figurarnos algunos ejemplos: ¿se vulneraría la ley si un consultor obtiene la foto de un famoso *blogger* y la usa en sus presentaciones de empresa para personalizar su dossier sobre tendencias del mercado?; ¿o si un guía u operador turístico descubre los museos favoritos de un artista local según el foro de su club de seguidores y lo menciona al visitarlos?; ¿y si, para un estudio sobre el diseño de páginas personales, una universidad captura decenas de ellas junto a datos de su creador (aunque los disocie al fin de la investigación)? Se dirá, y no sin razón, que pocos de los usos que suelen hacerse de los datos en línea son tan poco agresivos, y en seguida saldrá a relucir el *spam*. Con ello llegamos precisamente al último de los problemas.

32 D. GILLMOR, *We the Media, Grassroots Journalism by the People, for the People*, Sebastopol (Ca.), O'Reilly, 2004; y O. I. Rojas *et al.*, *Blogs. La conversación en Internet que está revolucionando medios, empresas y ciudadanos*, Madrid, ESIC, 2006.

33 S. MARTÍNEZ MAHUGO, «La influencia del periodismo ciudadano en los medios tradicionales», en: F. Sabés (ed.), *Análisis y propuestas en torno al periodismo digital,* Zaragoza, Asociación de la Prensa de Aragón, 2006, pp. 318-333, p. 324

34 Conforme al art. 3.c LOPD, constituyen un *tratamiento de datos* las «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

6.5. *Prohibiciones por partida doble*

En muchos casos resulta innecesario negar a Internet la condición de FAP cuando de lo que se trata es de proscribir la utilización indebida de datos personales publicados, puesto que ya se proyecta sobre ella un disvalor jurídico por otras vías. Un ejemplo claro son los mensajes comerciales no solicitados: no importa de dónde provengan los datos, si de una FAP o no, puesto que este tipo de usos ya está sujeto a sus restricciones específicas (arts. 19 ss. LSSI-CE)[35]. Otro tanto puede decirse de la utilización delictiva o para finalidades ilícitas de los datos, excluida por la formulación legal del principio de finalidad (art. 4.1 LOPD), así como de otros usos "ilegítimos" sobre los que ya recae prohibición expresa, como la creación o llevanza de registros con información personal especialmente protegida (art. 7 LOPD). Y como ha de verse después, aun cuando no se haya articulado una prohibición legal concreta, determinadas técnicas de recopilación de datos publicados en la red, o su empleo para ciertas finalidades, también pueden ser reputados ilícitos por una vía indirecta.

7. La protección de la información personal publicada en Internet

Decía antes que la pretensión que subyace a la doctrina de la AEPD es amparar los datos personales publicados en Internet con la legislación de protección de datos, y por este camino evitar que se abuse de ellos. Es muy difícil no estar de acuerdo aquí con la autoridad de control. Pero por más que se comparta este objetivo, la fundamentación que aporta sí resulta cuestionable. Las fallas apuntadas serían un precio argumentativo que uno pagaría de grado si no hubiera otro remedio. Sin embargo, sucede que ese objetivo puede lograrse a menor coste: Internet puede ser una FAP sin que los datos publicados salgan de la esfera de protección de la LOPD. A mi juicio, el problema de fondo podría estribar en un cierto error de comprensión acerca de la naturaleza pública de los datos personales: de algún modo, detrás de la doctrina de la AEPD late el equívoco de que los datos accesibles al público se encuentran desprotegidos. O al menos así parecen darlo a entender pasajes como éste:

> Internet no es una fuente accesible al público. *La fuente accesible al público es una de las ventajas* de la nueva ley, es la que tasa la ley, por tanto, no hay ninguna otra. *Internet, por el contrario, se debe someter a toda la normativa de protección de datos*[36].

35 Véase D. OLIVER-LALANA, «Comunicaciones comerciales, privacidad y derecho en la sociedad de la información», en: M. RICO CARRILLO (ed.), *Sociedad de la Información y Derecho: entre España y Latinoamérica,* Buenos Aires, La Rocca, en prensa.

36 Comparecencia del Director de la Agencia de Protección de Datos ante la Comisión Constitucional del Congreso, *Diario de Sesiones*, VII Legislatura, núm. 358, 7/11/2001, p. 11752 (cursivas mías).

La verdad es que todos tendemos en ocasiones a considerar que los datos accesibles al público son libremente disponibles[37]. Ahora bien, que los datos o las informaciones personales sean notorios o públicos, o que estén contenidos en una FAP, no implica que su tratamiento esté liberado de la observancia de la legislación de protección de datos, ni mucho menos que se puedan recopilar y procesar para cualquier propósito[38]. Lo que decide la aplicación de la LOPD no es que el dato figure o no en una FAP, sino que sea un dato de carácter personal, cuyo tratamiento se realice además en un contexto social y no doméstico. Por lo tanto, al tratamiento de toda información personal que aparezca publicada en Internet se aplica siempre *la normativa de protección de datos* –es cierto que la regla del consentimiento no juega aquí con todo su vigor, pero no lo es menos que las excepciones y modulaciones a esta regla afectan a numerosos ámbitos más allá de las fuentes públicas. Y aunque podrían señalarse otras, me interesa ahora destacar que el tratamiento de datos personales accesibles en Internet queda sujeto en cualquier caso a dos normas capitales: el principio de finalidad y la regla del equilibrio de intereses.

Ya sabemos que el principio de finalidad impide que la información personal pueda usarse de modo irrestricto o para cualquier fin: sólo son admisibles aquellos fines que la LOPD califica como "legítimos" (léase lícitos)[39]. A más de respetar ese principio, y aun cuando *a priori* sea lícito procesar los datos contenidos en una FAP sin la autorización de su titular, la finalidad y la proporcionalidad con que ello se haga deberán evaluarse en relación con las circunstancias del tratamiento y con la posición del titular del dato, para así determinar si en el caso concreto puede considerarse que dicho tratamiento conculca en algún punto sus derechos fundamentales. Este es el sentido de la llamada cláusula del equilibrio de intereses que recoge la Directiva marco de protección de datos

37 «Las fuentes accesibles al público son una auténtica bula para que aquél que vaya a dichas fuentes pueda hacer lo que quiera, sin dar información, sin permitir acceso, etcétera, algo que se repite en este proyecto de ley y que, desde luego, está en contra de la directiva» (D. LÓPEZ GARRIDO [Grupo Mixto], *Diario de Sesiones del Congreso*, VI Legislatura, Núm. 263, 30/09/1999, p. 13978)

38 El principio de finalidad cuadra mal con el adjetivo "disponible": Working Party, *Dictamen 3/1999 sobre la información del sector público y la protección de datos personales* (WP20), p. 3.

39 «El concepto de fuentes públicas tiene que conectarse con la finalidad. El ciudadano que suministra sus datos para poder ejercitar sus derechos electorales o para que (…) alguien que vaya a consultar las cargas y gravámenes sobre un bien inmueble pueda obtenerlos, facilita (…) datos que no se pueden utilizar con una finalidad distinta» (C. NAVARRETE [Grupo Socialista], *Diario de Sesiones del Congreso*, VI Legislatura, Núm. 263, 30/09/1999, p. 13983). Y matizando la afirmación recogida antes: «encontramos la posibilidad de hacer de todo cuando se trata de fuentes que tienen acceso público, pero la directiva no lo permite; (…) va contra el principio de la finalidad» que quien «acceda a fuentes abiertas al público pueda saltarse a la torera los principios básicos de garantía que establece este proyecto de ley» (D. LÓPEZ GARRIDO [Grupo Mixto], *Diario de Sesiones del Congreso*, VI Legislatura, Núm. 263, 30/09/1999, p. 13979).

(art. 7.f)[40], y que nuestros diputados, privándola por cierto del cariz ponderativo, reformularon en estos términos: no es preciso el consentimiento del interesado «cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos», pero ello «*siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado*» (art. 6.2 LOPD).

Esta cláusula, que quizá haya pasado un tanto desapercibida entre nosotros –de hecho, ni siquiera aparecía en el proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia–[41], queda pues en el centro de mi argumentación. Gracias a ella, el tratamiento de datos personales que la ley exima de la obligación de obtener el consentimiento de su titular (como ocurre con las FAP) permanece bajo el amparo de la LOPD, en especial bajo el de los principios de finalidad y proporcionalidad. Y si el tratamiento supone el ejercicio de un derecho o si no está calificado expresamente como ilícito por una disposición particular, habrá que ponderar los intereses en juego y decidir si el derecho a la protección de datos y demás derechos fundamentales del titular de los datos sufren algún menoscabo; si puntualmente deben ceder la prioridad ante otro derecho fundamental o bien jurídico colectivo en colisión, o si, por el contrario, el tratamiento que se ha realizado de los datos publicados en la red comporta una intrusión imprevisible (*non expected*) en la privacidad de la persona afectada[42].

Como indicaba antes, la Directiva europea carece de una específica noción de FAP, pero ésta tampoco parece haber hecho falta para limitar el uso de los datos públicos. Y así, por ejemplo, la cláusula del equilibrio de intereses se ha aplicado con éxito a la utilización de los datos públicos contenidos en los repertorios telefónicos, lo cual daría lugar a la restricción legal de las llamadas guías inversas y de los servicios de búsqueda multicriterio[43]; y también fue empleada para prohibir determinados usos secundarios de la información accesible en la red,

40 «Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o (...) f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección (*except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject*)» con arreglo al artículo 1.1 de la presente Directiva.

41 Quizá porque nos hemos basado en la literalidad del listado de FAP para excluir a Internet, o porque nos hemos centrado en la regla del consentimiento –cuando ésta tiene tantas excepciones que a la postre el consentimiento suele acabar desvirtuado o ser prestado de una forma que no es verdaderamente libre.

42 Working Party, *Dictamen 5/2000, sobre el uso de las guías telefónicas públicas para servicios de búsqueda inversa o multicriterio* (WP33), p. 5

43 Ibid.

en especial de aquella que figura en foros de discusión o en *chats*[44]. No deja de ser curioso, en fin, que nuestra autoridad de control desaproveche aquí una buena oportunidad para traer al contexto de Internet la doctrina que sostiene en otros ámbitos, en los que su tesis es justamente que el carácter público y notorio de los datos personales no legitima el que puedan ser empleados para cualquier fin[45].

8. Breve colección de objeciones

Soy consciente de que mi posición puede encerrar algunas debilidades. Veamos al menos cinco, para las que trataré de sugerir posibles líneas de réplica.

En primer lugar, cabría objetar que admitir la consideración de Internet como medio de comunicación y, por tanto, como una FAP, no resulta nada efectivo cuando lo que pretendemos es acabar con el empleo ilegítimo de la información personal accesible en línea: declarar ilegal su uso "para ciertos fines" o "bajo determinadas circunstancias" no sería bastante (*objeción de la efectividad*). Incluso se podría añadir que mi estrategia alienta tratamientos masivos y abusivos de los datos publicados. Sin embargo, al salir del plano de la licitud y entrar en el del impacto sociológico, habremos de reconocer también que, en el entorno global, la capacidad disuasoria de la legislación española es siempre reducida. Tomemos un ejemplo sencillo: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI-CE) no logra ni de lejos terminar con el *spam*, y no por ello es una disposición inútil. Y en un sentido análogo, negar la condición de FAP a Internet tampoco asegura que los datos publicados en ella no vayan a ser usados en algún lugar del mundo para propósitos que consideramos intolerables.

La segunda objeción se puede plantear en dos variantes paralelas. Es posible argüir, de un lado, que la difusión en Internet convertiría en FAP ficheros y fuentes de datos que en el mundo analógico no tienen tal condición *("todo se convierte en FAP")*; y de otro, que dar a Internet la condición de FAP pone en grave riesgo la privacidad si los datos son publicados de forma ilícita, pues cualquiera podría utilizarlos *(problema de la publicación indebida)*. Ambas objeciones aluden a la conducta de difundir los datos, pero conviene notar que la condición de FAP no afecta al difusor, sino a quien recopila o utiliza los datos publicados, ya que puede hacerlo sin el consentimiento de su titular. Supongamos ahora que en la red se divulgan ilícitamente ciertos datos: una lista con nombres de facultativos condenados por negligencia, pongamos por caso. Con arreglo a esta doble objeción, se diría que, al estar en Internet, los datos provienen de una FAP y que cabe por lo tanto, legalmente, sacar cualquier provecho de ellos. Sin

44 Working Party, *Privacidad on-line. Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea* (WP37), pp. 60 y ss.

45 Véase Resolución de 20/07/2005, FFJJ II y III.

embargo, y además de que el principio de finalidad y la regla de equilibrio de intereses impiden aceptar esta conclusión precipitada, hay en este ejemplo una revelación ilícita de datos personales: mencionarlos en una web es un tratamiento de datos personales sujeto a la LOPD, digamos, una cesión, para la que valen los requisitos legales correspondientes[46]. Y el hecho de que Internet sea una FAP no implica ninguna "sanación jurídica" para los datos divulgados en contra de la ley. Antes bien, la revelación ilícita contagiará los usos (o abusos) posteriores. Y si, dentro o fuera de la Red, se vulnera la LOPD al publicar o ceder mis datos y alguien pretende aprovecharse, tendrá que responder por ello: puede pensarse en aplicar aquí la cláusula de cierre del art. 11.5 LOPD: «aquél a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley».

La tercera objeción también puede tomarse como una modalidad de las anteriores, pero tiene una peculiaridad. En trazo grueso, cabría formularla de la siguiente forma: con los nuevos métodos de captura de datos, en particular imágenes, cualquiera puede poner en Internet las fotografías que subrepticiamente toma en la playa, de tal manera que, de acuerdo con mi interpretación de la ley, otros podrán a su vez hacer uso de ellas (*problema de uso de imágenes personales capturadas con el móvil*). Lo que tiene de especial esta variante es que concierne a una relación "horizontal", entre dos personas particulares, que en principio parece difícil de cubrir con la LOPD. Ciertamente, esta norma fue concebida sobre todo para proteger al individuo frente a las empresas y administraciones públicas, y resulta controvertido que también despliegue su eficacia hasta abarcar el plano de las relaciones interpersonales (véase art. 2.2.a LOPD). Pero aun suponiendo, a efectos de esta argumentación, que la ley no se aplicara a este tipo de escenarios, tampoco es la única norma de la que disponemos para neutralizar el riesgo: vale invocar aquí la legislación sobre protección de la intimidad, el honor y la propia imagen, sin olvidar el Código Penal ni, respecto del alojamiento de las imágenes, los mecanismos de control de contenidos que ofrece la LSSI-CE.

En cuarto lugar, podría pensarse que mi tesis causa o bien una inconsistencia o bien un problema de aplicación en relación con el art. 5.4 de la LOPD (*problema del círculo informativo*). Conforme a lo dispuesto en este precepto, siempre que los datos no se recaben directamente de su titular, éste debe ser informado expresamente de diversos aspectos (contenido del tratamiento, procedencia de los datos, posibilidad de ejercitar sus derechos…) en los tres meses posteriores al registro de los datos, salvo que hubiera sido informado con anterioridad –lo cual no ocurrirá en el caso de Internet. Pues bien, ¿significa mi tesis que toda captura o uso de datos accesibles al público exige cumplir con estos deberes de información *ex post*? La respuesta es negativa. En este sentido, y con apoyo

46 Véase STJCE de 6/11/2003, asunto C-101/01 (Lindqvist)

en el art. 5.5 LOPD, sería posible apuntar lo que sigue: *(i)* primeramente, de esta obligación de informar se exime ya cuando el tratamiento de los datos responde a ciertas finalidades, como puedan ser las científicas; *(ii)* en segundo término, y respecto de aquellos tratamientos más estables que puedan realizarse con los datos personales publicados en la red, el responsable del tratamiento puede someter a juicio de la autoridad de control si en el supuesto concreto cumplir con dicha obligación supondría un esfuerzo desproporcionado; *(iii)* asimismo, si para fines de marketing directo basta con informar en cada comunicación, para otros envíos menos agresivos habría de bastar lo mismo; y por último, *(iv)* si tratásemos de aplicar la regla del círculo informativo del art. 5.4 LOPD, nos encontraríamos con su incumplimiento generalizado, pues quien accede a páginas de Internet que contienen datos personales, o las captura, y al margen de que tengan o no el carácter de FAP, nunca informará a los interesados de que lo ha hecho –entre otras cosas, porque en la mayoría de los casos no tendría sentido.

La última crítica puede condensarse diciendo que el papel central que otorgo a la cláusula del equilibrio de intereses introduce una peligrosa área de incertidumbre: sería imposible determinar con antelación si un uso de datos publicados vulnera o no dicha cláusula (*objeción de la inseguridad jurídica*). También esta objeción ha de tomarse muy en serio, pues plantea un problema grave. La réplica podría discurrir aquí por dos caminos: de un lado, hay que tener en cuenta que en nuestra legislación existen otros fenómenos de inseguridad similares, e incluso más agudos, que sin embargo asumimos como inevitables, como por ejemplo la gran dificultad que encierra determinar la proporcionalidad de un tratamiento de datos en relación con su fin (valga mencionar aquí el ámbito laboral); por no traer a colación otras cuestiones abiertas y conductas jurídicamente inseguras que la LOPD no zanja taxativamente –no siempre puede ni debe hacerlo. De otro lado, lo cierto es que sí contamos con algunos criterios que ayudan a precisar la regla del equilibrio de intereses. Tendríamos que empezar por distinguir entre dos situaciones: según sea el titular de los datos quien los pone en la red o sean publicados por un tercero. En el primer caso, si consideramos que Internet es una FAP, el consentimiento del titular de los datos sólo será preciso si los éstos pretenden utilizarse para fines que no pudo haber previsto al difundirlos (habrá que atender pues al contexto y al cariz de la publicación, así como al tipo de uso que pretende darse a los datos). Y en el supuesto de publicación ajena de los datos, habrá que establecer ante todo si la publicación es lícita. Puede serlo, por ejemplo, porque suponga el ejercicio de un derecho; o porque del contexto en el que hayan sido recopilados los datos pueda derivarse la autorización de su titular para su difusión en línea (así, cuando se publica el nombre, la filiación institucional o el *e-mail* de los ponentes de un congreso). Si, por el contrario, la difusión de los datos resulta ilícita, ningún uso posterior de los mismos estaría legitimado por el mero hecho de que sean libremente accesibles. Y hay, en fin, una regla de prioridad o prevalencia a

favor del derecho a la protección de datos cuando en el tratamiento de los datos en Internet no se encuentre involucrado ningún otro derecho fundamental o bien colectivo protegido constitucionalmente. Ahora bien, es verdad que cuando el empleo o la difusión de los datos respondan al ejercicio de un derecho fundamental, la única vía para resolver el problema será la ponderación de los derechos en colisión, y que ello comporta un margen de inseguridad desde el punto de vista jurídico. La libertad de información ofrece quizá el ejemplo más interesante del problema, puesto que abre un doble escenario de colisión con la protección de datos: respecto de la persona que publica en Internet datos de una tercera persona; y respecto de quien recopila y emplea esos datos con fines informativos[47]. Hubiera ayudado a reducir esa incertidumbre que el legislador español hubiese aprovechado la posibilidad que ofrece la Directiva en este punto[48], pero, a diferencia de otras leyes europeas, la nuestra no aborda la colisión del derecho a la protección de datos con las libertades comunicativas.

9. Sobre la visión legalista de la protección de datos

Al analizar si Internet es un medio de comunicación, o hasta qué punto es lícito el uso de la información personal accesible en ella, salta al primer plano la potencial colisión con el derecho a la información. Pero en realidad ésta es sólo una más en el universo de colisiones cotidianas en el que habita y ha de operar constantemente el derecho a la protección de datos. No olvidemos que se trata de un derecho transversal[49]: se cierne sobre todas las esferas de actividad de la persona y afecta a cualquier ámbito o entorno social, penetrando así en todos los sectores del ordenamiento jurídico, donde fácilmente puede entrar en conflicto con otros intereses constitucionalmente asegurados. Y es éste uno de los motivos por los que deberíamos ver el derecho de protección de datos como un principio

47 «No se trata de que en el ámbito de lo público sólo se discuta sobre aquello que se considera de interés general porque su contenido, las circunstancias del caso o las personas que intervienen en los hechos contribuyan a formar adecuadamente una opinión pública útil para la democracia por versar sobre cuestiones relativas a la gestión de la *cosa pública*. Nada hay en la CE que permita colegir semejante funcionalización del concepto de información constitucionalmente amparada por el art. 20.1.d CE (…). La riqueza del proceso de comunicación pública y su utilidad para el sistema democrático radica en la libertad y apertura con la que acceden al proceso una pluralidad de opiniones e informaciones sobre asuntos diversos» (I. VILLAVERDE, «La revisión de los modelos clásicos de "proceso de comunicación pública"», pp. 137-38)

48 Conforme al art. 9 de la Directiva 95/46, «en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán (…) exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión».

49 No es un derecho más, sino un derecho transversal que aglutina el contenido comunicativo de todos los derechos fundamentales (véase A. ROßNAGEL, A. PFITZMANN y H. GARSTKA, *Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministers des Innern*, Berlin, 2002, pp. 19-20).

(no como una regla)[50], que como tal tiene una dimensión de peso y es por tanto susceptible de ser ponderado en relación con otros derechos en colisión. En eso consiste justamente el poner el derecho de protección de datos dentro de su contexto jurídico. Y al hacerlo, habremos de atender también a todas las circunstancias sociales y tecnológicas en que tiene lugar dicha colisión. La perspectiva dogmática, tan apegada a la letra de la ley, resulta aquí insuficiente. Por así decir, una concepción jurídica que tome en serio la ponderación, los principios y sus inevitables colisiones, demanda una lectura menos "legalista" del derecho de protección de datos y una aproximación, si se quiere, más "constitucionalista"[51].

Volviendo al objeto del presente trabajo, reconozco no saber cuán efectivo para desalentar abusos sería en la práctica cambiar nuestra visión de Internet como fuente pública de datos; y admito asimismo que quizá haya una buena razón de tipo simbólico para mantener la postura original de la AEPD: desligar Internet de la idea de libre uso puede suponer una cortapisa psicosociológica para el uso indebido de los datos que en ella se publican. La cuestión es si, existiendo una alternativa, esa razón pesa más que los problemas argumentativos que sin duda tiene la doctrina dominante. Salvando las obvias distancias, cuando escucho decir que Internet no es un medio de comunicación, recuerdo la parábola que esgrimía Fuchs contra la jurisprudencia de conceptos:

> Todas las tardes Ticio bebe unas cervezas con su amigo Sempronio en la taberna de Cayo. Una tarde la camarera llevaba unas cervezas a los clientes y, antes de que pudiera ponerle a Ticio su vaso, Sempronio la empujó sin querer y se derramó el líquido (…). ¿Puede Cayo reclamar el pago de la cerveza a Ticio? Ninguno de los alumnos acertó con su respuesta. (...) El profesor expuso: "debe diferenciarse si la cerveza estaba en un vaso común o en un vaso especial de parroquiano. En el primer caso, el rendimiento genérico no habría sido especificado aún (...) y por tanto el tabernero soporta el riesgo. La cosa cambia si el vaso era de parroquiano, pues entonces el servicio genérico habría sido individualizado. Según la doctrina de la posesión, Ticio hubiera estado en posesión de la cerveza desde el momento en que fue servida en su vaso, como le ocurre al dueño de un buzón cuando el cartero introduce una carta (…). La *traditio* y la adquisición de la propiedad se hubieran perfeccionado. La culpa de un tercero que no participa en el contrato constituye para los contratantes un caso fortuito, y *casus sentit dominus*. Ticio soporta el *periculum* y es él quien

50 A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999. Para una aproximación a las nociones de regla y principio, R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 81 ss. y M. ATIENZA y J. RUIZ, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 23 ss.

51 J. F. MUÑOZy D. OLIVER-LALANA, «Collisions between Data Protection, Transparency and Efficiency. A Principles-Based Approach to the Teaching of e-Government», en: F. GALINDO y R. TRAUNMÜLLER (eds.), *E-Government: Legal, Technical and Pedagogical Aspects*, Zaragoza, PUZ, 2003, pp. 349 ss.

> debe pagar la cerveza". Los estudiantes salieron de clase con la profunda sensación de haber aprendido algo estupendo, algo que el lego nunca sabría. Así es el viejo método. Mas la tesis del profesor es errónea. Si le hubiéramos preguntado a cualquier tabernero razonable, hubiera contestado que nunca exigiría tal cosa a ningún cliente; (…) No habéis de buscar la solución del caso en el *Corpus Iuris Ciuilis* ni en el BGB. Debéis preguntar cómo acostumbran a resolverse estas cuestiones entre clientes y taberneros razonables (…). [Y si las reglas del código] contravienen vuestro sentido jurídico o vuestro sentido común, preguntaos por el motivo de la discordancia[52].

Tal vez, al buscar las respuestas en el tenor literal de la ley de protección de datos, como parecemos haber hecho con el listado de fuentes accesibles al público, olvidamos que el contexto social, tecnológico y jurídico se ha complicado mucho desde que la ley se aprobó, y que es en ese contexto donde debemos buscar, a la postre, las soluciones más razonables.

52 E. FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Aalen, Scientia, 1970 (I), pp. 161-63.

La protección al consumidor en la contratación a distancia

Miguel Ángel Mata*

SUMARIO: 1. Cuestiones previas. 2. La protección de los consumidores y usuarios. 2.1. Protección de los consumidores en España. a. Marco jurídico. b. Mecanismos para la defensa de los derechos de los consumidores 3. La contratación a distancia. 1) Introducción. 2) Las nuevas tecnologías y el derecho tradicional. 3) La perfección del contrato en la contratación a distancia. 4) Legislación aplicable a la contratación a distancia. 4.1. La contratación a distancia en el derecho comunitario. 4.2. Normativa nacional sobre los contratos a distancia. 5) E uso de las nuevas tecnologías como medio de comunicación. 4. La Contratación Electrónica CON Condiciones Generales de Contratación (CGC). 1) Acercamiento a la contratación electrónica con CGC. 2) Obligaciones de las partes. 3) Prueba del contrato. 5. Conclusiones

Resumen

En la actualidad, debido a la contratación y comercio masivos, se ha asentado una manera de contratar que, sobre todo en la esfera privada, sitúa al consumidor fuera de la posición de igualdad entre las partes. El mecanismo en el que se plasma principalmente esta contratación son las Condiciones Generales de Contratación, en las que, por su incidencia en el comercio masivo, se centrará buena parte del presente artículo. Así, en el presente artículo se estudiarán aspectos concretos de la contratación a distancia y la contratación a través de Internet como medio específico. Tras la delimitación del objeto se tratarán aspectos concretos de la contratación a distancia y de la protección al consumidor cuando la misma se produce en el comercio electrónico y de cómo la normativa relativa a las CGC permite defender a los intereses de los consumidores en España.

Recibido: 25/4/2006 • Aceptado: 25/5/2006

* Abogado colegiado en Madrid. Master en Derecho de las Telecomunicaciones, por la Universidad de ICADE. Asesor jurídico de la Sociedad Digital de Autores y Editores (sDae). La sDae es una organización, dependiente de la Sociedad General de Autores y Editores SGAE, encargada de dirigir el proceso de transición desde la estructura y el funcionamiento tradicional hacia un nuevo modelo de gestión de derechos de propiedad intelectual acorde con los nuevos desafíos y oportunidades que brinda el ámbito digital.

Palabras clave: Contratación electrónica. Condiciones Generales de Contratación. Protección al consumidor

Abstract

Currently, due to massive contracting and commerce, a way of contracting has settled that, especially in the private sector, puts the consumer outside a position of equality. The mechanism that principally captures this is General Terms and Conditions, on which, due to its effect in commerce, this article will be focused, including the specific aspects of contracting through Internet. Furthermore, we will deal with the characteristics of consumer protection when applicable to electronic commerce and how the norms regarding General Terms and Conditions allow the defence of consumer interests in Spain.

Key words: Electronic contracts. General Terms and Conditions. Consumer Protection

1. Cuestiones previas

En la actualidad, debido a la contratación y comercio masivos, se ha asentado una manera de contratar que, sobre todo en la esfera privada, sitúa al consumidor fuera de la posición de igualdad entre las partes. El mecanismo en el que se plasma principalmente esta contratación son las Condiciones Generales de Contratación (en adelante, CGC), en las que, por su incidencia en el comercio masivo, centraremos parte del presente análisis.

En este tipo de contratación entran en conflicto dos bienes jurídicos altamente protegidos. De un lado, está el tráfico mercantil, la libertad de empresa, la competencia, etc., de otro, la libertad real de elección del consumidor y la protección del consumidor ante el desequilibrio entre las partes en la contratación. Ahora bien, al utilizarse estas CGC en la contratación de bienes y servicios, antes de proceder al estudio de la contratación a distancia y la defensa de los consumidores, se hace necesario analizar cuál va a ser la normativa aplicable en la venta a distancia y, en concreto para este escrito, a la compraventa por Internet, comúnmente conocido como comercio electrónico.

Con la intención de conseguir este objetivo, hay que apuntar, en primer lugar, que se estudiarán aspectos concretos de la contratación a distancia y la contratación a través de un específico medio de comunicación (Internet). Asimismo, se pretenden analizar los derechos que asisten al consumidor que contrata a través de cualquier medio de comunica a distancia, así como la solución que la normativa sobre la materia aporta. Se destacarán, eso sí, los principales problemas que se plantean y nos detendremos en aspectos concretos en los que existan normas específicas de aplicación.

Debido a que la contratación a distancia es aquella que se realiza tanto a través de un medio clásico -como pudiera ser el teléfono, telégrafo o fax- como mediante los medios que derivan de la última tecnología (tales como Internet e incluso a través del teléfono móvil o la televisión), va a ser necesario, para un análisis exhaustivo de la materia, una combinación de normas clásicas del Derecho civil (o, si fuera el caso, mercantil) con la reciente normativa sobre las nuevas formas de contratación (como puede ser el caso del comercio electrónico) y resolver los problemas que plantean unos y otros con normas, en ocasiones, inadaptadas a las nuevas tecnologías.

Y es precisamente esto último lo que nos ha obligado ha estar continuamente pendientes de los boletines oficiales (Ley de Acompañamiento del 2002, aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, aprobación de la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, de la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, etc.). Y, como colofón, la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias (en adelante, LRLOCM).

De todos los cambios producidos hay que destacar la modificación del artículo 1262 Cc. y del artículo 54 C.com. por la disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSI), según la cual se igualan las soluciones sobre el momento de perfección del contrato en ambos texto.

2. La protección de los consumidores y usuarios

2.1. La protección al consumidor en España

a) *Marco jurídico*

El principio general de protección y defensa de los consumidores y usuarios se consagra expresamente en el artículo 51 de la Constitución, que señala lo siguiente:

> "*1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*
>
> *2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.*
>
> *3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales*".

Siguiendo el mandato constitucional del citado artículo, se promulgó en 1984 la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) mediante la cual el legislador español pretendía dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa. La LGDCU define el concepto de consumidor o usuario en su artículo 1, párrafo 2º, cuando establece que "*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*". A continuación, señala que "*no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*".

Por otra parte, la LGDCU contiene, en su artículo 2, una relación de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, y señala que "*los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*" y que "*la renuncia previa que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula*".

La protección al consumidor se completa con la promulgación de varias leyes específicas, dictadas, por regla general, con el fin de incorporar al Derecho interno una Directiva comunitaria, que lo protegen en determinados aspectos. Entre ellas, podemos citar las siguientes:

- Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos.
- Ley 7/1995, de crédito al consumo.
- Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados.
- Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista.
- Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación.
- Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles.
- Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes muebles de uso turístico y normas tributarias.
- Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

- Ley 39/2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.
- Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo.

Además de las normas dictadas por el legislador estatal, debemos tener en cuenta que la mayor parte de las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios, por lo que parece que el objetivo mencionado por la normativa comunitaria se ha cumplido.

b) *Mecanismos para la defensa de los derechos de los consumidores*

La sociedad de consumo se caracteriza por la existencia de una múltiple oferta de nuevos y variados productos y servicios. Esta realidad procura dar cobertura a los gustos y necesidades de los individuos en su totalidad, lo que, en muchas ocasiones, tiene como consecuencia consumidores insatisfechos. Pero también se debe tener en cuenta la problemática que suscita la producción masiva y la política de costes empresariales que generan, en ocasiones, una baja calidad de productos o una defectuosa prestación de servicios. Así, el demandante se encuentra ante dos tipos de problemas: uno objetivo, que deriva del propio funcionamiento del producto y otro subjetivo, basado en las expectativas del consumidor en relación con los bienes y servicios que adquiere. A esto habría que añadirle otro tipo de anomalías, como la existencia de prácticas comerciales irregulares, la falta de información, la existencia de contratos tipo con cláusulas abusivas o interpretaciones restrictivas de las estipulaciones, etc.

Ante esta situación, la legislación establece fórmulas que garantizan, además de los derechos básicos de la protección al consumidor, el equilibrio entre las partes presentes en el mercado. Para ello, los ejecutores de la política de consumo articulan una serie de medidas específicas, tales como el control del mercado interior, el establecimiento de un régimen de garantías, la normalización de la información obligatoria a prestar a los consumidores, la regulación de mecanismos que determinen la responsabilidad de los fabricantes ante productos defectuosos o peligrosos, la vigilancia de la emisión de la publicidad, la creación de procedimientos reglamentarios para que participen las organizaciones de consumidores, etc.

Al margen de estos instrumentos legales, los poderes públicos han propiciado mecanismos para que el consumidor pueda informarse y canalizar sus denuncias o reclamaciones, no sólo a través de instancias generalistas como, por ejemplo, las Oficinas Municipales de Información, los Servicios de Protección al Consumidor de las Comunidades Autónomas y las asociaciones de consumidores, sino también a través de otras específicas, como el Servicio de Reclamaciones

del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el Servicio de Consultas y Reclamaciones de la Dirección General de Seguros, entre otros.

Para la resolución de las controversias que pudieran derivarse en las relaciones entre empresario y consumidor, la LGDCU preveía la necesidad de establecer un sistema arbitral sin formalidades especiales y de sometimiento voluntario que resolviese, con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios. En esta línea, la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 2003, de 23 de diciembre, supuso el impulso definitivo para el establecimiento del sistema arbitral de consumo. El citado sistema es un procedimiento extrajudicial voluntario que tiene como finalidad atender y resolver, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial. Se caracteriza por ser unidireccional, es decir, el procedimiento sólo puede iniciarse a instancia del consumidor, y nunca del vendedor o suministrador.

No obstante, debemos señalar que no puede acudirse al sistema arbitral de consumo en cualquier caso y, en particular, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones:

a) Aquellas sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva.
b) Las materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.
d) Aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.

Las principales ventajas de este sistema son, como se ha mencionado previamente, la rapidez (se tramita en un plazo máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral), eficacia (se resuelve mediante un laudo, sin necesidad de acudir a la vía judicial ordinaria, y no existe límite máximo o mínimo en la cuantía reclamada), voluntariedad de sometimiento y ejecutividad de los laudos arbitrales como si de sentencia judicial se tratase. Por último, cabe resaltar el carácter gratuito para las partes que se sometan a este sistema de resolución extrajudicial de conflictos.

3. La contratación a distancia

1. Introducción

Se pueden configurar inicialmente los contratos a distancia como una modalidad de lo que se conoce como venta sin establecimiento. Estas formas comerciales sin establecimiento comprenden una gran variedad de concepciones entre las que se encuentran la venta por correspondencia, las ventas por catálogo, la venta por televisión, la venta domiciliaria o la venta automática.

Otra de las modalidades de venta sin establecimiento es la venta por teléfono, que se basa en la utilización de la telefonía como medio de comunicación y de relaciones comerciales entre una empresa y los consumidores. El teléfono sirve, en ocasiones, de complemento a otras modalidades de venta como es el caso de la venta por televisión. Esta última se basa en la presentación atractiva de productos en la televisión (normalmente en programas específicos) con posterior recepción telefónica del pedido y envío a través de un sistema de transporte especializado (a veces puede ser por correo). En esta concepción comercial, la venta por teléfono se apoya en la visualización de los artículos que ofrece la televisión[1].

La evolución de la tecnología de la que hablábamos nos ha llevado a la posibilidad de adquirir productos de tiendas situadas a miles de kilómetros, solamente pulsando una tecla de nuestro ordenador. Internet ha revolucionado las ventas a distancia. Los productos más comprados han sido música, libros y reservas de viaje, siendo la comodidad la principal razón de las compras realizadas en Internet. Ahora que los contratos celebrados por ordenador ya nos resultan usuales, de nuevo ese camino que tiene que recorrer el Derecho junto a la tecnología nos vuelve a sorprender. Ahora Internet llega al teléfono móvil y a la televisión; al ya conocido *e-commerce* se le unen el *m-commerce*[2] y el *tv-commerce*.

Uno de los aspectos más dificultosos que presenta el presente artículo es el inherente al gran número de normas que convergen o pueden hacerlo sobre esta materia. Aunque la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en lo sucesivo, LOCM) es la norma estatal básica que se presenta como reguladora de la contratación a distancia, y el artículo 1262 Cc. el que determina el momento de perfección de estos contratos, no son la única regulación de esta materia ni la única a tener en cuenta para resolver cualquier cuestión relacionada con la contratación a distancia.

1 Vid. GOMEZ NAVARRO, E.: "*Televenta. Distribución a través de la televisión*" en *Distribución y Consumo*, junio/julio 1995, pág. 74.

2 *Vid.* MATEO HERNÁNDEZ, J. L.: *El WAP. Aspectos jurídicos y principales interrogantes en el terreno de la contratación* en "XIV Encuentros sobre Informática y Derecho". Universidad Pontificia de Comillas. Elcano, 2001, págs. 471 a 482. Y *vid.* http://www.wapforum.org

La LOCM, ha sido reformada por la Ley 47/2002 a los efectos de transponer al ordenamiento español la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y junto a esta Directiva se ha de citar necesariamente la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 90/7/CE y 98/27/CE, norma complementaria de la anterior ya que aquélla excluye de su ámbito de aplicación los servicios financieros. Hay que señalar que ya se había transpuesto la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Se ha adecuado antes nuestro ordenamiento a la normativa europea sobre un modo específico de contratación a distancia, el comercio electrónico, que la normativa general sobre contratos a distancia. En este marco específico del comercio electrónico también destaca otra norma de ámbito estatal, la Ley de Firma Electrónica, nacida también a raíz de una Directiva comunitaria sobre la materia.

Si en el párrafo anterior nos referíamos a un ámbito geográfico superior al propiamente estatal, la referencia es ahora a un ámbito geográfico distinto, el de las Comunidades Autónomas que, en el marco de sus respectivas competencias, han regulado los contratos a distancia en aquellos aspectos que no eran de competencia estatal. Las Comunidades Autónomas que han regulado determinados aspectos de las ventas a distancia son la Comunidad Valenciana, Galicia, Aragón, Cataluña, Canarias, Andalucía, las Ules Balears, Navarra, Cantabria y Asturias.

Pero la cantidad y confluencia de normas no acaban con lo expuesto. Por una parte, la normativa relativa a la contratación a distancia se cruza con la normativa sectorial correspondiente: imaginemos el caso de un contrato de viaje combinado celebrado a distancia. Se deberá estudiar si puede celebrarse como tal, a distancia, y los requisitos que se le exigen en la normativa específica. Por ello, junto a la LRLOCM se deben citar la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados, o las normas específicas aplicables al caso concreto y ello sin olvidar, además, la normativa general de protección a los consumidores, ya sea a nivel estatal o a nivel autonómico.

Y, por otra parte, se habrán de tener en cuenta normas que, aún no refiriéndose directamente a los contratos a distancia, influyen inevitablemente sobre la materia: publicidad, protección de datos de carácter personal, incluso resolución extrajudicial de conflictos (arbitraje), etc.

Por lo tanto, y según lo expuesto, existe una multiplicidad de zonas de convergencia de origen diferente: territorial, material, sectorial, etc., que exigen su constante armonización o, eventualmente, su jerarquización.

2. Las nuevas tecnologías y el Derecho tradicional

La contratación haciendo uso del ordenador y de una conexión a Internet puede incluirse en una fórmula amplia que se repite en distintas normas, más o menos, recientes: *"medios electrónicos, informáticos o telemáticos"*. Esta fórmula, por su amplitud, parece reflejar la intención del legislador de incluir todo aquello que deparen las nuevas tecnologías.

El concepto de comercio electrónico consiste en realizar transacciones comerciales con base en el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos texto, imágenes y video. Las actividades que se pueden realizar son muy diversas: comercio electrónico de bienes y servicios, suministro online de contenidos digitales, prestación de servicios online, etc.; abarca tanto a productos como a servicios; tanto a las actividades tradicionales como a las nuevas.

Por lo tanto, el comercio electrónico, entendido en sentido estricto, incluye dos tipos de actividades. Por una parte, el pedido electrónico de bienes materiales que se entregan a través de canales tradicionales como el correo o los servicios de mensajería, también conocido como comercio electrónico indirecto y, por otra parte, el pedido, el pago y la entrega en línea de bienes y servicios intangibles, conocido como comercio electrónico directo.

Nos movemos, con todo ello, en lo que se ha venido a denominar sociedad de la información. Y se entiende por "servicio de la sociedad de la información", según la LSSI, todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Además, también comprende los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios[3].

No deja de ser curioso el hecho de que, frente al imparable avance tecnológico, las soluciones aplicables en lo que respecta al momento de perfección del contrato sigan encontrándose en los preceptos clásicos. La LSSI ha modificado los artículos 1262 Cc. y 54 C.com., estableciendo idéntica solución en ambos casos. Hasta ahora, las nuevas formas de contratación se han ido adecuando e incluyendo, en la medida de lo posible, en los preceptos clásicos, para determinar, por ejemplo, el momento y lugar de perfección del contrato.

3. La perfección del contrato en la contratación a distancia

Por lo general, no todos los autores basan su concepto de contrato a distancia en los mismos fundamentos ni incluyen en aquella categoría a todos los medios de comunicación. Algunos hacen referencia al intervalo de tiempo que transcurre

3 Sobre este tema, *vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La conclusión del contrato en Internet" en CLEMENTE MEORO, M. E. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en Internet. (Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Granada, 2003, págs. 108 y 109.

entre la oferta y la aceptación, distinguiendo con ello contratos de perfección instantánea y de perfección sucesiva, según el tiempo transcurrido entre el intercambio de declaraciones de voluntad. A diferencia de otros autores, que toman como punto clave la distancia, es decir, la ausencia o presencia física de los contratantes. Para otra parte de la doctrina, el criterio a tener en cuenta es el medio de comunicación utilizado.

La primera referencia será al supuesto en el que el elemento determinante es el intervalo de tiempo transcurrido entre oferta y aceptación o, según ROGEL VIDE, el intervalo de tiempo que puede existir entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente[4].

La importancia jurídica de este lapso que transcurre entre las dos declaraciones de voluntad o entre el conocimiento de las declaraciones de voluntad se traduce en la necesidad de determinar el momento de perfección del contrato así como en la posibilidad de revocación de la oferta. Por otra parte, con el criterio de la distancia que separa a los contratantes, destaca el problema de la determinación del lugar en que el contrato se ha concluido.

ALBALADEJO refiriéndose al contrato por correspondencia, afirma que la perfección se produce a la recepción de la aceptación por el oferente; y cuando se trata, según este autor, *"de contratos entre ausentes que estén en comunicación actual y directa, aplicando la misma regla* [se refiere a la establecida en el artículo 1262.2 Cc.], *se perfeccionan inmediatamente, puesto que la recepción se produce inmediatamente"*[5].

Falta, pues, la coincidencia entre ambas categorías: contratos de perfección instantánea y de perfección sucesiva, y contratos entre presentes y a distancia. La tradicional correlación entre presencia y simultaneidad debía corregirse desde la aparición de determinadas técnicas de comunicación que, a pesar de que las partes estuvieran alejadas físicamente, permitían el cruce instantáneo de las declaraciones de voluntad[6]. Con ello, algunos autores equiparan la contratación celebrada por teléfono u otros medios similares a la contratación entre presentes, debido a que consideran que el cruce de declaraciones de voluntad es simultáneo al igual que en los contratos entre presentes y se entiende la presencia física en un sentido amplio, más bien figurado, en el sentido de que el medio de comunicación suple la distancia espacial que hay entre las partes[7].

4 Cfr. "Momento y lugar de perfección del contrato" en *La Ley,* 1982-4, pág. 1256.

5 Cfr. *Derecho civil. II Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general.* Volumen primero. Barcelona, 1994, pág. 381.

6 *Vid.* MORENO QUESADA, B.: "La oferta de contrato" en *Revista de Derecho Notarial,* XII, abril-junio, 1956, pág. 115.

7 Según Mateu de Ros no sólo el contrato celebrado por teléfono es un contrato entre presentes sino que también lo es el contrato electrónico. *(Vid.* MATEU DE ROS, R.: "El consentimiento electrónico en los contratos bancarios" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* número 79, julio-septiembre 2000, págs. 24 y 25; 67 y 69; y *vid.* «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica» en MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M.

La pregunta clave es si el contrato celebrado por teléfono se puede considerar como un contrato entre personas presentes o, por el contrario, encaja entre los celebrados entre personas distantes. Aunque la mayoría de la doctrina opine que se trata de un contrato celebrado entre personas presentes, algunos lo han considerado como contrato a distancia[8]. Los primeros distinguen los problemas que plantea para tratarlos en ocasiones (momento de perfección del contrato) como celebrados entre presentes y en otras (lugar de perfección) como contratos a distancia. Tal disparidad de opiniones es prueba de que, a pesar de la aparente sencillez de la cuestión, hay problemas complejos cuya resolución comporta consecuencias diferentes según se opte por una tesis u otra.

Es imprescindible, en este punto, hacer referencia especial a la STS de 3 de enero de 1948, la cual califica el contrato realizado por teléfono como un contrato entre presentes. Se trataba, en el caso concreto que resuelve la STS, de un contrato de seguro realizado por teléfono: *"el contrato se concertó con intervención de un agente de la compañía aseguradora, en conferencia telefónica celebrada a las doce y media del día doce de los citados mes y año"*. La Sentencia afirma que, *"según lo dispuesto en el artículo 55 del Código de comercio dicho contrato alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía aceptó verbalmente la propuesta, porque celebrado por teléfono no es la material ausencia de las partes sino el medio de comunicación empleado la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento"*. Así, la citada Sentencia califica el contrato celebrado por teléfono como celebrado entre partes presentes. Cabe resaltar la importancia de esta Sentencia, ya que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna se ha expresado de forma tan clara respecto a este modo de celebrar contratos.

Si se acepta esta propuesta y se califican los contratos celebrados por teléfono como celebrados entre presentes, hay que tener en cuenta la definición de las leyes especiales sobre la materia (Directiva 97/7/CE, LRLOCM y leyes autonómicas que regulan el comercio interior). Tal y como se ha mencionado con anterioridad, si el contrato celebrado por teléfono se considera entre presentes es porque se interpreta que hay presencia de las partes contratantes, aunque

(Coordinadores): *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital,* cit., págs. 43 y 60). En cambio MORENO NAVARRETE afirma que el contrato electrónico es fundamentalmente un contrato a distancia, con algunas particularidades. Se utiliza un medio electrónico y se trata de un contrato escrito *sui generis* (documento electrónico). *(Vid.* MORENO NAVARRETE, M. A.: *Contratos electrónicos*. Madrid, 1999, pág. 34). Y, en sentido parecido, AZOFRA VEGAS, R: "La contratación electrónica bancaria" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* número 68, octubre-diciembre 1997, pág. 1071.

8 *Vid.* ORÚS MORATA, A.: "Contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia" en *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 9, octubre-diciembre, 1931, pág. 21. Y *vid.* DE ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A.: *Problemas de la contratación...,* cit., pág. 220.

sea entendida en un sentido amplio, como presencia más temporal que espacial. Presencia temporal que se traduce en la inmediatez y simultaneidad de las declaraciones de voluntad. La conclusión es clara: si hay presencia física no tiene cabida en el concepto de contratos a distancia y, por ello mismo, se quedarían excluidos del ámbito de aplicación de estas normas específicas.

Pero la aplicación de estas normas puede resultar muy interesante, sobre todo en lo referente a la protección del consumidor, debido a que quien compra un producto o solicita un servicio por teléfono puede encontrarse ante problemas parecidos al que lo hace por carta. Por lo tanto, excluirlos parece ir en perjuicio del consumidor.

Por ello, y siguiendo a ANTONIA PANIZA[9] creemos que la mejor solución es distinguir, por una parte, los contratos celebrados entre presentes de formación instantánea y los contratos entre presentes de formación sucesiva (por ejemplo, cuando se retrasa el momento de perfección porque se llevan a cabo toda una serie de actuaciones anteriores a aquel momento, lo que hace que se dilate en el tiempo) y, por otra parte, contratos a distancia de perfección sucesiva (carta, fax y medios asimilados) y contratos a distancia de perfección instantánea [69] (aquellos realizados a través de medios de comunicación que permitan la simultaneidad, como el teléfono o la videoconferencia).

Parecen estar de acuerdo con la clasificación CARRASCO PERERA y MARTÍNEZ ESPÍN al definir la contratación telefónica como aquella modalidad de contratación *«en la que el contrato se celebra a distancia, pero se perfecciona simultáneamente, por medio de una oferta y una aceptación que se cruzan por el medio telefónico»*[10].

4. Legislación aplicable a la contratación a distancia

4.1. La contratación a distancia en el Derecho comunitario

La referencia en la contratación a distancia en la normativa comunitaria la constituye la Directiva 97/7/CE, pues las legislaciones de los Estados miembros deberían haberse adecuado a ella[11]. Según la misma, es un contrato a distancia "*todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios*

9 Cfr. "*Contratación a distancia y defensa de los consumidores*". Granada, 2003, pág. 28-29.

10 Cfr. "Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en Estudios sobre Consumo", número 49, 1999, pág. 101.

11 Además, se refiere a la *contratación a distancia* en general, mientras que otras normas son más específicas y se refieren expresamente a las *ventas a distancia.*

En España, la Directiva 97/7/CE ha sido transpuesta con la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.

celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato".

De esta definición y de la de técnica de comunicación a distancia del artículo 2.4 de la misma norma, entendida como *"todo medio que permita la celebración de un contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor"* se pueden extraer los elementos que perfilan e individualizan los contratos a distancia. Estos elementos se concretan, por una parte, en la utilización de uno o varios medios de comunicación a distancia y la correlativa falta de presencia física. Y, por otra parte, la necesidad de que se trate de un contrato celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia.

La definición de la Directiva 97/7/CE se complementa con la lista indicativa de medios de comunicación que proporciona el Anexo I[12]. Debe hacerse notar que no es una lista cerrada. El legislador ha tenido en cuenta la evolución de la tecnología, y ello se refleja en la Exposición de Motivos de la mencionada Directiva: *"...la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva, pero requiere que se definan unos principios válidos incluso para aquellas que todavía se utilizan poco en la actualidad".* Además, en ocasiones se utilizan varios medios de comunicación para celebrar un contrato. Un ejemplo lo tenemos en el sistema de teletienda, en el que concurren la televisión y el teléfono.

Para que sea posible la realización de contratos a través de las distintas técnicas de comunicación a distancia, alguien debe ponerlas a disposición del proveedor. Según la Directiva 97/7/CE será el operador de técnicas de comunicación, definido como "*toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia".* Se trata, por tanto, de una tercera persona que facilita el uso de la técnica de comunicación que no es parte en los contratos celebrados a distancia. Las relaciones entre los operadores y las partes se regirán por las relaciones contractuales establecidas entre ellas[13]. Pero es necesario tomar en consideración el artículo 48.2 LRLOCM que establece que "*los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiendo por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o*

12 En esta lista se citan como técnicas de comunicación de las citadas en el artículo 4.2, ya transcrito, las siguientes: impreso con y sin destinatario, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, catálogo, teléfono con o sin intervención humana, radio, visiófono, videotexto con teclado o pantalla táctil, correo electrónico, fax y televisión.

13 *Vid.* "Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997" en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez.* Volumen II. Valladolid, 1998, págs. 1020 y 1021.

privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los proveedores, están obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades, que los comerciantes respeten los derechos que el presente capítulo reconoce a los consumidores y cumplan las obligaciones que en él se le imponen".

4.2. Normativa nacional sobre la contratación a distancia

Los artículos 38 a 48 LRLOCM regulan las ventas a distancia y la disposición adicional primera de la citada norma excluye la aplicación de estos artículos a determinados contratos de prestación de servicios[14]. El artículo 38 define las ventas a distancia como aquellas en las que la oferta y la aceptación y, en consecuencia, el momento de perfección del contrato, se celebren a través de un medio de comunicación a distancia, añadiendo que todo ello debe realizarse dentro de un *"sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor"*[15].

En supuestos específicos de contratos a distancia es necesario añadir una referencia al Real Decreto 1906/1999 que, al establecer su ámbito de aplicación, se refiere a "*los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes".*

Por último, otro supuesto específico es el contemplado en la LSSI. Se define el contrato electrónico en el Anexo y se entiende que es aquél contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

Junto a la normativa de ámbito nacional han surgido, en el seno competencial de las Comunidades Autónomas, leyes relativas a la ordenación del comercio minorista, que nos proporcionan definiciones de los contratos a distancia (en ocasiones también de ventas a distancia), clarificando cuales son sus principales características.

14 La disposición adicional primera excluye los servicios financieros como los servicios de inversión, seguro, reaseguro, bancarios, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción También excluye los celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de teléfonos públicos, los contratos celebrados para la construcción de bienes inmuebles, los que regulen relaciones familiares y sucesorias y los contratos societarios. Otros como los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento cuando tengan que suministrarse en una fecha determinada o en un período concreto sólo se excluyen de la aplicación de determinados artículos.

15 Este elemento se ha introducido en la definición de la Ley española después de la reforma, adaptándola así a lo que ya establecía la Directiva 97/7/CE. la anterior definición, *vid.* SERRANO GIL DE ALBORNOZ, E: "Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores" en MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M. (Coordinadores): *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital* cit., pág. 290.

Algunos ejemplos de legislaciones autonómicas relativas a la materia objeto del presente trabajo son los que se citan a continuación. El artículo 32 de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia, al definir las ventas a distancia, hace hincapié en el modo de formular los pedidos. Así, entiende por ventas a distancia "*aquellas formas de distribución comercial minorista en las que los comerciantes ofrecen a los consumidores la posibilidad de formular pedido a través de correo, teléfono u otros medios de comunicación gráfica o audiovisual de las mercancías ofrecidas mediante catálogos, revistas, periódicos, impresos u otros medios de comunicación"*. En el ámbito de la Comunidad de Cataluña, el Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Comercio Interior de Cataluña afirma que "*es venta a distancia la forma de distribución comercial detallista que se lleva a cabo previa oferta realizada por cualquier medio de comunicación entre personas distantes y por cualquier medio de comunicación social y de transmisión electrónica, y poniendo en conocimiento de los consumidores la forma de efectuar sus pedidos"*. Como último ejemplo, en Andalucía, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de regulación del Comercio Interior de Andalucía nos proporciona el concepto de ventas a distancia en su artículo 28 y lo hace en dos apartados: uno general y un segundo en el que se cita una serie de ventas incluidas. La definición general es muy parecida a las transcritas hasta ahora y, en lo que se refiere al segundo apartado del precepto mencionado, se establece que, "e*n particular, estarán incluidas en este concepto, las ventas por teléfono, las ventas por correspondencia, ya sean mediante envío postal, por catálogo, a través de impresos o por anuncios en la prensa, y las ventas ofertadas por el sistema de telecompra"*.

Del análisis de las normas anteriores se extraen algunas de las características que vienen a ser comunes en lo que a la contratación a distancia se refiere: son formas de distribución comercial minorista o detallista y en todas destaca la falta de presencia física de las partes contratantes y la utilización de uno o varios medios de comunicación a distancia (que algunas normas se encargan de enumerar, dejando, en general una cláusula abierta del tipo *"u otros medios de comunicación"*).

5. El uso de las nuevas tecnologías como medio de comunicación en la contratación a distancia

A pesar del ser la contratación mediante correspondencia el supuesto clásico de contratación a distancia, en las últimas décadas han aparecido nuevas técnicas de comunicación con la característica común del prefijo "tele-"(a distancia). Ejemplos de estas serían el teléfono, el telégrafo, el télex o el telefax. Todas ellas válidas para la emisión de declaraciones de voluntad. Estas técnicas se

sitúan en un punto intermedio entre la ya clásica contratación por carta y las nuevas tecnologías, que se tratará en el presente apartado con detenimiento.

Efectivamente, en lo que al uso de las nuevas tecnologías para llevar a cabo la contratación de bienes y servicios, es cada vez más usual encontrar en las normas que regulan esta actividad frases que hacen referencia a la utilización de "*medios electrónicos, informáticos o telemáticos"*. Tal es el caso del artículo 5 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo de 1993, que regula el Sistema Arbitral de Consumo[16] o el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[17]. También el Real Decreto 1906/1999 se refiere en su artículo 1 a los contratos realizados *"por vía telefónica, electrónica o telemática"*.

Estos ejemplos inducen a reflexionar sobre qué se entiende por medios electrónicos, informáticos y telemáticos. La distinción no es siempre clara y a veces resulta difícil encuadrar cada medio de comunicación en uno de los tipos enunciados. En este sentido, un estudio de la Organización Mundial de Comercio distingue seis tipos de instrumentos electrónicos de comercio: teléfono, fax, televisión, sistemas de pago electrónico, EDI e Internet[18].

Sin embargo, la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas establece que se contrata por vía electrónica cuando un servicio es *"enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético"*. Por su parte, el Anexo V de esta misma norma enumera los servicios que considera no ofrecidos por vía electrónica. Entre ellos, enumera la expendeduría automática de billetes, los servicios fuera de línea (como pudieran ser la distribución en CD-Rom o de programas informáticos en disquetes), los servicios de telefonía vocal, fax y télex o el marketing directo por teléfono o fax.

Aunque según la calificación de la Organización Mundial de Comercio, el teléfono y el fax son instrumentos electrónicos de comercio, la norma citada los califica como *"servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos*

16 Afirma el citado artículo que "*los consumidores y usuarios presentarán, (...) las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, (...), por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad"*.

17 Según este artículo, en su apartado primero establece que "*las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias,..."*.

18 *Vid*. CARRASCOSA LÓPEZ, V.; POZO ARRANZ, M. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P.: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*. Granada, 1999. Segunda edición, pág. 101.

de tratamiento o almacenamiento de datos". Se observa, por tanto, que a pesar de que en principio parece algo sencillo, la calificación de cuáles son los medios electrónicos, telemáticos o informáticos no es tan clara en todos los casos.

Es interesante detenerse a realizar una reflexión sobre la utilización de estos modernos medios de comunicación para la celebración de contratos. Estos medios permiten la emisión de declaraciones de voluntad entre personas que no están presentes, al igual que el teléfono o el fax. Pueden presentar problemas en cuestiones de forma de los contratos o de seguridad en las transacciones, pero parece que gozan de características parecidas, aunque cambie el medio de comunicación (el ordenador), a las de los medios que ya se admiten. De hecho, todos los autores han afirmado la validez de este medio para la celebración de los contratos.

Y, como ya sabemos, aunque no los incluyeran expresamente, el Cc. y en el de C.com., se han aplicado a los contratos celebrados por otros medios de comunicación como el teléfono o el fax, así como a los celebrados por ordenador a través de una Internet. Los principales problemas que pueden surgir se han intentado solucionar bien aplicando las normas clásicas, o a través de nuevas iniciativas legislativas, ya sean de ámbito comunitario o estatal.

Como contratos a distancia que son[19], se deberá acudir a las normas que los regulan. A ellas se añaden la Directiva de Comercio Electrónico y la LSSI; normas que no chocarán con las ya existentes sino que las tendrán en cuenta[20]. El objetivo de la Directiva de Comercio Electrónico es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Y la LSSI establece, en su artículo 1, que tiene por objeto la regulación *"del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica"*.

Así, se plantean cuestiones relacionadas con las comunicaciones comerciales la información: características del producto y particularmente la identificación del proveedor para saber con quién estamos contratando y a quién acudir en caso de reclamación, así como el lugar y la ley aplicable, la realización de un pedido, etc. Todo lo anterior debe relacionarse con la confianza y seguridad de los consumidores y de las transacciones que éstos realizan.

Y aquí no se detiene la evolución de los medios de comunicación. Se ha afirmado que las telecomunicaciones del tercer milenio, al menos en sus inicios, van a estar protagonizadas por la convergencia de los dispositivos móviles, principalmente el teléfono, e Internet.

19 *Vid*. PLNOCHET OLAVE, R.: *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*. Madrid, 2001, págs. 55 y siguientes.

20 En este sentido, *vid.* artículo 1.3 de la Directiva de Comercio Electrónico.

Y si por una parte se unen telefonía móvil e Internet, por otra también se han unido Internet y televisión, dando lugar, no ya al conocido *"e-commerce"* sino también al *"tv-commerce",* distinto a los supuestos clásicos de teletienda en los que también se utiliza el televisor, que consiste en "*el conjunto de procedimientos técnicos y operativos que permiten a un telespectador enviar una orden de compra de productos o servicios publicitados a través de la pantalla de su televisor, usando para ello el mando a distancia u otro accesorio conectado al terminal de televisión, como un teclado. De esta manera el usuario percibe y utiliza la televisión como un sistema de acceso a servicios de comercio electrónico"*.

Todo ello planteará nuevos retos desde la perspectiva jurídica, en general, y en Derecho de la contratación en particular. Retos que deberán vencerse, tal y como ha ocurrido hasta ahora con cada nuevo medio de comunicación que ha ido apareciendo.

4. La contratación electrónica con Condiciones Generales de Contratación (CGC)

1. Acercamiento a la contratación electrónica con CGC

La contratación electrónica con condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, CGC) se caracteriza por la utilización de un medio específico que supone que deban tenerse en consideración una serie de circunstancias añadidas a la contratación por otra vía que no sea la electrónica. El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación (en adelante RD 1906/1999) viene a desarrollar lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dando cumplimiento al mandato establecido en aquella norma por el legislador para que se procediese al desarrollo reglamentario de la misma, de forma que se hiciera posible la utilización de CGC en los contratos celebrados por vía telefónica o electrónica, en los que resulta necesario que el consumidor pueda aceptar las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional.

El objeto de la citada norma es regular la contratación entre un empresario o profesional que utiliza condiciones generales y el consumidor, a través de un medio a distancia, sin la presencia física simultánea de las partes en el momento de suscribir el contrato. Conforme a lo dispuesto en el RD 1906/1999, es necesario atender a la concurrencia de dos requisitos para que sea aplicable el régimen jurídico previsto en el mismo. Debe tratarse de contratos con CGC realizados a distancia, sin la presencia física simultánea de las partes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática.

Además de los dos requisitos objetivos previos, el ámbito geográfico de aplicación de la norma se extiende a los contratos siempre que la adhesión por

parte del consumidor o adherente se haya producido en España, cualquiera que fuere la ley aplicable al contrato.

Si bien existen una serie de contratos, que por diversas causas o quedan excluidos del ámbito de aplicación de la citada norma (tales como los de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares, los sucesorios, los relativos a condiciones generales, que reflejen las disposiciones a los principios de Convenios internacionales en los que España sea parte, los que se refieran a condiciones reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general, y sean de aplicación imperativa para las partes).

Asimismo, quedan excluidos los contratos referidos a servicios financieros, consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos, en subasta, los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, los de arrendamiento sobre bienes inmuebles regulados por leyes especiales. A pesar de la última excepción señalada, sí quedan incluidos en el régimen establecido por la presente norma los contratos de arrendamientos de temporada.

2. Obligaciones de las partes

Principalmente, las obligaciones que surgen son del lado del empresario o profesional, ya que se trata de una norma de protección del consumidor, pues se parte de que requiere un mayor grado de protección al utilizarse CGC que no han podido ser negociadas por el mismo ni tiene fuerza suficiente para imponerse. En concreto, las obligaciones del empresario o profesional que realiza una oferta de contratación sujeta a condiciones generales, a través de alguno de los medios a distancia cubiertos por el RD 1906/1999, tiene que cumplir con una serie de deberes en un doble momento, antes y después de haberse producido el contrato en cuestión.

1) Deber de información previa: El deber de información previa supone que el empresario o profesional tenga que proceder, con carácter previo a la celebración del contrato, a suministrar información a los posibles consumidores, de manera que éstos queden perfectamente informados de todas las circunstancias que rodean a la contratación en cuestión. Este deber conlleva una doble exigencia:
   a. Informar, con carácter previo en los tres días naturales anteriores a aquélla, de todas y cada una de las cláusulas del contrato, y

b. Remitir, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completó de las condiciones generales que regulan la contratación en cuestión-

2) Deber de confirmación documental: Con posterioridad a la celebración del contrato, el empresario o profesional deberá enviar inmediatamente (estableciéndose como límite máximo el momento de entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato) justificación de la contratación efectuada, por escrito o en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado, en la que se hará constar la información relativa a la contratación efectuada con inclusión de todos los términos de la misma.

Por soporte duradero entiende el RD 1906/1999 "*cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento*", citando expresamente y de forma particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor en el que se almacenan los mensajes de correo electrónico.

3) Derecho de resolución: Una vez cumplidos los deberes de información previa y confirmación documental de la contratación efectuada, el adherente dispone de un plazo de siete días hábiles, que se contarán según el calendario oficial de su lugar de residencia habitual, para resolver el contrato sin que ello suponga incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los correspondientes a la devolución del bien.

Es necesario poner de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurre en la Directiva 97/7/CE y en la LOCM en las que se contiene el principio general, el RD 1906/1999 establece un criterio específico por el que concede un plazo al adherente para resolver el contrato sin incurrir en gasto o penalización alguna.

El ejercicio de este derecho que se confiere al adherente no se sujeta a formalidad alguna, y el cómputo se realizará de la siguiente manera. En el caso de entrega de bienes será a partir de la recepción de los mismos por el adherente. Si, por el contrario, se tratara de una prestación de servicios, se computará a partir del día de celebración del contrato.

3. Prueba del contrato

Respecto de la prueba del contrato, y partiendo de la libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento jurídico, consagrada expresamente en el artículo 1278 de nuestro Cc., salvo que se requiera una forma especial, el RD 1906/ 1999 dispone que la carga de la prueba recae sobre el predisponente y, en particular, sobre los siguientes extremos:

- Existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato.
- Remisión de la información previa y justificación documental.
- Entrega de las condiciones generales.
- Renuncia expresa del derecho de resolución.
- Correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y momento de sus respectivos envíos.

Entre las formas de prueba de los extremos anteriores, y sin perjuicio de otras soluciones, el predisponente podría depositar dicha información en el Registro General de Condiciones de la Contratación creado por el RD 1828/1999, debiendo hacer constar, en su caso, los datos correspondientes a la inscripción en su página web, en caso de ofrecer sus bienes o servicios a través de Internet.

Respecto de los documentos que contengan dicha información, el RD 1906/1999 dispone expresamente y sin perjuicio de lo que establezcan las normas procesales en su caso, la admisión de cualquier documento (aunque el mismo no se haya extendido en soporte papel) y, en particular, de los documentos electrónicos y telemáticos siempre que quede garantizada la autenticación de las partes, la integridad de su contenido y el momento de su emisión y recepción.

A tal fin, se dispone que las partes deberán utilizar la firma electrónica avanzada, por ser la única a la que nuestro ordenamiento jurídico atribuye la misma eficacia jurídica respecto de los documentos electrónicos que a la firma manuscrita respecto del contenido del papel, y deberá acompañarse de una consignación de fecha y hora de remisión y recepción, en su caso.

Lo anterior no obsta a que las partes tengan que hacer obligatoriamente uso de la firma electrónica avanzada, pudiendo hacer uso en su caso de la firma electrónica a la que igualmente se reconoce validez jurídica, si bien a través de la misma no se consigue la equiparación legal a la firma manuscrita. De esta forma, es la firma electrónica avanzada la que permite al predisponente demostrar sin mayores requisitos la autenticación e integridad de los documentos que dan lugar al cumplimiento de sus obligaciones.

5. Conclusiones

Como conclusión a lo expuesto en el presente trabajo, se ha visto que, por lo general, un contrato a distancia se caracteriza por dos notas esenciales: la falta de presencia física, entendida en sentido espacial, y la utilización de uno o varios medios de comunicación a distancia. Asimismo, el momento contractual determinante de la calificación de un contrato a distancia es el de su perfección.

La normativa de contratos a distancia pretende proteger al consumidor que celebra un contrato sin la presencia física de la otra parte contratante. Las razones de esta protección derivan de la especial situación en la que se encuentra

el consumidor: no ha podido ver el producto o, al menos, comprobar las características en que éste confía; en muchas ocasiones no conoce al proveedor, etc. El fundamento de esta protección desaparece si la fase previa se ha llevado a cabo en presencia de ambas partes.

Como se ha analizado, las especialidades derivadas del objeto de estudio se dirigen hacia la inversión del principio de libertad de forma. Todas las normas sobre contratos a distancia exigen constancia de determinadas actuaciones, que se hace necesario cuando se utilizan determinadas técnicas de comunicación con el fin de acreditar su existencia. A ello hay que añadirle exigencias formales de la normativa referente a la protección de los consumidores en distintos los ámbitos

En los contratos a distancia actuales, las clásicas nociones de forma (escritura y documento) dejan de ser algo práctico y, por ende, la aceptación se entiende en un sentido más amplio, como cualquier medio de expresión de la voluntad.

Dos son los pilares sobre los que se asienta la protección al consumidor en los contratos a distancia: el deber de información del proveedor o prestador de servicios y el derecho de desistimiento del consumidor. El primero intenta suplir la falta de conocimiento directo de las características del producto o servicio, mientras que el segundo otorga al consumidor un plazo para desistir del contrato realizado, sin necesidad de alegar causa alguna.

En relación con la fase de ejecución, se ha analizado que existe un régimen específico de protección del consumidor en los contratos a distancia. A falta de pacto, se establece un plazo máximo de entrega de 30 días, reflejo de la preocupación de que no sea excesivamente largo, aunque la sanción en caso de incumplimiento es meramente administrativa.

La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur

Carlos E. Delpiazzo*

SUMARIO: 1. Ayer y hoy de la Informática Jurídica. 2. Las nuevas fuentes del Derecho de la Integración. 2.1. Características. 2.2. Conformación. 3. Aspectos a tener en cuenta para el análisis jurídico del Derecho del Mercosur. 3.1. Producción. A) Tratados. B) Decisiones. C) Resoluciones. D) Directivas. E) Otras fuentes. F) Principios generales de Derecho. 3.2. Jerarquía. 3.3. Aplicación. 4. Conclusiones.

Resumen

La aparición y desarrollo del Derecho de la integración del Mercosur implica una multiplicación de fuentes dispositivas que, si no son procesadas adecuadamente, pueden aparejar una crisis de información. El presente artículo analiza la utilidad de la Informática Jurídica documental como herramienta idónea para procesar y facilitar el acceso y la localización de la información jurídica normativa.

Palabras clave: Derecho de Integración del Mercosur. Fuentes normativas. Informatica Jurídica documental.

Abstract

The arrival and development of the Law of integration of Mercosur implies a multiplication of regulatory sources which, if not processed suitably, may produce an information crisis. This article analyzes the utility of documentary Legal Informatics as a suitable tool to process and enable the access and the ability to search legal information.

Recibido: 23/11/2006 • Aceptado: 28/12/2006

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor y Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina).

Keywords: Law of integration of Mercosur. Regulatory Sources. Documentary Legal Informatics.

1. Ayer y hoy de la Informática Jurídica

Desde hace más de veinticinco años, vengo sosteniendo que la **Informática Jurídica** es la ciencia que estudia la aplicación en el campo del Derecho de la Informática, entendida como la disciplina relativa al tratamiento lógico y automático de la información[1].

El llamado "espacio informático"[2] abierto a partir de la aparición del computador y su ampliación en el actual "espacio telemático"[3] resultante de la convergencia tecnológica producida por el encuentro de la Informática y las Telecomunicaciones, han potenciado las posibilidades de superación de las dificultades contemporáneas del acceso a la información jurídica.

Como bien se ha dicho[4], "La crisis de información y documentación producida por la avalancha de datos que genera la sociedad informatizada sólo puede ser, a su vez, superada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, a través del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de telecomunicaciones. Sólo así el jurista actual se halla en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos".

Para ello, la Informática Jurídica se abre en ramas específicas, como la **Informática Jurídica documental**, la Informática Jurídica de gestión y la Informática Jurídica decisoria[5], de las cuales interesa especialmente al efecto del desarrollo subsiguiente inclinarse sobre la primera.

1 Carlos E. DELPIAZZO. "Una experiencia en el campo de la Informática Jurídica", en La Justicia Uruguaya, tomo LXXXVII, sección Doctrina, pág. 53 y sigtes.; "Derecho e informática", en La Justicia Uruguaya, tomo LXXXVIII, sección Doctrina, pág. 37 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO, Alvaro J. EIRIN y Pedro MONTANO. "Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho Informático" (A.M.F., Montevideo, 1984), pág. 41 y sigtes.

2 Carlos E. DELPIAZZO. "Información, Informática y Derecho" (A.M.F., Montevideo, 1989), pág. 18 y sigtes.

3 Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA. "Lecciones de Derecho Telemático" (F.C.U., Montevideo, 2004), pág. 51 y sigtes.

4 Antonio Enrique PEREZ LUÑO. "Manual de Informática y Derecho" (Ariel, Barcelona, 1996), pág. 135.

5 Ricardo A. GUIBOURG y otros. "Manual de Informática Jurídica" (Astrea, Buenos Aires, 1996), pág. 73 y sigtes.

A su vez, dentro de ella, para encarar adecuadamente el análisis, tratamiento y recuperación de la información jurídica[6], es necesario resolver satisfactoriamente problemas técnicos, lingüísticos y jurídicos.

Los *problemas técnicos* se refieren a las exigencias de equipamiento ("hardware") y programación ("software") apropiados y la indagación acerca de los mismos excede el objeto de este trabajo.

En cuanto a los *problemas lingüísticos*, su resolución adecuada es un presupuesto imprescindible para informatizar la documentación jurídica[7]. Ello es así porque la dimensión natural del lenguaje jurídico ofrece un repertorio abierto de significaciones, cuya pluralidad da lugar a arduos problemas hermenéuticos, tales como la homonimia, la sinonimia y la indeterminación o equivocidad. Incluso las dificultades alcanzan a los conceptos y categorías que componen el lenguaje jurídico técnico, a diferencia de lo que ocurre en las llamadas ciencias exactas. Por eso, se hace necesario un esfuerzo previo de racionalización lógica[8], que imprescindiblemente debe ser llevado a cabo por juristas, concretándose en descriptores (o palabras claves) y thesaurus (o listas de palabras claves o términos normalizados).

Por lo que refiere a los *problemas jurídicos* relacionados con la informatización de la documentación jurídica, se ha distinguido en ellos un aspecto interno y otro externo ya que "Tenemos, por una parte, los problemas técnicos de la documentación jurídica, es decir, de la clasificación de las fuentes jurídicas y de su formulación en manera tal que consienta la localización con un criterio racional automatizado; y, por la otra, los problemas jurídicos de la documentación, es decir, del reconocimiento de la validez jurídica de ciertos métodos de documentación y reproducción"[9], aspecto este segundo que no interesa al objeto aquí propuesto.

En cambio, el análisis interno de la documentación normativa –ya que la jurisprudencial o doctrinaria presenta diversas cuestiones- plantea problemas de gran relevancia, tales como el nivel de análisis, la significación de las palabras, la explicitación de términos implícitos, las referencias, la vigencia, y los identificadores[10].

6 Miguel LOPEZ MUÑIZ GOÑI. "Informática Jurídica Documental" (Díaz de Santos, Madrid, 1984), pág. 155 y sigtes.

7 Mario G. LOSANO. "Curso de Informática Jurídica" (Tecnos, Madrid, 1987), pág. 59 y sigtes.

8 Antonio Enrique PEREZ LUÑO. "Manual de Informática y Derecho" cit., pág. 146 y sigtes.

9 Vittorio FROSINI. "Problemas jurídicos de la información y la documentación", en Antonio E. PEREZ LUÑO (Director). "Problemas actuales de la documentación y la Informática jurídica" (Tecnos, Madrid, 1987), pág. 52.

10 Miguel LOPEZ MUÑIZ GOÑI. "Informática Jurídica Documental" *cit*., pág. 169 y sigtes.

Por eso, sin perjuicio de la evolución tecnológica y, con ella, de la Informática Jurídica en todos sus aspectos, hay una labor jurídica insustituible. Sobre ella, y con específica referencia al Derecho de la Integración del Mercosur, es que habrá de reflexionarse en los párrafos siguientes.

2. Las nuevas fuentes del Derecho de la Integración

Para procesar información jurídica normativa, hay que conocerla. Y en el caso concreto del Derecho de la Integración del Mercosur, para conocerlo, hay que individualizar sus características y clasificar sus componentes.

2.1. Características

El proceso de integración del Mercosur ha sido significativamente diferente al seguido por la Unión Europea[11] y en otras regiones[12].

No obstante tal diversidad y sus originalidades, ha generado el desarrollo de un nuevo Derecho al que se ha dado en llamar Derecho de la integración[13], el cual ha aparejado un significativo aporte creador de normas jurídicas constitutivas de un ordenamiento jurídico nuevo[14].

Aún cuando no es posible todavía hablar estrictamente de un Derecho comunitario regional de carácter supranacional[15], es de toda evidencia que ha comenzado a perfilarse un sistema dotado de fuentes propias a partir de una institucionalidad específica.

11 Deisy VENTURA. "Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea" (Konrad Adenauer, Montevideo, 2005), pág. 163 y sigtes.

12 Jorge E. FERNANDEZ REYES. "Curso de Derecho de la Integración" (U.M., Montevideo, 2006), pág. 87 y sigtes.

13 Carlos E. DELPIAZZO. "Alcances y límites del Derecho de la Integración", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 1998), Nº 13, pág. 45 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO. "El Derecho de la integración frente a la Constitución uruguaya", en Héctor GROS ESPIELL, Carlos E. DELPIAZZO y otros. "El Derecho de la Integración del Mercosur" (U.M., Montevideo, 1999), pág. 61 y sigtes.

14 Rodolfo Carlos BARRA. "Fuentes del ordenamiento de la integración" (Abaco, Buenos Aires, 1998), págs. 17y sigtes., y 162 y sigtes.

15 Carlos E. DELPIAZZO. "Fuentes del Derecho de la integración", en Héctor GROS ESPIELL, Carlos E. DELPIAZZO y otros. "El Derecho de la Integración del Mercosur" (U.M., Montevideo, 1999), pág. 67 y sigtes.; Didier OPERTTI BADAN. "La remoción de los obstáculos jurídicos a la integración (con especial referencia al Mercosur)" (UCUDAL, Montevideo, 1991), pág. 17 y sigtes.; y Héctor DI BIASE. "Introducción al Derecho de la Integración con especial referencia al Mercosur", en A.A.V.V. "El Mercosur después de Ouro Preto" (UCUDAL, Montevideo, 1995), pág. 11 y sigtes.; y Nuri RODRIGUEZ OLIVERA. "Mercosur como instrumento para la creación de un Derecho comunitario", en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 1992), Nº 2, pág. 39 y sigtes.

Entendida la expresión "fuente" en su más amplio sentido a partir de su etimología, la misma designa los diversos orígenes posibles de donde brota el Derecho[16].

En el caso concreto del Mercosur, es posible apreciar una producción "atomizada" en pluralidad de centros[17], que son los órganos de los Estados o del propio Mercosur en tanto nuevo sujeto de Derecho, como instrumentos de actuación de tales personas jurídicas[18].

De las distintas clasificaciones que se hacen habitualmente de las fuentes del Derecho en general, interesa tomar en consideración fundamentalmente dos:

a) la que distingue entre fuentes originarias y derivadas según provengan de los tratados y sus modificaciones o de los órganos previstos en los mismos[19]; y
b) la que permite ordenarlas en atención a su valor y fuerza, vale decir, a su eficacia formal[20].

Sobre la base de la primera de dichas clasificaciones, se procederá a la descripción del sistema de *producción* de fuentes de Derecho del Mercosur, en tanto que, conforme a la segunda, se procederá a la determinación de la *jerarquía* de cada una de ellas. Teniendo en cuenta ambas clasificaciones, se examinará su *aplicación*.

2.2. Conformación

Apartándose del precedente del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea[21] y de modo similar a lo

16 Eduardo GARCIA MAYNEZ. "Introducción al Estudio del Derecho" (Porrúa, México, 1960), pág. 51 y sigtes.

17 Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. "Derecho Comunitario" (E.C.A., Buenos Aires, 1995), pág. 140.

18 Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos, Año I, Nº 2, pág. 43 y sigtes.

19 Manuel MEDINA. "La Comunidad europea y sus principios constitucionales" (Tecnos, Madrid, 1974), pág. 112 y sigtes.; Guy ISAAC. "Manual de Derecho Comunitario General" (Ariel, Barceolna, 1985), pág. 134 y sigtes.; y Klaus D. BORCHARDT. "El ABC del Derecho Comunitario" (Luxemburgo, 1991), pág. 25 y sigtes.

20 Horacio CASSINELLI MUÑOZ. "Oposición superviniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?", en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración (Montevideo), tomo 55, pág. 159 y sigtes.; y Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral", en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 74, pág. 10.

21 Michael SCHWEITTZER y Waldemar HUMMER. "Derecho Europeo" (Depalma, Buenos Aires, 1987), pág. 57 y sigtes.

acontecido en el ámbito del Pacto Andino[22], el **Tratado fundacional** del Mercado Común del Sur suscrito en Asunción el 26 de marzo de 1991 no previó un elenco de fuentes ni reguló sus efectos y relaciones, limitándose a establecer los elementos básicos del procedimiento para llegar a la conformación de un mercado común y un sistema orgánico provisional a tal fin[23].

Será recién en el **Protocolo de Brasilia** para la solución de controversias firmado el 17 de diciembre de 1991 donde se establecerá un primer enunciado del ordenamiento de fuentes del Mercosur. De acuerdo a su art. 19, de modo coherente con lo previsto en los arts. 1 y 25, dicho ordenamiento está constituido por las disposiciones del Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también "los principios y disposiciones del Derecho internacional aplicables en la materia".

Como bien se ha destacado, tales disposiciones reconocen un Derecho originario conformado por el Tratado de Asunción con sus anexos y los acuerdos celebrados en el marco del mismo, y un Derecho derivado formado por los actos jurídicos emanados del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común que el Protocolo denomina Decisiones y Resoluciones respectivamente. Asimismo, suponen un ordenamiento normativo jerárquico ya que el Derecho derivado está subordinado al originario, y dentro del Derecho derivado, las Resoluciones del Grupo Mercado Común se encuentran subordinadas a las Decisiones del Consejo del Mercado Común en virtud de la diferente posición institucional de estos órganos[24].

Con la aprobación del **Protocolo de Ouro Preto** de 17 de diciembre de 1994, se dedica el capítulo V a regular específicamente las "Fuentes Jurídicas del Mercosur"[25]. Al tenor de su art. 41, "las fuentes jurídicas del Mercosur son:

22 Luis Carlos SACHICA. "Derecho Comunitario Andino" (Temis, Bogotá, 1990), pág. 63 y sigtes.

23 Ver: Héctor GROS ESPIELL. "Mercosur" (I.E.E.M., Montevideo, 1991), pág. 25 y sigtes.; "El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica", en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 1991), Nº 1, pág. 18 y sigtes.; y "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", en Rev. Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho (Montevideo), 2ª época, Año II, Nº 5, pág. 10 y sigtes.; Sergio ABREU BONILLA. "Mercosur e integración" (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 39 y sigtes.; Gustavo MAGARIÑOS. "Uruguay en el Mercosur" (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 49 y sigtes.; Cristina VAZQUEZ y otros. "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur" (Facultad de Derecho, Montevideo, 1995), pág. 7 y sigtes.; y Miguel BERTHET. "El Tratado de Asunción y el Mercosur", en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 1991), Nº 1, pág. 39 y sigtes.

24 Augusto DURAN MARTINEZ. "Exposición", en Solución de controversias en el Mercosur (UCUDAL, Montevideo, 1992), pág. 35 y sigtes.

25 Ver: José María GAMIO. "Ordenamiento jurídico del Mercosur", en A.A.V.V. "El Mercosur después de Ouro Preto" *cit.*, pág. 76 y sigtes.; y Jorge PEREZ OTERMIN. "El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto" (F.C.U., Montevideo, 1997), pag. 101 y sigtes.

I. El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos;

III. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción".

Agrega el art. 42 que "las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo -que son aquellos "con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur"- tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

Quiere decir que se explicita lo adelantado en el Protocolo de Brasilia, aclarándose que carecen de efecto obligatorio otros actos jurídicos distintos a los enunciados, tales como las Propuestas de la Comisión de Comercio del Mercosur, las Recomendaciones de la Comisión Parlamentaria Conjunta, y las Recomendaciones del Foro Consultivo Económico Social.

A través del **Protocolo de Olivos** para la solución de controversias de 18 de febrero de 2002, derogatorio del Protocolo de Brasilia (art. 55), se establece que "*Las controversias que surjan entre los Estados Partes* sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo" (art. 1º).

Tras privilegiar las negociaciones directas (art. 4º), se mantiene el mecanismo de los Tribunales arbitrales ad hoc (art. 9º y sigtes.), introduciéndose un procedimiento de revisión de los laudos ante el Tribunal Permanente de Revisión integrado por cinco miembros -cuatro designados por los Estados fundadores y un quinto designado por unanimidad o por sorteo a partir de una lista conformada con ocho integrantes, dos propuestos por cada Estado parte (art. 17 y sigtes.)- sin perjuicio del acceso directo al mismo (art. 23).

Conforme a lo previsto en el art. 34, bajo el rótulo de "Derecho aplicable", se reitera la enumeración de fuentes que adelantaba el Protocolo de Brasilia, disponiéndose que "Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Decisiones de la Comisión

de Comercio del Mercosur, así como a los principios y disposiciones de Derecho internacional aplicables a la materia", agregando la equidad en los casos que las Partes así lo acordaren.

En cuanto a *los reclamos de particulares*, los arts. 39 y sigtes. instrumentan un procedimiento sustanciado con intervención del Grupo Mercado Común y el dictamen de un grupo de expertos.

3. Aspectos a tener en cuenta para el análisis jurídico del Derecho del Mercosur

En la medida que el análisis normativo supone desentrañar el sentido de cada acto jurídico a procesar, se impone examinar las formas de *producción* de actos jurídicos en el ámbito del Mercosur, determinar la *jerarquía* de las mismas, y las cuestiones que suscita su *aplicación*.

3.1. Producción

A) Tratados

El denominado **Derecho originario o primario** del Mercosur está conformado por los tratados internacionales que lo estructuran o modifican. Son acuerdos de voluntades entre los Estados participantes[26], cuyo contenido material presenta cierta similitud con las Constituciones nacionales: enunciado programático, creación de órganos y reparto de competencias. Por eso, se habla a su respecto de "una suerte de isomorfismo con la estructura jurídica de un Estado nacional"[27].

Consecuentemente, los tratados se erigen en la principal fuente del Derecho de la integración, debiendo cumplir con el procedimiento especial determinado para su celebración y recepción en el Derecho interno de cada uno de los Estados que los suscriban[28].

En el caso específico, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay decidieron constituir el Mercado Común del Sur a través del Tratado de Asunción, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991. Dicho Tratado se integró con cinco Anexos:

26 Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA. "El Derecho Internacional Contemporáneo" (Tecnos, Madrid, 1980), pág. 46 y sigtes.

27 Miguel A. EKMEKDJIAN. "Introducción al Derecho comunitario latinoamericano" (Depalma, Buenos Aires, 1994), pág. 77.

28 Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. "Derecho Comunitario" cit., pág. 146 y sigtes.

I. Programa de Liberación Comercial
II. Régimen general de origen
III. Solución de controversias
IV. Cláusulas de salvaguarda
V. Subgrupos de Trabajo del Grupo Mercado Común

El Anexo III fue complementado por el Protocolo de Brasilia, también ratificado por los cuatro Estados miembros.

Los Anexos II y IV fueron rectificados y sustituidos por el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica suscrito el 29 de noviembre de 1991 por los Estados, de conformidad con las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1980, que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Entre los Protocolos adicionales que han modificado y complementado el Tratado de Asunción y sus Anexos, merecen particular destaque el de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994 (que definió la estructura definitiva del Mercosur), el de Ushuaia de 24 de julio de 1998 (que impuso la plena vigencia de las instituciones democráticas como condición esencial) y el de Olivos de 18 de febrero de 2002 (que reguló la solución de controversias), los que se encuentran vigente en virtud de su ratificación por los cuatro Estados.

Significa que la incorporación de un nuevo Estado al Mercosur por su adhesión al Tratado de Asunción, implica "ipso jure" la adhesión a todos los tratados complementarios del mismo.

B) Decisiones

Pasando al **Derecho derivado o secundario** del Mercosur, corresponde mencionar las llamadas Decisiones. Respecto a las mismas, conforme al art. 9º del Protocolo de Ouro Preto, se establece que "el Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados partes".

De este modo, superando la indiferenciación que resultaba del Tratado de Asunción -cuyo art. 16 se refería a "las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común- se viene a precisar que se denominan Decisiones sólo los actos emanados del "órgano superior del Mercosur" (art. 3º del citado Protocolo), al que se le atribuye la supremacía institucional y jerárquica de la organización[29].

29 Augusto DURAN MARTINEZ. "Estructura orgánica del Mercosur", en A.A.V.V. "El Mercosur después de Ouro Preto" *cit*., pág. 60.

Lamentablemente, no se ha definido el alcance ni las características propias de este tipo de fuente formal del Mercosur[30].

C) Resoluciones

Otros actos típicos dentro del Derecho derivado del Mercosur lo constituyen las Resoluciones. Más allá del sentido habitual de la expresión en el Derecho Administrativo para individualizar a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo[31], el art. 15 del Protocolo de Ouro Preto establece que "el Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados partes".

En consecuencia, se trata de la denominación atribuida a los actos emanados del "órgano ejecutivo del Mercosur" (art. 10 de dicho Protocolo), el cual está subordinado jerárquicamente al Consejo del Mercado Común[32].

Al igual que en el caso de las Decisiones, no se precisan el alcance y los atributos de las Resoluciones, salvo su subordinación a aquéllas.

D) Directivas

Con respecto a las Directivas, corresponde señalar que las mismas no responden al concepto técnico que aporta el Derecho Administrativo ni a la noción positiva que surge del tratado fundacional de la actual Unión Europea.

En efecto, no se trata de actos de orientación a seguir que no obligan aunque responsabilizan al órgano o sujeto al que van dirigidas[33] ni de actos obligatorios para el Estado miembro "en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios" según reza el art. 189 del Tratado de Roma[34].

Por el contrario, siguiendo la misma técnica usada para las Decisiones y Resoluciones, el art. 20 del Protocolo de Ouro Preto dispone que "la Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante Directivas o Propuestas". Y añade: "Las Directivas serán obligatorias para los Estados partes".

30 Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Manual de Derecho Comunitario" (Abaco, Buenos Aires, 1996), pág. 212.

31 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO. "Procedimiento Administrativo" (Idea, Montevideo, 1992), pág. 126.

32 Augusto DURAN MARTINEZ. "Estructura orgánica del Mercosur" *cit*., pág. 62.

33 Ver: Héctor BARBE PEREZ. "Organos y actos de coordinación", en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S. (Montevideo), Año XVII, Nº 2-3-4, págs. 232 y 233; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO. "El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya", en Estudios de Derecho Administrativo. Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, pág. 85; y Augusto DURAN MARTINEZ. "El acto de directiva", en Rev. Anales del Foro (Montevideo, 1988), Nº 85, pág. 226 y sigtes.

34 Ver: Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Las fuentes del Derecho comunitario europeo", en Rev. La Ley (Buenos Aires), tomo 1993-B, pág. 766 y sigtes.

Ello significa que estamos en presencia de una fuente nominada de Derecho derivado -los actos jurídicos emergentes de la Comisión de Comercio- cuyo alcance y peculiaridades no se definen.

E) Otras fuentes

Más allá de la discusión acerca de si la precedente enumeración de fuentes de Derecho derivado del Mercosur es enunciativa[35] o taxativa[36], es común en la doctrina hacer referencia a fuentes complementarias[37].

Entre ellas, suele incluirse a las propias del Derecho internacional, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de Derecho.

Respecto a las *fuentes del Derecho internacional*, el Mercosur, como organización internacional que es, está sometido a reglas generales tales como las que rigen el Derecho de los tratados, o el sistema de privilegios e inmunidades. Asimismo, son de aplicación normas particulares resultantes de acuerdos concluidos por los Estados miembros, como es el caso de los Tratados de Montevideo constitutivos de la ALALC (1960) y la ALADI (1980).

En cuanto a la *jurisprudencia*, aún cuando el Mercosur carece de un sistema decantado de Justicia, cabe considerar los laudos del Tribunal arbitral ad hoc, del Tribunal Permanente de Revisión y los fallos de los tribunales internos de los Estados partes. La importancia de esta fuente en la construcción de la integración europea, es revelada por el papel decisivo de la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por lo que refiere a la *doctrina*, su aporte e influencia son indiscutibles para la formación e interpretación del sistema jurídico emergente.

F) Principios generales de Derecho

Particular consideración merecen los principios generales de Derecho, entendidos como "aquellas reglas jurídicas no escritas, comunes y aceptadas por todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, que forman parte

35 Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Manual de Derecho Comunitario" *cit.*, pág. 213.

36 Jorge PEREZ OTERMIN. "El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto" *cit.*, pág. 101.

37 Ver: Santiago MARTINEZ LAGE. "Las fuentes del Derecho comunitario", en Estudios de Derecho Comunitario Europeo (Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1989), pág. 163 y sigtes.; Carlos MOLINA DEL POZO. "Manual de Derecho comunitario europeo" (Trivium, Madrid, 1990), pág. 296 y sigtes.; y Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Manual de Derecho Comunitario" cit., págs. 196 y sigtes., y 213 y sigtes.

del orden jurídico por constituir los soportes estructurales del sistema normativo"[38].

Sin que este sea el lugar para determinar si los principios generales de Derecho se inducen, por generalización creciente, de las disposiciones del Derecho positivo[39] o si, por el contrario, son anteriores y aún superiores al Derecho positivo[40], es incuestionable su progresiva importancia a la luz de la complejidad, parcialidad y variabilidad de las normas[41], especialmente del nuevo Derecho de la integración.

El catálogo de los principios generales de Derecho es muy nutrido, como son muy diversas sus clasificaciones. En lo que refiere a los procesos de integración comunitaria más avanzados, se han señalado, junto a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, como axiomas propios y específicos los siguientes[42]: supremacía de las normas comunitarias sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros; operatividad de las mismas; subsidiariedad de la actuación comunitaria; razonabilidad; igualdad; libertad; equivalencia; y proporcionalidad.

Si en todos los campos del Derecho el papel de los principios generales de Derecho es trascendente, ello es especialmente cierto en el ámbito de un Derecho novedoso y en formación requerido de piezas arquitecturales del ordenamiento. Por eso, la manifestación de los mismos se verifica fundamentalmente a través de la práctica aplicativa del Derecho y del desarrollo de la ciencia jurídica[43], lo que conduce a revalorizar en la especie a la jurisprudencia y a la doctrina como fuentes relevantes del Derecho de la integración.

38 Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. "Derecho Comunitario" *cit*., pág. 161.

39 Así: Justino JIMENEZ DE ARECHAGA. "La Constitución Nacional" (Medina, Montevideo, s/f), tomo I, págs. 107 y 108; y Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO. "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 155 y sigtes.

40 Así: Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho Administrativo Uruguayo" (UNAM. Porrúa, México, 2005), pág. 12 y sigtes.; Héctor BARBE PEREZ. "Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo", en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes.; y Alberto Ramón REAL. "Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya" (Montevideo, 1965).

41 Luciano PAREJO ALFONSO y otros. "Manual de Derecho Administrativo" (Ariel, Barcelona, 1996), vol. I, págs. 131 y 132.

42 Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. "Derecho Comunitario" *cit*., pág. 162 y sigtes.

43 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ. "Curso de Derecho Administrativo" (Civitas, Madrid, 1980), tomo I, pág. 71 y sigtes.

3.2. Jerarquía

La ubicación jerárquica de las distintas fuentes de Derecho del Mercosur dependerá de su eficacia formal, es decir, de la capacidad de cada una de producir efectos jurídicos, la que se traducirá en una fuerza activa, de innovación o derogatoria, y en una fuerza pasiva o de resistencia; la primera refiere a su potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otro acto jurídico de grado semejante o inferior con ella contrastante, en tanto que la segunda es la capacidad de resistencia que tiene el acto jurídico en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por un acto de fuerza igual o superior[44].

A partir de tales premisas, es posible determinar la pirámide jurídica del Mercosur y la relación de sus componentes con los distintos actos jurídicos que conforman el ordenamiento interno de cada uno de los Estados que lo componen.

En lo que refiere a la jerarquización de las fuentes, si bien no se ha establecido un ordenamiento expreso de las diversas normas que constituyen el sistema jurídico del Mercosur, es evidente que el Derecho originario constituido por los Tratados y Protocolos constitutivos posee mayor valor y fuerza que el Derecho derivado emergente de los órganos por ellos creados. Además, como bien se ha destacado, "aunque esta jerarquía que tiene el Derecho originario sobre el Derecho derivado no se haya consagrado en forma expresa en el Tratado de Asunción, es evidente que el acatamiento al estatuto fundamental, especialmente de los fines en él contenidos, conforma un principio general de toda institución jurídica, la cual, una vez creada, ha de observar su ley de creación"[45].

A su vez, dentro de las normas de Derecho derivado, la jerarquía queda determinada según el órgano que la dictó. En consecuencia, las Decisiones emanadas del órgano superior del Mercosur prevalecerán sobre las Resoluciones del órgano ejecutivo, y éstas sobre las Directivas, en la medida que la Comisión de Comercio aparece como un órgano subordinado al Grupo Mercado Común. Quiere decir que "los diversos actos jurídicos de los órganos del Mercosur tienen distinto valor y fuerza no por su diferente naturaleza sino por la distinta posición institucional de los órganos de los cuales emanan"[46].

Con respecto a la relación de cada fuente de Derecho del Mercosur con los distintos actos jurídicos que conforman el ordenamiento interno de los Estados, si el Derecho originario se incorpora formalmente a los mismos por la vía de la ley, es preciso reputar al Derecho derivado como sub-legal, sin perjuicio de lo

44 Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "De los aspectos administrativos de la ley..." *cit*., pág. 10.

45 Juan Carlos CASSAGNE. "Estudios de Derecho Público" (Depalma, Buenos Aires, 1995), pág. 197.

46 Augusto DURAN MARTINEZ. "Estructura orgánica del Mercosur" *cit*., pág. 59.

que se dirá más adelante al examinar la cuestión de la aplicación interna de los actos dictados por los órganos del Mercosur.

A distinta conclusión puede conducir la consideración supralegal de los tratados, tal como acontece en la Constitución argentina reformada[47]. En tal hipótesis, las fuentes de Derecho derivado emanadas de los distintos órganos del Mercosur, podrán considerarse equivalentes en jerarquía a la ley, o aún con primacía sobre ésta[48].

Por lo que refiere a los principios generales de Derecho, sin desconocer la trascendencia al respecto de las posturas aprioristas o inductivas acerca de su naturaleza, corresponde afirmar que participan de la máxima jerarquía normativa de cada ordenamiento[49], aún cuando hay quienes proclaman su carácter de fuente supranacional[50].

3.3. Aplicación

Según ha quedado establecido, el Tratado de Asunción y sus instrumentos modificativos y complementarios crean nuevas fuentes de Derecho, distintas de las de cada uno de los Estados miembros, dotadas de características propias y producidas por centros distintos a los nacionales.

La aplicación de dichas fuentes plantea el relacionamiento entre el ordenamiento jurídico del Mercosur y el Derecho interno de cada uno de los países participantes, lo que nos enfrenta a la llamada "cuestión constitucional"[51], es decir, a "la compatibilidad de la Constitución con una organización internacional... que estructure un sistema de órganos capaces de adoptar decisiones válidas en la materia, que obliguen al Estado y que tengan, además, una aplicabilidad directa e inmediata, erga omnes en la esfera interna"[52].

47 Rodolfo Carlos BARRA. "Derecho de la Integración y Mercosur", en El Derecho Administrativo Argentino, Hoy" (E.C.A., Buenos Aires, 1996), pág. 31 y sigtes.; y Adolfo Gabino ZIULU. "El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, Nº 67-72, pág. 733 y sigtes.

48 Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Manual de Derecho Comunitario" *cit.*, pág. 274.

49 Alberto Ramón REAL. "Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya" cit., pág. 15; y Arturo Enrique SAMPAY. "La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo" (Medina, Montevideo, 1957), pág. 26 y sigtes.

50 Agustín GORDILLO "Tratado de Derecho Administrativo" (F.D.A., Buenos Aires, 1997), tomo I, 4ª edic., pág. VI-26 y sigtes.

51 Carlos E. DELPIAZZO. "Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el Mercosur", en Rev. de Derecho Administrativo (Depalma, Buenos Aires, 1993), Año 5, Nº 14, pág. 603 y sigtes.; y Alejandro Daniel PEROTTI. "Habilitación constitucional para la integración comunitaria" (Universidad Austral - Konrad Adenauer, Montevideo, 2004), 2 tomos.

52 Héctor GROS ESPIELL. "La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya", en Temas Jurídicos (F.C.U., Montevideo, 1968), Nº 1, pág. 37.

Ciertamente, el tema suscita diversidades entre los cuatro Estados fundadores del Mercosur[53], no obstante lo cual es posible realizar algunas afirmaciones generales.

En primer lugar, en lo que refiere a la aplicación del Derecho originario, la mismo no genera mayores dificultades ya que todas sus normas deben ser aprobadas por cada Estado conforme a los procedimientos previstos en sus respectivas Constituciones en materia de tratados.

En cambio, respecto al Derecho derivado, su aplicación en el ámbito interno de cada Estado no aparece con igual claridad. Sobre el particular, establece el art. 38 del Protocolo de Ouro Preto que "los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo", que son aquellos "con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental, a saber: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur". Añade el art. 40 que "con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

I) Una vez aprobada la norma, los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

II) Cuando todos los Estados partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado parte;

III) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales".

A partir de la referida normativa, se ha proclamado el principio de la aplicación simultánea[54], según el cual se reemplaza la aplicación inmediata por la "internación" de las normas dictadas por los órganos comunes en forma simultánea por todos los Estados.

53 Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO. "La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur", en El Mercosur después de Ouro Preto *cit*., pág. 35 y sigtes.

54 Jorge PEREZ OTERMIN. "El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto" *cit*., pág. 106.

Como bien se ha destacado, tal solución "es un atentado a la viabilidad futura del Mercosur"[55] ya que la ausencia actual de supranacionalidad no puede implicar el sometimiento de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio a su internacionalización expresa en todos y cada uno de los casos. Es que el Derecho derivado debe considerarse obligatorio y su cumplimiento está impuesto por el deber de no frustrar los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios, deber que está consagrado a texto expreso en el art. 18 del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados[56]; las Decisiones, las Resoluciones y las Directivas crean derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros como para sus ciudadanos, que los Poderes internos del Estado tienen la obligación de garantizar o de hacer cumplir, en tanto y en cuanto dichas normas sean claras, precisas e incondicionales[57].

Ratifica dicho enfoque la circunstancia de que el art. 42 del mismo Protocolo de Ouro Preto dispone que "las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país". Quiere decir que el Derecho secundario sólo debe ser expresamente incorporado o internalizado "cuando sea necesario", o sea, cuando exija un desarrollo posterior, cuando no sea claro y preciso o cuando esté sujeto a condiciones. En cambio, no requerirá de acto de incorporación alguno en caso contrario[58], como lo impone la aplicación de la llamada doctrina del "self executing" o de la autoejecutividad de las normas provenientes de órganos tanto supranacionales como intergubernamentales[59].

Lamentablemente, la jurisprudencia de los Tribunales ad hoc del Mercosur no ha sido categórica en tal sentido[60].

55 Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Manual de Derecho Comunitario" *cit.*, pág. 272.

56 Carlos E. DELPIAZZO. "Alcances y límites del Derecho de la Integración" *cit*., pág. 46 y sigtes.; y "Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el Mercosur" *cit*., págs. 610 y 611.

57 Alejandro FREELAND LOPEZ LECUBE. "Manual de Derecho Comunitario" *cit.*, pág. 212.

58 José María GAMIO. "Ordenamiento jurídico del Mercosur" *cit*., pág. 80.

59 Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA. "La Convención interamericana de derechos humanos como derecho interno", en Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (F.C.U., Montevideo, 1988), pág. 33 y sigtes.

60 Deisy VENTURA Y Alejandro Daniel PEROTTI. "El proceso legislativo del Mercosur" (Konrad Adenauer, Montevideo, 2004), pág. 51 y sigtes.

4. Conclusiones

Para poder acceder con un "clic" a la información completa y oportuna, es necesario que, previamente, la misma haya sido analizada y tratada adecuadamente ya que, de lo contrario, la "ecuación de consulta" merecerá una evaluación negativa[61].

La aparición y desarrollo del Derecho de la integración del Mercosur implica una multiplicación de fuentes dispositivas que, si no son adecuadamente procesadas conforme a las posibilidades que ofrece la Informática Jurídica documental, pueden aparejar una verdadera crisis de información.

Tomando prestada la expresión de uno de los pioneros en la materia, es necesario evitar pasar "de la potencial transparencia a la definitiva opacidad del ordenamiento jurídico"[62].

Para ello, se impone trabajar en el conocimiento del Derecho del Mercosur para, conociéndolo, poderlo tratar conforme a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, de ese modo, ponerlo a disposición de todos.

Así, se contribuirá eficazmente a ordenar el proceso de integración, a pautar su desenvolvimiento futuro, a explicitar los principios en los que se debe sustentar, y a facilitar la convergencia jurídica[63] a que conduce la globalización actual.

61 Miguel LOPEZ MUÑIZ GOÑI. "Informática Jurídica Documental" *cit*., pág. 347 y sigtes.

62 Spiro SIMITIS. "Crisis de la información en el Derecho y sistemas automatizados de información jurídica", en Antonio E. PEREZ LUÑO (Director). "Problemas actuales de la documentación y la Informática jurídica" *cit*., pág. 55.

63 Sabino CASSESE. "El problema de la convergencia de los Derechos administrativos", en Rev. Actualidad en el Derecho Público (Buenos Aires, 1996), Nº 5, pág. 3 y sigtes.

CONFERENCIAS

VII Jornadas de Derecho del Comercio Electrónico
Universidad Carlos III de Madrid, mayo 2006

VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico

Universidad Carlos III de Madrid

Presentación

Isabel Ramos Herranz[1]

Nos complace escribir estas líneas para presentar las VII Jornada sobre Derecho del Comercio Electrónico, que en el 2006 han tenido contenido monográfico, relativo a "La implicación de los medios telemáticos en el Derecho de Sociedades". La citada jornada se celebró el día 18 de mayo en la Universidad Carlos III de Madrid. Viene siendo ya una costumbre la celebración de la citada jornada, o en formato más largo, jornadas a lo largo de los últimos siete años.

Queremos agradecer la colaboración del Decanato de la Universidad Carlos III, de la Revista de la Contratación Electrónica y del Ministerio de Educación y Ciencia, sin la cual no hubiera sido posible la realización de este evento.

Siguiendo con el campo de los agradecimientos, queremos dar las gracias por el excelente trabajo realizado por los coordinadores de la jornada, Dª Mónica Lastiri Santiago y D. Jorge Feliu Rey.

Dentro de las materias que se abordaron se encuentran los principales elementos o problemas del Derecho de Sociedades en su conexión con las tecnologías de la información. El debate fue protagonista a lo largo de todas la intervenciones y fructífero por el interés de las cuestiones suscitadas. Lo que pone de manifiesto que hubo un gran dinamismo.

Los temas analizados a lo largo de las ponencias fueron los siguientes: "Página web corporativa y voto electrónico", "Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa", "La incorporación de los medios telemáticos en la Junta General y Consejo de Administración" (que se acompañó de un caso práctico), "El imparable cambio hacia la electronificación de las sociedades",

1 Directora de las VII Jornada sobre Derecho del Comercio Electrónico, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Subdirectora del Departamento de Derecho Privado, Universidad Carlos III

"La electronificación de la actividad notarial en el Derecho de Sociedades" y "La electronificación de la actividad registral en el Derecho de Sociedades".

Es ciertamente necesario destacar el nivel de los ponentes (inevitable aunque nos encontremos entre ellos). Contamos con el Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz, que como siempre destacó por su sabiduría, junto con las interesantes ponencias de la Prof. Dra. Dña. Mª Jesús Guerrero Lebrón, D. Iván Delgado, D. César Belda Casanova y D. Luis Fernández del Pozo.

Es cierto que el comercio electrónico no es ya una novedad en el panorama jurídico y mucho menos en el legislativo. Hemos asistido a la realización de operaciones de comercio electrónico en redes privadas en los ámbitos bancario y bursátil y casi de la mano ha ido extendiéndose a otros sectores; evidentemente la expansión más destacable se ha producido con la red de redes. Nos encontrábamos con actividades de comercio electrónico que no venían acompañadas de la existencia de regulación específica para ellas; tras este período de tiempo tuvo lugar el "boom" legislativo o regulatorio, con un gran número de normas imperativas y que no ha beneficiado lo deseable al fenómeno del comercio electrónico, queremos decir con ello que quizás ahora estamos ante un exceso de regulación de esta índole.

La llegada masiva de las nuevas tecnologías o de los medios telemáticos y su disciplina al Derecho de Sociedades es más reciente, de ahí la necesidad de estudiar las dificultades que plantea la citada llegada. Esa entrada se produjo en el campo registral en primer lugar, para ir alcanzando al resto del proceso de la actividades de las sociedades mercantiles y en particular a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (especialmente la denominada erróneamente, a nuestro juicio, Sociedad Limitada Nueva Empresa).

Para finalizar nos gustaría manifestar que deseamos, y trabajamos por ello, que este evento siga teniendo lugar a lo largo de los años, pues sirve para ir introduciendo los temas más novedosos o de necesario análisis vinculados al comercio electrónico.

La continuada –y, a veces, desaparecida- electronificación del Derecho de sociedades mercantiles*

Rafael Illescas Ortíz**

SUMARIO: 1. Los escalones de la electronificación societaria. 2. La electronificación contable. 3. Electronificación de las acciones... y la injustificada permanencia de las participaciones en el mundo del papel (notarial). 4. El quasi-marginal proyecto-demostración de electronificación de la constitución de sociedades: la Sociedad Nueva Empresa. 5. El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la SA y SRL. 5.1. Derecho de asistencia a la junta. A) Junta Universal. B) Acreditación electrónica del derecho de asistencia. 5.2. Derecho de voto. 5.3. Derecho de representación. 5.4. Derecho de información, A) Las sociedades cotizadas. B) Las sociedades no cotizadas. 6. Hacia la reunión electrónica de los órganos sociales.

Resumen

La adaptación electrónica del derecho societario se ha producido con más lentitud y más tardíamente que la de la contratación mercantil general, pero está afectando a todos los aspectos referidos a la vida de las sociedades: constitución, contabilidad, ejercicio de los derechos de los socios, etc.

Palabras clave: Sociedades mercantiles. Electronificación. Derechos de los socios.

Abstract

The electronic adaptation of Corporations Law has taken place more slowly and later than general commercial contract law, but it is affecting all aspects referred to the life of corporations: constitution, accounting, exercise of the rights of the partners, etc.

Keywords: Corporations. Electronification. Rights of the partners

Recibido: 16/11/2006 • Aceptado: 5/12/2006

* El presente trabajo se ha realizado en desenvolvimiento del programa de investigación titulado "Análisis del fenómeno de electronificación de los documentos de transporte desde una perspectiva jurídica" financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España, con nº de referencia SEJ2004-02021, en el que el autor aparece como investigador principal.

** Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

1. Los escalones de la electronificación societaria

El Derecho de las Sociedades Mercantiles no ha vivido al margen de la creciente ola de electronificación que viene afectando, desde hace ya décadas, al derecho patrimonial en general y al derecho de la contratación mercantil en particular. En cuanto que rama, ciertamente que característica de este último –la significación jurídica de la personalidad jurídica resulta determinante al respecto-, las facilidades y certidumbres que la electrónica ha venido atribuyendo en los últimos años al tráfico mercantil se han ido extendiendo igualmente al ámbito de las sociedades; de manera especial al de las sociedades de capital, anónimas y limitadas.

Tan solo aparentemente, la adaptación electrónica del Derecho societario se ha producido con más lentitud y más tardíamente que la de la contratación mercantil general: la electronificación, en efecto, alcanzó de lleno y rápidamente a la gestión de las empresas –desde hace ya cuatro décadas al menos-; más selectivo y tardío, el alcance a la estructuración societaria o corporativa. A ello ha debido de contribuir de modo decisivo la reticencia observada durante un largo periodo inicial de la implantación electrónica por parte del mundo jurídico en general en cuyo seno destacan asesores y funcionarios que intervienen legalmente en la constitución y funcionamiento de las sociedades: no sus socios o propietarios así pues sino prácticos, recaudadores, notarios y registradores mercantiles sin cuya intervención, generalmente combinada, la personalidad jurídica de la sociedad resulta un objetivo de imposible consecución, su funcionamiento orgánico una quimera y su transparencia patrimonial un objetivo solo parcialmente alcanzable. La sumisión de tales operadores a las normas legales que gobiernan su actividad ha hecho prácticamente imposible que hasta que las leyes no han aceptado la electronificación las sociedades no hayan podido beneficiarse de la misma. Además, la convicción multisecular de tales gremios –privados y públicos- en la superioridad natural del papel, la tinta y la autografía –ciertamente que sin gran fundamento científico-, ha retrasado durante lustros las modificaciones legales imprescindibles para su paso a la electrónica. Lo han retrasado incluso desavenencias o recelos entre los propios cuerpos de funcionarios. Todo ello ha hecho que hasta fecha muy reciente no haya podido completarse el ciclo de electronificación societaria: las fórmulas legales para la constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la electronificación de los derechos del socio -particularmente en la sociedad anónima (SA en adelante) cotizada y por extensión en la SA no cotizada y por supletoriedad, en la sociedad de responsabilidad limitada (SRL en adelante)- han sido hitos positivos alcanzados más en los últimos meses que en los últimos años. Un retraso en la materia, así pues, es detectable sin género de duda[1].

1 En las páginas iniciales de este trabajo ha de citarse, como primer estudio sobre la electronificación del Derecho de sociedades, sus posibilidades y potencialidades, el artículo de FERNANDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIA, F., "Internet y Derecho de sociedades",

No obstante, he dicho inicialmente que ese retraso de adaptación de las sociedades a la electrónica era tan solo aparente. En efecto, existen ámbitos jurídicos de la vida corporativa de las sociedades en los que tradicionalmente su desenvolvimiento se ha producido sin intervención pública: tal es el caso de la contabilidad en el que ni siquiera la sustitución de los viejos interventores por los siempre en renovación auditores la ha hecho derivar hacia la intervención pública –aunque sí hacia la inspección, la supervisión y la publicidad registral-. Lo mismo ha acontecido con la esfera de la vida corporativa social protagonizada por las acciones emitidas por las compañías en cuanto que documentos de papel: en este caso lo que ha pesado ha sido el incremento definitivo del número de tales papeles en circulación, verdaderamente incompatible con el casi renacentista sistema jurídico de la asimilación, vía incorporación, de los derechos sociales derivados de la acción a la cosa mueble –también una hoja de papel en el caso-. Tal incompatibilidad ha producido el resultado de la definitiva privatización de todo lo concerniente a la circulación de dichas acciones así como una muy limitada pervivencia de la intervención en lo relativo a la constitución de las mismas: este panorama contrasta vivamente con el existente tan solo hace un par de décadas en el que los fedatarios públicos dominaban sin excepción emisión y circulación de los en la actualidad calificables como viejos títulos. Es obvio que allí donde el poder de decisión respecto de las operatorias ha permanecido en manos privadas, o ha sido a estas atribuido, la electronificación ha ganado terreno mucho más rápidamente que en los campos de la actividad social mantenidos bajo la intervención pública: el evocado principio de legalidad y la inevitable sumisión al mismo de los funcionarios encargados de la intervención ha retrasado dicha electronificación.

Así pues, solo aparentemente la electronificación irrumpe en fecha reciente en el ámbito de las sociedades anónimas y limitadas. Puede afirmarse, en efecto, que el primer paso que la legislación española da con dicha finalidad posee una ya remota fecha: se trata del constituido por la trascendental reforma del Código de comercio (Cdec en adelante) de 1973, en la actualidad ya casi reiteradamente superada, en materia de contabilidad de los empresarios. Acto seguido, en 1988, la Ley del Mercado de Valores constituye la segunda gran maniobra legislativa de liberalización pero sobre todo, de electronificación.

2. La electronificación contable

Se acaba de indicar que el primer peldaño que la legislación española ascendió con la finalidad de dar entrada a la electrónica en la vida de las sociedades fue el constituido por la limitada pero significativa reforma del Código de comercio

Revista de Derecho Mercantil, nº 237, 2000, págs. 915 y ss. También VICENT CHULIA, F., "Internet y sociedades", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, septiembre 2004, págs. 3 y ss.

(Cdec en adelante) de 1973 en materia de contabilidad de los empresarios[2]; el contenido de la vieja ley de reforma de 1973 fue a su vez objeto de sustitución amplia con ocasión de la adaptación de nuestro Derecho mercantil al acervo comunitario europeo con ocasión de la adhesión de España a las instituciones continentales[3]. Por tercera vez un nuevo texto legislativo inicia en estos días su trayecto parlamentario con el objetivo de reformar las normas contables españolas codificadas, de nuevo bajo el impulso comunitario europeo[4]. Paradójicamente, y a pesar de tanto vaivén legislativo, los preceptos básicos en materia de electronificación contable permanecen –y siguen estando llamados a permanecer- intactos desde hace más de 33 años: me refiero a los artículos 27.2 y 29.1 del Cdec. El juego combinado de ambas disposiciones supuso el final de una dual obligatoriedad: la de la llevanza de la contabilidad en soporte de papel y la de la utilización del multisecular método contable de la partida doble. Y si bien es cierto que las reglas de libertad en el cumplimiento de la obligación contable introducidas en 1973 tuvieron por destinatarios a todos los empresarios físicos o jurídicos, no lo es menos que desde el comienzo de su vigencia resultó patente que la nueva libertad era ejercitada primordialmente por las compañías mercantiles, SA y SRL en particular. En la actualidad, la situación no ha variado[5]: puede por tanto afirmarse que al menos en lo que hace

2 La reforma fue actuada por la Ley 16/1973, de 21 de julio de 1973 (BOE nº 176 de 24 de julio de 1973) por la que se modificó el Cdec en la materia. La nueva redacción atribuida por dicha reforma a los artículos 36.2 y 44 introdujo en nuestra legislación los elementos de libertad en la llevanza de la contabilidad que luego pasaron *expressis verbis* a los todavía vigentes artículos 27.2 y 29.1 a partir de la reforma subsiguiente de 1989.

3 Ley 19/1989, de 25 de julio de 1989., de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades; en especial su artículo 2 que atribuye nueva redacción y reenumera el Titulo III del Libro I del Cdec, "De la contabilidad de los empresarios".

4 El actualmente ante las cámaras Proyecto de Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de Ministros el día 5 de mayo de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, nº 86-1, de 12 de mayo de 2006, tiene por finalidad atribuir nueva redacción a los artículos 34 y siguientes del Cdec, esto es, a la Sección Segunda del Titulo III de su Libro I, De la contabilidad de los empresarios. Las normas generales en la materia, las de la Sección Primera, De los libros de los empresarios, no sufren modificación ni está previsto que la sufran, al menos al día de cierre del presente trabajo. Otra cosa es lo que la soberanía popular decida finalmente a través de las discusiones parlamentarias por venir, obviamente.

5 El cumplimiento de la obligación de contabilidad conforme a las normas mercantiles solo consta, en efecto, de aquellas sociedades de capital obligadas al depósito anual en el Registro Mercantil de sus cuentas anuales. En la actualidad la cifra de tales compañías depositarias es aproximadamente de 1000000; de entre ellas, nada menos que la mitad –unas 500.000 sociedades- efectúa el depósito registral de sus cuentas en soporte electrónico –CD, floppy, lápiz de memoria, etc.-.; la remisión electrónica de datos por medio de mensaje de datos es efectuada solamente por unas 10.000 según cifras del ejercicio 2005 presentadas por FERNANDEZ DEL POZO, L., "*La electronificación de la actividad registral en el Derecho de Sociedades"*, ponencia en la Universidad Carlos III de Madrid, el día 18 de mayo de 2006. Cifras precisas en www.registradores.org.

al cumplimiento de las obligaciones contables externas, por cuanto que con trascendencia registral, la electrónica contable es utilizada en España por uno de cada dos empresarios sociales. Los datos mercantiles concernientes a los empresarios individuales, por su parte, simple y lamentablemente no parece que existan.

El primero de los preceptos arriba mencionados –el artículo 27.2 del Cdec-, así pues, estableció y mantiene la libertad en punto al empleo de "cualquier procedimiento idóneo" de realización de asientos y anotaciones contables en lo que finalmente deberán ser configurado como los libros obligatorios del empresario y subsiguientemente legalizarse por el Registro Mercantil: entre tales procedimientos idóneos, obviamente se incluyeron desde 1973 los basados en la tecnología electrónica a la sazón ya suficientemente desarrollada e industrialmente muy pujante. El segundo de los artículos en cuestión –el 29.1 del Cdec- determinó los requisitos formales de la contabilidad empresarial, los cuales habrán de ser observados "cualquiera que sea el procedimiento utilizado" por el empresario para su llevanza. La repetida mención por el derecho codificado de la indiferencia del procedimiento de llevanza de la contabilidad, siempre que resulte ser un procedimiento dotado de idoneidad, abrió y mantiene abierta la espita de la electronificación contable en nuestro ordenamiento desde hace ya más de tres décadas. En tal sentido, he de reiterar palabras ya expresadas hace años según las cuales, los *"artículos 27.2 y 29.1 del Cdec componen el fundamento positivo de la libertad de electronificación de la contabilidad, así como de su neutralidad tecnológica, y por ende y como prius económico, de la libertad de gestión interna de la empresa"*[6]. En realidad, esta libertad de elección y utilización de técnicas contables idóneas por parte del empresario que la ley consagró en 1973 puede afirmarse que constituyó *avant-la-lettre* incluso una manifestación expresa no solo de neutralidad tecnológica cuanto, más allá de esta, de lo que puede calificarse como neutralidad intertecnológica: esto es, la atribución de equivalencia funcional al resultado de aplicación a una realidad concreta –la contable en este caso- de tecnologías distintas más que de distintas manifestaciones de una misma tecnología. Algo que ya viene apreciándose en el ámbito de la firma electrónica cuando dicha equivalencia se predica de la firma electrónica o biométrica, siempre que sea firma reconocida.

Si importante resultó así pues el paso legislativo dado en 1973, su alcance jurídico se completa plenamente tras la incorporación a nuestro ordenamiento de la obligación del depósito registral de las cuentas anuales con cargo a las compañías de capital en virtud de lo establecido por la LSA de 1989. En aplicación de su artículo 218 fueron habilitados los cauces reglamentarios para que dicha

6 ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica,* Civitas, Madrid, 2001, pág. 290.

obligación pudiera satisfacerse en todo o en parte utilizándose soporte electrónico: soporte legitimado tanto para el envío de los datos cuanto para efectuar el depósito propiamente dicho[7]. Actualmente, son aplicables a este género de depósito el artículo 366.2 del Reglamento del Registro Mercantil, la Ley 24/ 2001 de 27 de diciembre de 2001 de medidas fiscales, administrativas y del orden social así como las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1999 y 13 de junio de 2003.

Todas estas disposiciones poseen varios rasgos en común. Dos resultan especialmente notables: primero de ellos, el mantenimiento decidido de la intervención notarial en el proceso de remisión y depósito electrónicos de la contabilidad anual de las compañías mercantiles obligadas; el segundo, su condición, sin excepción, de textos legales anteriores a la actualmente vigente Ley 59/2003, de 19 de diciembre de 2003, de firma electrónica (en adelante LFE). Como cuestión de hecho asociado a los rasgos comunes indicados cabe señalar que en la operatoria práctica de la remisión y depósitos contables mencionados, por otra parte y hasta el momento presente, no se observa la neutralidad tecnológica en materia de firma electrónica por parte de los Registros Mercantiles.

Los expuestos son factores sobre los que se hace necesaria una meditación profunda y desinteresada. En mi opinión son todos ellos concausantes del escaso empleo del mecanismo de remisión electrónica de las cuentas al Registro en proporción al número de depósitos efectuados en soporte electrónico: en realidad uno de cada 500 depósitos electrónicos se instrumenta en la actualidad mediante el envío electrónico de los datos según las cifras que antes se recogieron. La imperativa "legitimación notarial de las firmas de la certificación del acuerdo del órgano social que contenga el acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado"[8] y la necesidad de utilizar especifica firma electrónica reconocida –no una cualquiera de entre las disponibles en el mercado- para remitir datos a los Registros Mercantiles, son en la actualidad potentes factores disuasorios de la remisión electrónica de las cuentas anuales. Ambos requerimientos, a la vista de normas contenidas en la LFE, pueden calificarse como innecesarios y de legalidad dudosa.

Así, la exigencia de intervención notarial de las firmas resulta probablemente excesiva si se tiene presente la relación fluida, constante y sobre todo segura que entre Registros Mercantiles y administradores sociales se establece al amparo de firma electrónica reconocida tras las características de esta última establecidas en los artículos 7; 12.a y 13.2 de la Ley de Firma Electrónica (en adelante

7 Consideraciones un tanto prematuras sobre la electronificación del deposito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil pueden encontrarse ya en 1993 en mi ILLESCAS ORTIZ, R., *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 303 y 304.

8 Artículo 1 de la Instrucción de 13 de junio de 2003 (BOE de 3 de julio de 2003).

LFE)[9]: la consagración legal de la firma electrónica reconocida (en adelante FER) de las personas jurídicas así como la obligación del prestador de servicios de firma electrónica de "comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados" constituyen novedades legislativas inexistentes al momento de promulgarse la abundante legislación vigente en la materia que ha sido ya mencionada. Estos nuevos elementos legales, en vigor desde inicios de 2004 –después, por tanto, de la vigencia de la Instrucción de 2003-[10], generaron una nueva situación de derecho y de hecho. En su virtud entiendo que fue otorgada la apropiada seguridad al envío electrónico de los datos contables al Registro Mercantil a los fines de su depósito sin que se haga necesaria intervención adicional alguna.

Claro que para que se obtenga el resultado apetecido de electronificación integral del proceso contable y depositario resulta imprescindible que los RM sean plenamente respetuosos con la disposición contenida en el artículo 4.2 de la LFE en lo concerniente a la no discriminación entre firmas electrónicas (en adelante FE) de idéntica categorización jurídica[11]. Me parece patente que las restricciones actualmente existentes son prelegales, es decir, se corresponden con una situación legal anterior a la norma fundamental en la materia –la LFE de 2003- e igualmente parece claro que la relación coste-beneficio no aconseja su mantenimiento aun cuando pudo haberlo hecho en momentos iniciales de la electronificación social.

Es llamativo, en cualquier caso, apuntar que en 1973 ninguna de tales restricciones se establecieron en lo que hace a la substancia de la obligación contable y que siguen sin existir en la actualidad: las restricciones, en efecto, conciernen tan solo a un apéndice mínimo del proceso contable –la remisión electrónica de las cuentas aprobadas al RM- el cual, no obstante su índole puntual resulta poderosamente disuasorio para el cierre integral del ciclo de la electronificación contable. Otro hueco al respecto, cual el constituido por la

9 Se trata de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre de 2003, de firma electrónica (BOE nº 304 de 20 de diciembre de 2003). Su artículo 7 instaura en España la FE de la persona jurídica, al disciplinar los denominados "Certificados electrónicos de personas jurídicas". El artículo 12.a de la LFE requiere que para poder beneficiarse de la FE reconocida el prestador de servicios de certificación de FE proceda a "comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente". El artículo 13.2, por su parte, impone a tales prestadores que comprueben constitución y apoderamiento respectivamente de la sociedad y sus administradores firmantes.

10 La Disposición final tercera de la LFE dispone su entrada en vigor a los tres meses de su publicación: el 20 de marzo de 2004 por consiguiente. La Instrucción de 2003, por su parte, fue objeto de publicación –y por tanto observancia- en el BOE del día 3 de julio de 2003.

11 Cabe recordar al respecto que la no discriminación es la segunda forma, un tanto a la anglosajona, que se utiliza por la fundamental Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (en adelante LMCUCE) de CNUDMI/UNCITRAL de 1996 para establecer la equivalencia funcional entre los actos electrónicos y los de papel, y por ende, el respeto a la neutralidad tecnológica: cfr. su artículo 5 así como el párrafo 46 de la Guía para su incorporación al derecho interno, todo ello disponible en los 6 idiomas oficiales –entre ellos el español- de NNUU, en www.uncitral.org.

aprobación de las cuentas en junta general (en adelante JG) presencial para todos los socios acaba de cerrarse, como se comprobará más adelante y ya ha sido anunciado: así ha acontecido en virtud de lo que se podría denominar la electronificación de los derechos del socio y de su ejercicio.

Estas observaciones no deben en modo alguno, sin embargo, llevar a la conclusión de que el escalón primero de electronificación societaria –el contable- no se ha dado o es defectuoso. En modo alguno: existe y casi se ha redondeado. Los elementos de reticencia apuntados, simplemente, deberían de desaparecer y con ello llevanza contable, aprobación, remisión y depósito registral de las cuentas anuales de las sociedades resultarán electrónicos sin excepción: vendrían de tal modo a constituir un flujo ininterrumpido de mensajes de datos amparados por las correspondientes FER. A aquella desaparición habría de contribuir un entendimiento amplio y contemporáneo, no estrecho y corporativista, del contenido de recientes intervenciones legislativas[12] por parte de todos los involucrados en el proceso y, en especial. Por los cuerpos funcionariales concernidos.

3. Electronificación de las acciones... y la injustificada permanencia de las participaciones en el mundo del papel (notarial)

Viene abriéndose ancho paso doctrinal la constatación de que la consagración jurídica de las anotaciones en cuenta como soporte alternativo al papel para las acciones emitidas por sociedades anónimas constituye una significativa manifestación –la segunda en mi opinión- de la electronificación de la vida de dicho tipo social. No voy a volver a insistir sobre el tema a pesar de que el silencio de la norma jurídica a la hora de calificar adecuadamente como electrónico al nuevo soporte justificaría dicho retorno la cuestión[13].

12 En particular la Sección segunda -"Impulso a la utilización de medios telemáticos por parte de los usuarios de los servicios registrales y notariales" se denomina, aun cuando su contenido no se corresponda excesivamente con tal benéfico rótulo-, artículos 27 y 28, del Capitulo II del Titulo II de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de 2005, de reformas para el impulso de la productividad. A través de los mismos se modifican ciertas disposiciones de la ya citada Ley 24/2001 de medidas fiscales, administrativas y de orden social y la Ley Hipotecaria. Sobre su contenido sería conveniente regresar en futura ocasión con mayor espacio y tiempo.

13 Sobre la cuestión, ampliamente, se puede consultar ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica* cit., págs. 315 y sigtes. Especialmente citable en la materia me resulta ESPINA, D., *Las anotaciones en cuenta. Un nuevo medio de representación de los derechos*, Civitas, Madrid, 1995 quien al respecto ya utiliza desde la Introducción de su monografía –pág. 33- la expresión "equivalencia funcional" sin que, no obstante, llegue a desarrollar una teoría completa de la misma si bien detecta con claridad que las anotaciones son un soporte electrónico (*op. cit. specie* págs. 406 y sigtes.). La claridad resulta definitiva en algunas jurisdicciones cuya legislación ha seguido, cuanto menos parcialmente, la pauta marcada por la legislación española. Tal es el caso de la ley de la República de Costa Rica en la que sin empacho alguno se disciplinan las "anotaciones electrónicas en cuenta": así, BETTONI TRAUBE, A., Las anotaciones

Me detendré sin embargo en la amplia dinámica legal que ha generado la aparición de las anotaciones desde la promulgación en 1988 de la Ley del Mercado de Valores[14] (en adelante LMV). Cuatro son los elemento más significativos de reflexión –los dos primeros favorables a la electronificación societaria, los segundos refractarios a ella- que se han producido en la materia a lo largo de las dos últimas décadas: (i) la consolidación de la inscripción de las anotaciones en el registro electrónico como instrumento de constitución de los valores representados por tales anotaciones; (ii) la expansión del sistema de anotaciones a todas las SA con independencia de que coticen o no las anotaciones en mercados secundario organizados; (iii) la subsistencia, no obstante, de la contradictoria prohibición de que las participaciones de las SRL en general pueden ser representadas mediante anotaciones y (iv) la consecuente –más bien inconsecuente- no previsión de la electronificación de las participaciones sociales en que se divide el capital social de la Sociedad Nueva Empresa (en adelante SLNE) a pesar de la electronificación del proceso de su constitución.

En lo concerniente a la consolidación de la inscripción de las anotaciones en el registro electrónico como instrumento de constitución de los valores representados por tales anotaciones conviene recordar que ya en su origen la LMV formuló en su artículo 8.1 una declaración contundente al respecto conforme a la cual "los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable (*rectius* electrónico)...". El mandato legal produjo perplejidad extensa desde su promulgación y ello por diversas razones, amén de por la imprecisa adjetivización del registro correspondiente: en primer término, porque la inscripción por la que la SA adquiere su personalidad jurídica pasó a ser distinta de aquella por la que las acciones por dicha sociedad emitidas se constituyen como anotaciones o valores en cuenta; segundo, porque conforme al tenor legal tan constitutiva resulta la inscripción de la SA como la de sus acciones; tercero, porque los registros correspondientes mencionados en la norma reproducida son distintos en cada caso –el RM es el pertinente para la constitución de la compañía, el registro electrónico de anotaciones lo es para la constitución de los valores-; finalmente, porque el acceso al primero de dichos registros se produce mediante escritura pública y al segundo de ellos mediante documento privado[15]. En suma, una amplia alteración del derecho preexistente, efecto jurídico inusual de la nueva tecnología electrónica.

electrónicas en cuenta y el Derecho del comercio electrónico en Costa Rica", tesis doctoral defendida el 5 de octubre de 2006, Universidad Carlos III, Madrid, 2006.

14 Se trata de la Ley 24/1988, de 29 de julio de 1988, del mercado de valores (BOE 181 de 29 de julio de 1988). La LMV ha sido objeto de varias modificaciones de alcance en sus casi 20 años de vigencia.

15 Artículo 6.1 de la LMV –"La representación de los valores por medio de anotaciones en cuenta requerirá la elaboración por la entidad de un documento, cuya elevación a escritura pública será potestativa... La entidad emisora deberá depositar copia del documento ante la entidad

Con anterioridad al artículo 8 de la LMV, efectivamente, la sola inscripción de la escritura de constitución de la SA en el RM producía el maravillosos efecto de la adquisición de la personalidad jurídica por la compañía –lo que se sigue produciendo en la actualidad como no puede ser menos- conforme al artículo 7.1 de la LSA; de modo simultáneo y mediante idénticos actos, tomaban existencia jurídica las acciones o partes alícuotas en que se divide el capital social de la SA –artículo 47 LSA- sin que para ello fuere necesaria la previa creación material de los documentos o títulos a los que se incorporan los derechos de socio. Tras la LMV, el proceso de constitución de la SA y de los valores por ella emitidos se disocia para el caso en que la representación de las acciones sea electrónica: la constitución de las anotaciones no se produce por virtud de la inscripción de la escritura fundacional de la sociedad –en la que han de constar, no obstante, todos los pormenores de las acciones de la compañía conforme a los artículos 8 y 9 de la LSA- en el RM conforme al artículo 7 del mismo cuerpo legal; por el contrario, se produce mediante la inscripción del documento informativo de las anotaciones requerido por el artículo 6 LMV en el registro correspondiente, central o periférico, mencionado por el artículo 8 de la propia LMV.

Esta disociación constitutiva legal se estableció ya en la versión originaria de la LMV de 1988 como es conocido. La reforma reciente del texto literal de su artículo 8[16] no ha alterado un ápice el término crítico en materia de constitución de las acciones anotadas –"se constituirán"- ni ha determinado retorno alguno al efecto constitutivo unificado de la inscripción única en el RM anterior a la disponibilidad legal para los fundadores sociales de las anotaciones en cuenta. Esta consolidación legislativa del mecanismo de la inscripción electrónica de las acciones anotadas, tras veinte años de su utilización segura e intensa, no obstante parciales o puntuales incomprensiones y estupefacciones, debe calificarse como dimensión muy relevante de la electronificación de las sociedades de capital en España. Al igual que ha ocurrido con la electronificación de la contabilidad, las sucesivas reformas legislativas habidas tras su introducción, no han alterado un ápice las bases legales de dicha electronificación; más bien se han reforzado los planteamientos iniciales.

Como consolidación legislativa debe igualmente calificarse la extensión legal, desde las SA cotizadas a todas las SA existentes, de la opción libre entre representación en papel o electrónica de las acciones puesta a disposición de fundadores y juntas de las compañías. Dicha extensión ha sido el resultado del

encargada del registro contable y ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores..." (párrafo 2 del precepto citado).

16 Téngase en cuenta que la redacción del artículo 8.1 de la LMV ha sido objeto de modificación por vía del RDL 5/2005, de 11 de marzo de 2005, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para mejora de la contratación pública (BOE nº 62 de 14 de marzo de 2005), a no confundir con la Ley 24/2005 a pesar de la similitud de títulos. La argumentación se desarrolla, obviamente, conforme a la versión actualizada del precepto.

artículo 51 de la vigente LSA: ni siquiera transcurridos dos años desde la promulgación de la LMV, el legislador decidió que cualquier SA con independencia de que sus títulos cotizaran o no en bolsa, podrían libremente determinar el soporte de representación de sus acciones eligiendo entre el papel y la anotación electrónica[17]: en ambos casos las acciones "tendrán la consideración de valores mobiliarios". El paso a la electrónica se dio para las acciones de todas las SA y de tal modo la no discriminación o equivalencia funcional, en cuanto que principio rector en la materia, ha sido objeto de escrupulosa observancia legislativa. Quien sabe si *all´insaputa* como se diría más allá de los Alpes.

Pero frente a los signos expuestos de prosperidad en la adaptación de las normas societarias a la tecnología disponible, signos de incomprensión en la materia ha igualmente dado el legislador en estos años. Principalmente en el ámbito de las SRL más que en el de las SA. Al respecto ya se apuntaron dos hitos: la subsistencia, primero, de la contradictoria prohibición de que las participaciones de las SRL en general puedan ser representadas mediante anotaciones y la consecuente –más bien inconsecuente- no electronificación de las participaciones sociales en que se divide el capital social de la SLNE a pesar de la electronificación del proceso de constitución de este subtipo social.

Ambos datos proceden directamente de la ley. Se recordará, en lo que concierne al primero de ellos, que el artículo 5.2 de la LSRL[18], cuando se refiere a las participaciones sociales, dispone taxativamente que las mismas "no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones". A su vez en la Ley 7/2003[19] no se encuentra disposiciones alguna que permita concluir que esta prohibición de la ley general en materia de SRL no resulta de aplicación a la subespecie SLNE en lo que hace a la representación de las participaciones por medio de anotaciones: incluso la ley de 2003, al añadir a la LSRL un nuevo Capitulo XII, incluye en el mismo una sección 3ª denominada "Capital social y participaciones sociales" compuesta por los nuevos artículos 135, 136 y 137 de la LSRL. Pues bien, nada en el texto de estas disposiciones permite afirmar que la representación de las participaciones pueda ser electrónica. En suma, la prohibición inicial del

17 La extensión legislativa de la opción a todas las SA con independencia de su condición o no de SA cotizadas, no tiene actualmente duda: por todos, categóricamente, el muy autorizado URIA, R.-MENENDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2º ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2006, págs. 869 y sigtes.

18 Ley 2/1995, de 23 de marzo de 1995, de sociedades de responsabilidad limitada (BOE nº 71 de 24 de marzo de 1995), la cual ha sido objeto de reiteradas puntuales modificaciones parciales en sus diez años largos de vigencia. Entre las mismas las producidas por la ley 7/2003 a la que se hará referencia inmediatamente.

19 Ley 7/2003, de 1 de abril de 2003, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE nº 79 de 2 de abril de 2003).

artículo 5.1 al respecto gravita sobre todo el texto de la LSRL completado tras la vigencia de la 7/2003.

Esta posición legal contraria a la representación de las participaciones por medio de anotaciones en cuenta se ha calificado de contradictoria e inconsecuente. Contradictoria por cuanto que tras la utilización del soporte electrónico para las acciones no se detectan especificas razones que impidan su aplicación a las participaciones. Inconsecuente porque la SLNE posee como única característica significativa frente a sus congéneres, las SRL en general, su constitución electrónica por medio del denominado documento único electrónico o DUE[20] con sus consecuencias –pregonadas, que no comprobadas- de rapidez y simplificación administrativas; además de ciertas restricciones menores en materia de denominación social, condición de los socios y alguna más. Siendo electrónico el acto fundacional no resulta explicable que las participaciones sociales hayan de tener soporte papel en todo caso y máxime tras la vigencia del artículo 23 de la LSSICE[21]. Esta contradicción e inconsecuencia puede que resulte ocasionada por un craso error de percepción del legislador basado en su asociación intelectual entre anotación en cuenta y valor: parece como si hubiera entendido desde 1988 que las anotaciones en cuenta componen una alternativa en papel para los valores mobiliarios en general y las acciones de SA en particular. De ahí la ya categórica afirmación legal antes reproducida conforme a la cual en papel o en anotación, las acciones son siempre valores. En consecuencia, no constituyendo nunca valores las participaciones en las que se divide el capital social de las SRL, el legislador concluye que su representación por medio de anotaciones en cuenta es imposible y, en consecuencia, la prohíbe. Como se ha dicho, tal línea de pensamiento es aberrante hoy día si bien pudo ser excusable en 1988 e incluso en 1995: en efecto, la posibilidad de sustituir el papel por el mensaje de datos o documento electrónico –en la terminología de la LFE- en relación con la documentación contractual no depende en modo alguno de la índole del contenido del documento en papel, ni siquiera de la naturaleza del documento propiamente dicho: es una facultad de la que gozan los ciudadanos para toda clase de documentos negociales tras la LSSICE, salvo las excepciones legales que no hacen al caso. Incluso cuando el documento es notarial como resulta ser el originador de las participaciones de la SLNE como se infiere del artículo 137.1 de la LSRL conforme a la ley 7/2003, índole notarial del documento que ha de estimarse difícilmente aceptable cuando el documento no tiene que reunir dicha condición

20 Para la disciplina del DUE cfr. la muy larga Disposición adicional octava de la mencionada Ley 7/2003 que porta dicha denominación precisamente.

21 Con las siglas reproducidas en el texto me refiero a la ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE nº 166 de 12 de julio de 2002). El citado artículo 23 es la disposición legal básica en materia de contratación electrónica y en ella encuentran consagración los grandes principios específicos que gobiernan dicha modalidad contractual –los de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica y equivalencia funcional-.

si en lugar de participaciones el soporte electrónico es atribuido a acciones incluso de SA cotizadas.

Este requerimiento, con detrimento del recurso fácil, cómodo y barato a la anotación y registro electrónicos privados constituye un error y casi con certidumbre una aberración que contribuye a la poca difusión de la SLNE: sean o no valores, los documentos en los que se divide el capital social de las sociedades de capital deberían, todos sin excepción, poder ser electronificados mediante el recurso a la anotación. Que la gran sociedad lo pueda hacer sin intervención notarial siquiera e idéntica conducta le esté vedada a la mínima SLNE y a sus hermanas mayores, sencillamente, no tiene explicación ni fundamentos jurídicos ni tecnológicos. La mera cantidad de acciones en circulación no es atendible: lo fue hace cuarenta años y forzó una trascendental modificación legislativa que se evoca en estas páginas. En la actualidad, con el derecho de la contratación electrónica solidamente establecido, ni la cantidad importa ni la calidad de los derechos debe de influir en su potencial o efectiva electronificación. Lo prueba, por otra parte, la circunstancia de que las opciones y los futuros –merezcan o no la calificación de valores, lo cual es doctrinalmente discutido- son susceptibles de representación mediante anotaciones: la inconsecuencia legislativa en materia de participaciones se hace patente y carece, sin duda, de explicación suficiente.

4. El quasi-marginal proyecto-demostración de electronificación de la constitución de sociedades: la Sociedad Nueva Empresa

Ya se ha hecho sobrada referencia en las páginas inmediatamente precedentes a la SLNE y a las normas jurídicas que constituyen el fundamento de su existencia[22]. La SLNE fue presentada como una formula legal destinada a la consecución de una finalidad especifica mediante el empleo de concretos medios: como indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, "con el objetivo de agilizar al máximo los trámites administrativos necesarios para la constitución y puesta en marcha de las empresas, el proyecto contempla la posibilidad de realizar los mismos por medios telemáticos. A tal efecto se define el Documento Único Electrónico como elemento básico para realizar telemáticamente los trámites antes mencionados"[23].

22 Dos recientes trabajos sobre la SLNE de nuestra joven doctrina merecen ser citados en punto a la mejor comprensión del subtipo en cuestión: GARCIA MANDALONIZ, M., *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván: el diagnóstico de la "personalidad múltiple". Desde el nacimiento de la sociedad limitada nueva empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005 e HIERRO ANIBARRO, S., *La sociedad limitada Nueva Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2006. Las obras citadas, no obstante, no se detienen con detalle en el estudio del mecanismo electrónico de constitución.

23 Exposición de Motivos, apartado III de la ley. El preámbulo citado constituye en toda su extensión una pieza retórica de interés que pone de manifiesto una especie de fe ciega en las limitadas medidas de corte tecnológico-empresarial que su articulado consagra y fe también en los

La utilización de tecnología lo es en orden a dotar de facilidades y velocidad al proceso de constitución de la SRL y solo a esa: en modo alguno se ha extendido a la subsiguiente continuada administración de la persona jurídica dimanante. Constituye aquel un objetivo plausible pero insuficientemente dotado en el único texto legal que al respecto y por el momento se encuentra en vigor. Y es que no resulta fácil servir simultáneamente a poderosos señores como son la propia tecnología, el notariado y el Registro Mercantil, máxime cuando entre los tres las relaciones están llenas de susceptibilidades y reticencias, y al mismo tiempo satisfacer cumplidamente necesidades ciudadanas. Incluso cabe interrogarse acerca de la necesidad tecnológica de dicho simultáneo servicio[24]. No es esta la ocasión de entablar dicha discusión pero sí ha de reseñarse que los beneficios esperados por el legislador –y, sobre todo, los empresarios y ciudadanos en general- no se han obtenido hasta el momento actual y que para su obtención serán necesarias medidas de adicional simplificación del proceso así como de extensión de la electronificación a la administración de la sociedad en el más lato sentido. En parte la reciente ley 24/2005, de impulso a la productividad, tiende a la superación de las barreras aludidas; sus efectos, sin embargo y por el momento, tampoco se han hecho perceptibles.

Las cifras disponibles, dotadas de un elevado grado de precisión, impiden afirmar que la Nueva Empresa constituya un éxito en la actualidad: las estadísticas registrales últimas –correspondientes a todo el año 2005[25]- referidas a la constitución de sociedades en España son altamente expresivas: 1.016 sociedades limitadas del subtipo Nueva Empresa se constituyeron a lo largo de todo el año, de acuerdo con esas estadísticas registrales, frente a las 136.280 sociedades de responsabilidad limitadas constituidas conforme al sistema ordinario del Capítulo Segundo de la Ley de 1995 –sistema presencial-. La comparación de ambos datos resulta irresistible y no requiere comentario: las Nuevas Empresas recién constituidas equivalieron al 0,74 % de las SRL presenciales por su constitución. Prácticamente, pues, carecen de relevancia económica.

Podría afirmarse en descargo del rechazo o ignorancia empresarial a la SL Nueva Empresa que 2005 fue casi su primer año de disponibilidad. Más probablemente sin embargo, las limitaciones con las que la Ley 7/2003 las

efectos mirílficos de medidas legales de inspiración europea en la materia: la agenda de Lisboa, con todas sus buenas intenciones y su insuficiencia, trasluce en la prosa preliminar de la ley 7/2003.

24 Ideas y palabras que se contienen en el presente apartado son ampliamente tributarias de una editorial de la revista *Derecho de los Negocios*, "Ardua tarea –no un decretito- para la electronificación de las sociedades mercantiles", nº 192, septiembre 2006, págs. 1 que apareció firmado por el Director. Quizá ello pueda explicar el tono, un punto militante, de las afirmaciones que se contienen en el epígrafe 4 que ahora comienza.

25 Los datos que se mencionan en el texto se ofrecen en el sitio htpps://www.registradores.org/Estadistica/2005/Estadistica_mercantil_2005.pdf, consultado el 18 de julio de 2006. La elaboración, muy escasa ciertamente, corresponde al autor.

caracterizó, de las que están exentas las SRL en general, tienen su peso: entre ellas, 5 socios como máximo, solo personas físicas como socios, restricciones para la Nueva Empresa unipersonal, denominación social necesariamente integrada por un código alfanumérico[26] constituyen las más llamativas y relevantes de las limitaciones evocadas. Con todo, donde probablemente radica de modo acusado el desdén empresarial es en el frustrante mecanismo electrónico de constitución: presentado como una ventaja simplificadora, no ha sido así entendido por sus potenciales usuarios ni ciertamente lo merece. Se comprobará más adelante.

En cualquier caso, la mera existencia y disponibilidad de la Nueva Empresa están llenos de interés: constituye sin duda un campo de entrenamiento para lo que con seguridad será el futuro a medio plazo, esto es, extensa si no la integra, electronificación de la constitución y vida societarias. No ya de un subtipo específicamente creado con fines de demostración y casi experimentación, sino de todas las sociedades mercantiles cualquiera que sea su tipo.

En este orden de ideas y a modo de escalón adicional, debe constatarse la existencia al día de hoy de normas proyectadas que, en un paso más por la vía abierta mediante la Ley 7/2003, pretenden extender la constitución electrónica a todas las SRL sin distinción o especialidad: se salva así la equivocación de reducir la electronificación constitutiva a un tipo *ad hoc* que no ha gozado de aceptación. Pero no es este el único error a salvar a la hora de promulgación de la norma: habrá en efecto de evitarse incurrir en otros errores en los que cayó la Ley 7/2003 y sus normas de desarrollo, principalmente el Real Decreto 682/2003 de 7 de junio por el que se disciplinó ampliamente el denominado documento único electrónico o DUE. Hasta el punto que habría de producirse más que una extensión del procedimiento electrónico de constitución a todas las SRL, una auténtica reforma profunda y radical del sistema originado en el 2003.

Ante todo, habría de eliminarse la obligatoriedad de la utilización de los innecesarios PAITs o puntos de asesoramiento e inicio de tramitación así como la denominada CIRCE: establecimientos físicos, pesados y pesantes sobre los inversionistas o emprendedores, que no existen en el mundo de la constitución presencial y que son de uso obligatorio, paradójicamente, en la constitución electrónica; de esta forma, quien quiera hacer constitución electrónica habrá de ir, como primera providencia, a una oficina más o menos pública –el susodicho PAIT-. Y esta, para más inri, le gestionará una cita no menos física y presencial con un notario para que autorice la escritura de constitución. Así las cosas, ¿de qué constitución electrónica se está hablando si nada menos que dos oficinas

26 No exclusivamente por el código alfanumérico: también el nombre y apellidos de uno de los socios fundadores podrán formar parte de la denominación social de la SLNE tras la nueva redacción atribuida al artículo 131.1 de la LSRL redactado por el artículo 25 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de 2005, de reformas para el impulso de la productividad (BOE nº 277 de 19 de noviembre de 2005).

hay que visitar, a cambio, eso sí, de dejar de visitar tres[27]? Pues de ninguna o, mejor dicho, de las que representan únicamente el 0,74 % de las constituciones. Si a ello se une la visita previa al prestador de servicios de firma electrónica –exigida por la Ley 59/2003 sobre la materia[28]- para poder obtener la firma electrónica reconocida resultará, como se dice coloquialmente, lo comido por lo servido: ahorro de tres visitas a cambio de otras tres previamente inexistentes.

De ahí la reforma profunda, inevitable, si se quiere de verdad electronificar constituciones de sociedades: fin de los PAIT o, al menos, de la imperatividad de su utilización; fin de la visita notarial para todos los fundadores que posean firma electrónica reconocida; libre acceso electrónico al registro mercantil con fines tanto de obtención de reserva de denominaciones cuanto de inscripción constitutiva de la nueva compañía; libre acceso vía web a los DUE para que puedan ser objeto de utilización y completamiento por los fundadores sin necesidad de intermediario alguno si tal es la voluntad de aquellos. Esto y no menos es el contenido mínimo de una electronificación constitutiva de sociedades digna de tal nombre. Cualquier otra cosa será una frustración para el inversor o emprendedor y un despilfarro de la tecnología disponible.

Todo este impulso creativo, reformador y productivo requiere, simplemente, la derogación en gran medida de los textos ya mencionados en exceso: la ley y su decreto de desarrollo. Todo puede además hacerse en el respeto de las exigencias legislativas de intervención notarial e inscripción registral pero, obviamente, atemperando sus requerimientos a la efectiva obtención por las SRL de las ventajas competitivas –la consabida productividad que se pretende incrementar por la Ley 24/2006- que las tecnologías disponibles hoy y mañana permiten alcanzar. En la certeza, por demás, de que el notariado y el registro nunca volverán a ser como fueron –no ya lo que fueron- en el mundo del papel y de que sus respectivos roles sociales ya han mutado: seguridad, información y transparencia sin duda pero no como productos ofrecido en régimen monopolístico o como interruptores de un tráfico económico que hoy obtiene tales seguridad e información por otros muchos medios inimaginables hace siquiera quince años. Grandes facilitadores de ese tráfico: lo que siempre han sido y que ahora deben de readaptar con imaginación, generosidad y acierto. Y a dicho fin, absoluta neutralidad tecnológica. Su manifestación más notable se habría de encontrar en la aceptación de cualquier proveedor de servicios de firma electrónica reconocida por notarios y registradores en sus relaciones internas así como en las relaciones con sociedades, socios, inversores y

27 Me refiero a las consabidas del notario y registro y eventualmente, la bancaria o la tributaria según la naturaleza de las aportaciones de los socios.

28 Así se infiere del artículo 13.1 de la LFE cuando exige la "personación ante los encargados de verificarla (la identidad)" de la persona física que pretende poseer y utilizar FER. Esta personación inevitable ha sido objeto de críticas en más de una ocasión, que se reiteran, y no es requerida por abundantes legislaciones comparadas en la materia.

emprendedores a la búsqueda de una constitución electrónica de una SRL... y de muchas más cosas atinentes a la vida y funcionamiento de las compañías.

Rechazar tal principio esencial de la contratación electrónica es violar el Derecho comunitario europeo en materia de firmas; negar el acceso al registro también lo es. Por cierto que, para terminar y puesto que acaba de evocarse el Derecho comunitario europeo y por tanto la Primera Directiva en materia de sociedades con la redacción recibida en 2003, bien podría el legislador español armonizar la terminología desordenada e imprecisa con la que se viene refiriendo a la electronificación y a la electrónica –la repetidísima coletilla de los "medios o técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas"-. Al efecto podría echar un vistazo al artículo 3.8 de la citada Primera Directiva, en la redacción última de 2003, para apreciar que el mero adjetivo "electrónico" es suficiente en punto a comprender las diversas modalidades de tecnologías recientes de creación, procesamiento y transporte de datos; también para encontrar una denominación o calificación apropiada de dicha electronificación[29].

5. El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la SA y SRL

Me resulta fuera de toda duda que en el ámbito del ejercicio de los derechos del socio de las sociedades de capital es donde en más recientes fechas se han producido mayores aceleraciones legales hacia su electronificación: una mezcla de fiabilidad creciente de las tecnologías disponibles y de masificación intensa del accionariado, particularmente en las SA cotizadas, ha conducido fatalmente al legislador hacia el olvido tanto del papel como de la presencia física del socio en orden al ejercicio de la mayoría de sus derechos. El legislador, en todo caso, se ha beneficiado de la ya larga experiencia histórica en electronificación del derecho del socio al dividendo y, parcialmente también del de suscripción preferente. Así, el derecho al dividendo acordado hace ya muchos lustros que en la gran mayoría de las sociedades ha dejado de ejercitarse mediante el clásico "cortar el cupón" en el que novelistas y pícaros del siglo XIX encontraron inagotable fuente de inspiración para sus comedias humanas. En lugar del cupón –que mal podrá componer un accesorio material del título acción cuando esta no posee existencia de papel- las transferencias bancarias (electrónicas) vienen siendo eficientes vehículos para el cumplimiento por la SA de su obligación de

29 Dispone la citada regla de la Primera Directiva, redactada conforme a la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2003 por la que se modifica la Directiva 68/151/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas (DOUE L221 de 4.9.2003) que "A efectos del presente artículo, la expresión *por medios electrónicos* significará que la información se envía desde la fuente y se recibe en su destino mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético del modo establecido por los Estados miembros".

pago del dividendo al socio una vez aquel ha sido acordado por la junta general[30]. Transferencias a la cuenta bancaria asociada a la cuenta de valores muchas veces domiciliada en la misma entidad que mantiene el registro de anotaciones.

La celeridad, seguridad y economía ofrecidas por la electrónica a la transferencia –bien es verdad que durante muchos años practicadas vía intranets y en la actualidad mediante entornos virtualmente cerrados aun cuando operando vía Internet[31]- y, por ende, al derecho del socio al dividendo acordado, se han trasladado recientemente a otros muy relevantes derechos del socio: sus derechos de asistencia a la junta, de hacerse representar en ella, de información y de voto. Cuatro derechos básicos y consagrados todos en el capital artículo 48 de la LSA. A tal fin profundos y significativos cambios legislativos se han introducido mediante leyes de los años 2003 y 2005; su trascendencia y alcance aún no han sido plenamente ponderadas por práctica y doctrina.

En punto a la consideración de tales derechos se sigue, por lo general, el orden establecido para los mismos en el citado artículo 48. No se trata de manifestar respeto por el relativo desorden con el que esta disposición enuncia los derechos sino de una cuestión práctica: los dos primeros a considerar –asistencia y voto- son tratados por las nuevas normas de electronificación como referencias para los restantes derechos y están dotados, por así decir, de una alta densidad normativa. Su estudio preferente, por tanto, ahorra reiteraciones. En cualquier caso, las recientes leyes citadas cierran muchos de los interrogantes que la aparición de la electrónica había generado alrededor del ejercicio de los derechos sociales y el funcionamiento de los órganos corporativos: merecen, solo por ello, la bienvenida y aquí está la que les expreso. Sin duda que algún *gap* ha quedado sin cerrar y otros nuevos han derivado de los nuevos textos. Ello no desmerece el saludo dirigido a la electronificación de los derechos del socio. Veamos inmediatamente, y siguiendo la lógica funcional de su ejercicio como se señaló, el nuevo entorno electrónico legalmente establecido en España para el ejercicio de los derechos del accionista de la SA y del socio de la SRL –nueva empresa o, simplemente, clásica empresa-.

30 Se trata de la vía habitual contemporánea parta proceder al cumplimiento del que se viene denominando desde hace décadas el derecho del socio al dividendo acordado –cfr. por todos, SANCHEZ ANDRES, A., "La acción y los derechos del accionista (Artículos 47 a 50 LSA)", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* dirigido por Rodrigo URIA, Aurelio MENENDEZ y Manuel OLIVENCIA, tomo IV, volumen 1º, Madrid, Civitas, 1994, págs. 125 y sigtes.

31 La gran mayoría son las producidas por SWIFT. Sobre dicho operador, desde una perspectiva jurídica, cfr. el imprescindible CISNAL DE UGARTE, S., "Las transacciones financieras bancarias en el ámbito internacional: SWIFT", *Derecho de los Negocios*, nº 24, septiembre 1992, págs. 11 y sigtes.

5.1. *Derecho de asistencia a la junta*

El artículo 97 de la LSA ha recibido una nueva redacción, más extensa, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre de 2005, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (en adelante LSAEDE)[32]. Tal precepto conserva su rótulo anterior –"Convocatoria de la junta"- y dedica en amplia medida el apartado 5 de su nuevo texto a disciplinar lo que describe en una amplia perífrasis como "asistencia a la junta general por medios telemáticos" (sic): es obvio que se refiere al ejercicio por el socio de su "derecho a asistir" a las juntas sociales a través de la utilización de medios electrónicos. La ley de 2005 lo que no lleva a cabo es la alteración, en modo alguno, de las preexistentes reglas de legitimación para asistir a la junta ni de los criterios por ellas establecidos. En suma, el accionista para poder asistir a la junta habrá de satisfacer los criterios legales de legitimación consagrados en el artículo de la 104 de la LSA; también, en su caso, habrá de satisfacer los criterios estatutarios al respecto, de eminente carácter cuantitativo, reconocidos por el artículo 105.1 de la LSA. La nueva Ley sin embargo, permite que el socio pueda optar entre dos modos muy diferenciados de asistencia a la junta de la compañía: una asistencia presencial –personal y material- o una asistencia electrónica o telemática, por el emplear el calificativo legal antes criticado. Parece fácil de entender que el primer modo mencionado requiere el traslado físico del accionista hasta el lugar de reunión indicado en la convocatoria y su presencia material en dicho paraje: es lo que se ha venido haciendo siempre desde que existen SA y sus juntas se celebran. No es tan sencillo, por el contrario, entender el significado de la asistencia electrónica. Y no lo es porque asistencia implica una actividad permanente, duradera y de potencial continuada respuesta por el socio a los acontecimientos asamblearios a los que se asiste, lo que contrasta con el carácter generalmente instantáneo de la contratación electrónica. Mientras que esta se celebra por intercambio de mensajes de datos enviados mediante el consabido "click!", la asistencia implica la permanencia no presencial durante el tiempo de duración de la junta por quien sin embargo ni se ha trasladado al ni se encuentra en el lugar de celebración de la reunión.

De ahí que haya de recurrirse, para la plena inteligencia del alcance y contenido de la nueva opción ofrecida por la ley al accionista, a los principios de equivalencia funcional e inalterabilidad del derecho preexistente propios del régimen de la contratación electrónica: existirá asistencia electrónica no ya cuando el socio pueda seguir, desde una butaca en su casa o en un *cyber-café* a través de un sitio *web* el desenvolvimiento de la junta o cuando meramente

32 BOE nº 273 de 15 de noviembre de 2005. La Ley pretende –cuestión muy distinta es que lo logre- facilitar la constitución y domicilio en España de las denominadas sociedades anónimas europeas (SE) creadas y parcialmente disciplinadas por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedades Anónima Europea.

pueda efectuar propuestas con antelación a la celebración de la reunión. Solo existirá, por contra, asistencia cuando, además de lo ya indicado, al socio electrónicamente asistente le sean permitidas todas las posibilidades legales y estatutarias de acción y reacción individual ante el resultado de los debates y a la vista de los acuerdos adoptados: proponer, debatir, preguntar, votar, manifestar y hacer constar en acta, por ejemplo, su oposición a tales acuerdos con fines de impugnación ulterior. Todo ello ha de estar a la disposición del asistente electrónico –y tecnología para ello existe sobradamente- si de pleno y legal ejercicio del derecho de asistencia se trata. De no ser así, se trataría de un mero reconocimiento parcial y de una infracción clara del artículo 48.2.c *in fine* de la LSA[33].

La asistencia no consiste solo en acceso, así pues, sino también en participación: en ambos indisolublemente estriba la asistencia electrónica –igual que la presencial- del socio y ambos extremos deben ser comprendidos en el ejercicio del derecho *ad hoc*. De otro modo, sin duda, que el accionista asistente electrónicamente no podría contribuir a la formación de la voluntad colegiada que es la función esencial de la asamblea social.

La Ley 19/2005 en la ya citada redacción que atribuye al artículo 97.5 de la LSA formula ciertos requisitos para que la asistencia electrónica pueda llevarse a cabo. Procede su estudio a continuación. Son los siguientes:

i. Los estatutos sociales han de efectuar una previsión relativa al ejercicio por los socios de su derecho de asistencia por medios electrónicos: se trata de un requisito legal e imperativo *sine qua non* establecido de manera expresa por el artículo 97.5 *ab initio* de la LSA. A falta de una tal previsión, la utilización del nuevo medio tecnológico es imposible: la ley quiere que sean los propios socios quienes convengan, antes de su empleo, la utilización de la electrónica para el ejercicio de este especifico derecho; requisito previo éste que se extiende a los restantes derechos sociales, como se comprobará –ello en lo concerniente a las SA no cotizadas: las cotizadas se encuentran sometidas a reglas parcialmente imperativas-. La norma resulta clara y es coherente con el artículo 23.2 de la LSSICE. La previsión habrá de consistir en una cláusula que contemple en modo expreso la posibilidad de que los socios asistan electrónicamente a las juntas y habilite a los administradores convocantes para cumplir con las provisiones legales y estatutarias –en su caso- sobre tal género de asistencia: así se infiere de la referencia positiva al "ejercicio de los derechos de los

33 En la medida -cabe recordar- que el artículo 117.2 de la LSA continua exigiendo, para la impugnación de los acuerdos anulables por los accionistas asistentes, la constancia en acta de su oposición al acuerdo. Podría, en caso de asistencia electrónica, negarles esta posibilidad de reacción ante el acuerdo adoptado y asimilarlos a los accionistas ausentes a los que no se les exige dicha oposición en acta. Resulta un tanto ridículo, incoherente y, sobre todo, contradictorio. Claro que por resulta obligarles a pechar con un acuerdo que consideran impugnable y que están dispuestos a combatir ante los Tribunales.

accionistas" que el legislador vincula con la provisión estatutaria reclamada por el artículo 95.5 *ab initio* citado.

ii. Los medios técnicos a cuya utilización haya de recurrirse por el socio y la sociedad en orden al ejercicio electrónico del derecho de asistencia "han de garantizar debidamente la identidad del sujeto" (sic)[34]. Nos encontramos en este punto ante una norma imperativa de origen legal, determinada por la prudencia: se trata de evitar la suplantación de identidad o *phishing* en el ámbito de las sociedades anónimas, suplantación ciertamente frecuente en otros sectores mercantiles como el bancario. La norma, dado su sencillo tenor literal, ha de considerarse como plenamente aplicadora en el proceso de asistencia a la junta del principio de neutralidad tecnológica: cualquier tecnología de entre las disponibles de garantice debidamente la identidad del socio podrá ser utilizada para la asistencia electrónica a la junta.

No es claro, por el contrario, que se consagre en la norma reproducida un requisito cuya satisfacción pase necesariamente por una cláusula estatutaria que se pronuncie expresamente sobre concreto método tecnológico a emplear. No lo creo así: el silencio de la norma legal al respecto está lleno de significado. Significa que la sociedad ha de respetar la neutralidad tecnológica que la ley consagra siempre que las tecnologías garanticen debidamente la identidad de los accionistas. Así pues, a lo sumo, a lo que estatutos, reglamentos orgánicos y gestores sociales pueden llegar es a precisar tecnología a utilizar que satisfaga el requerimiento legal pero no podrán determinar proveedor específico de la misma. Esto seria poner en cuestión aquella neutralidad tecnológica querida por la ley y dificultar sobremanera la asistencia electrónica a junta de accionistas residentes en el extranjero con difícil acceso material a la concreta tecnología estatutariamente consagrada; máxime a la vista de la LFE española la cual requiere, como ya es conocido, que para la obtención de una firma electrónica certificada el firmante, anticipadamente, visite de modo personal la oficina del prestador de servicios de certificación de firma. Tal visita, para la generalidad de socios no residentes en España, es prácticamente imposible. En suma, no cabe exigir por la compañía que la FEC con la que se practica la asistencia electrónica a junta sea certificada por un concreto PSC: cualquier FEC, a elegir libremente por cada socio asistente, será suficiente a los fines de satisfacer el requerimiento legal estudiado[35]. Al igual que lo es un sistema de teleconferencia y la clave de acceso al mismo –los dos medios más difundidos en la práctica para cumplir con el requisito legal en cuestión: el primero en las grandes SA y el segundo en las pequeñas-. Lo único que la ley requiere es la capacidad de uno

34 Este "sujeto", afortunadamente, es tratado por el mismo precepto algunas líneas más adelante como "accionista". Así hubiera debido referirse a este la ley a todo lo largo de su articulado.

35 La cuestión es importante y ya se ha planteado en la práctica societaria. Son varias las compañías que han exigido a sus socios que utilicen FEC basada en certificados expedidos exclusivamente por la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre. No parece concorde con lo arriba

y otro para identificar debidamente al accionista distante ante la sociedad convocante de la que aquel es socio; implícitamente se requerirá también la compatibilidad tecnológica de los servicios de identificación utilizados por socio y sociedad.

iii. Como ya se ha evocado con anterioridad, la disposición estudiada impone, junto a la observancia de los anteriores elementos, que en la convocatoria de la junta se "... describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta". Esta regla posee una doble vertiente: la relativa a un contenido adicional hasta ahora inexistente en el anuncio de convocatoria de la junta y la referente a la competencia para determinar tal nuevo contenido.

Llegando más allá de lo técnicamente necesario, el legislador exige que cuando los estatutos sociales prevén la asistencia electrónica a junta, la convocatoria de ésta ha de "describir" plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios vinculados a su asistencia, obviamente, electrónica –como ya se ha dicho, derechos de representación, voto, información, impugnación principalmente pues de no ser ejercitables estos derechos no se trataría la electrónica de una asistencia funcionalmente equivalente a la presencial-. Ni la ley ni los estatutos, no obstante, llegan a regular dichos plazos, formas y modos; esto es, a determinar sus precisos contenidos y modalidades. Y es que ni la ley se refiere a ello ni esta requiere que lo hagan los estatutos: requiere simplemente que se describan en la convocatoria y ni siquiera tal descripción es imperativa y para todos "los derechos de los accionistas" sino que lo es en la medida en que la descripción en cuestión resulte necesaria "para permitir el ordenado desarrollo de la junta". Estas expresas motivación y medidas del legislador aparentan incluso un punto chuscas; parece como si se estimara por éste que la utilización de la electrónica, de por sí, es un factor de desorden que haya de ser corregido mediante su disciplina en la convocatoria. Con todo, no cabe discutir la oportunidad de que tal disciplina se inserte en dicha convocatoria para mayor certidumbre de los socios distantes en lo concerniente al ejercicio receptivo de sus derechos sociales.

La ley, por demás, establece una norma atributiva de competencia al respecto, según ya se ha avanzado: los administradores, a la hora del ejercicio de sus facultades y atribuciones establecidas por el artículo 100 de la LSA con ocasión

expuesto de la libertad de elección de PSC sea eliminada por los administradores de las sociedades sobre la base del contenido de la convocatoria de junta y sin mayor fundamento legal y estatutario. Los administradores lo que pueden es elegir una tecnología que cumpla el requisito legal de debida identificación del accionista. Ello es posible, como se ha señalado, con la FEC, la videoconferencia, la FE de clave única e incluso probablemente un PIN en un entorno técnicamente cerrado y por alguna de ellas el anuncio se decantará. Lo que no puede el anuncio es llegar más allá y restringir la posibilidad de asistencia al empleo de una FEC por un concreto PSC. La neutralidad tecnológica lo impide y la ley no lo exige.

de la redacción del anuncio de convocatoria, son quienes han de ponderar, en función del orden en la reunión, la "descripción" de aquellos derechos del socio a regular así como el contenido y alcance de dicha descripción –*rectius* regulación-. Y como es obvio, los unos y los otros podrán diferir de una a otra convocatoria que para las diversas juntas son objeto de elaboración y anuncio ejercicio tras ejercicio e incluso en un mismo ejercicio social. Con ello, los plazos, formas y modos de práctica de los derechos se dotan de la máxima flexibilidad posible, más allá de cualquier rigidez legal o estatutaria, pudiéndose modificar por los administradores en cada convocatoria de acuerdo con las previsiones y realidades numéricas de la asistencia electrónica y su evolución.

iv. Por ultimo, y de modo optativo, *"podrá determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta"*[36]. La opción legal que se atribuye a los administradores por la norma reproducida es doble: lo es tanto en favor de la inserción o no del requisito de remisión previa cuanto en punto a la determinación de los exactos plazos de remisión anticipada –1 día o una semana, o lo que sea-. Hace bien la ley en no dotar de carácter obligatorio a este tipo de mención: guarda coherencia con la discreción en la materia atribuida legalmente a los administradores en la generalidad de los aspectos de la electronificación societaria así como con la tecnología disponible por cada sociedad en cada caso. Esa –la tecnología-, una vez más, será el factor determinante de la decisión de los administradores: el control por la presidencia en tiempo real de la comunicación entre la mesa de la junta y cada uno de los asistentes electrónicos constituye el factor crítico de la decisión a insertar en el anuncio de convocatoria[37]. Solo mediante dicho control, la presidencia podrá ejercer la plenitud de sus atribuciones a lo largo de toda la junta y sobre la totalidad de socios asistentes, ya sean presenciales o virtuales.

El inciso del artículo 97.5 de la LSA estudiado hace referencia, como se ha dicho, a las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a la propia LSA, "tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos" a la junta pero, sin embargo, no se refiere a las intervenciones o propuestas que efectivamente llevan a cabo *on line*, y tiempo real por tanto, los asistentes electrónicos durante la celebración del acto. Parece como si el legislador pensara que este género de conducta sea imposible técnicamente o resulte contraria al "ordenado desarrollo" de la propia junta. La no contemplación

36 Artículo 97.5 de la LSA, penúltimo inciso, redactado conforme a la Ley 19/2005.

37 La ya abundante experiencia española disponible en el breve plazo de vigencia de la norma revela una mayor inclinación a la formula del envío previo que a la del control electrónico en tiempo real. No son razones jurídicas, probablemente, ni tampoco tecnológicas, sino de política corporativa las determinantes de tal apreciable tendencia práctica.

de la intervención o propuesta en línea hace que la norma se reduzca a disciplinar las intervenciones o propuestas efectuadas con anterioridad a la celebración de la junta. Esta parcial ignorancia legal genera uno de los más notables *gaps* en la nueva legislación a los que antes se hizo alusión. Y obviamente plantea algún problema.

Siguiendo la pauta impuesta por la LSA conviene analizar primero el supuesto denominado de la intención del socio asistente por vía electrónica de efectuar intervenciones o propuestas. En este caso, la ley faculta a los administradores para que determinen que dichas intervenciones o propuestas "se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la celebración de la junta"; aunque la ley no lo especifica, va de sí que en tal actividad de determinación los administradores habrá de decidir soporte y plazo precisos para la remisión; igualmente, dicha determinación habrá de ser incluida en la convocatoria de la junta. De no resultar así, la actuación de los administradores sería incompleta y no produciría el efecto apetecido. Entiendo por tal efecto apetecido el de condicionar conforme a sus determinaciones en la materia la facultad del socio incluida en el derecho de asistencia, de presentar propuestas e intervenciones. No creo, sin embargo, que la falta de información determine la nulidad del anuncio y por tanto de la convocatoria y la junta. Ello porque los administradores no están obligados a decidir en la materia ni, por ende, a insertar resolución alguna al respecto: como se lee claramente en el artículo 97.5 de la LSA la cuestión "podrá determinarse por los administradores". Al no determinarse nada o al hacerlo de forma incompleta, los socios podrán irrestrictamente y sin limitación por razón de su condición de asistentes virtuales, efectuar intervenciones y presentar propuestas durante la celebración del acto y en tiempo real. Claro está, siempre que la tecnología adecuada, como ya se ha señalado, esté a disposición de la presidencia. Si la misma no lo estuviera y los administradores no hubieran decidido sobre la restricción de la facultad o, habiéndolo hecho, no lo hubieran incluido en el anuncio de convocatoria, incurrirán en responsabilidad por falta de la diligencia debida. Carencia que con probabilidad abocará a una junta sin ordenado desarrollo, por emplear la expresión legal. Ningún otro factor legal se opone, sin embargo, a que cada uno de los socios –presenciales y virtuales- pueda formular propuestas e intervenciones en igualdad de condiciones ni obliga a los administradores a introducir restricciones para los asistentes electrónicos. Restricciones que podrán, por otra parte, ser distintas de la expresamente mencionada en el precepto –remisión de las mismas "con anterioridad al momento de la celebración de la junta"-.

Así las cosas, dos últimas cuestiones adicionales deben de ser resueltas en relación con el ejercicio electrónico del derecho que se analiza.

A) Junta universal

La primera de ellas concierne a la delimitación del campo de aplicación de la norma considerada y, en concreto, se ha de determinar si la asistencia electrónica se permite legalmente solo a la junta general de la sociedad –cualquiera que sea el método de su convocatoria (por administradores espontáneamente o a petición de socios o judicial) y cualquiera que sea su calificación jurídica (ordinaria o extraordinaria)- o, por el contrario alcanza incluso a la junta universal cuyo encaje dogmático en la categoría de junta general resulta discutido. A mi parecer la regla legal de habilitación se extiende a la junta universal y ello por dos razones de naturaleza positiva –entre lo terminológico y lo sistemático-: la primera se refiere al artículo 99 de la LSA. En este precepto se utiliza la palabra "asistentes" como sinónimo de "estar presente" y ya se sabe que la Ley 19/2005 lo que disciplina es la "posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos". En suma, existe una identidad terminológica entre las diferentes normas concernidas que aconsejan extender el campo de aplicación de la segunda a la primera. Además, en el nuevo texto del artículo 97 de la LSA se detecta a lo largo de sus diferentes apartados un cierto contraste –incluso desorden- terminológico que puede considerarse como un segundo argumento favorable a la extensión defendida de su campo de aplicación.

Así, hasta que se llega al párrafo 5 del artículo 97, el lector se topa con expresiones diferenciadas referidas a la junta: "junta general ordinaria", "junta general de accionistas" y "junta" respectivamente en los párrafos 1, 3.1 y 4 del precepto. Por el contrario, cuando se trata del párrafo 5 en todas las ocasiones el legislador utiliza la palabra "junta" a secas, sin calificación adicional. Este empleo del término en su sentido más amplio y general permite concluir que la intención del legislador es no distinguir entre las distintas clases de juntas en función de convocatoria, calificación o naturaleza; consiguientemente, siempre que una junta se convoca o celebra, la asistencia electrónica a la misma será legalmente posible y por tanto, tal asistencia produce plenitud de efectos no solo en el ámbito de la formación de la voluntad colegiada social sino igualmente en el terreno de la constitución del órgano colegiado en cuyo seno la voluntad se forma. Si el legislador hubiere querido hacer distingos habría calificado el término "junta" al igual que lo ha hecho en los precedentes párrafos del artículo 97 de la LSA. Al no haberlo hecho permite que las normas allí establecidas extiendan su campo de aplicación a cualquier junta sin posibilidad de distingo alguno[38]. Cubriendo obviamente la asistencia electrónica del accionista a la junta universal de la sociedad.

38 En este sentido favorable se pronunció ya antes de la vigencia de la LSAEDE y por tanto antes del nuevo artículo 97.5 de la LSA MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 173.

B) Acreditación electrónica del derecho de asistencia

La segunda cuestión general se refiere a los medios de acreditación de su derecho de asistencia por parte del socio. Como ya se ha indicado, la LSAEDE de 2005 no altera, en modo alguno, las preexistentes reglas de legitimación para asistir a la junta ni los criterios al efecto por ellas establecidos: así pues, el accionista para poder asistir presencial o virtualmente a la junta habrá de satisfacer los criterios legales de legitimación consagrados en el artículo de la 104 de la LSA y, en su caso, los estatutarios también reconocibles por el artículo 105.1 de la LSA. En orden a la acreditación de tales criterios por quien pretende asistir la fórmula en principio disponible se encuentra siempre basada en papel: se trate de depósito previo de acciones, constancia en el libro registro de acciones nominativas, tarjeta de asistencia o certificado del registro contable de las anotaciones en cuenta, según los casos, el papel siempre intermedia en la legitimación del accionista en orden a su asistencia a la junta a la vista de la legislación promulgada con anterioridad a 2003 y 2005. Ello resulta profundamente contradictorio con la asistencia electrónica y, de hecho, reduce las posibilidades efectivas de que tal asistencia se pueda llevar a cabo[39].

Se trata de efectuar, por consiguiente, una interpretación de las normas a la luz de las reglas de asistencia y voto electrónicos que permita establecer un flujo ininterrumpido en el ciclo electrónico condición de socio-legitimación-asistencia-voto. Solo mediante la garantía legal y estatutaria de dicho flujo los beneficios de la asistencia a distancia son explotables al máximo: tan pronto como la cadena se interrumpa en alguno de sus eslabones por el requerimiento de un soporte papel en cualquiera de ellos, las ventajas de la electronificación disminuyen o, simplemente, desaparecen. De ahí la necesidad de esa interpretación renovada de los preceptos de la LSA no modificados por la legislación de los años recientes. Tal interpretación se basa en la atribución de equivalencia funcional al mensaje de datos expedido por el registro contable de las anotaciones en cuenta titularizadas por el potencial socio asistente virtual conteniendo tarjeta o certificado de asistencia: el mensaje electrónico habrá de ser enviado al accionista con copia a la compañía[40] por el registro de anotaciones;

39 De hecho las fórmulas al respecto contenidas en los anuncios de convocatoria de juntas de sociedades cotizadas españolas resultan poco prácticas y un tanto confusas: en algunos casos, la tarjeta de asistencia parece jugar en ellas un rol básico y debe de estar en poder de la sociedad convocante con carácter previo a la constitución de la asamblea. Los estatutos y el reglamento de la JG para el caso de las cotizadas, no resultan lo suficientemente explícitos ni precisos en la materia. En otros casos, parece basarse la legitimación en una mera declaración del accionista al respecto, con indicación de las acciones por él poseídas, enviada mediante mensaje de datos a la compañía la cual llevaría electrónicamente las comprobaciones adecuadas en combinación con los registros contables de las anotaciones. Esta fórmula posee mucho mayor sentido que la anterior y no rompe el ciclo electrónico condición de socio-legitimación-asistencia y voto.

40 La formula a emplear puede igualmente ser la inversa: original a la compañía convocante y copia al accionista que pretende asistir. En todo caso este juego de original y copia del certificado

a partir de su recepción podrá ser contrastado con la declaración también electrónica del socio correlativo en punto a sus asistencia y, en su caso, voto en la junta correspondiente. En definitiva, los registros emitirán sus certificados en soporte papel o en soporte electrónico de acuerdo con la modalidad de asistencia presencial o virtual elegida por el socio titular de las anotaciones registradas y la compañía emisora de las acciones se dotará de equipo técnico adecuado para llevar a efecto la comprobación oportuna y, en consecuencia, establecer la legitimación del socio asistente virtual.

Este mecanismo se encuentra implícito en el artículo 12.1 de la LMV cuando guarda absoluto silencio sobre el soporte de los certificados a expedir por los registros contables[41], silencio revelador de la neutralidad intertecnológica observada por el legislador cuando precisamente está disciplinando registros electrónicos y efectos de la inscripción de anotaciones en ellos; también es el mecanismo que *grossso modo* ya se está utilizando por compañías cotizadas en España. Se trata de una fórmula no solo legal sino también mucho más práctica que la consistente en la continuada exigencia de tarjeta de asistencia o certificado registral en soporte papel. Mecanismo, por demás, que comienza a extraer el máximo provecho de la intercomunicación de sistemas –el del socio, el de la sociedad y el del registro contable- en orden al ejercicio de derechos, sociales en este caso. Provecho en facilidades para el ejercicio y en simplificación administrativa principalmente, con el consiguiente fomento de la participación de los socios en la vida de las compañías y subsiguientes ahorros de costos.

5.2. *Derecho de voto*

El ejercicio electrónico del derecho al voto por el accionista se reconoció en Derecho español con anterioridad al derecho de asistencia: lo fue a través de la ya conocida Ley 26/2003, de 17 de julio 2003, de Transparencia[42] (en adelante

o tarjeta se encuentra determinado por lo dispuesto en el artículo 12.3 de la LMV sobre la unicidad del certificado. Lo que en realidad para el mundo electrónico no representa un grave problema dada la divergencia entre unicidad documental y originalidad documental consagrada desde los inicios del Derecho de la contratación electrónica en el artículo 8.1 de la LMCUCE.

41 En efecto, el tenor literal del precepto citado no requiere que los certificados relativos a las anotaciones en cuenta por ellos mantenidas se expidan en soporte de papel ni en soporte de naturaleza concreta: implícitamente se exige que pueda producirse la exhibición del certificado y que por tanto sea reproducible. La norma citada preceptúa. "La legitimación para la transmisión y para el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta podrá acreditarse mediante la exhibición de certificados que serán oportunamente expedidos por las entidades encargadas de los registros contables, de conformidad con sus propios asientos".

42 Ley 26/2003, de 17 de julio de 2003, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE nº 171 de 18 de julio de 2003).

LT) promulgada, como resulta patente, en 2003. Esta distancia cronológica del reconocimiento de ambos derechos y de los textos reconocedores produce ciertas disfunciones, requiere en la actualidad ciertas interpretaciones correctivas de la más antigua de ambas normas y permite plantearse la pregunta de si es posible ejercer electrónicamente el derecho al voto sin ejercer el derecho de asistencia cual acontece en el mundo físico. Esto último parece ser posible a la vista de que así lo ha sido entre el año 2003 y 2005 –años de las respectivas vigencias de las normas consagradoras del voto y la asistencia electrónicas respectivamente- y de que la disposición de 2005 no hace grandes esfuerzos de coordinación con la de 2003: son normas, en efecto, que pareciera no se refieren a derechos reconocidos conjuntamente en el mismo artículo 48 de la LSA.

Conviene ante todo entrar en las cuestiones concretas que suscita la nueva disciplina.

i. En primer término, ha de afirmarse que el ejercicio electrónico del derecho de voto del accionista –más brevemente, derecho de voto electrónico- se extiende sin lugar a duda a la totalidad de las SA, coticen o no coticen; a pesar de que el título exacto de la ley que lo consagró parece restringir su aplicación a las sociedades cotizadas. Así permite afirmarlo el tenor literal del artículo 105.4 de la LSA en donde no se efectúa distingo alguno entre un y otro subtipo de SA y tratándose de un precepto destinado a disciplinar la totalidad del tipo societario. Se extiende dicho derecho igualmente a la totalidad de las juntas generales que las SA puedan celebrar: así se manifiesta el artículo 105.4 de modo expreso cuando extiende su campo de aplicación a "cualquier clase de junta general" entre las que se incluye la junta universal. Apuntar igualmente en este momento inicial que la LT adecuadamente –la coincidencia en el tiempo no debe resultar ajena- utiliza el calificativo de electrónico, y no el de telemático para identificar el nuevo soporte del derecho de voto. Sigue así la estela de su coetánea Directiva Europea antes citada, la cual como se recordará, emplea dicho calificativo en similares temas para referirse a los soportes y comunicaciones basados en la tecnología electrónica.

ii. En segundo lugar ha de indicarse que, al igual que se requería en los supuestos de electronificación contemplados por el artículo 97.5 de la LSA, el derecho de voto electrónico del artículo 105.4 del mismo cuerpo legal exige que previamente su ejercicio sea contemplado por los estatutos sociales. No es que exista obligación de contemplarlo en cualquier caso pero es obligada tal contemplación si se pretende autorizar el uso por los socios de la modalidad electrónica de voto. En realidad cuanto se ha dicho respecto del citado artículo 97.5 en este punto resulta predicable del derecho de voto. No creo, porque la ley no ofrece argumentos en tal sentido, que deba de hacerse contemplación estatutaria específica del derecho de voto bastando una regla general autorizadora del ejercicio electrónico de los derechos sociales ejercitables con ocasión de la celebración de cualquier clase de junta.

iii. La norma legal es muy amplia y permisiva en orden a la determinación del medio de comunicación a distancia a utilizar por el accionista que vota sin estar físicamente presente en la junta[43]. De entre los diversos medios tipificados y a contemplar por el estatutos solo interesa a los fines de este trabajo la mención específica que la norma efectúa de la "correspondencia... electrónica". La expresión no puede calificarse, en esta ocasión, como muy afortunada pues resulta una casi traducción, transliteración o cuanto menos sinónimo de la expresión inglesa *e-mail* o correo electrónico: lo que no ha podido ser deseado por el legislador a la vista del ulterior requisito legalmente exigido por el propio artículo 105.4 *in fine* de la LSA a la correspondencia electrónica que se utilice para votar a distancia, como se comprobará acto seguido.

iv. Como se infiere de la lectura del repetido artículo 105.4 de la LSA el uso de la correspondencia electrónica es permitido por la norma "siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto": los términos legales empleados en la presente ocasión son idénticos a los utilizados dos años más tarde por la LSAEDE en 2005[44] y por tanto deben considerarse los unos el precedente directo de los otros. Consiguientemente, cuanto se ha dicho en relación con el requerimiento legal de garantía de identificación del accionista virtualmente asistente con ocasión del análisis del artículo 97.5 resulta predicable del accionista virtualmente votante. Entre todo ello, debe constatarse que el e-mail no es garantiza suficiente y debida de la identidad de su firmante. De ahí la inapropiada utilización, antes criticada, por la ley de la expresión "correspondencia electrónica" la cual no puede ser entendida en sentido literal sino cualificado por el requisito de identificabilidad. En consecuencia, los mensajes de datos con FEC y la videoconferencia resultan ser las tecnologías que de modo más preciso satisfacen los requerimientos legales analizados.

v. Por último ha de tenerse en cuenta que resulta obligado para el ejercicio del derecho de voto la descripción de "los plazos, formas y modos de ejercicio" de dicho derecho en el anuncio de convocatoria de la junta. Es cierto que esta exigencia no se menciona expresamente en el artículo 105.4 de la LSA tal como quedó redactado en 2003 pero la misma se incluye como tal requisito del anuncio de convocatoria de la junta por el ya conocido artículo 97.5 tal como se redactó en 2005; en consecuencia el requisito es aplicable al derecho de voto aun cuando su norma especifica no lo contemple. Abundan en tal conclusión una serie de argumentos: (i) la norma de 2005 es posterior a la de 2003 y la modifica dado que trata idénticas materias cual son los derechos del socio y no en idénticos términos; (ii) precisamente, la norma de 2005 se refiere al "ejercicio de los derechos de los accionistas" y lo hace sin distinción entre unos y otros

43 Dispone el artículo 105.4 de la LSA que "... el voto... podrá... ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia...".

44 Se trata de los términos utilizados por el ya conocido artículo 97.5 de la LSA redactada por la LSAEDE y que han sido anteriormente objeto de crítica terminológica parcial por el empleo del término "sujeto".

derechos por lo que ha de afirmarse que consagra el régimen general del ejercicio electrónico de los derechos del socio con ocasión de la celebración de junta, y (iii) existe un elemento teleológico común a ambas normas que permite una por así decir confusión de las dos o, más precisamente, afirmar que la regla de 2003 vive embutida en o asimilada a la de 2005 por causa de tal elemento teleológico compartido –la corrección que antes se advirtió-: el socio denominado votante en el artículo 105.5 del año 2003 se considera como presente en la junta según dicha norma y los presentes son asistentes no solo a los efectos del artículo 97.5 del año 2005 sino incluso a efectos de constitución del órgano social de acuerdo con lo dispuesto en los artículo 102 y 103 de la LSA de 1989. En consecuencia existe el objetivo legal de someter a idéntico régimen jurídico al votante, presente y asistente electrónico con independencia de la conducta efectiva que el socio en cuestión finalmente observe durante el desenvolvimiento de la junta en punto a la efectiva emisión de su voto sobre todos, algunos o ningún punto del orden del día.

De lo constatado tres consecuencias cabe extraer: la primera, como se ha dicho, que la convocatoria debe incluir plazos, formas y modos de ejercicio electrónico del derecho de voto – y de los restantes derechos del accionista a ejercer en junta-; la segunda, que el socio que asiste electrónicamente a la junta lo es con independencia de que sea a su vez votante o no votante; por último, que todo socio votante electrónicamente se considera por la ley como asistente a la junta no obstante el sentido limitado a la constitución que la ley de 2003 atribuye a dicha presencia: la norma de 2005, mucho más amplia, extiende la presencia a la totalidad de la junta con independencia de la actitud observada por el socio durante la celebración de aquella. Se trata de un accionista, así pues, asistente a todos los efectos, incluidos los legitimatorios activos en punto a la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en el órgano a cuya sesión virtualmente asistió[45].

5.3. *Derecho de representación*

Con frecuencia el derecho de representación del accionista se contempla como un derecho instrumental al servicio de los dos anteriores derechos estudiados –el de asistencia y el de voto-. Así lo es efectivamente en un mundo en el que la presencia física ha gozado históricamente de un trato legal privilegiado, con independencia de que dicha presencia lo fuera del titular o de su representante. Sin presencia física directa o indirecta no ha cabido multisecularmente posibilidad alguna de ejercitar la gran mayoría de sus derechos por parte del accionista.

Esta situación acaba de cambiar; lo ha sido fundamentalmente a causa de la facilidad, inmediatez y seguridad que la electrónica ha atribuido a la participación

45 Determinados por el artículo 117.2 de la LSA, no debe olvidarse.

a distancia del accionista en los órganos sociales. En el nuevo contexto tecnológico el socio distante ocupa una posición y goza de unas facultades operativas ampliamente superiores a las de su correlativo del mundo del papel o del mensajero. Así las cosas, cabria preguntarse acerca de la utilidad de un derecho de representación en el entorno electrónico; la respuesta es poca utilidad. En efecto, mucho más efectiva que la representación resulta ser la asistencia electrónica para el socio que no puede o no le conviene efectuar su traslado físico al lugar de convocatoria hasta ahora exigido por las leyes. Cuestión distinta es la del socio que no quiere: el famoso príncipe de la renta del ilustre clarividente cordobés José DE LA VEGA[46]. Cuestión distinta también lo es para los representantes profesionales. Atendiendo a las conveniencias de unos y otros, la ley de 2003 ha mantenido el derecho de representación y lo ha disciplinado cuando su ejercicio se lleva a cabo en soporte electrónico.

El artículo 106.2 de la LSA, redactado conforme a lo dispuesto por la LT, escuetamente establece la norma habilitante de la representación del accionista en junta por medio electrónico[47]; lo hace de un modo general, sin mencionar expresamente los posibles soportes que la contratación a distancia permite y remitiendo la disciplina de la delegación electrónica a la establecida para el ejercicio del voto electrónico en el artículo 105 de la propia LSA. Como se ha indicado en el epígrafe anterior, dicha remisión implica igualmente la sumisión de la delegación a las disposiciones relativas al soporte electrónico de los derechos del socio sin distinción dictadas por el artículo 97.5 de la LSA en su redacción de 2005. No vale, por tanto, la pena reiterar cuanto se ha afirmado en los dos epígrafes anteriores del presente trabajo a los que el lector queda remitido.

Con todo, el escueto tenor del artículo 106.2 y la remisión global que efectúa a preceptos precedentes dejan un amplio campo de acción y decisión a estatutos, reglamentos de junta, sitios web societarios y anuncios de convocatoria en punto a precisar el régimen de la delegación y representación electrónicas. Porque efectivamente, los cuatro elementos ahora mencionados componen el conjunto de eslabones materiales y virtuales a través de los cuales y eventualmente sometido a los mismos el socio distante ejercita electrónicamente sus derechos. El tal sentido, la voluntad de los socios y la de los administradores sociales están llamadas a rellenar los huecos que los factores ya señalados generan en la materia.

46 J. DE LA VEGA, *Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un philosofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su ethimologia, su realidad, su juego y su enredo*, Amsterdam, 1688 de acuerdo con GARRIGUES, J. "Nuevos hechos, nuevo derecho de la Sociedad Anónima", en *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*, Madrid, Tecnos, 1971, págs. 59 y ss.

47 "La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos previstos en el artículo anterior para el ejercicio del derecho de voto a distancia, y con carácter especial para cada junta".

La práctica estatutaria española se apoya generalmente –necesariamente en el caso de las compañías cotizadas[48]- en los sitios web de las compañías para que, con FER a través suya y de formularios accesibles en el sitio, los accionistas deleguen y comuniquen a sociedad y representante los extremos concretos de la representación conferida, incluidas instrucciones completas o incompletas para emisión de voto. En realidad, la FEC –tecnología de doble clave o criptografía asimétrica ha de recordarse[49]- en esta materia no me resulta necesaria si el acceso al área de socios del sitio web, y al formulario requerido solo allí accesible, únicamente puede producirse mediante el empleo de una tecnología de clave única o simétrica. En la práctica sucede que puesto que todos los derechos se suelen ejercer en el mismo soporte y requiriéndose para alguno de ellos –el de voto aisladamente considerado, por ejemplo- la FEC como garantía de la debida identificación del accionista no vale la pena establecer un instrumento identificatorio de menor calidad cual es la FE sencilla basada en clave única. Punto crítico en la materia, no obstante, resulta el caso de delegación electrónica con instrucción de voto expedida con FE sencilla. En mi opinión, si el acceso al área reservada del sitio web de la sociedad efectivamente se basa en criptografía simétrica, la delegación, instrucción de voto y voto mismo instrumentados a través de dicho sitio serán válidos por cuanto que existe garantía técnica suficiente de la identidad del socio representado.

Llamativo no menos, resulta el hecho de que en la incipiente práctica estatutaria española se requiera que el representante que obtuvo delegación electrónica haya de asistir físicamente a la junta sin posibilidad de hacerlo a su vez en soporte electrónico: no existen en mi opinión razones legales que así lo requieran y el perjuicio que se puede causar a los representados es mucho en caso de que de un modo no previsto y en última instancia el representante no pudiera concurrir a la junta. En cierto modo se trataría de un nuevo caso en el que, al igual que en algún supuesto anteriormente contemplado, la cadena electrónica se rompe y puede frustrarse la finalidad última perseguida por quienes la han usado y quien –la sociedad- permite su uso. A notar por último que en dicha práctica estatutaria se contempla ocasionalmente el cambio de modo o

48 Se alude en el texto a dos disposiciones de inferior rango a través de las que se consagra la obligación de establece un sitio o "página web" por parte de las compañías cotizadas para facilitar el ejercicio electrónico de los derechos a ejercer en relación con la junta electronificados a la fecha de la publicación de ambos textos: la OM ECO/3722/2003 de 26 de diciembre de 2003 (BOE nº 7 de 8 de enero de 2004) por la que se disciplina dicha pagina web junto al informe anual de gobierno corporativo y la Circular 1/2004, de 17 de marzo de 2004, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE del 29 de marzo de 2004) por la que se amplían y desarrollan las normas de la OM. Un estudio minucioso de este género de reglas administrativas está por el momento fuera de lugar si bien el lector curioso puede encontrar en ellas cierta satisfacción a su curiosidad. Ulterior referencia a los mencionados textos no será efectuada en estas páginas.

49 Nadie mejor para enseñar el significado de la simetría y asimetría, doble clave o de la clave única en materia de FE que MARTINEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación,* 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, págs. 43 y sigtes.

soporte de la delegación –del papel a la electrónica o viceversa- siguiendo una corriente iniciada por CNUDMI/UNCITRAL en su Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996[50], lo que resulta de plena corrección. En lo que dicha práctica no sigue la dirección indicada por UNCITRAL es en primar siempre el papel sobre el mensaje de datos en igualdad de condiciones. Más correcto resulta, en mi opinión, discernir sobre la base de la cronología del uso de modos y validar la última voluntad sobre las penúltima y anteriores con independencia de su modo de emisión; para eso el tan frecuentemente cacareado *time stamping* como atributo de FE y mensaje de datos expedidos en tecnologías contemporáneas resulta un factor crítico determinante de la decisión última del accionista en punto a su representación a ser tomado en consideración por administradores y junta.

5.4. *Derecho de información*

Sin duda se trata del derecho del accionista cuya electronificación genera una mayor complejidad jurídica al basarse, parcialmente, en el establecimiento de nuevas estructuras permanentes de información establecidas por determinadas sociedades incluso en cumplimiento de específicas exigencias legales. Es explicable porque el derecho de información compone uno de los apoyos básicos de la transparencia societaria y del mercado; su correcto ejercicio y observancia por la compañía afecta de lleno a la mercabilidad de las acciones así como al devenir de la compañía. Es un derecho, además, que a diferencia de los anteriores, presenta dos faces diferentes: la que corresponde a las sociedades cotizadas y la relativa a las no cotizadas. Faces diferenciadas incluso en sus respectivos soportes positivos: mientras que el soporte para las sociedades cotizadas se encuentra en las modificaciones de la LSA introducidas por la LT de 2003 el de las sociedades no cotizadas se halla en las producidas por la LSAEDE de 2005. No debe afirmarse, sin embargo, que cada uno de los soportes mencionados constituya en materia de electronificación del derecho de información del accionista ámbito cerrado e incomunicado: antes bien, por razón de la común materia –o materias, mejor dicho- en primer término y por la influencia conjunta que sobre ambas disposiciones ejerce la LSSICE en segundo lugar, las soluciones

50 El artículo 17.5 de la Ley Modelo estatuye: "Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensaje de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes". Algunas ideas sobre el alcance del precepto reproducido en ILLESCAS ORTIZ, R., "El transporte terrestre de mercancías: internacionalización y electronificación", en el volumen *El transporte terrestre nacional e internacional*, Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, págs. 103 y sigtes. en pág. 142.

normativas dispuestas para cada subtipo de SA separadamente pueden considerarse interactivas más que independientes o interdependientes, por utilizar modismos al uso en el ámbito de las tecnologías que se contemplan en las norma a considerar.

A) Las sociedades cotizadas

En concreto, las normas aplicables a las sociedades cotizadas merecen ser tratadas en primer lugar, dada su prioridad en el tiempo, y ha de señalarse ante todo que la electronificación del derecho de información de sus accionistas se produjo hace ya más de tres años. Las reglas aplicables y los efectos derivados de ellas han sido objeto de consideración minuciosa por la doctrina[51] y no vale la pena reiterar aquellos de sus aspectos sobre los que existe amplia conformidad. Sustancialmente, el texto del artículo 117 de la LMV redactado por la LT[52], resulta extraordinariamente dependiente de la LSA en lo que a derechos y obligaciones materiales respecta al par que establece un específico régimen de electronificación atinente al derecho en cuestión.

Los grandes rasgos del régimen legal del derecho de información específico para las SA cotizadas, fijados por la LMV, son los siguientes: (i) deber de las SA cotizadas de cumplir sus obligaciones de información para con los socios determinadas por la LSA mediante la utilización de "cualquier medio técnico, informático o telemático"[53]; (ii) consagración de dicho deber de electronificación de las respuestas de la SA a las preguntas cursadas por los socios "sin perjuicio de los derechos que corresponden a los accionistas, de acuerdo con la legislación aplicable, para solicitar la información en forma impresa"; (iii) exigencia legal de que las SA cotizadas hayan de disponer de "una página web para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información" y, como

51 Vid., entre otros, MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías* cit., págs. 80 y sigtes. y 123 y sigtes.; VAZQUEZ CUETO, J. C., "Reflexiones criticas sobre la reforma del derecho de información del accionista introducida por la Ley 26/2003, de 17 de julio", *Derecho de los Negocios*, nº 159, diciembre 2003, págs. 1 y sigtes.

52 Artículo 1.1 de la LT por el que se añade un nuevo titulo X a la LMV bajo la denominación "De las sociedades cotizadas" y en el que se incluye el arriba citado artículo 117. Resulta más que discutible la opción del legislador de incluir este capítulo íntegro en la LMV en lugar de hacerlo en la LSA, máxime cuando, como se podrá comprobar más adelante, la opción sistemática no es continuada ni siquiera en la propia pieza de legislación que se analiza. En efecto, la nueva redacción de la LT para el artículo 112.1de la LSA contempla un supuesto específicamente referido a la sociedad cotizada que mejor hubiera cabido en el nuevo Título X de la LMV que en la LSA que, tras la distinción efectuada de normas por el legislador, debería de haberse limitado a disciplinar aspectos comunes a todas las SA sin diferenciación entre las cotizadas y no cotizadas: en concreto, la LSA se refiere a la CNMV así como a las sociedades que deben informarle, en este precepto citado últimamente. Resulta muy asistemático.

53 Se reitera la observación crítica que sobre los tres calificativos legalmente utilizados ya se han hecho en páginas anteriores y se recuerda que lo más adecuado hubiese sido emplear el calificativo único de electrónico siguiendo la pauta del Derecho comunitario europeo.

rasgo implícito en las disposiciones del artículo 112 de la LSA, (iv) opción a favor de los socios para ejercer sus derechos de información bien por medio electrónico –incluida la página web- o en soporte de papel.

Cada uno de los rasgos señalados posee sustantividad propia e implican apreciable alteración del Derecho preexistente. Como innovación significante operada por la LT en relación con la disciplina anterior se debe de señalar el carácter imperativo legal –no dispositivo estatutario- del empleo de la electrónica como nuevo soporte para el ejercicio por los socios de su derecho de información. Igualmente lo es la consagración de la página o sitio web de cada sociedad cotizada como lugar necesario para ofrecer de modo obligatorio, generalizado y permanente desde la convocatoria de la junta toda la información mencionada por el artículo 212.2 de la LSA lo que hasta 2003 resultaba para la compañía obligado proporcionar a demanda de accionista concreto. Aunque la ley no obliga expresamente a ello, también en el sitio web el accionista que asiste electrónicamente a la junta debería de encontrar especificación de los recursos electrónicos necesarios para el ejercicio de su derecho de información durante la celebración de la junta[54]. A la vista de ambas nuevas modalidades cabe afirmar que la página web de la sociedad cotizada se ha convertido en la nueva estructura fundamental establecida por la LSA para el ejercicio por el socio de este subtipo social de su derecho de información.

Este cúmulo de nuevas obligaciones legales de contenido electrónico resulta consagrado sin perjuicio de la subsistencia del soporte papel incluso en este concreto ámbito de las sociedades cotizadas. Ya se ha señalado y no de otro modo pueden entenderse las palabras antes reproducidas del inciso final del artículo 117.2 de la LMV y del texto íntegro del artículo 112 de la LSA: como sinónimas a los efectos considerados, en efecto, deben considerarse las expresiones "forma impresa" y "por escrito"[55]. En suma, el socio puede elegir recibir de la sociedad cotizada una información escrita en lugar de electrónica previamente solicitada siendo irrelevante para que la sociedad deba de facilitársela en soporte escrito el hecho de que dicha información se encuentre accesible en el sitio web de la compañía e incluso la circunstancia de que la solicitud de información se haya efectuado por el socio peticionario en soporte electrónico o en papel. En esta materia, como en tantas otras tal como fue ya antes indicado, el cambio de modo o soporte en el diálogo entre socio y sociedad no solo es posible sino que incluso se encuentra contemplado en las normas generales de la contratación electrónica. En suma, se reconoce en su favor un

54 Se trata de una facilidad electrónica que parece ser exigida implícitamente bajo la cláusula general contenida en el artículo 117.2 de la LMV. La existencia de una exigencia legal ha sido efectivamente entendida por la práctica estatutaria española, los reglamentos de juntas generales aprobados y los anuncios de convocatoria efectuados tras la vigencia de los nuevos preceptos. Todos ellos, obviamente, referidos a sociedades cotizadas.

55 Lo que en un contexto más amplio no puede ser considerado una relación de sinonimia sino de especie –el escrito- y género –el impreso-.

derecho de opción entre el papel y el mensaje de datos respecto del modo de recepción de la información solicitada a ejercitar por el socio en cada caso. Cualquiera que sea el soporte elegido, la condición previa para que la compañía cumpla con su obligación de informar estriba en la comprobación de garantía debida de la identidad del accionista solicitante de la información.

B) Las sociedades no cotizadas

La situación de las SA no cotizadas es ligeramente distinta en materia de derecho de información electrónica. La situación se fundamenta en dos disposiciones de la LSA y no interviene al respecto ninguna norma de la LMV como no puede ser menos: los artículos 97.5 y 112.1 y 2 de la LSA son las normas concernidas. No interactúan cómodamente a pesar de componer un mismo cuerpo legislativo: la causa de ello radica en la circunstancia de que teniendo ambas reglas el mismo objeto –el derecho de información- la segunda de las mismas es anterior en el tiempo a la primera y pretende dotarse además de un alcance más dilatado. La segunda, por otra parte, no parece afrontar específicamente los problemas planteados por la electronificación del derecho de información sino que tan solo persigue el dotar de mayor rigor a la legislación preexistente sobre tal derecho, siendo la primera de ellas la que afronta la cuestión tecnológica. En suma, un cierto esfuerzo de interpretación es requerido máxime a la vista de que la LSSICE fue promulgada con más de un año de antelación a la LT[56] con lo que resulta impensable que el legislador ignorase las disposiciones de aquella y sus consecuencias sobre esta. En todo caso puede afirmarse que en principio el artículo 112 contempla casi exclusivamente un mundo de papel en tanto que el 97.5 mira un mundo electrónico y que dada la predominancia jurídica y social del primero de tales mundos en nuestro ciclo cultural por el momento, el 112 citado resulta más explícito, con pretensión de constituir una suerte de regla general en la materia. No obstante su postergación en el orden legislativo. Así las cosas, las cuestiones a tratar respecto de las SA no cotizadas no son tanto la dimensión y tecnicismos jurídicos del propio artículo 112 sino el impacto de las normas electronificadoras del artículo 97.5 sobre el ejercicio de los derechos consagrados por el propio 112 y concordantes. Tres principales aspectos posee tal impacto: la determinación de las condiciones de ejercicio en soporte electrónico del derecho en cuestión, el papel de los sitios web en este subtipo de sociedades –en realidad la generalidad de las SA existentes- y, por último, la viabilidad legal de la sustitución del soporte escrito

56 Es conocido que la LSSICE vio la luz en el BOE nº 166 de 12 de julio de 2002 con vigencia a los tres meses de su publicación en tal fecha mientras que la LT hizo lo propio en el BOE nº 171 de 18 de julio de 2003 con vigencia al día siguiente de su publicación según las respectivas Disposiciones finales novena y única.

de las informaciones emitidas en cumplimiento de la obligación de informar por el mensaje de datos.

(i) Ejercicio en soporte electrónico de su derecho de información por el accionista en primer término.

Materialmente hay que distinguir entre ejercicio del derecho con ocasión de la junta pero antes de su celebración y ejercicio propiamente durante la junta –asistencia electrónica a la asamblea-: en ninguno de los dos supuestos existe norma legal imperativa que determine la electronificación del derecho a diferencia de lo que acontece con las sociedades cotizadas en el artículo 117 de la LMV. En ambos casos para las sociedades no cotizadas el punto de partida de la electronificación del derecho de información son los estatutos sociales. Ello resulta claramente especificado para el segundo de los casos avanzados –ejercicio con ocasión de la celebración de la junta- por el artículo 97.5 *in fine* de la LSA. Ya se señaló con anterioridad la importancia del pacto contractual para recorrer el trayecto que discurre desde la presencia física y el papel hasta la electrónica en la asistencia a la junta y los derechos anejos. Sin tal pacto, la junta y la asistencia serán necesariamente presenciales así como los correlativos derechos solo podrán ser ejercitados verbalmente o por escrito.

Por el contrario, una vez convenido estatutariamente por los socios y convocada la junta con previsión de asistencia virtual, resultan de aplicación las reglas conocidas y comunes, ya analizadas, consagradas por el artículo 97.5[57]. Estas reglas son de aplicación a las solicitudes electrónicas de información que los socios efectúen durante la junta: tengo la sensación de que tales solicitudes no se someten a las reglas aplicables a las similares "intervenciones y propuestas" las cuales los administradores pueden establecer que se hagan llegar a la sociedad con anterioridad a la constitución de la propia junta según ya es sabido[58]. La diferencia estriba en que, satisfechos los requerimientos legales y si técnicamente es posible, el artículo 97.5 *in fine* contempla la posibilidad de que accionistas virtuales ejerciten durante el acto de la junta su derecho de información; es más, obliga a los administradores a contestarles en un plazo máximo de 7 días y a hacerlo "por escrito"[59]. En suma, resulta legalmente claro que no es el mismo sistema el de las "intervenciones y propuestas" virtuales que el del ejercicio virtual del "derecho de información". En consecuencia, si técnicamente es posible, solicitudes de información podrán hacerse electrónicamente durante el transcurso de la junta sin que los administradores estén habilitados para limitarlas en el

57 Muy ampliamente estudiadas en el epígrafe 5.1 "derecho (electrónico) de asistencia a la junta".

58 La práctica societaria española, eso sí, referida a las sociedades cotizadas mayoritariamente, establece por lo general un plazo mínimo de 24 horas de anticipación para que los accionistas hagan llegar a la sociedad convocante sus intervenciones y propuestas en soporte electrónico.

59 La norma arriba citada estatuye: "Las contestaciones a aquellos de estos accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito, durante los siete días siguientes a la junta".

tiempo para su presentación ni más allá de los condicionamientos sustantivos que para las solicitudes orales permite el artículo 112.2 de la propia LSA.

Así pues, nos encontramos ante una regla imperativa para cuya formulación el legislador, solo en lo concerniente a su contestación por la administración social, repite en el 97.5 idénticas palabras a las que había introducido previamente en el 112.2. Imperatividad que procede de la norma de papel y que abarca tanto la formulación de solicitudes de información como su limitación y régimen de respuesta por la administración. Consecuentemente, no me parece que quepa la posibilidad de que los administradores puedan modular el ejercicio del derecho de información conforme a la propia regla de "plazos, formas y modos de ejercicio" que para otros derechos y en aras al "ordenado desarrollo de la junta": su específica contemplación al final del propio 97.5 de la LSA fundamenta su disciplina particularizada siempre que –reitero- los restantes requisitos legales para la asistencia virtual se cumplan y la tecnología disponible lo permita.

¿Cuál es la disciplina de la información requerida por el accionista antes de la celebración de la junta de la SA no cotizada?: este pudiera ser el tenor de la segunda cuestión planteada por el primero de los principales interrogantes suscitados por la electronificación del derecho de información en el subtipo analizado. La respuesta a la cuestión formulada pasa a través del recordatorio de un elemento concreto del régimen preexistente basado en papel establecido por el artículo 112.1 de la LSA: se trata de la conexión existente entre el ejercicio de dicho derecho y el anuncio de la convocatoria de junta así como la publicación eficaz del mismo. Los restantes elementos de la disciplina no son relevantes para el presente análisis por cuanto que imperativos tanto en el mundo del papel como en el electrónico. La dicha conexión es relevante, por el contrario. Lo es en la medida en que lo reduce a un derecho que se constituye con ocasión de la celebración de la junta aun cuando su ejercicio ha de practicarse en un período de tiempo previo legalmente delimitado: el que discurre entre la publicación de la convocatoria y el séptimo día anterior a la celebración de la junta de acuerdo con el calendario anunciado en tal convocatoria. En suma, si no hay convocatoria no se constituye el derecho puesto que el mismo, primordialmente, consiste en la iniciativa del socio para la obtención de "informaciones o aclaraciones" y "formular preguntas"... "acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día" y, obviamente, el orden del día es parte integrante de la convocatoria cuyo conocimiento por parte de los accionistas en general depende la publicación del anuncio que la contiene[60].

Al tratarse, así pues, de un derecho conectado con la convocatoria y celebración de la junta, su disciplina –de papel del año 2003- pasa formar parte del campo de aplicación de la disposición electronificadora de la asistencia virtual a junta y de los derechos del socio vinculados a ella –establecida en 2005 por el muy reiterado artículo 97.5-. Consecuentemente, reiterando también las

60 Cfr. artículo 97 de la LSA particularmente en sus apartado 2 y 1.

ya muy conocidas palabras de la norma ahora citada, "en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta" y entre ellos, el de información previa relacionada con los puntos del orden del día. Indubitadamente, los administradores en el ejercicio de esta facultad de descripción habrán de respetar los requerimientos mínimos fijados por el artículo 112 y concordantes: se trata de una manifestación más, ahora en el área del derecho de información, del consabido principio rector de la contratación electrónica de la inalteración del derecho preexistente[61].

(ii) La segunda incógnita de relieve antes anunciada se refiere al papel de los sitios web en este subtipo de sociedades, en realidad la generalidad de las SA según se ha dicho; papel en cuanto que potenciales medios concretos de ejercicio electrónico del derecho de información del accionista. No es tal rol ciertamente el mismo que desenvuelven en la SA cotizadas: aquí no es imperativo que la sociedad establezca un sitio web propio ni, caso de hacerlo, la ley les atribuye específica utilidad legal alguna: el artículo 117.2 de la LMV limita su campo de aplicación a las SA cotizadas y carece de parangón en la LSA. Las SA no cotizadas, por tanto, no están obligadas a poseer y utilizar dicho sitio. Para este último subtipo social habrá, pues, de ser los estatutos de cada compañía los que determinen aquella utilidad y establezcan requisitos y condiciones al efecto.

La utilidad en cuestión puede ser muy variada: asistencia virtual –en términos sustantivos y no solo de mera visualización o seguimiento- a la junta, ejercicio de derechos asociados a la asistencia y ya analizados, obtención de información no vinculada a la celebración de la junta, acceso y obtención de formularios hábiles para el ejercicio de derechos presenciales, información meramente material de acontecimientos de la vida societaria, entre otros extremos, constituyen aspectos de la utilidad que estatutariamente puede pactarse para el sitio web de la SA no cotizada. El silencio al respecto de la LSA no impide tales pactos societarios: la libertad contractual amparada por el artículo 10 de la LSA a la hora de la confección de la escritura de constitución de la compañía –y, por ende, de sus estatutos[62]- otorga la necesaria cobertura a la utilización de un

61 Sobre dicho principio, mi ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, cit., págs. 46 y sigtes.

62 El artículo 10 de la LSA dispone que "En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima". El precepto resulta criticable por diversas razones –entre otros, la referencia limitada a la escritura o la indeterminación objetiva del límite a la libertad contractual de los fundadores constituido por los inventados por la propia LSA "principios configuradores"- pero su contenido nuclear resulta muy satisfactorio. Su aplicación hoy, en orden a la electronificación de la vida social, resulta ampliamente facilitada por cuanto diversas leyes apoyan y disciplina hoy aspectos relevantes de la contratación electrónica -LSSICE y LFE principalmente-.

sitio web de la compañía con la finalidad de ejercitar o auxiliar al ejercicio de derechos del socio cuya electronificación se encuentra facilitada por el artículo 97.5 de la propia LSA; a mayor abundamiento se incrementa la evocada cobertura a la vista del mandato establecido por el artículo 23.1 de la LSSICE. Así las cosas ha de concluirse que, mediando cláusula estatutaria habilitante, el sitio web de las SA no cotizadas puede cumplir todas las funciones legales que la ley atribuye al de las SA cotizadas así como otras funciones estatutarias o simplemente materiales convenidas por los socios.

(iii) El tercer y final punto a considerar de entre los que previamente se avanzaron está constituido por la duda que suscita la viabilidad legal de la sustitución del soporte escrito por el mensaje de datos en orden a facilitar al socio las informaciones resultantes del ejercicio de su derecho de información.

Se trata de una cuestión ardua y discutida en la que la posición doctrinalmente dominante ha sido hasta el presente la negativa a dicha sustitución del papel por los datos electrónicos, siendo negada consecuentemente la aplicación al caso del principio de equivalencia funcional consagrado en forma explícita por el artículo 23.2 de la LSSICE. A favor de tal negación concurre sin duda el muy poderoso argumento de la literalidad de las leyes sucesivas en la materia: las muy reiteradas de 1989, 2003 y 2005 contienen todas ellas referencia al "escrito" como soporte de la pregunta y contestación ofrecida con la peculiaridad de que los dos últimos textos fueron promulgados en plena vigencia de la LSSICE, lo que implicaría que el legislador ha excluido expresamente la electronificación de las preguntas y respuestas en la SA no cotizada derivadas del ejercicio del derecho de información del socio[63].

Entiendo que esta línea de argumentación, no obstante su contundencia, puede ser contrarrestada recurriendo a varios criterios no exactamente literales y, en definitiva, sostenerse que tantas cuantas veces la LSA requiere el soporte escrito en la materia "... este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico"[64].

Ante todo, las leyes de 2003 y 2005 entiendo que no han pretendido derogar la LSSICE en el campo específico del derecho de sociedades vía el uso, reiterado incluso, del calificativo escrito en sus respectivos textos. Sencillamente se limitan a reconocer la extramayoritaria realidad societaria al momento de sus respectivas promulgaciones en cuanto que lo escrito constituía a la sazón -y probablemente sigue constituyendo- el instrumento comunicativo de contraposición a lo verbal

63 La expresión "por escrito" aparece en los artículos 106.2 y 112.1 de la LSA de 1989. En la LT de 2003 esa expresión se incluye en los nuevos textos de los artículos 106.2; 112.1.1 –en dos ocasiones-; 112.1.2 y 112.2 atribuidos a la LSA; la expresión "forma impresa" se incluye en el nuevo 117.1 que el mismo cuerpo legal establece en la LMV. Por su parte la LSAEDE utiliza la expresión por escrito en el nuevo tenor que atribuye al artículo 97.5 *in fine* de la LSA.

64 Literalmente se reproduce arriba la cola del artículo 23.3 de la LSSICE, norma fundamental del principio de equivalencia funcional propio del derecho de la contratación electrónica según ya se ha señalado con anterioridad.

o gestual. Ello sin embargo no implica ni derogación sectorial de la LSSICE ni deterioro de los muy amplios efectos horizontales de esta norma[65]. En este sentido no deja de resultar significativo que su reproducido artículo 23.2 emplee en su tenor literal tanto el término contrato como el de información precisamente ajustado a la materia respecto de la que los artículos 97 y 112 de la LSA[66] consagran el derecho debatido –el de información-.

En segundo término no puede minusvalorarse el papel que ha venido a desempeñar la introducción en la LSA de 1989 de la nueva redacción del artículo 97.5 tal y como se estableció en 2005: ya ha quedado sobradamente demostrado que el actual artículo 97.5 permite que, mediando el apropiado pacto estatutario, desaparezcan todas las referencias legales al soporte escrito en todo lo concerniente al ejercicio del derecho de información del accionista en las SA no cotizadas siempre que se satisfagan requisitos formales y tecnológicos por los órganos sociales concernidos. Con una única excepción: "las contestaciones a aquellos de estos accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán, por escrito, durante los siete días siguientes a la junta"[67] dispone el texto legal de 2005. En todos los demás casos, si existe la cláusula estatutaria habilitante, preguntas y respuestas pueden ser electrónicas.

En tercer y último lugar, puede argumentarse que incluso en la hipótesis excepcional y única que acaba de mencionarse- en la que la ley últimamente reformada sigue manteniendo el calificativo de escrito para las contestaciones de los administradores a las preguntas *in situ* de los socios-, la equivalencia funcional cabe ser aplicada. Primero, porque si el socio asistente virtual es quien pregunta, la SA no posee otro instrumento de contestación que la dirección web de dicho socio y para transmitirle cualquier respuesta habrá por fuerza de utilizar dicha vía electrónica, especialmente en caso de que la sociedad haya emitido acciones al portador con soporte papel y su titular sea quien formula la pregunta a contestar. Segundo, porque la ley de 2005 a través de la cola contemplada del artículo 97.5 lo que sustancialmente pretende es establecer un límite cronológico –7 días máximo- para la respuesta de los administradores que se ha de producir una vez la junta ya celebrada y que consecuentemente, no va nunca a poder ser oral: la referencia al escrito en el precepto, por tanto, no es tanto una contraposición a lo electrónico sino a lo oral; en este contexto, el artículo 23.3 de la LSSICE vuelve a desplegar todos sus efectos de equivalencia funcional. Tercero y final, porque la ley de 2005 con certeza, junto a la finalidad

65 Recuérdese que el artículo 23.4 de la LSSICE solo excluye de dichos efectos horizontales a "los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones" al par que efectúa una reserva parcial respecto de actos documentales públicos.

66 Este último elemento argumentativo me resulta un tanto equivoco y no insistiré sobre el mismo: el termino información en la LSSICE es tanto sinónimo de noticia como de datos electrónicos a los que la noticia queda reducida cuando su texto se electronifica. Ya me he referido a ello en alguna anterior ocasión.

67 Actual artículo 97.5 *in fine* de la LSA.

de limitación del tiempo de respuesta ahora expresada también busca la satisfacción de un objetivo complementario: que dicha respuesta ofrecida por los administradores sea dirigida directa y personalmente al accionista que formuló la correlativa cuestión. En el mundo del dominante papel, ello solo es posible mediante la utilización del soporte escrito. En el mundo electrónico una tal comunicación directa y personal dirigida en exclusiva al socio ciertamente es también posible: lo es a través del envío por la sociedad de mensajes de datos basados en la tecnología apropiada de FE al accionista que preguntó. En tal contexto la equivalencia funcional vuelve a hacer el resto. El razonamiento desenvuelto excluye, sin embargo, toda posibilidad de que la respuesta se produzca a través de la página web de la sociedad si es que la hubiera. A mi entender incluso con provisión estatutaria *ad hoc,* al tratarse de una norma de corte limitatorio e imperativo. Por demás, los requerimientos legales de sobra conocidos sobre habilitación estatutaria, identificación segura, previsión en la convocatoria, tecnología apropiada –a disposición del socio destinatario en esta ocasión- y orden de la asamblea deberán en todo caso de haber sido satisfechos por las partes involucradas en la petición de información y su respuesta electrónica. De así haberse satisfecho todos estos requerimientos, entiendo que la SA no cotizada cumple la ley contestando mediante mensaje de datos –y no por escrito- a pesar de la cola ya conocida del artículo 97.5 de la LSA. Cumple, en mi opinión, incluso contra la indicación expresa del socio. Idéntico cumplimiento se produce, incluso sin la satisfacción de todos los requerimientos enumerados, si el socilicitante de la información demanda igualmente que la respuesta a obtener se le transmita electrónicamente en soporte seguro. Tal es el alcance de los criterios interpretativos no formales que se han venido desenvolviendo.

En realidad, la equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el escrito se entiende plena y mucho más fácilmente si se considera la característica de la recuperabilidad de los mensajes de datos, de forma habitual ignorada por la legislación española en materia de electronificación y comercio electrónico. El uso de una expresión –criticada con fundamento por otras razones que no hacen al caso y que formar parte del acervo jurídico y comercial de dicha electronificación- facilitaría sobremanera el entendimiento de esa equivalencia funcional y su juego legal: me refiero a la de "soporte duradero" que la legislación española sobre contratación electrónica de seguros utiliza con abundancia al mismo tiempo en que modificaba con fines de electronificación la LSA[68]. Con

68 Algunas de las críticas evocadas en el texto en ILLESCAS ORTIZ, R., "El contrato de seguro y su oferta, perfección y prueba electrónicas tras la Ley 34/2003", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 51, julio/agosto 2004, págs. 3 y ss, en págs. 7 y ss.. La expresión mencionada en el texto se encuentra en la disposición ahora citada: la Ley 34/2003, de 4 de noviembre de 2003, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (BOE nº 265 de 5 de noviembre de 2003). La expresión soporte duradero aparece en este texto bajo la directa influencia comunitaria europea y lo hace en tres ocasiones diferentes: en su artículo 1.15 al dar nueva redacción al artículo 60 de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los

su empleo sí que queda en grado sumo expresada, incluso para recalcitrantes, la identidad jurídica entre lo escrito y lo electrónico –el mensaje de datos recuperable o duradero-.

6. Hacia la reunión electrónica de los órganos sociales

Las ideas desenvueltas en las páginas precedentes permiten cerrar el presente trabajo afirmando, con cautela por el momento, que la reunión electrónica de los órganos sociales se encuentra, tras las reformas legislativas consideradas, ampliamente fundamentada en las normas vigentes. No es que estas efectúen expresa mención de dicha junta electrónica pero el régimen de los derechos a ejercer con ocasión de su reunión, plenamente electronificado, permite fundadamente obtener aquella conclusión[69]. Podría abrirse una amplia discusión acerca de la prevalencia del órgano o la función en la materia: la conclusión a alcanzar, ya se ha dicho, no puede ser sino a favor de la superioridad de la función –el órgano, sin duda, se encuentra al servicio de aquella en toda fisiología de las organizaciones, desde la más simple hasta la más compleja-. Consecuentemente y dada la ya culminada electronificación positiva de las funciones –los derechos del socio con ocasión de la reunión del órgano- resultaría incluso *antinatura* que tal órgano –la junta de accionistas- fuere excluido de la mencionada electronificación. Sucede, no obstante, que el derecho, su tecnicismo y su carga política requieren un determinado grado de elaboración adicional la que habrá en ocasión futura que dedicarse. Baste por el momento este leve apunte que se cierra con una pregunta cuya respuesta es inequívoca: ¿podrá legalmente exigirse la celebración de una junta presencial cuando todos los socios asistentes han decidido participar en ella de modo virtual? La respuesta debe ser negativa salvo que se pretenda incurrir en el ridículo –jurídicamente innecesario- del presidente y el secretario de la asamblea reunidos en una sala vacía de personas y frecuentada tan solo por un par de terminales de ordenador; lo cual, como ya se sabe, constituye una posibilidad real tras las leyes estudiadas de 2003 y 2005.

Seguros Privados; en su artículo 2.1 al introducir un nuevo artículo 6 bis en la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro y en su artículo 2.3 en cuya virtud se añade a esta ultima disposición una nueva Disposición Adicional 1ª que contiene una definición o descripción, un punto tautológica, de lo que es el soporte duradero –"papel u otro soporte duradero que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información"-. La definición, en todo caso, tiene el mérito de reconocer muy explícitamente la equivalencia del papel y el soporte duradero.

69 En ese orden de ideas y con un estudio de los aspectos técnicos –de técnica jurídica y de técnica electrónica- cfr. GARCIA MANDALONIZ, M.-RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T., "La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 57, febrero 2005, págs. 87 y ss., en págs. 76 y ss.

Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

María Jesús Guerrero Lebrón*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Regulación del proceso constitutivo de las Sociedad Limitada Nueva Empresa. 2.1 Consideraciones Generales. 2.2. La Red CIRCE: Centro de Información y Red de Creación de Empresas. 1.3. El DUE: Documentos Único Electrónico. 2.4. La Intervención del Notario y del Registrador. 2.5. Procedimiento telemático de constitución de una SLNE. 3. Conclusiones.

Resumen

En España, La Ley 7/2003 de Sociedad Limitada Nueva simplifica las condiciones para la creación de empresas, permitiendo que los trámites de constitución se realicen a través de medios electrónicos. La presente ponencia tiene por objeto el estudio y análisis de la regulación del nuevo proceso constitutivo de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y de los pasos que han de cumplirse para llevar a cabo tal tramitación.

Palabras clave: Sociedad Limitada Nueva Empresa. Proceso constitutivo. Medios electrónicos

Abstract

In Spain, the Law 7/2003 about New Limited Liability Company simplifies the requirements for the creation of companies, allowing that the constitution proceedings are made through electronic means. This research analyzes the regulation of the new creation process of the New Limited Liability Company and the steps that are to be fulfilled to carry out such procedure.

Key words: New Limited Liability Company. Constitution proceedings. Electronic Means

Recibido: 16/11/2006 • Aceptado: 5/12/2006

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Pablo de Olavide.

1. Introducción

La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, persigue, según se explica en su propia Exposición de Motivos, *«remover los obstáculos administrativos que dificultan a las empresas su constitución y el desarrollo de su actividad»*, lo cual, como propósito que persigue una mejora de la economía, no cabe duda de que es verdaderamente loable. Para ello, se reduce considerablemente el plazo medio de constitución de este tipo especial de Sociedad Limitada, que de una duración media de dos meses, pasa a poder concluirse en 48 horas. Los trámites administrativos a los que se somete su constitución son los mismos que los de cualquier otra sociedad[1]; si bien, en lugar de tener que cumplimentar quince formularios, basta con uno, el Documento Único Electrónico; y de las ocho visitas a Notarios, Registradores y Administraciones Públicas, se pasa a tres en la gestión telemática: una visita al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT) para concertar la cita con el Notario, otra visita al Notario para otorgar la escritura pública, y una tercera y última visita al Notario para retirar la copia autorizada de la escritura ya inscrita. Además se dota a estas sociedades de un sistema contable simplificado, se elimina la obligación de llevar el Libro-Registro de socios y se le conceden ventajas de tipo fiscal[2].

Tal reforma de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tiene su origen en un compromiso comunitario, pero no ha venido impuesta en sentido estricto, como la mayoría de las que se han llevado a cabo en el ámbito societario, por la necesidad de adaptar nuestro Ordenamiento a las normas de la Unión Europea[3]. En efecto, en virtud de la Recomendación 97/344/CEE sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, se constituyó en 1997 un grupo de trabajo en el seno de la Unión Europea para la simplificación del entorno empresarial, conocido como grupo BEST, al que siguieron otros programas, entre los que destaca el relativo a la transmisión y sucesión de empresas, cuyo informe final

1 Esta idea ya ha sido destacada por algunos autores *vid.* VIERA GONZÁLEZ, Jorge A., «Algunas consideraciones sobre el "proyecto nueva empresa"», *Revista Derecho de Sociedades*, nº 18, 2002, p. 450; y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Mª, *La Sociedad Nueva Empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa,* Barcelona, 2004, p. 26.

2 Las ventajas se cifran en el aplazamiento del pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por la constitución de la sociedad, en el aplazamiento del Impuesto sobre Sociedades en los dos primeros períodos impositivos y en el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se devengue en el primer año desde la constitución.

3 EMBID IRUJO, José Miguel, «Consideraciones generales sobre la "Sociedad Limitada Nueva Empresa"», *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentario a los artículos 130 a 144 y a las Disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL* (dir. Boquera Matarredona), Navarra, 2003, p. 20.

es de octubre de 2003. La presidencia española de la Comunidad Europea en el primer semestre de 2002 supuso un compromiso de la Administración española en este tema, dando lugar al programa Nueva Empresa, el cual fue presentado en las conclusiones del Consejo Informal de PYMES de marzo de 2003[4].

Llama la atención que los trabajos para una ordenación más sistemática y rigurosa de nuestro Derecho de sociedades, esto es la «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», elaborada en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que fue divulgada por el Ministerio de Justicia en noviembre de 2002, no incluyan esta nueva modalidad que engrosa la hasta ese momento existente tipología societaria[5].

Sin embargo, y a pesar de las numerosas críticas que la Ley ha recibido, particularmente por quienes juzgan su calidad técnica jurídica[6], y por quienes cuestionan el acierto de constreñir las supuestas ventajas que consagra a un tipo societario específico[7], hay que decir que la medida implantada ha tenido el reconocimiento por parte de la Comisión Europea como un caso de buenas prácticas en su informe del año 2004 enviado al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa[8], y que diversos países europeos (según indica el informe citado, este es el caso de Austria, Suecia y Noruega), siguiendo el ejemplo español, están desarrollando una infra-estructura para el registro rápido de nuevas empresas, que permitirá que se realice en 48 horas manteniendo el mismo grado de seguridad jurídica.

4 *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

5 En el mismo sentido EMBID IRUJO, José Miguel, *op. cit.*, pp. 20 y 21, para quien *«esta circunstancia, cancela, por el momento, la reflexión más constructiva en la materia y obliga, por mor de la vigencia normativa, a examinar con particular cuidado el régimen jurídico de la "Sociedad Limitada Nueva Empresa"».*

6 *Vid.,* entre otros, FERNÁNDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, Ana, «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada nueva empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (I)», *La Ley,* año XXV, nº 5938, 22 de enero de 2004, p. 2, quien justifica en este origen puramente administrativo las deficiencias jurídicas del proyecto así como su difícil encaje.

7 *Vid.,* entre otros, VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Mª, *op. cit.*, p. 33; TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, Javier, «La sociedad nueva empresa: una reflexión crítica», *Revista Derecho de Sociedades*, nº 22, 2004-1, p. 157; EMBID IRUJO, José Miguel, *op. cit.*, p. 23; GARCÍA MANDALONIZ, Marta, «La futura extensión de la constitución telemática de la Sociedad Limitada nueva empresa al resto de las sociedades mercantiles», *Revista de la Contratación Electrónica*, julio-agosto 2005, pp. 51-63; y HIERRO ANIBARRO, Santiago, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada. La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, en *Tratado de Derecho Mercantil* (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), vol. 4, Madrid, 2006, p. 111.

8 *Vid.* Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa, COM (2004) 64 final, Bruselas, 11 de febrero de 2004.

2. Regulación del proceso constitutivo de las SLNE

2.1. Consideraciones generales

La implantación de esta nueva modalidad de Sociedad de Responsabilidad Limitada ha exigido tanto un amplio desarrollo reglamentario de las medidas inicialmente previstas en la Ley 7/2003, como otras medidas regulatorias. Así, para la puesta en marcha del Documento Único Electrónico (en adelante, DUE) al que se refiere la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, se ha dictado el R.D. 682/2003, de 7 de junio[9]. Además, la efectiva implantación del DUE requiere un Convenio de colaboración con cada CCAA a efectos de la gestión del impuesto de transmisiones patrimoniales, en su modalidad de operaciones societarias. Junto a ello, la Orden de Presidencia 2491/2003, de 3 de septiembre[10], regula prescripciones tecnológicas de los sistemas de información de los centros de ventanilla única empresarial a que se refiere la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de sociedades de responsabilidad limitada. Por otra parte, para que una entidad pueda constituirse en PAIT deberá firmar un Convenio con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a lo que se refiere la Disposición adicional 8ª de la Ley 7/2003. Igualmente, para la constitución y puesta en marcha de las sociedades Nueva Empresa por medios telemáticos es necesaria la colaboración de los Notarios, Registradores y otros profesionales colegiados con las Administraciones Públicas, para que puedan operar en nombre y representación de terceros en cumplimiento de las obligaciones tributarias y laborales. La Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo[11], regula el procedimiento de asignación del código ID-CIRCE (el código alfanumérico que forma parte de la denominación social de la Sociedad Limitada Nueva Empresa), que permite la identificación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y su solicitud en los procesos de tramitación telemática; la Orden ECO/1686/2003, de 12 de junio, se ocupa de la creación del fichero de tratamiento automatizado de datos de carácter personal "Documento Único Electrónico"[12]; el R.D. 296/2004, de 20 de febrero, aprueba el régimen simplificado de la contabilidad[13] y la Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio[14], aprueba los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. Para terminar, la puesta en funcionamiento de la tramitación telemática ha exigido, en orden a la intervención de Notarios y Registradores, que la Dirección General de los Registros y del Notariado dictara

9 Cfr. BOE nº 138, de 10 de junio de 2003.
10 Cfr. BOE nº 220, de 13 de septiembre de 2003,
11 Cfr. BOE nº 130, de 31 de mayo de 2003.
12 Cfr. BOE nº 151, de 25 de junio de 2003.
13 Cfr. BOE nº 50, de 27 de febrero de 2004 y corrección de errores en BOE nº 131, de 31 de mayo.
14 Cfr. BOE nº 134, de 5 de junio de 2003.

la Instrucción de 30 de mayo de 2003, en relación a la entrada en vigor de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa[15].

En cualquier caso, esta ingente producción normativa no puede hacernos olvidar que, desde el punto de vista jurídico, los requisitos constitutivos de una SLNE tampoco difieren de los del resto de sociedades mercantiles, con independencia de que los trámites puedan realizarse por medios telemáticos, ya que según dispone el art. 134. 1 LSRL, *«[l]a sociedad Nueva Empresa requerirá para su válida constitución escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio. Con la inscripción adquirirá la sociedad Nueva Empresa su personalidad jurídica»*.

A ello se añade en el siguiente párrafo del mismo precepto, que *«[e]n la escritura de constitución se podrán incluir los pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente, siempre que no contravengan lo prevenido en este capítulo»*. En este sentido, se mantiene el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito societario, al menos formalmente, pues en la práctica, el estricto y estandarizado régimen previsto para este tipo de sociedades hace difícil que los socios puedan llenar de contenido tal declaración[16].

De hecho, la SLNE ha sido diseñada pensando en proyectos empresariales respecto de los cuales la autonomía de la voluntad tiene una importancia menor, ya que si se quiere aprovechar la principal ventaja que deriva de la simplificación procedimental de la que parte esta Ley, esto es, la rápida constitución, es necesario utilizar el modelo de estatutos orientativo (cfr. Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa[17]). En caso contrario, no viene impuesto el despacho por parte del Registrador mercantil de la escritura pública para su inscripción en el plazo de 24 horas desde su presentación (art. 134.6 LSRL). Además se imponen otras limitaciones a la autonomía de la voluntad, estableciendo que el número de socios fundadores no puede exceder de cinco, ni ser personas jurídicas, de manera que si se contempla la difusión de la base societaria puede que la SLNE no sea la forma adecuada (art. 133 LSRL). Tampoco se admite que el socio único de una SLNE constituya otra SLNE con el mismo carácter (art. 133.2 LSRL); no cabe consejo de administración, y en caso de órgano pluripersonal sólo son posibles dos formas de organización: administradores solidarios o mancomunados, con firma conjunta de dos cualesquiera en este último caso (art. 139 LSRL). Se prohíben las aportaciones no dinerarias en la constitución de la sociedad en cuanto al capital mínimo (135.2 LSRL) y se establece un techo máximo de capital social de ciento veinte mil doscientos dos euros (135

15 Cfr. BOE nº 140, de 12 de junio de 2003.

16 *Vid.* la crítica que a este respecto realizan MARÍN CALERO, Carlos, «Requisitos constitutivos», *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentario a los artículos 130 a 144 y a las Disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL* (dir. Boquera Matarredona), Navarra, 2003, pp. 83 y ss.; y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Mª, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

17 Cfr. BOE nº 134, de 5 de junio de 2003.

LSRL). Incluso, se impide modificar con posterioridad los estatutos, salvo las modificaciones relativas al domicilio, la denominación y el capital social (art. 140 LSRL). Es más, la forma de configurar la denominación social ha de ser irrelevante para los socios, ya que deben adoptar como denominación los datos identificativos de un solo socio más un código alfanumérico (art. 131 LSRL). No obstante, en este punto se ha introducido cierta flexibilidad al permitir con la reforma operada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre[18], que los socios, durante los tres primeros meses siguientes a la constitución de su sociedad, puedan cambiar la denominación social ya inscrita por una denominación objetiva o de fantasía sin tener que abonar aranceles notariales y registrales.

Por otra parte, no puede dejar de señalarse la defectuosa técnica legislativa empleada, ya que los límites a los que debe constreñirse la autorregulación societaria no se encuentran exclusivamente en "ese capítulo", como indica el inciso reproducido, sino que pueden provenir de cualquier otro precepto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada[19].

2.2. La red CIRCE: Centro de Información y Red de Creación de Empresas

Entre las principales bazas que esta Ley utiliza para estimular la creación de empresas se encuentran el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la actuación de los Notarios, Registradores y Administraciones Públicas competentes, y la prestación de la asistencia técnica necesaria para ayudar a las empresas en los momentos previos a su constitución. Para ello prevé la creación del Centro de Información y Red de Creación de Empresas, que abreviadamente se denomina CIRCE, concebido como una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación. Esta red, junto con el Documento Único Electrónico (DUE), al que nos referiremos en el siguiente epígrafe, permite llevar a cabo la tramitación telemática del proceso constitutivo, reduciendo significativamente los plazos de constitución.

El CIRCE se define en el art. 2 del Real Decreto 682/2003 como un sistema de información para la tramitación a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas de la constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que se integra por los siguientes elementos:

a) El *Sistema de Tramitación Telemática* (STT), que es el sistema informático de tramitación de expedientes electrónicos encargado de articular el proceso de creación de empresas basado en el Documento Único Electrónico (DUE), y de facilitar la información entre los interesados en el proceso. De modo que a través del STT se llevará a cabo el intercambio de la documentación necesaria para la creación de empresas mediante la interacción con los sistemas

18 Cfr. BOE nº 277, 19 de noviembre de 2005.

19 *Vid.*, en el mismo sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Mª, *op. cit.*, p. 26.

informáticos dispuestos por cada uno de los actores que intervienen en el mismo, correspondiendo su administración y gestión al Ministerio de Economía a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa.

b) El *Portal PYME*, que está constituido por un conjunto de contenidos multimedia para proporcionar servicios de información y asesoramiento a los emprendedores a través de Internet, desde la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. A ellos se puede acceder a través del dominio: www.circe.es.

c) Y la red de *Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación* (PAIT), que serán oficinas dependientes de entidades públicas o privadas, sin ánimo de lucro, los centros de Ventanilla Única Empresarial, así como colegios profesionales, organizaciones empresariales y cámaras de comercio[20], en las que sin exigir contraprestación económica alguna se prestarán servicios presenciales de información y asesoramiento a los emprendedores en la definición y tramitación telemática de sus iniciativas empresariales, así como durante los primeros años de actividad de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. No obstante, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, ha modificado el apartado 5 de la disposición adicional 8ª de la LSRL, permitiendo que en los Convenios se establezcan junto a los servicios de información, asesoramiento y tramitación que deben prestarse de forma gratuita, otros de carácter complementario, que pueden ofrecerse mediante contraprestación económica[21].

Para que una de las entidades antes mencionadas se convierta en PAIT resultan precisos la firma de un convenio entre el organismo correspondiente y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, así como, dado que precisamente desde los PAIT se realizará la tramitación de los DUEs, la instalación del programa facilitador para la cumplimentación del DUE en los equipos informáticos que designe el organismo, y que todos los usuarios que vayan a cumplimentar y enviar DUEs dispongan de los certificados personales de firma electrónica[22].

20 La Ley 7/2003 se refería tan sólo a las administraciones públicas y entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, además de a los centros de Ventanilla Única. El Real Decreto 682/2003 amplió este elenco a los colegios profesionales, las organizaciones empresariales y las Cámaras de Comercio.

21 Cfr. BOE nº 312, de 30 de diciembre de 2005.

22 En la página web del CIRCE (www.circe.es) está disponible el mapa actualizado de PAITs. La mayoría de las ventanillas únicas empresariales (que se crearon al amparo del Protocolo de Colaboración para el desarrollo del proyecto "ventanilla única empresarial", firmado el 26 de abril de 1999 por los Ministros de Economía y Hacienda, Trabajo y Asuntos Sociales y Administraciones Públicas y por el Presidente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación) sirven igualmente como PAITs. Lo mismo sucede con los Registros Mercantiles Territoriales.

2.3. El DUE: Documento Único Electrónico

El DUE se define como un instrumento de naturaleza telemática en el que se incluyen todos los datos referentes a la Sociedad Limitada Nueva Empresa que, de acuerdo con la legislación aplicable, deben remitirse a los registros jurídicos y a las Administraciones Públicas competentes para la constitución de la sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social inherentes al inicio de su actividad, siempre y cuando éstos se remitan por medios telemáticos. Con tal instrumento de naturaleza electrónica y carácter integrador se permite la realización telemática de todos los trámites que se mencionan en el art. 5.1 del Real Decreto 682/2003, así como de los que por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda los complementen y/o sustituyan:

- Obtención de la denominación social de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.
- Obtención del número de identificación fiscal (NIF) provisional de la sociedad.
- Autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (operaciones societarias).
- Obtención del NIF definitivo.
- Declaración censal del inicio de actividad, tanto para la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, como para la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Formalización de la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de la prestación económica por incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores de la sociedad.
- Inscripción del empresario y apertura del código cuenta de cotización (CCC) en la Seguridad Social.
- Inscripción de embarcaciones y artefactos flotantes.
- Afiliación y alta de trabajadores en el sistema de la Seguridad Social.
- Alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) a efectos censales.

El Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, se ocupa también de establecer el contenido del DUE, que se divide en dos tipos de datos. Los que denomina datos básicos, que son los que se detallan en su anexo I (por ejemplo, entre otros, datos identificativos relativos a los socios, a la denominación social de la empresa, al representante de la empresa, etc.), y que deberán cumplimentarse en el momento en que se da inicio la tramitación. Y los datos a incorporar en cada fase de la tramitación por el Notario autorizante de la escritura pública de constitución de la sociedad, por los encargados de los registros jurídicos y por las Administraciones públicas competentes para la constitución de la sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la seguridad social

inherentes al inicio de su actividad, y que se detallan en el anexo II (por ejemplo, datos relativos a la escritura de constitución, datos relativos a la inscripción registral, etc).

2.4. La intervención del Notario y del Registrador

Según venimos exponiendo, la constitución de una Sociedad Limitada Nueva Empresa está sometida a los mismos requisitos constitutivos que cualquier sociedad mercantil, por lo que es preciso que en dicho procedimiento intervenga un Notario que eleve a escritura pública el acuerdo de constitución y los Estatutos sociales, y un Registrador mercantil que la inscriba.

Las principales peculiaridades que en torno a la intervención del Notario se producen en el proceso constitutivo de estas sociedades tienen lugar si se lleva a cabo la tramitación telemática, procedimiento que permite aprovechar todas las ventajas de la rápida constitución para la que la SLNE ha sido prevista, mediante la remisión telemática de toda la documentación entre el Notario, el Registrador mercantil provincial, el Registro Mercantil Central y las Administraciones Públicas implicadas. No obstante, tal procedimiento no deja de ser una opción para los constituyentes, que igualmente pueden optar por la tramitación tradicional, designando un representante para la realización de los trámites o expresando su voluntad de hacerlo por sí mismos.

Eso es lo que parece querer decir el art. 134 LSRL cuando dispone que, *«... los socios fundadores podrán, con carácter previo al otorgamiento de la escritura de constitución, eximir al Notario que la vaya a autorizar de las obligaciones que se establecen en el presente artículo...»,* ya que, tal como se ha puesto de manifiesto, no todas las obligaciones impuestas en ese artículo son susceptibles de dejar de ser cumplidas[23]: evidentemente el Notario no puede ser eximido de autorizar la escritura, ni podrá dejar de expedir la copia en papel, ni de realizar las comprobaciones relativas a la denominación social, etc.

Si se opta por la tramitación telemática, los Notarios y Registradores se remitirán la información y documentación necesaria para la constitución de este tipo social a través del sistema CIRCE[24], mediante la utilización de su firma electrónica reconocida. Asimismo, los Notarios y Registradores utilizarán este sistema de información en las relaciones telemáticas que deban mantener con las Administraciones Públicas para la constitución de dicho tipo societario (Disposición adicional cuarta de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad[25]).

23 *Vid.* la crítica en ese sentido de MARÍN CALERO, Carlos, *op. cit.*, p. 91.

24 Regulado en el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, y al que se refiere la Instrucción de 30 de mayo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en relación con la entrada en vigor de la Ley 7/20003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

25 Cfr. BOE nº 277, de 19 de noviembre de 2005.

Para ello habrá que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 106 a 114 (Sección 8ª, "Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad preventiva") de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (tal como han quedado redactados tras la reforma operada por la Ley 24/2005), en el art. 17 bis de la Ley del notariado, de 28 de mayo de 1862[26] y su Disposición adicional transitoria undécima (también reformadas por la Ley 24/2001), así como en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2003.

En dicha regulación se establece que los Notarios y Registradores dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la transmisión, comunicación y recepción de información (art. 107 Ley 24/2001), que la firma electrónica para Notarios y Registradores (de la que habrán de disponer necesariamente) deberá tener el carácter de avanzada, además de cumplir determinados requisitos técnicos[27], y que el uso de la misma estará limitado exclusivamente a la suscripción de documentos públicos u oficiales propios del oficio de signatario (art. 109 Ley 24/2001). Asimismo se establece que por el momento, la matriz u original del documento notarial se expedirá en papel y se conservará en el Protocolo Notarial, y que las copias autorizadas podrán expedirse y remitirse electrónicamente por el Notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente sólo para su remisión a otro Notario, a un Registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio, mientras que las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al Notario (arts. 17 bis.3 de la Ley del Notariado y Disposición transitoria undécima).

En cuanto a la intervención del Registrador, la Ley le impone la obligación de calificar e inscribir la escritura de constitución en un plazo máximo de 24 horas, siempre que se utilicen los estatutos orientativos a los que se refiere la Disposición adicional décima y que han sido regulados por Orden JUS/1445/2003, y ello con independencia de cuál sea la forma de tramitación, telemática

26 Cfr. Gaceta de Madrid de 29 de mayo de 1862.

27 Los requisitos que habrá de cumplir la firma electrónica avanzada de los Notarios y Registradores son los siguientes:

«a) Estar amparada por un certificado reconocido emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

b) Vincular unos datos de verificación de firma a la identidad del titular, su condición de Notario o Registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles en servicio activo y la plaza de destino.

c) Expresar que el uso de la firma electrónica se encuentra limitado exclusivamente a la suscripción de documentos públicos u oficiales propios del oficio del signatario.

d) Corresponderse con un dispositivo seguro de creación de firma ajustado a lo dispuesto en el artículo anterior y generado conforme al mismo».

o presencial, elegida (art. 134.6 LSRL). En caso de que no se redacten los Estatutos a inscribir siguiendo el modelo orientativo, se aplica el plazo general que es de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado, salvo que concurriese justa causa, en cuyo caso se ampliaría el plazo hasta treinta días (art. 39 RRM).

Por lo demás, hay que aclarar que sólo existe una especialidad en relación con el plazo para resolver los recursos, que en este caso será de cuarenta y cinco días[28], según dispone la Disposición adicional décima de la Ley 7/2003, pues si faltan requisitos legales o si se utilizan cláusulas potestativas ilegales, el Registrador suspenderá o denegará la inscripción conforme a los trámites ordinarios, y estos defectos tendrán que ser subsanados, si tienen tal naturaleza. Al respecto cabe recordar que en algunos casos excepcionales la legislación notarial permite al Notario autorizante que por sí, sin intervención del interesado, subsane defectos de orden menor, como son errores materiales, omisiones y simples defectos de forma (art. 153 Reglamento Notarial). En esos casos, el plazo máximo que les concede a los Notarios la LSLNE es de veinticuatro horas, computadas desde el momento de la calificación del Registrador mercantil, dando cuenta de la subsanación a los socios fundadores o a sus representantes (art. 134.8 LSRL).

2.5. Procedimiento telemático de constitución de una SLNE

El procedimiento telemático de constitución de una SLNE se inicia con una visita a uno de los PAIT que integran la red actualmente establecida. En él se procede a abrir el DUE correspondiente a la Nueva Empresa que se quiere constituir, documento que generará automáticamente la denominación de la Nueva Empresa y proporcionará la cita con el Notario[29]. De todo ello queda constancia en el DUE, que será impreso y firmado por el "emprendedor", a quien además se le facilitarán por escrito los honorarios, tasas e impuestos que hubiere de abonar.

De la denominación generada se solicitará reserva al Registro Mercantil Central, el cual, una vez concedida, remitirá la certificación y su correspondiente factura al STT-CIRCE, que se encargará, a su vez, de hacerlos llegar al Notario junto con los datos del DUE.

28 El plazo ordinario para la resolución del Recurso gubernativo es de cuatro meses a partir del día en que se reciba el expediente, y en caso de que se requieran nuevos documentos, desde que se incorporen tales documentos al expediente (art. 72 RRM).

29 A través de la aplicación informática denominada "Agenda Notarial" y la conexión telemática con la Plataforma del Consejo General del Notariado, el emprendedor procede a elegir Notario. Una vez efectuada la elección, el despacho notarial le confirma la cita (día y hora) y el PAIT le remite al Notario el DUE con los datos hasta ese momento existentes.

Antes de acudir a la cita con el Notario el socio fundador habrá de constituir un depósito en una entidad bancaria con el importe del capital social, por el que habrá de obtener un certificado que le permita acreditar su existencia ante el Notario. Con dicho certificado, visita al Notario, conforme a la cita previamente concertada, donde se procede al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad.

Utilizando nuevamente el STT-CIRCE, el Notario envía copia de la escritura pública de constitución a la Administración Tributaria, junto con los datos pertinentes incorporados al DUE, para realizar la solicitud del Código de Identificación Fiscal (CIF) provisional, que es remitido por el mismo procedimiento al STT-CIRCE. Igualmente se remite a la Administración Tributaria competente la Declaración Censal y se procede a la liquidación o solicitud de aplazamiento (según haya optado el "emprendedor") del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ante la Comunidad Autónoma competente en la gestión de dicho impuesto, que remitirá el correspondiente certificado de pago o aplazamiento al STT-CIRCE.

Toda esa documentación (es decir, el CIF provisional asignado, el certificado de pago o aplazamiento del ITPAJD y el certificado de la denominación social reservada), junto con el DUE y la copia autorizada de la escritura pública de constitución de la sociedad otorgada por el Notario, es remitida telemáticamente al Registro Mercantil Provincial competente para que se proceda a la inscripción de la Nueva Empresa. El Registrador Mercantil comprueba los datos de la escritura, realiza su calificación, para lo cual no podrá emplear más de veinticuatro horas si se han utilizado los Estatutos orientativos (art. 134.6 LSRL)[30] y, en su caso, la inscribe, devolviendo los datos (que incorporan ya su firma electrónica) al sistema para que sean reenviados al Notario.

Tras ello, el Notario solicitará a la Administración Tributaria el CIF definitivo, para lo cual enviará copia de la escritura de constitución de la sociedad. La confirmación del CIF definitivo será remitida al CIRCE mediante un acuse de recibo, finalizando con ello el proceso de creación de la Nueva Empresa.

Anteriormente, a través del STT se habrán realizado las gestiones correspondientes ante la Tesorería General de la Seguridad Social, esto es, se habrá remitido el DUE, la copia simple de la escritura pública otorgada y el CIF

30 El Registrador sólo debe comprobar que se ha seguido el modelo y que la escritura no contiene defectos formales. Esta exigencia de calificación en veinticuatro horas se aplica incluso cuando la tramitación de la constitución se realice de forma presencial. En caso de que se incumpla de forma reiterada este plazo, el Registrador podrá ser sancionado. En efecto, la Ley 7/2003 ha modificado el régimen disciplinario de Notarios, Registradores de la Propiedad, de Bienes Muebles y Mercantiles, añadiendo a la lista de faltas graves, que ya contenía el art. 313 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, un apartado con el siguiente contenido: *«El incumplimiento reiterado de los plazos establecidos en el artículo 134 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada».* La sanción correspondiente a las faltas graves es multa entre 3.001 a 12.000 euros, suspensión de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria, y postergación en la antigüedad en la carrera de 100 puestos.

provisional obtenido de la Administración Tributaria a dicho organismo, solicitándole la inscripción de la Nueva Empresa, para que se genere su Código Cuenta de Cotización (CCC), así como la afiliación y alta de los socios y trabajadores si los hubiere.

Una vez finalizado el proceso la sociedad podrá retirar del Notario la copia autorizada en soporte papel de la escritura de constitución. Ésta deberá estar lista en las veinticuatro horas siguientes a haberse recibido la resolución de la inscripción por el Registrador Mercantil (art. 134.10 LSRL)[31]. Además, la sociedad será notificada por parte de la Administración Tributaria que le remitirá su CIF definitivo a su domicilio fiscal.

3. Conclusiones

La rapidez y la agilidad en el proceso constitutivo, que es lo que justifica las especialidades de régimen de esta modalidad de Sociedad Limitada, se consigue gracias, por una parte, a la utilización de las nuevas tecnologías de la información para la comunicación entre los Notarios, los Registradores y las Administraciones públicas, así como a la celebración de convenios de colaboración entre estos sujetos, con el objeto de realizar por esa vía todos los trámites administrativos previos a la constitución y puesta en marcha de una Nueva Empresa, y por otra, a la utilización de un modelo orientativo de estatutos que permite que el plazo concedido al Registrador para proceder a la calificación e inscripción de la escritura pública de constitución se acorte considerablemente (art. 134.6 LSRL).

El primer comentario que cabe hacer es que, si una buena parte del ahorro temporal en la constitución se consigue gracias a la utilización de técnicas telemáticas en la inscripción, así como en la realización por esa misma vía de los trámites administrativos previos al inicio de la actividad: ¿por qué no se extiende tal forma de proceder a todas las sociedades? ¿por qué no es la manera normal de operar con las Administraciones Públicas? Así está previsto, además, en la propia Disposición adicional 8ª de la Ley 7/2003, que dispone que *«...reglamentariamente se establecerán las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE para la constitución de cualquier forma societaria, así como para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social inherentes al inicio de actividad...»*.

31 También el incumplimiento reiterado de este plazo constituye falta sancionable. La Disposición adicional undécima de la Ley 7/2003 la ha añadido a la lista de faltas que creó el art. 43 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, donde se contiene el régimen disciplinario de los Notarios. La sanción que le corresponde es multa entre 500.000 a 2.000.000 pesetas, suspensión de los derechos reglamentarios de ausencia, licencia o traslación voluntaria y postergación en la antigüedad en la carrera en 100 puestos o en la clase hasta cinco años.

Sin embargo, conviene que valoremos los datos que proporciona el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, conforme a los cuales, a 15 de mayo de 2006, de las Nuevas Empresas constituidas, 4014 lo habían hecho por el procedimiento presencial, frente a tan sólo 1669 que lo habían hecho por el procedimiento telemático. Estos datos prueban que, algo más de dos años después de la entrada en vigor de esta normativa, se ha hecho un escaso uso del procedimiento telemático de fundación. La lectura que ha de hacerse de tal situación es que la norma promulgada no responde a una necesidad social, bien porque aún se carece de las infraestructuras adecuadas, o bien porque, y quizá eso sea lo más probable, todavía no exista una mentalidad preparada para confiar en estos nuevos procedimientos no presenciales. Y es que, desde los poderes públicos es relativamente sencillo encauzar las actuaciones de Notarios y Registradores a través de procedimientos telemáticos, mientras que, por el contrario, resulta mucho más difícil transformar al "emprendedor", según la terminología que gusta emplear al legislador en los últimos tiempos, en un "cibercliente".

Por otra parte, y a la vista de las críticas que la doctrina jurídica ha formulado, podemos preguntarnos si no se podían haber aprovechado las ventajas de la utilización de las nuevas tecnologías en la constitución de sociedades sin necesidad de crear un subtipo societario específico, con un régimen sustantivo distinto al genérico de esta institución, es decir, eliminando tan sólo las dilaciones innecesarias en los trámites administrativos previos al inicio de la actividad, con lo que se hubiese conseguido un significativo ahorro temporal, dando respuesta a la demanda del mercado. Demanda que, por otro lado, en cierta manera estaba ya satisfecha, pues en la práctica, cuando se planteaba la necesidad de constituir con carácter urgente una sociedad, los despachos de abogados solían proporcionar a sus clientes entes previamente constituidos, normalmente sociedades anónimas o limitadas que transmitían mediante una simple venta de acciones o participaciones. Lo habitual es que estas sociedades preconstituidas cuenten con un objeto social definido de forma casuística para, sin inclumplir la exigencia de determinación prescrita (art. 117 RRM), estar dotadas de la versatilidad necesaria[32]. En la misma escritura pública en la que se documenta la venta de sus acciones o participaciones se puede proceder al nombramiento de nuevo o nuevos administradores (como el nombramiento de administradores surte efectos desde la aceptación —art. 125 LSA-, ni siquiera es necesario esperar a que dicho nombramiento esté inscrito), al cambio de domicilio social (en caso contrario, la sociedad continua domiciliada en la dirección del despacho

32 En cualquier caso, como se sabe, la delimitación del objeto social, aunque pueda tener otros efectos, no limita el ámbito de representación de los administradores, pues según el art. 129.2 LSA *«la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social»*.

de abogados), e incluso, si es preciso, a efectuar las modificaciones estatutarias que se estimen pertinentes, si bien, mientras tanto, la sociedad está plenamente operativa para su adquirente. Quizá por ello, la aceptación que en la práctica está recibiendo este "experimento" no deja de ser algo decepcionante.

En definitiva, podemos concluir que el Proyecto Nueva Empresa ha sido acogido con escaso éxito desde todos los sectores: a la doctrina jurídica le resulta innecesaria la creación de un subtipo social para esta finalidad; a los Notarios y Registradores no les agrada una norma que les ha obligado a adaptar su forma de trabajar; los clientes "emprendedores" no han sabido apreciar las ventajas de tal modalidad, ya que el uso que están haciendo de ella es bastante escaso; y, finalmente, incluso el legislador parece estar dando marcha atrás, ya que ha previsto la derogación de una de las especialidades del régimen de las Sociedades Limitadas Nueva Empresa (especialidad que además comparte con otros sujetos contables que cumplen determinados requisitos[33]), como es el régimen de la contabilidad simplificada. Así, el Borrador de Anteproyecto de Ley, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la Normativa de la Unión Europea, tanto en su Exposición de motivos, como en su Disposición Derogatoria, propone la supresión del régimen simplificado de la contabilidad, y concretamente por lo que a la regulación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, la derogación del art. 141 LRSL (*vid.* Disposición derogatoria del Anteproyecto)[34].

33 El régimen de contabilidad simplificada, regulado en el Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero (BOE nº 50 , de 27 de febrero), podrá ser aplicado por todos los sujetos contables, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria, que debiendo llevar contabilidad ajustada al Código de comercio, o a las normas por las que se rigen, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

a) Que el total de las partidas del activo no supere un millón de euros. A estos exclusivos efectos, el total activo deberá incrementarse en el importe de los compromisos financieros pendientes derivados de los contratos descritos en el artículo 5.

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios sea inferior a dos millones de euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 10.

34 *Vid.* Resolución de 2 de noviembre de 2005 de la Subsecretaría de Economía y Hacienda por la que se acuerda la apertura del trámite de audiencia a los interesados en la elaboración del anteproyecto de Ley de reforma de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE nº 268, de 9 de noviembre de 2005).

El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas

Mariliana Rico Carrillo*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consideraciones previas. 2.*1. Requisitos de la convocatoria.* A) En las juntas presenciales. B) En el caso de asistencia a la junta por medios telemáticos. *2.2. Finalidad de la convocatoria: el derecho de información.* 3. El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general. *3.1. Reglas aplicables a las sociedades anónimas en general. 3.2. La regulación especial de las sociedades cotizadas.* 4. Consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos de la convocatoria. 5. Apreciación final.

Resumen

Las comunicaciones electrónicas han adquirido especial importancia en el desarrollo y funcionamiento de las sociedades mercantiles, el uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general de accionistas cada vez es más frecuente. Para que la convocatoria electrónica sea válida, es necesario que cumpla los requisitos establecidos en la ley y en los estatutos para tal efecto. En esta investigación se analizan cuáles son estos requisitos y de qué forma deben cumplirse a efectos de evitar la nulidad de los acuerdos sociales.

Palabras clave: Convocatoria a la Junta General de accionistas. Correo electrónico. Páginas Web.

Abstract

The electronic communications have acquired special importance in the development and operation of corporations, the use of electronic means in the call to the general stockholders' meeting nowadays is more frequent. For the sake of validity, the electronic call needs to meet the requirements as set forth to such effect by law and by the articles

Recibido: 16/11/2006 • Aceptado: 5/12/2006

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Asociado de la Universidad Católica del Táchira. Profesora invitada de la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Complutense de Madrid.

of association. This research analyzes what these requirements are and how they must be fulfilled with the objective of avoiding that the social agreements be voided.

Key words: Call to the general stockholders' meeting. E-mail. Web sites.

1. Introducción

El desarrollo de este trabajo tiene su origen en un caso que se presentó en Venezuela ante el Registro Mercantil, donde se pretendió inscribir el acta de una junta general de accionistas, que si bien había sido convocada y publicada en prensa, tal como lo exige el Código de Comercio venezolano, no se había especificado el orden del día. En la convocatoria sólo indicaba que el mismo sería enviado posteriormente a los accionistas a su correo electrónico.

La inscripción del acta de la junta convocada de esta manera fue rechazada por el Registrador, alegando que las decisiones tomadas no tenían validez, ya que se habían incumplido los requisitos de ley, al carecer la convocatoria de la especificación del orden del día, situación que violaba el derecho de información de los accionistas. Todo esto suscitó una serie de polémicas por parte de los abogados de la sociedad afectada, quienes defendían la legalidad la convocatoria realizada de esta forma, fundamentando su pretensión en el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas[1] de Venezuela, instrumento que otorga valor jurídico a los mensajes de datos y los equipara con los documentos en papel[2].

En nuestra opinión, la decisión del Registrador fue acertada, lo que se estaba discutiendo en este caso no era la legalidad de los documentos electrónicos, ni el uso del correo electrónico como medio informativo, sino la validez de la convocatoria realizada sin especificar el orden del día.

En el marco de esta investigación realizamos algunas consideraciones sobre el uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general, para ello tomaremos como parámetro la legislación española en la materia, en razón de su avanzado estado respecto a la legislación venezolana.

1 Decreto 1024, de 10 de febrero de 2001, publicado en la Gaceta Oficial Nº 17.148 de 28 de febrero de 2001.

2 De acuerdo con el artículo 8 de esta norma, cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito podrá sustituirse por un mensaje de datos, siempre que la información que éste contiene sea accesible para su ulterior consulta. La noción mensaje de datos la encontramos en el artículo 2 de la Ley que entiende por tal: "*Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio"*.

2. Consideraciones previas

2.1. Requisitos de la convocatoria

A) En las juntas presenciales

En España, los requisitos de la convocatoria a la junta general de accionistas los encontramos en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA). De acuerdo con esta norma, la junta general deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración.

Además de la publicación en un periódico, el legislador español exige que el anuncio que contiene la convocatoria sea publicado en el BORME, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo español, ambas exigencias deben ser rigurosamente aceptadas si se quiere evitar la invalidez de la junta[3].

El contenido del anuncio se encuentra especificado en el apartado segundo del artículo 97 de la LSA, esta norma indica que se deberá precisar la fecha de la reunión y todos los asuntos que han de tratarse. El orden del día tiene ser claro y completo y debe especificarse en el texto de la propia la convocatoria, no se admite la posibilidad que se amplíe en un momento posterior[4], tal como intentaba la sociedad venezolana al pretender enviar el orden del día a los accionistas por correo electrónico después de realizada la convocatoria.

Concretándonos al caso venezolano, el artículo 277 del Código de Comercio (instrumento encargado de regular las sociedades anónimas en este país) dispone que las asambleas –término empleado por el legislador venezolano para designar las juntas generales– sean ordinarias o extraordinarias, deben ser convocadas por los administradores por la prensa, en periódicos de circulación, con cinco días de anticipación, por lo menos, al fijado para su reunión. La norma citada expresa los requisitos que debe cumplir convocatoria, indicando la necesidad de enunciar el objeto de la reunión (orden del día); respecto a la falta de cumplimiento de este requisito, el precepto es determinante al indicar que toda deliberación sobre un objeto no expresado en la convocatoria es nula.

La única situación donde la ley permite prescindir de la especificación del orden del día es en la denominada junta universal, es decir cuando se encuentra presente la totalidad del capital social, es claro que bajo estas circunstancias no se perjudican los derechos de los accionistas al encontrarse todos presentes en la junta, en estos casos ni siquiera se exige la convocatoria. De acuerdo con las

3 STS de 4 de julio de 1980.

4 Vid, LOJENDIO LOJENDIO OSBORNE, Ignacio: "La junta general de accionistas", en JIMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coord.), Derecho Mercantil, Tomo I, 9ª edición, Ariel, Barcelona, 2004, p. 340

previsiones del artículo 99 de la LSA, la junta se entenderá convocada y quedará validamente constituida para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. En la práctica venezolana también se admite esta situación.

B) En el caso de asistencia a la junta por medios telemáticos

En Europa, la importancia del uso de medios electrónicos en el funcionamiento de las sociedades se pone de manifiesto en el Informe del Grupo de expertos de alto nivel en Derecho de sociedades (Informe Winter)[5], elaborado con la finalidad de modernizar y adaptar el Derecho de sociedades a las exigencias de la culminación del mercado único, agilizar y optimizar el funcionamiento de los mercados de valores y fomentar el uso de las nuevas tecnologías en este ámbito[6]. En este instrumento destaca la necesidad de establecer las condiciones que permitan la participación en la junta general por medios telemáticos.

En España, las nuevas disposiciones incorporadas a la LSA admiten la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos. En este supuesto, además de los requisitos exigidos para la convocatoria a la junta presencial, se deben describir los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. Los administradores pueden determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan la intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad a la junta, situación que debe especificarse con claridad en la correspondiente convocatoria[7].

5 Este documento es conocido comúnmente como el "Informe Winter", en honor al presidente del grupo, el holandés Jaap Winter. El texto del informe, en su versión en inglés, se encuentra disponible en Internet, vid., http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/index.htm

6 Vid. AZOFRA, Fernando: "El Informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Nº 4/2003, p. 31.

7 Estas condiciones se encuentran especificadas en la nueva redacción dada al artículo 97 de la LSA, contenida en la Disposición Final Primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. De acuerdo con esta norma: *"Si los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, podrá determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta."* (Subrayado nuestro)

2.2. Finalidad de la convocatoria: el derecho de información

La finalidad de la convocatoria no es otra que proporcionar a los accionistas información sobre los puntos que se van a discutir en la junta, la determinación de los asuntos a tratar en el orden del día está directamente relacionada con el derecho de información y el ejercicio del derecho al voto, de ahí su importancia. Es necesario que los socios cuenten con elementos de valor que le permitan orientar la toma de decisiones sobre una cuestión específica, la orientación del voto (positiva o negativa) estará fundamentada en el acceso a la información que haya tenido el accionista.

En España, el ejercicio del derecho de información se encuentra previsto en el artículo 112 de la LSA, de acuerdo con esta norma, los accionistas podrán solicitar de los administradores, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

Aun cuando la ley se refiere al "escrito" como medio de ejercer el derecho de información, no dudamos que éste se pueda sustituir por una comunicación electrónica entre el accionista y la sociedad, recordemos la máxima que proclama la equivalencia funcional entre los documentos escritos y los documentos electrónicos y el valor probatorio atribuido a éstos por virtud de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica[8]. En principio nada se opondría al uso del medio electrónico, tanto para solicitar información como para recibirla[9], sin embargo, hay que tener en cuenta que en estos casos el uso de la comunicación electrónica debe someterse al consentimiento de las partes y ser aceptado previamente[10].

El contenido del derecho de información es bastante amplio, se permite no sólo con anterioridad a la celebración de la junta, sino también en el mismo momento que se lleva a cabo la reunión, estando los administradores obligados

8 BOE 304 de 20 de diciembre de 2003.

9 Sobre este aspecto coincidimos con las afirmaciones de VAÑÓ quien señala que: "*La nueva redacción del artículo 112 no impide que sean utilizadas nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho a la información si así se determina en los estatutos o en el Reglamento de funcionamiento de la junta general".* Vid., VAÑÓ VAÑÓ, María José: "Información y gobierno electrónico de las sociedades cotizadas", *RDBB,* Nº 95, julio-septiembre, 2004, p. 92

10 En opinión de la doctrina, mientras no exista *"la garantía efectiva –no meramente formal- de un acceso universal a Internet, no se dan las condiciones para imponer un modelo legal de perfecta fungibilidad entre comunicación en papel y comunicación electrónica".* Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y VICENT CHULIÁ, F.: "Internet y derecho de sociedades", *RDM*, septiembre 2000, p. 934.

a proporcionar la información solicitada, tal como lo dispone el apartado 2 del artículo 112 LSA[11].

Como indicamos anteriormente, el artículo 97 de la LSA contempla la posibilidad de celebrar juntas por medios telemáticos, en estos casos, los administradores deberán indicar, en la respectiva convocatoria, el modo de participación de los accionistas, a tal efecto podrán disponer que las intervenciones que tengan intención de formular quienes vayan a asistir a la junta por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución, de esta manera queda salvaguardado el derecho de información a quienes asisten "virtualmente" a la reunión.

3. El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general

3.1. Reglas aplicables a las sociedades anónimas en general

El uso de medios electrónicos, en particular del *e-mail,* en la convocatoria a la junta es admisible como mecanismo complementario y no sustitutivo de las exigencias que para tal fin ha dispuesto el legislador[12]. El empleo de nuevas tecnologías en las comunicaciones entre la sociedad y los accionistas puede pactarse en una cláusula estatutaria que imponga de manera obligatoria el envío de la convocatoria por correo electrónico[13], ello no obsta para que se cumplan las exigencias legales –publicación en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia y en el BORME– toda vez que la LSA impone el cumplimiento de los requisitos de forma con carácter imperativo y no valen otros procedimientos aunque garanticen la remisión de la convocatoria[14]. Las políticas internas de la sociedad respecto al modo de convocar las juntas pueden hacerse constar en los estatutos, sin embargo ello no implica libertad absoluta en el régimen de las formalidades de la convocatoria, la LSA establece unos requisitos

11 El precepto es del tenor siguiente: *"Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta"* (Subrayado nuestro)

12 Sobre este aspecto vid. VAÑÓ, VAÑO, Mª J.: "Información y gobierno electrónico…, op. cit., p. 106, en opinión de esta autora, a la cual nos sumamos: *"...no será posible sustituir el sistema legalmente establecido de convocatoria por una comunicación electrónica. Sin embargo, ello no impide que sea un sistema complementario, al menos mientras logremos un cambio legislativo que adapte la convocatoria a las nuevas tecnologías"*.

13 Es lógico que si los accionistas han acordado el uso de este medio, cuenten con una dirección de correo electrónico activa donde puedan recibir las respectivas comunicaciones.

14 Así lo ha declarado el TS español en diversas sentencias, vid., por todas STS de 29 de septiembre de 2003.

mínimos que deben cumplirse, los estatutos pueden añadir otros, pero nunca podrá prescindirse de los establecidos en la ley.

Si en los estatutos se ha pactado el envío de la convocatoria por correo electrónico, se trata de una exigencia de obligatorio cumplimiento para los administradores, quienes pueden dejar constancia del envío a través de un acuse de recibo enviado por el destinatario[15], o mediante la intervención de un prestador de servicios de certificación, quien a su vez puede certificar la hora y fecha en que el mensaje se ha enviado, de esta manera se facilita la prueba que se ha cumplido con el deber de convocar en el plazo legal.

Sobre la obligatoriedad de convocar de la manera que se haya previsto en los estatutos se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, al declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en una junta general que se llevó a cabo sin enviar a los socios la convocatoria por carta certificada, tal como estaba dispuesto en los estatutos[16]; en nuestra opinión, estas consideraciones son aplicables al caso de previsiones estatutarias que exijan el envío de la convocatoria a través del correo electrónico.

En relación con la publicidad material, determinada por la divulgación del anuncio que contiene la convocatoria a través de la publicación en un periódico y de su inclusión en el BORME, cabe la interrogante si estos mecanismos pueden sustituirse por técnicas electrónicas. En el caso de los periódicos, la mayoría de los editores trasladan el contenido de los ejemplares a Internet, sin embargo, no siempre hay coincidencia entre lo publicado en papel y la versión electrónica. Es justamente este tipo de anuncios (convocatorias de asambleas, publicación de edictos, notificaciones judiciales, etc.) los que se suprimen en la versión electrónica.

Respecto del BORME, la doctrina se inclina por admitir la sustitución de la versión en papel por un equivalente electrónico accesible a los usuarios a través de Internet[17], esta apreciación tiene su fundamento en las normas provenientes de la Unión Europea, particularmente en la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 68/151/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas[18]; de acuerdo con los principios establecidos en la modificación realizada a la Directiva 68/151/CEE, la publicidad de los actos de las sociedades sometidos a inscripción, se realizará por medio de una

15 En España el mecanismo del acuse de recibo se encuentra previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE). El acuse de recibo es considerado por la doctrina como una pieza básica del comercio electrónico, en la medida que contribuye a proporcionar certidumbre y eficacia probatoria a los mensajes de datos. Vid., ILLESCAS ORTÍZ, Rafael: *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, p.242.

16 SSTS de 3 de mayo de 1975 y 3 de abril de 1986.

17 Vid. VAÑÓ, "Información y gobierno electrónico…, op. cit., p. 89

18 DOCE L 221 de 4 de septiembre de 2003

publicación literal o extracto, o bien bajo la forma de una mención en el boletín nacional designado por el Estado miembro, el cual podrá estar en formato electrónico[19].

3.2. La regulación especial de las sociedades cotizadas

Al tratarse de una sociedad cotizada hay que tener en cuenta que las nuevas normas imponen el uso del medio electrónico como mecanismo de información para los accionistas. En relación con la convocatoria, el Informe Winter propone que la comunicación se realice a través de Internet, exigiendo que en el caso de las sociedades cotizadas, se incorpore en la página Web de la sociedad el anuncio junto con la indicación del orden del día.

En España, el uso de medios electrónicos en el funcionamiento de las sociedades cotizadas se encuentra previsto en el Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas de 8 de enero de 2003 (comúnmente conocido como el Informe Aldama)[20], este documento constituye la base para la elaboración de la normativa rectora en la materia, introducida en el ordenamiento jurídico español con la aprobación de la Ley 26/2003 de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas[21] (en adelante Ley de Transparencia o simplemente Ley 26/2003).

El empleo del medio electrónico como mecanismo de información, es incorporado en la Ley del Mercado de Valores (LMV) tras la reforma introducida por la Ley de Transparencia. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 117 de LMV, las sociedades anónimas cotizadas *"...deberán cumplir las obligaciones de información por cualquier medio técnico, informático o telemático, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los accionistas para solicitar la información en forma impresa"*. En el apartado 2 del precepto citado, se impone a estas sociedades la obligación de disponer de una página Web para atender el ejercicio del derecho de información por parte de los accionistas.

Las disposiciones incorporadas a la LMV por virtud de la Ley de Transparencia, son desarrolladas en la Orden ECO/3722/2003 de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades[22], esta

19 Apartado cuarto del artículo 3.

20 Vid.http://www.interactiva.com.es/documentos/Whitepapers/informefinalAldama.pdf. El Informe se conoce de esta manera en honor a Enrique de Aldama, presidente de esta Comisión.

21 BOE Nº 171 de 18 de julio de 2003.

22 BOE Nº 7 de 8 de enero de 2004.

norma establece los requisitos mínimos que habrán de contener las páginas Web de las sociedades cotizadas a fin cumplir con las exigencias impuestas en la Ley de Transparencia. En el marco de esta Orden, se habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para dictar las normas encaminadas a determinar las especificaciones técnicas y jurídicas y la información que las sociedades anónimas cotizadas han de incluir en la página Web.

En relación con la convocatoria, que es el tema que nos ocupa en este momento, el apartado cuarto, literal f) de la Orden ECO/3722/2003, establece la obligación a la sociedad de incluir en la página Web, los documentos relativos a las juntas generales, *"...con información sobre el orden del día, las propuestas que realiza el Consejo de Administración, así como cualquier información relevante que puedan precisar los accionistas para emitir su voto..."* (Subrayado nuestro). Insistimos una vez más en la importancia que tiene la determinación del orden del día y su relación con el ejercicio del derecho de información a los accionistas, situación que se refleja en el propio texto de la norma, toda vez que exige que éste debe constar en la propia página Web de la sociedad. Es de destacar que también se impone la inclusión de: *"Los cauces de comunicación existentes entre la sociedad y los accionistas, y, en particular, las explicaciones pertinentes para el ejercicio del derecho de información del accionista, con indicación de las direcciones de correo postal y electrónico a las que pueden dirigirse los accionistas"* (Apartado cuarto, h). Como podemos observar, la norma facilita el ejercicio del derecho de información, que también puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos.

A efectos de cumplir la delegación impuesta por la Orden ECO/3722/2003, la CNMV ha dictado la Circular 1/2004, de 17 de marzo, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas[23]. Esta norma consagra el principio de transparencia informativa de manera general, al indicar que tanto la información que se incluya en el informe anual del gobierno corporativo como en las páginas Web de las sociedades cotizadas ha de ser clara, íntegra, correcta y veraz, máxima aplicable a la convocatoria y en especial, a la determinación del orden del día. El Anexo III de esta Circular específica la información que deben incluir las sociedades anónimas cotizadas en su página Web; de las 24 indicaciones que contiene la norma nos interesan en esta oportunidad las incluidas en los epígrafes 15,16 y 17 que se refieren a los cauces de comunicación, a la publicación de la convocatoria junto con el orden del día y a la inclusión de los textos de las propuestas a tomar y de la documentación disponible para el accionista con anterioridad a la junta.

23 BOE Nº 76 de 29 de marzo de 2004.

Otra circunstancia a tener en cuenta en el caso de las sociedades cotizadas y que pudiera tener incidencia en la forma de la convocatoria, es la obligación impuesta en el artículo 113 de la LMV sobre la elaboración del Reglamento de la junta general, donde podrán contemplarse todos los aspectos concernientes a este órgano, respecto de las materias reguladas en la ley y los estatutos[24].

La obligación de redactar el Reglamento de la junta general[25] tiene su origen en el Informe Aldama. Sobre el contenido del reglamento en cuestión, el Informe indica que debe incluir las normas que regulen la convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos, así como todo lo relativo a los procedimientos de puesta a disposición de los accionistas de la información.

Respecto a la convocatoria, señala que debe incluirse el orden del día y las propuestas de acuerdos e información a disposición del accionista, además se pone de manifiesto la necesidad de hacer pública la convocatoria *"... con tiempo suficiente para permitir que los accionistas pudieran solicitar y obtener información complementaria en relación con los puntos del orden del día, o cursar instrucciones de voto"*. También destaca la exigencia de informar, desde la convocatoria, el contenido íntegro de las propuestas de acuerdos que se vayan a someter a la junta, utilizando la página Web de la sociedad, con independencia de cualquier otro procedimiento legal o voluntario.

El Reglamento de la junta general puede establecer que la convocatoria se realice a través del correo electrónico, no obstante estas previsiones, es de recordar que aun cuando el Reglamento haya previsto esta forma de convocar, se deben cumplir los requisitos legales impuestos en la LSA. De acuerdo con el Informe Aldama, el reglamento en cuestión deberá incluirse en la página Web de la sociedad, con la finalidad de hacer público el marco jurídico en que van a desarrollarse las juntas generales.

4. Consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos de la convocatoria

El cumplimiento de los requisitos exigidos para considerar una junta general legalmente convocada, es condición determinante para la validez de los acuerdos

24 Esta obligación es incluida en la LMV por virtud de la modificación introducida por la Ley 26/2003, de acuerdo con el artículo citado: "*La junta general de accionistas de la sociedad anónima con acciones admitidas a negociación en un mercado oficial de valores, constituida con el quórum del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas o el superior previsto a este propósito en los estatutos, aprobará un reglamento específico para la junta general. En dicho reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la junta general, con respeto de las materias reguladas en la ley y los estatutos.*

25 Un estudio en detalle sobre el Reglamento de la junta general puede consultarse en RAMOS HERRANZ Isabel: "El Reglamento de la Junta General en las Sociedades Anónimas Cotizadas", *RDBB*, Nº 255, 2005, pp.187-217.

concertados en la junta, si falta un de ellos, la consecuencia es la invalidación de tales acuerdos. Es necesario que tener en cuenta que no sólo deben cumplirse los requisitos legales, sino también los establecidos en los estatutos o en el Reglamento de la junta general; en el caso de las sociedades cotizadas, se impone la obligación adicional de incluir el contenido de la convocatoria en la página Web de la sociedad.

Otra situación importante que debe apreciarse en el momento de determinar si se han respetado o no las exigencias para considerar legalmente convocada la junta, es que la observancia de mecanismos complementarios, aceptados por los propios accionistas, –como sería la convocatoria por correo electrónico– no dispensa a la sociedad del cumplimiento de los requisitos legales. Para evitar la nulidad de los acuerdos, la junta debe convocarse llenando los extremos previstos en la ley y en los estatutos de la sociedad o en el Reglamento de la junta, si se trata de una sociedad cotizada.

Respecto a la obligatoriedad de las sociedades cotizadas de incluir la convocatoria en la página Web, cabe aclarar que el cumplimiento de este requisito también es un mecanismo complementario de información y no dispensa a la sociedad del cumplimiento de las obligaciones impuestas en la LSA sobre la forma de realizar la convocatoria[26].

5. Apreciación final

A la luz de las consideraciones anteriores podemos observar que tanto la norma venezolana como la española, son determinantes en sancionar con nulidad la falta de cumplimiento de las exigencias de forma en la convocatoria a las juntas, particularmente cuando se omite el orden del día; esta situación produce serias consecuencias en la vida de la sociedad, toda vez que los acuerdos adoptados en una junta convocada sin cumplir los requisitos legales y estatutarios, carecerán de validez.

Es obvio el hecho que el envío de la convocatoria a través del correo electrónico puede garantizar el efectivo conocimiento de la misma por parte de los accionistas, incluso en mayor medida que el régimen de publicidad impuesto en la ley referido al periódico y a la inclusión del anuncio en el BORME[27], sin

26 Cabe recordar el contenido del Informe Aldama cuando señala que *"con ocasión de la celebración de las Juntas Generales de Accionistas, y desde su convocatoria, la sociedad debería informar del contenido íntegro de todas las propuestas de acuerdo que se vayan a someter a la Junta, utilizando para ello la propia página Web, con independencia de cualquier otro procedimiento legal o voluntario de que se dote la sociedad"*.

27 Como apunta la doctrina, la publicidad en los periódicos en la mayoría de las oportunidades no cumple con la finalidad de dar a conocer el acto, es común que las empresas cumplan con los requisitos legales en forma "picaresca", con la finalidad de evitar que los socios se enteren de la convocatoria. Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y VICENT CHULIÁ, F.: "Internet y derecho de sociedades", *op. cit*., p. 952.

embargo y de acuerdo con la doctrina del TS español, la sustitución de los requisitos legales por un sistema que ofrezca más garantías de eficacia que el legal, no puede subsanar el vicio de invalidez.

En el caso que da origen a este trabajo, no existía constancia de que los socios hubiesen acordado el uso del correo electrónico como una forma de convocar. De existir una previsión de este tipo, es necesario tomar en cuenta que el medio electrónico no puede sustituir los mecanismos impuestos por la ley y mucho menos eliminar la especificación del orden del día. Como hemos apuntado, el envío de la convocatoria a través del correo electrónico puede ser complementario pero no supletorio de la forma impuesta por la ley.

La evolución de los sistemas de cifrado

María Pérez Pereira*

Resumen

En la presente comunicación, se expone brevemente la evolución de los sistemas de cifrado, que permiten que los envíos de mensajes de datos sean secretos y el mensaje permanezca íntegro.

Palabras clave: Ocultamiento de mensajes. Sistemas de cifrado. Evolución de las transmisiones de datos.

Abstract

This paper briefly outlines the development of encryption systems, which enable sending of data messages to be secret and to maintain the integrity of the message.

Key words: Encrypted messages. Encryption Systems. Evolution of data transmissions

Con el desarrollo de las transacciones electrónicas, y más concretamente del comercio electrónico, el cifrado se ha convertido (o se está convirtiendo) en un instrumento indispensable para la protección de los mensajes de datos que se transmiten a través de las redes, tanto abiertas como cerradas.

Así, el cifrado se ha considerado como (hasta el momento) el mejor (o, uno de los mejores) medios para incrementar las condiciones de seguridad en las transmisiones de datos, tratando de garantizar la identificación del sujeto emisor del mensaje de datos, además de

- la autenticidad, lo que significa que el mensaje sea auténtico, y no una falsificación
- confidencialidad, que nadie ha leído el mensaje, excepto el emisor y el destinatario.

Recibido: 16/11/2006 • Aceptado: 5/12/2006

* Profesora Ayudante de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

- Integridad, que el mensaje de datos no ha sido modificado desde que lo envió el emisor, hasta que fue leído por el receptor (o destinatario)
- y no repudio, lo que significa garantizar que el emisor del mensaje efectivamente lo ha enviado, impidiéndose el rechazo del mensaje por parte del emisor (no puede negar el envío). El no repudio puede tener también trascendencia respecto del destinatario del mensaje, esto es, que el destinatario no puede negar haber recibido un determinado mensaje de datos enviado por el emisor.

El cifrado, desde su invención, se ha empleado para asegurar la confidencialidad de los mensajes de datos. Para ello, el mensaje ha de ser comprensible para las personas autorizadas para ello, y además, ser incomprensible para todas las demás. No obstante, se necesario diferenciar el "cifrado" de los "códigos". Estos últimos son un tipo especial de comunicación secreta o, "en clave", lo que significa que una frase o una palabra, es reemplazada por otra, o un número, o un signo (pensemos, por ejemplo, los numerosos códigos existentes en la actualidad, tanto en materia militar, como en materia sanitaria –por ejemplo, la comunicación a un hospital por parte del médico de una ambulancia sobre la gravedad de un enfermo-, etc.). El cifrado, sin embargo, funciona sustituyendo letras por otras, y en ello nos centraremos a lo largo de esta breve presentación.

Prácticamente desde la antigüedad, el arte de ocultar mensajes, ha tenido grandes repercusiones históricas, por el alcance y utilización militar de los sistemas de cifrado, y la interceptación y descifrado por parte del bando enemigo. Sin embargo, en la actualidad, la información tiene cada vez más importancia en la vida "civil"; a lo que hay que añadir la necesidad de garantizar la seguridad y privacidad de los entornos electrónicos (fundamentalmente los abiertos). Esto choca frontalmente con la necesidad de mantener la seguridad de los sujetos y de los Estados, frente a todo tipo de comisión de ilícitos (pensemos, sobre todo, en los ilícitos penales). En la actualidad, pues, existe cierto conflicto entre la privacidad de quienes envían y reciben mensajes de datos, y la necesaria seguridad de la colectividad; es por ello que en numerosos países se han tomado medidas para limitar el uso de las técnicas de cifrado (destaquemos, a modo de ejemplo, los casos de Francia y Estados Unidos).

Volviendo al tema objeto de esta comunicación, comenzaremos con la utilización de sistemas de ocultamiento de mensajes en la antigua Grecia.

Así, Herodoto se refiere en su "Historia" a los sistemas utilizados por los griegos en las guerras contra Persia en el s. V a.C.. Según Herodoto, estos sistemas fueron los que supusieron la victoria de los griegos, impidiendo la invasión persa. Se utilizó el siguiente sistema: grabar en unas tablillas de madera el mensaje y recubrirlas posteriormente con cera; el destinatario, al retirar la cera, podía leer el mensaje. Curioso era también el sistema utilizado, según Demarato, por Aristágoras de Mileto, consistente en rasurar la cabeza del mensajero, escribir

el mensaje y esperar a que creciese el pelo; podría así, viajar sin peligro, y, una vez ante el destinatario, se volvería a rasurar el cabello para dejar "a la vista" el mensaje.

También en Grecia en el s. V a.C., era muy frecuente el recurso de ocultar mensajes a través del "escítalo". Se escribía en un trozo de cuero o papiro el mensaje a enviar, previamente enrollado en una vara de madera (llamada escítalo). El destinatario tenía otro escítalo de las mismas dimensiones y era el único que, una vez enrollada la tela podía leer el mensaje.

Más lejos, en la antigua China utilizaban el sistema consistente en escribir sobre un fino trozo de seda, que después se aplastaba, daba la configuración de pequeña pelota y se recubría de cera.

Otros sistemas de ocultamiento de mensajes se han producido desde tiempos inmemoriales hasta nuestros días, y se basa en la escritura "invisible", como puede ser (y todos hemos hecho el experimento de pequeños), el zumo de limón, algunos tipos de savia de plantas silvestres, etc. Sistemas de tintas invisibles se siguen utilizando por quienes no desean dar a conocer determinados tipos de informaciones (o sea, espías).

De forma paralela al desarrollo de los sistemas de ocultamiento de mensajes, se han desarrollado los sistemas de "cifrado" o "codificación" o "criptografía" (derivado de la palabra griega "kryptos", escondido). Estos sistemas, suelen utilizarse de forma añadida al ocultamiento; es decir, además de ocultar un mensaje, se "redacta" en clave, de tal manera, que, aunque fuese descubierto, el interceptor del mensaje no podrá comprender su contenido, es decir, no podrá descifrarlo.

Los primeros usos que se dieron a estas técnicas de cifrado fueron, como no, militares, siendo especialmente llamativa la técnica del "micropunto", consistente en reducir una página (microfilm) que contiene un mensaje (en clave), hasta que tenga, como máximo un milímetro de diámetro, y posteriormente incluirlo en una carta al destinatario. Si alguien consiguiese adivinar dónde está el microfilm y ampliarlo, tiene una segunda tarea, que consistente en descifrar su contenido. Esta técnica del micropunto se utilizó en la II Guerra mundial, teniéndose constancia de su utilización por parte de los alemanes en 1941.

Un sistema de "micropunto" más adaptado a los cambios tecnológicos fue el utilizado en 2002 para "planear" atentados terroristas. Así, el micropunto se utilizaba a como de "píxel" dentro de una imagen que se enviaba a través de Internet.

Los sistemas de cifrado, además, se dividen en dos grupos, los sistemas de transposición y los de sustitución. Los sistemas de transposición consisten en colocar las letras del mensaje de otra manera; mientras que los sistemas de sustitución, utilizados ya por Julio César (vid. Vidas de los Césares, de Suetonio), consisten en sustituir una letra por otra (o por un símbolo).

El código Morse, en el que se sustituyen las letras por combinaciones determinadas de sonidos largos y cortos no es realmente un código de cifrado, sino una especie de "alfabeto sonoro".

Así, si para "codificar" un mensaje, para cifrarlo, utilizamos algún método matemático, la posibilidad de descifrarlo disminuye. Más incluso si se utilizan algoritmos matemáticos. Luego un algoritmo viene a ser un sistema de codificación y necesita ser especificado exactamente seleccionando una clave. Al aplicar la clave y el algoritmo juntos a un texto llano, se genera el mensaje codificado o cifrado. Si el texto es interceptado, no se podrá descifrar el mensaje, dado que faltan código y clave; sin embargo el receptor sí podrá hacerlo, dado que tiene código y clave. Si quien intercepta el mensaje puede conocer o descifrar el algoritmo, seguiría sin poder descifrar el mensaje, dado que le faltaría la clave.

Así pues, la importancia de la clave es fundamental para la integridad y confidencialidad del mensaje enviado.

Con el descubrimiento de la radio por Marconi, a casi principios del s. XIX, comienza a resurgir el interés (sobretodo militar) por la codificación de mensajes.

Con las posibilidades que ofrecía la comunicación sin cables, resurgieron los inventos de cifrado polialfabético, como el sistema ideado en el s. XV por Alberti. Consistente en lo siguiente: dos discos, en el que se hallen impresos o grabados las letras y números, pero uno más pequeño que el otro, a lo que se añadiría una clave, de cifrado y descifrado del mensaje.

En 1918, Scherbius, ideó la máquina Enigma, y fue utilizada en la II Guerra mundial por los alemanes. No fue hasta 1974 cuando se divulgó el sistema utilizado, que desde 1918 a 1945 se iba dificultando. Inicialmente existía un solo rotor, mientras que cerca del final de la Guerra existieron hasta 6 rotores de cifrado.

Un sistema a caballo entre los discos de principios del s. XX y la máquina Enigma fue lo que se utilizó en la guerra civil española, para enviar mensajes a las tropas.

Con el desarrollo de las tecnologías de la información, y el de la informática, comenzaron a utilizarse los algoritmos matemáticos. Destacó el "Lucifer", que en los años 70 se consideró un sistema muy potente que se llegó incluso a comercializar en Estados Unidos.

Diffie y Hellman, ambos americanos, desarrollaron un nuevo sistema de cifrado, de carácter asimétrico, lo que dificulta sobremanera su descifrado o decodificación. Así, el descifrado no se limita a conocer la función matemática que generó el código (siempre necesitaríamos la clave), sino que para descodificarlo es necesario obtener la función inversa de la inicial.

Estos sistemas de cifrado se han ido desarrollando, complicando las funciones algorítmicas. En la actualidad, los algoritmos más utilizados son los que se basan en funciones de curvas elípticas (mucho más complejas que las lineales o

curvas). El sistema de cifrado más conocido por todos es la RSA (Rivest Shamir Adleman).

En la actualidad, se está investigando en sistemas cuánticos de transmisión de información, en el Instituto Max Planck. Se trata de elaborar un sistema informático basado en la mecánica cuántica, de tal manera que se agilizan los cálculos algorítmicos y se obtiene un grado de seguridad en la transmisión de mensajes mucho más elevado que los sistemas existentes y utilizados a día de hoy.

VI Congreso Andino de Derecho Informático
Universidad Católica del Táchira, noviembre 2006

La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME

Ricardo Enrique Antequera*

El crecimiento y las grandes ventajas competitivas en el mercado siempre provienen de mejores recetas, no simplemente de cocinar más.
Paul Romer

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho de autor. 2.2 Los agentes involucrados en la explotación de obras del ingenio. 3. Los signos distintivos. 4. Las soluciones técnicas. 4.1. Las patentes como remuneración al esfuerzo intelectual y económico. 4.2. Para generar la oportunidad de reinversión de los dividendos. 4.3. Otras formas de innovación de las PYME. 5. Conclusiones.

Resumen

Hoy por hoy, las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME) han cobrado importancia social y económica y deben hacer frente en la ejecución de su actividad comercial a procesos de innovación, desde la concepción de una idea, su desarrollo y su puesta en práctica en el comercio o la industria.

Dentro de ese proceso de satisfacción de la demanda a través de la innovación, participan diversos factores inmersos dentro del sistema de la propiedad intelectual. Tal es el caso de las obras publicitarias, las invenciones, las marcas, los diseños industriales etc.

Palabras clave: Pequeñas y Medianas Empresas. Procesos de Innovación. Invenciones. Marcas. Diseños Industriales.

Recibido: 25/10/2006 • Aceptado: 10/11/2006

* Especialista en Propiedad Intelectual. McGill University (Canadá). Franklin Pierce Law Center (USA). Profesor invitado en la Universidad Católica del Táchica y Universidad Católica Andrés Bello. Ex abogado asistente en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Abstract

At the present time, Small and Medium-Sized Enterprises are socially and economically important and they must confront innovation processes while carrying out its commercial activity, from an idea conception, its development and formalization in the market or industry.

In that process of demand satisfaction through innovation, several factors included within the intellectual property system participate. Such is the case with advertising works, inventions, trademarks, industrial designs, etc.

Keywords: Small and Medium-Sized Enterprises. Innovation Processes. Inventions. Trademarks. Industrial Designs

1. Introducción

Las PYME conforman una estadística esencial en cualquier análisis económico de un país, pues en contraste con el monto del capital invertido, son grandes generadoras de fuentes de trabajo.

En el caso venezolano, el número de PYME alcanzó en el año 2003 unos 6.200 establecimientos sólo en el sector manufacturero.

Las PYME deben hacer frente en la ejecución de su actividad comercial a procesos de innovación, entendida como un sistema que comprende desde la concepción de una idea, su desarrollo y su puesta en práctica en el comercio o la industria. Así, debido a las necesidades que va generando el mercado, las empresas se ven forzadas a crear nuevos y valiosos productos o servicios para satisfacer la demanda de un consumidor cada vez más exigente.

Dentro de ese proceso de satisfacción de la demanda a través de la innovación, participan diversos factores inmersos dentro del sistema de la propiedad intelectual. Tal es el caso de las obras publicitarias, las invenciones, las marcas, los diseños industriales, etc.

Una correcta aplicación de políticas empresariales de propiedad intelectual permitirá el mantenimiento de esa ventaja competitiva que merece el innovador. En este sentido podemos citar el caso de la Aspirina® en donde se conjugaron la implementación de diversas figuras de los derechos intelectuales, para garantizar el liderazgo que mereció la empresa Bayer al innovar el mercado con el lanzamiento de su eficaz compuesto activo farmacéutico.

En este caso, la empresa de origen alemán obtuvo la protección de la invención a través del sistema de patentes a finales del siglo XIX, lo que le garantizó la explotación y comercialización exclusiva del compuesto por un tiempo determinado. Conocedores de la temporalidad de la protección que otorgan las patentes, Bayer se adelantó al vencimiento de su exclusividad trasladando recursos mercadotécnicos para hacer un mayor énfasis en la

posibilidad de que el consumidor recordara el nombre de la marca Aspirina® con la que era identificado el producto.

De esa manera, una vez culminada la protección por la vía de las patentes, Bayer siguió y sigue beneficiándose luego de 100 años de su papel innovador, pues el consumidor sigue recordando y en consecuencia solicitando el producto por una marca específica, aunque el compuesto farmacéutico sea fabricado por una multiplicidad de competidores.

Sobre la base del ejemplo planteado, podemos concluir que la aplicación de políticas de propiedad intelectual en el entorno empresarial, sin importar la extensión de la industria, será mayor o menor exitosa si:

- Logra generar en el consumidor la identificación del origen empresarial del producto o servicio sobre la base del desarrollo de políticas de mercadeo sobre el portafolio de marcas registradas;
- Permite el acceso a tecnologías que habiendo sido protegidas, ha transcurrido el lapso estipulado por la ley para sus derechos exclusivos y, en consecuencia, permite su *"replicación"* al encontrarse en el dominio público;
- Evita la inversión de capital económico y recursos humanos en investigaciones, desarrollos y posibles comercializaciones que puedan detectarse desde un inicio como no generadores de valor comercial, por ejemplo, si se determina que una marca no podrá ser objeto de derechos exclusivos al existir antecedentes idénticos o parecidos previamente registrados por un competidor;
- Puede lograr acceso a financiamiento económico a través de garantías representadas en activos intelectuales;
- Permite alcanzar alianzas estratégicas en determinados campos investigativos entre empresas y universidades;
- Logra generar ganancias a través de figuras como el licenciamiento, cesiones u otras transacciones mercantiles que involucran los bienes intangibles de una empresa;
- Permite el estudio en tecnologías que fueron objeto de divulgación por su titular para la obtención de su protección, pero que su uso, por ejemplo, con fines estrictamente investigativos, escapa de los derechos otorgados por la patente.
- Evita las infracciones de derechos adquiridos sobre determinado bien intelectual y, en especial, impide la introducción de copias o falsificaciones de sus productos por parte de los competidores.

Solemos referirnos con especial orgullo a la riqueza del capital intelectual en los países en desarrollo, sin embargo, esa abundancia lamentablemente no se ve reflejada en los índices de crecimiento económico. El reto de la propiedad intelectual se debe concentrar en convertirse en una herramienta generadora

de competitividad a las empresas, sin importar su país de origen, capital o número de empleados, sino su capacidad innovadora, de tal manera que pueda convertirse en fuente de progreso y desarrollo.

A continuación pasamos a analizar el universo de posibilidades que tienen las PYME para valerse de la propiedad intelectual como fuente generadora de valor de competencia, estudio que hemos dividido en tres partes: a) el derecho de autor; b) el derecho invencional o de patentes; y c) los signos distintivos.

2. El derecho de autor

De acuerdo con las características de la creación, podrá estar protegida por alguna de las disciplinas que conforman la Propiedad Intelectual. Así, por ejemplo, si la creación se manifiesta como una obra, por su originalidad en la forma de expresión que la hace individualizable, será amparada entonces bajo el derecho de autor.

Generalmente se afirma que los grandes beneficiarios del sistema del derecho de autor son las industrias multinacionales de la cultura, la informática y el entretenimiento, y como tal, sería de poca o ninguna utilidad para las PYME.

Existen diferentes sectores de la economía que resultan beneficiados por la protección otorgada por el derecho de autor a las formas de expresión originales, entre otros, los autores de obras literarias, artísticas o científicas; la industria del "*software*"; las empresas publicitarias; la industria editorial; los productores fonográficos y audiovisuales; los exhibidores de obras cinematográficas y los medios de comunicación.

2.2 Los agentes involucrados en la explotación de obras del ingenio

Debemos partir imaginando la gran cantidad de seres humanos cuyas obras sirven de elemento indispensable para la existencia de las industrias culturales, informáticas o del entretenimiento, y quienes sustentan su economía personal en las remuneraciones que reciben por la explotación de sus obras.

En ese sector podemos nombrar a los autores literarios, los compositores de música, los artistas plásticos, los diseñadores y dibujantes; los diversos participantes creativos en las obras cinematográficas y otras producciones audiovisuales; los analistas de sistemas, programadores, compiladores y otros creadores informáticos en relación con el "*software*", las bases de datos y las producciones "*multimedia*"; arquitectos y decoradores; redactores, columnistas, fotógrafos, dibujantes y caricaturistas que realizan sus creaciones para los medios de comunicación, tanto impresos como sonoros y audiovisuales, sólo para mencionar unos ejemplos.

La titularidad de los derechos patrimoniales o de explotación de una obra puede ser transferida a una persona natural o jurídica distinta del autor, bien sea mediante la voluntad contractual, una presunción legal o inclusive, existen casos

en que a través de una disposición legislativa es cedida esa titularidad. En este sector se encuentran, entre otros, las agencias de publicidad, las productoras audiovisuales, las empresas dedicadas al negocio de las aplicaciones informáticas o *"software"*, las editoriales de obras literarias o musicales, todas ellas que también se benefician de la protección ofrecida por el derecho de autor.

Igualmente son favorecidos por el derecho de autor, de una manera menos directa, aquellos sectores empresariales que son productores de bienes o "*materias primas*" utilizadas en la comercialización de obras del ingenio. Dentro de esta categoría podemos señalar a los productores de equipos reprográficos como las fotocopiadoras, las empresas del papel para impresión, los productores de soportes vírgenes, los fabricantes de instrumentos musicales, los productores de equipos para la filmación y reproducción de obras audiovisuales, las fábricas de equipos de computación o "*hardware*", así como comerciantes de soportes digitales para la fijación de obras como discos compactos, entre otros.

También reciben beneficios de la propiedad intelectual las industrias que sirven de factor de conexión entre los titulares del derecho y los productores de "*materias primas*". En este segmento se encuentran los estudios de grabación y de ingeniería de sonido, así como los de filmación, las litografías e imprentas, las diseñadoras e ilustradoras de portadas de libros, de discos compactos o de cualquier otro soporte que se utilice para comercializar obras del ingenio como el DVD, entre otras.

Por último podemos señalar que se benefician del derecho de autor las empresas dedicadas a la última etapa de la comercialización de las obras del ingenio, es decir, aquellas que ponen a disposición directa del consumidor el soporte que contiene la obra o los servicios que permiten su acceso. Acá podemos mencionar, entre otros, a las disco tiendas, incluyendo aquellas que permiten la adquisición en formato digital a través de Internet, las tiendas de alquiler de obras cinematográficas, los exhibidores de películas, las galerías de arte, bibliotecas y librerías.

3. Los signos distintivos

Una parte esencial de los negocios lo constituye el generar una reputación o reconocimiento de la empresa, de sus productos o de sus servicios, bien sea por su calidad, variedad, eficacia, seguridad, rapidez o cualquier otra característica.

El negocio podrá ser exitoso, principalmente, si los consumidores logran individualizar ese establecimiento comercial, producto o servicio de los demás ofrecidos en el mercado, de tal manera que al presentársele nuevamente la necesidad que motivó su adquisición anterior, recurrirá a la oferta que previamente llenó sus expectativas.

Una forma eficaz de lograr ese efecto individualizador es a través de los signos distintivos, los que, como hemos mencionado anteriormente, tienen la capacidad bien sea de identificar y diferenciar en el mercado a las empresas,

sus productos o servicios, o también la de indicar el lugar geográfico donde los productos han sido elaborados o al que deben su reputación o características singulares.

Estos bienes inmateriales mantienen una doble función:

a) Desde el punto de vista empresarial, los provee de una herramienta de diferenciación contribuyendo a la leal competencia en el mercado; y

b) Proteger la autonomía de la elección del consumidor, evitando el error en el proceso de escogencia de la oferta que colme sus expectativas.

Como parte integrante del sistema de los signos distintivos, la marca, entendida como el signo capaz de distinguir un bien (sea un producto o un servicio) procedente de una fuente determinada, también cumple esa doble función.

La marca se convierte entonces en la *"tarjeta de presentación"* de la empresa, pues es el medio que le permite, conjuntamente con la actividad publicitaria, captar la atención inicial del consumidor al cual se encuentra dirigido el producto o servicio, aún cuando ni siquiera haya tenido una experiencia previa en su adquisición. De allí deriva la importancia en el proceso de selección de una marca, en donde la innovación y creatividad forman parte esencial, y que una correcta decisión puede generarle una valiosa ventaja competitiva a una PYME.

El empleo del color rojo dentro de una marca destinada a identificar cigarrillos es reconocido por el consumidor como un producto de una sensación fuerte y, en consecuencia, inmediatamente lo asociará como sustituto de las que ya conoce dentro del segmento. También puede sugerirse con instrumentos gráficos el segmento al cual la marca va dirigida, por ejemplo, el uso de elementos que evocan playa y fiesta en la identificación de una bebida alcohólica sugieren la preferencia de un público joven, mientras que la montaña y el descanso pudiera generar mayor captación de un consumidor mayor de 30 años.

De allí que el reto en el proceso de elección de una marca se concentra en dos grandes aspectos:

a) Captar la atención inicial del consumidor logrando que pruebe el producto o servicio ofertado; y

b) Mantener la fidelidad del público que ya conoce el bien objeto de comercialización.

Para la propiedad intelectual, al menos en los países de tradición latina, las marcas descansan en los principios de la distintividad, el registro y la especialidad.

La distintividad supone que el signo tenga capacidad inherente de identificar el producto o el servicio deseado, de allí que no puedan ser objeto de derechos exclusivos los signos que definen lo que se pretende distinguir (genericidad) o informan, entre otras, sus características, funciones o cantidades (descriptividad).

El registro supone que únicamente mediante la inscripción como marca ante la oficina nacional de propiedad industrial se adquieren los derechos exclusivos y excluyentes sobre un determinado signo, por lo que, en nuestro sistema, no existen lo que algunos sectores suelen referirse como *"marcas de hecho"*, pues el uso previo no genera ningún tipo de prerrogativas.

La especialidad, en palabras de Massaguer (2001) prevé que:

> *"la protección jurídica dispensada a las marcas registradas, sea frente a la inscripción de otras marcas, sea frente su utilización no autorizada, únicamente se extiende a los supuestos en los que el signo ajeno se registre o use para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que esté solicitada o registrada la marca anterior"*[1].

Desde la exclusiva perspectiva de la propiedad intelectual, para que el proceso selectivo de una marca resulte exitoso, deberían al menos tomarse en cuenta los siguientes factores:

a) Comprobar que no se trate de un signo sin capacidad inherentemente distintiva, entre otros, los genéricos y los descriptivos;

b) Verificar que el signo no tenga connotaciones negativas en el territorio en el que se pretenda usar, por ejemplo, términos o imágenes contrarias a la moral o a las buenas costumbres;

c) Efectuar una búsqueda de antecedentes en la base de datos de la oficina nacional de propiedad industrial y así determinar tanto la posibilidad de infracciones a derechos de terceros como las probabilidades de obtener un registro; y

d) Verificar en las bases de datos con las que se cuente acceso, la disponibilidad de registro del signo como nombre de dominio[2].

Se trata de un caso en que una deficiente estrategia gerencial de propiedad intelectual pudiera generar pérdidas incalculables para cualquier empresa, imaginemos el impacto que pudiera tener en la economía de una PYME. De allí radica la importancia de la observancia de, al menos, los factores arriba indicados al momento de generación de una marca.

1 Massaguer Fuentes, José (2002). *La Protección Jurídica de las Marcas Notorias y Renombradas en la Ley de Marcas de 2001*. En Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor Tomo XXII (comp), (pp. 144). Madrid-Barcelona, España: Coedición Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

2 Por ejemplo: http://www.networksolutions.com/whois/index.jhtml en el caso de dominios de primer nivel genéricos como los .com, .net o .biz; y http://www.nic.ve/ para los dominios de primer o segundo nivel nacional venezolano (.ve). En ambos casos visitadas el 05 de marzo de 2006.

4. Las soluciones técnicas

Las soluciones técnicas o invenciones industriales son objeto de protección a través del sistema de patentes, constituido por el título otorgado por el Estado, que garantiza la explotación temporal, exclusiva y excluyente sobre las innovaciones que cumplan con los requisitos positivos de patentabilidad, es decir, novedad, altura inventiva y aplicabilidad industrial.

El otorgamiento de la patente sobre una determinada solución técnica, como ocurre con el resto de los bienes susceptibles de protección por los derechos intelectuales, coloca a su titular en una ventaja competitiva y en una legal posición dominante en el mercado, pues cuenta, por un tiempo determinado, con la facultad de excluir a sus competidores en el uso de la tecnología limitada por las reivindicaciones de la patente.

Pero tal situación de posición de dominio, que siempre restringida en el tiempo, se le otorga al titular de la patente, principalmente, como contraprestación a los siguientes aspectos:

a) Al esfuerzo intelectual y económico que representa la investigación y el desarrollo de una solución técnica, que cumpla con los requisitos de patentabilidad.

b) Por el aporte al avance de la tecnología, pues quien ha obtenido una patente, ha debido revelar *"la invención de manera suficientemente clara y completa para su comprensión y para que una persona capacitada en la materia técnica correspondiente pueda ejecutarla"*[3], de tal manera que el conocimiento de la solución tecnológica puede permitir nuevas invenciones e inclusive, transcurrido el lapso de protección, su ingreso al dominio público y su libre utilización.

c) Para generar la oportunidad de reinversión de los dividendos generados por la explotación de la solución técnica objeto de la patente, bien sea directamente por el titular o a través de un sistema de licenciamiento, para el desarrollo de tecnologías relacionadas o también en nuevas oportunidades de negocios.

4.1 Las patentes como remuneración al esfuerzo intelectual y económico

Toda innovación genera una ventaja competitiva. Sin embargo, esa situación se mantendrá en la medida que los competidores puedan ajustar su tecnología para la producción del objeto o proceso innovador.

Como es fácil de suponer, el proceso innovador, que parte desde la concepción de la idea, pasando por la investigación y desarrollo, y que culmina con la puesta a disposición en el mercado de la solución técnica, acarrea la disposición de múltiples recursos humanos y económicos. A mayor complejidad de la solución

3 Artículo 28 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común de Propiedad Industrial

técnica que se plantea concretar, mayores son los esfuerzos intelectuales y monetarios que deberán ser empleados.

En líneas generales, los titulares de los derechos de patentes, tal como ocurre con cualquier actividad de índole económica, tienen la necesidad de recuperar los recursos invertidos en el proceso innovador, los que a su vez, al menos en una parte considerable, podrán ser reinvertidos en la obtención de nuevas soluciones técnicas.

Debemos destacar que el inicio del proceso de innovación tecnológica no garantiza su posterior éxito comercial, inclusive, muchos proyectos son abandonados sin culminar la fase investigativa. En consecuencia, los beneficios generados por la explotación temporal de forma exclusiva de una solución técnica estarán sufragando los costos incurridos en las investigaciones económicamente fracasadas.

Es por ello que el sistema de patentes ofrece garantías a quienes hayan invertido en el proceso innovador, pues en caso de solucionar efectivamente un problema de índole tecnológico en alguna de las ramas de la industria, su esfuerzo intelectual y económico podrá ser recompensado a través de la explotación en forma exclusiva y por un determinado tiempo del objeto de la protección.

La implementación de recursos tanto intelectuales como humanos es tan crítica para una corporación transnacional como lo es, exponencialmente, para una PYME, por lo que, el sistema de patentes, también permitirá la recuperación de tales esfuerzos sin tomar en cuenta quien los haya invertido, tal como lo demuestra el siguiente caso de un inventor peruano.

4.2 Para generar la oportunidad de reinversión de los dividendos

Tal como ha sido señalado anteriormente, los beneficios económicos derivados de la explotación de soluciones técnicas patentadas, usualmente permiten sopesar los costos incurridos en investigaciones que no resultaron exitosas desde el punto de vista económico.

De igual manera, el sistema de patentes permite la obtención de beneficios que serán a su reinvertidos en generar nuevas soluciones técnicas. Sin embargo, un caso que vale una particular mención es el de la famosa marca *"Toyota®"*, en donde las ganancias obtenidas por el licenciamiento de una solución técnica, fueron reinvertidas en el desarrollo de una tecnología en otro ramo de la industria. A partir del año 1896, Sakichi Toyota obtuvo protección por el sistema de patentamiento de un telar, primero mecánico y posteriormente automático, y que su hijo, años más tarde, logró licenciar a la empresa *Platt Brothers & Co.* por una significativa cantidad de dinero, el cual utilizó para investigaciones destinadas al establecimiento de una empresa fabricante de vehículos.

4.3 Otras formas de innovación de las PYME

La generación de una invención que cumpla con los requisitos positivos de patentabilidad, en especial la altura inventiva, puede significar, en muchas ramas de la industria como la farmacéutica, la disposición de extensos departamentos de investigación y desarrollo, además grandes recursos económicos.

Es por ello que, la figura del modelo de utilidad pareciera un traje hecho a la medida de las PYME, pues normalmente no requieren de grandes inversiones de carácter económico, sino de la simple necesidad de resolver de forma sencilla un problema dentro de la operación diaria de una empresa, meta que puede lograrse, por ejemplo, a través del cambio de disposición o configuración en algún elemento de una herramienta o mecanismo.

Mientras que para las patentes de invención, la apreciación del nivel inventivo es absoluta, es decir, se considerará satisfecho si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica, para los modelos de utilidad suele ser un requisito mucho menos exigente. También el valor de las tasas de mantenimiento suele ser considerablemente menor en comparación a las establecidas para las invenciones.

Finalmente, consideramos que la propiedad intelectual podría convertirse en una eficaz herramienta de competitividad para las PYME, a través del financiamiento de investigaciones dentro del entorno universitario.

Nos hemos referido anteriormente que en algunos sectores industriales, la generación de soluciones técnicas requiere de la disponibilidad de recursos humanos y equipos a los cuales las PYME regularmente no tienen acceso, pero de los que si disponen las instituciones universitarias como parte de su labor académica.

Se trata de buscar factores de conexión y figuras contractuales que puedan resultar en beneficios tanto para la industria nacional como para las instituciones universitarias, éstas últimas que podrían obtener fuentes alternativas de financiamiento de nuevas actividades a través de los beneficios económicos que se deriven de la explotación de sus invenciones.

Un caso exitoso de invenciones desarrolladas en institutos universitarios lo constituye la bebida hidratante *"Gatorade®"*, desarrollada por la Universidad de Florida inicialmente como solución a los problemas de deshidratación de sus jugadores de *"football"* americano a raíz de las altas temperaturas.

El esquema de licenciamiento aplicado por la Universidad a su patente de invención, le permitió obtener regalías calculadas en 80 millones de dólares de los Estados Unidos, los que fueron reinvertidos en la mejora de las estructuras universitarias como un laboratorio de ciencias marinas y también en un centro de investigaciones genéticas.

5. Conclusiones

Todas las mañanas en África, se despierta una gacela.
Sabe que debe correr más que el león más rápido, o será cazada.
Todas las mañanas, se despierta un león.
Sabe que debe correr más que la gacela más lenta, o morirá de hambre.
No importa si eres un león o una gacela.
Cuando el sol salga, más vale que empieces a correr

Proverbio africano

Todas las mañana sale el sol para las PYME y deberán concurrir en el mercado con grandes estructuras empresariales, cada una con sus propias debilidades y fortalezas.

Es por ello que toda empresa que pretenda ofertarse en el mercado debe valerse de todas las herramientas disponibles para poder lograr generar valor competitivo a su actividad empresarial.

Nuestra intención ha sido la de describir fórmulas de cómo la Propiedad Intelectual puede convertirse en una herramienta eficaz de competitividad para las industrias de países en vías de desarrollo, principalmente las PYME, desmitificando la recurrente idea de que esta especialidad sirve únicamente como un nuevo elemento de alienación, empleado por las grandes potencias económicas.

Frente a la situación actual en la que existe una mayor explotación de los recursos de la propiedad intelectual por parte de los países industrializados, creemos haber dado suficientes argumentos de por qué la solución no es la eliminación del sistema, sino hacer de los activos intangibles una fortaleza de los países en vías de desarrollo y sus empresas.

La implementación de innovadoras políticas de propiedad intelectual, bien sea a través de iniciativas gubernamentales o por la industria privada, deberían reflejarse al menos en los siguientes factores:

- Propiciando un clima de competencia leal entre los agentes económicos que participan en el mercado, a través de la identificación de su oferta con un signo distintivo;
- Impidiendo el aprovechamiento de la reputación o *"goodwill"* ajeno a través de la represión de la competencia desleal;
- Permitiendo la difusión tecnológica por medio de bases de datos actualizadas contentivas de la información revelada a través de las solicitudes de patentes;
- Logrando el acceso a financiamiento económico, a través de garantías representadas en activos intelectuales;
- Permitiendo alianzas estratégicas en determinados campos investigativos entre empresas y universidades;

- Logrando generar ganancias a través de figuras como el licenciamiento, las cesiones u otras transacciones mercantiles que involucren los bienes intangibles de una empresa;
- Permitiendo el avance tecnológico haciendo uso con carácter exclusivamente investigativo, de soluciones patentadas.
- Evitando las infracciones de derechos adquiridos sobre determinado bien intelectual y, en especial, impidiendo la introducción de copias o falsificaciones de los productos por parte de los competidores.

A modo de recomendaciones finales, no queremos dejar de señalar que la implementación de políticas de propiedad intelectual en el entorno empresarial debe ser monitoreada por un equipo multidisciplinario, capaz de tomar las decisiones en consenso que puedan representar valor competitivo en la actividad comercial.

Por ello… intégrese, la propiedad intelectual puede representar la diferencia entre éxito y fracaso.

Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana

Diego Sánchez*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho de acceso a la información Pública. 2.1. Normas internacionales. 2.2. Normas legales ecuatorianas. 3. El derecho de acceso a la información y el secreto de Estado. 4. Las nuevas tecnologías y el derecho de acceso a la información.

Resumen

El acceso a la información pública es un derecho fundamental que se encuentra reconocido en la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos y en las legislaciones internas de los Estados. El desarrollo de las nuevas tecnologías ha contribuido a facilitar el alcance a la información de los ciudadanos; algunas legislaciones, como la ecuatoriana, imponen a las instituciones del Estado la obligación de difundir la información pública a través de páginas web, garantizando el derecho de acceso y la participación ciudadana mediante el uso de las nuevas tecnologías.

Palabras clave: Derecho de acceso. Nuevas Tecnologías. Participación ciudadana

Abstract

Access to public information is a fundamental right that is established in most of the international human rights treaties and domestic laws of the States. Development of new technologies has contributed to provide information to the people; some laws, such as that of Ecuador's leave on government agencies the obligation to disclose public information through websites, ensuring the right of access and citizen participation through the use of new technologies

Keywords: Right of access. New Technologies. Citizen participation

Recibido: 30/10/2006 • Aceptado: 12/11/2006

* Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica de Ecuador.·Profesor de la Universidad del Pacífico de Ecuador. Vicepresidente de la Asociación Ecuatoriana de Derecho Informático y Telecomunicaciones. Asesor Legal Diners Club, Ecuador.

1. Introducción

James Madison, cuarto Presidente de los Estados Unidos de América señalaba *"un gobierno popular sin información popular o sin los medios para adquirirla, no es sino el prólogo a una farsa o a una tragedia, o tal vez a ambos"*[1].

Hoy en día, las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación se han convertido en recursos fundamentales para el funcionamiento y desarrollo de las actividades públicas y privadas. Es innegable que estamos frente a un fenómeno tan admirable por el grado de facilitación y acercamiento que proporciona, que no dejamos de sorprendernos con la rapidez que se ha extendido en el mundo.

El Derecho y en general, las Ciencias Jurídicas tampoco podían permanecer ajenos a la utilización de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación. Un mundo cada vez más integrado requiere de un Derecho cada vez más uniforme que facilite el impartir justicia, el tráfico jurídico privado, los contactos intergubernamentales y que aspire a la gobernabilidad democrática.

Siguiendo al profesor Eduardo Castellanos Hernández, la cultura de la legalidad es un recurso válido de una sociedad frente a la autoridad para exigir de ésta el estricto respeto del estado de derecho, que es, a su vez, el fundamento legal de la propia autoridad pública. Si la cultura de la legalidad es un aspecto fundamental de la gobernabilidad democrática, su difusión abierta se convierte en una obligación y una necesidad para las Instituciones Publicas.

El profesor Balkin, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, señala que la democracia no es solamente libertad individual y auto gobierno colectivo. Además es el ciudadano participando de la producción y distribución de la cultura democrática[2].

Aquí es donde encontramos, precisamente, la relación entre la nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), y la cultura de la legalidad. Las TIC proporcionan los medios necesarios para difundir la legalidad a través de las redes electrónicas que, abiertas y disponibles para la población, acercan a ésta la normatividad que le da basamento jurídico a su diario quehacer y acontecer.

La capacidad de estas nuevas tecnologías para llevar información y conectar diversos sitios, facilita mucho más la difusión que las obras impresas, por grande que sea su tiraje y su distribución.

1 James Madison carta a W. T. Barry, 4 de agosto de 1822 en G. P. Hunt, ed. IX. The Writings of James Madison 103 (1910) Citado por Pablo Andrés PALAZZI, "El Derecho Legislación Argentina", *Boletín No. 4*, 26 de febrero de 1999, Buenos Aires, Argentina.

2 BALKIN, Jack M. "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. En http://papers.ssrn.com/abstract=470842, revisada el 16 de julio del 2007.

Las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación se constituyen en los medios para promover la cultura de la legalidad y asegurar la transparencia en la gestión pública, aspectos esenciales de la gobernabilidad democrática.

2. El derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso, es la facultad que tienen las personas para obtener la información que emane o que se encuentre en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades.

La Constitución Política de la República del Ecuador vigente, sección IV "De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", del Título III "De los Derechos, Garantías y Deberes", artículo 81, señala: *"El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales"*. El tercer inciso del precitado artículo dispone: *"...No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley"*.

2.1. Las normas internacionales

Es necesario hacer referencia a disposiciones que se encuentran incorporadas en varios Convenios Internacionales de los cuales Ecuador es signatario, y donde se establece el fundamento jurídico del derecho al acceso a la información pública. Entre ellas se tienen:

A. La Declaración Universal de los Derechos Humanos[3] (1948). Artículo 19. *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de 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"*.

B. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[4] (1966). Artículo 19, numeral dos. *"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir*

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm., revisada el 5 de julio del 2007

4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm. revisada el 5 de julio del 2007

informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

C. La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" Artículo[5] (1969) Artículo 13 inciso 1.-*"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".*

Cabe resaltar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados partes la obligación de respetar los derechos y libertades que consagra, y garantizar el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos reconocidos en ella, a toda persona sujeta a su jurisdicción

D. La Declaración de Chapultepec[6] (1994), suscrita por el Ecuador, en sus numerales dos y tres de los Principios indica lo siguiente: *"Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos". "Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información".*

E. La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobada durante el 108° período ordinario de sesiones[7] (2000). En el Preámbulo, inciso quinto dice: *"Convencidos que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas".* En el numeral cuarto de los Principios señala: *"El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente en la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas".*

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos2.htm, revisada el 5 de julio del 2007

6 En: http://www.declaraciondechapultepec.org/declaracion_chapultepec.htm, revisada el 5 de julio del 2007

7 Declaración de principios sobre la libertad de expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm, revisada el 5 de julio del 2007

Revisada la normativa internacional y la Ley Fundamental ecuatoriana, podemos aseverar que el derecho al acceso a la información es un derecho asegurado por la Constitución de la República y afirmado por los convenios y tratados vigentes suscritos por nuestro país, existe de esta manera, una retroalimentación recíproca entre el Derecho interno y el Derecho internacional convencional de derechos humanos.

Los pactos internacionales en materia de derechos humanos y su efecto operativo y multiplicador en los más diversos aspectos de la vida humana donde la dignidad del hombre se ve afectada, obligan a la necesaria adecuación de la legislación interna y del accionar del Estado, al texto de las convenciones.

De esta forma y como ejemplo tenemos:

a) Principio 10 de la Declaración de Río, de la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que en lo pertinente dice *"Toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y las actividades que encierran peligro para sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones"*

b) Convenio de Aarhus. Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materias ambientales" adoptada en la Conferencia ministerial "Medio Ambiente para Europa" en Aarhus, Dinamarca de fecha 25 de junio de 1998 y entró en vigencia a comienzos de 2002.

La mayoría de los Estados americanos mantienen en sus constituciones normas que obligan a brindar la información pública y además, en algunos de ellos, que no lo tienen en la Constitución, han dictado leyes al respecto, como en la República de Chile.

La vinculación entre el derecho del ciudadano al acceso a la información y el ejercicio de otros derechos constitucionales no es casual; precisamente la garantía de aquel acceso resulta ser el fundamento básico para el ejercicio libre y responsable de otros derechos fundamentales. El derecho a la información involucra, según las Naciones Unidas, la *"piedra de toque de todas las libertades… y constituye un elemento esencial de todo esfuerzo serio para favorecer la paz y el progreso en el mundo"*[8].

8 Resolución 59 (I) del 1946-12-14, de la Organización de las Naciones Unidas.

3.2. Normas legales ecuatorianas

La Ley de Modernización[9] determina:

> Art. 32. Acceso a documentos. Salvo lo dispuesto en leyes especiales a fin de asegurar la mayor corrección de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial, se reconoce a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas, el derecho a acceso a los documentos administrativos en poder del Estado y demás entes del sector público.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en forma más explicita dispone:

> Art. 205. Derechos de los particulares. Los particulares, en sus relaciones con las Administraciones sujetas a este estatuto, tendrán derecho: ....
> c) Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo, salvo que se trate de aquellos documentos calificados como reservado, de conformidad con la legislación vigente;
> g) Tener acceso a los archivos de la administración en la forma prevista en la ley y en las normas de la propia administración;

La Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal y su Reglamento garantizan *"el control ciudadano de la gestión pública a través del libre acceso a los documentos e información presupuestaria, contable y de las operaciones y contratos de crédito de todas las entidades del sector público y del sector privado en la parte que corresponda a bienes y otros recursos del sector público. El principal medio que propone para alcanzar el objetivo de la ley es un sistema oficial de información y amplia difusión que servirá de base para el control de la ciudadanía, que incluirá la información relativa al cumplimiento..., así como la referente a decisiones sobre tarifas y precios de bienes y servicios públicos y transferencia o venta de activos públicos, con su correspondiente sustentación técnica y legal. También se informará en detalle sobre el proceso, los términos y las condiciones financieras de operaciones de recompra de deuda realizadas, y sobre los orígenes, motivos, términos y condiciones financieras de los refinanciamientos realizados"*[10].

9 Ley de Modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, R.O. Ley 2001-56 (Registro Oficial 483, 28-XII-2001).

10 PÉREZ, Efraín y MAKOWIAK, Jessica, *Temas de Derecho Constitucional*, "El derecho de acceso a la información en Europa y América Latina: Un enfoque constitucional" Ediciones Legales, Quito, 2003, págs. 145-210.

3. El derecho de acceso a la información y el secreto de Estado

A pesar de la expedición de las leyes antes referidas, existe todavía la cultura del secreto en el Estado. Hay reticencia a entregar la información pública, ya que un alto nivel de secreto con frecuencia permite a quienes ejercen el poder, guardar con recelo sus conocimientos para aumentar su autoridad.

El profesor Julio Miguel Rodríguez Villafañe, señala que durante los períodos de últimos gobiernos militares y/o de facto en nuestra región se ejecutó la siguiente estrategia: ante un escándalo hay que ocultarlo de todas las formas y maneras posibles, en la década de los años noventa, una lógica diferente y tan negativa como la anteriormente descrita operaba sosteniendo que, ante la evidencia de un acto de corrupción, se lo debe ventilar de forma tal que produzca una conmoción y difundir esa información por todos los medios posibles, de esa manera se tratará de saturar el tema, y pronto todo se olvidará y nadie se ocupará de la resolución del acto de corrupción y la sanción a los responsables del delito. Se permite conocer algunos actos de corrupción en la función pública, pero se usa la indignación social como un placebo cívico, que se neutralizaba luego en la inconstancia o ineptitud u omisión de quienes debían investigar y sancionar las actuaciones indebidas y generadas por actos de corrupción[11].

Por mucho tiempo, la información generada desde el Estado se entendió delimitada a hacer conocer los resultados de la toma de las decisiones de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

Eduardo Bertoni, relator especial para la libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos señala: *"El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos y los Estados están obligados a garantizarlo. Además, las leyes que reconocen adecuadamente este derecho contribuyen a combatir la corrupción, que ha sido identificada por la OEA como un problema que requiere una atención especial en las Américas"* Entre los otros acontecimientos a tener en cuenta en el análisis, se da una clara conciencia de algunos sectores de la Sociedad Civil, de organizarse para superar los inconvenientes que se generan por la falta de información y transparencia en el sector público. El conocimiento de la existencia de corrupción en el Estado, impulsó aún más a la sociedad a ocuparse de la necesidad de información, como la medida preventiva básica.

Debe tomarse en cuenta que no hay posibilidad de vida democrática genuina, sin una participación responsable de todos los actores de la sociedad en la construcción de los consensos necesarios para el fortalecimiento del sistema y que, para ello, es imprescindible contar con la información. Por su parte, como

11 RODRÍGUEZ VILLAFAÑE, Miguel Julio, "Periodismo e información judicial en Argentina", págs. 70 y ss, publicado en *Contribuciones*, año XVIII, N° 2 (70) de Abril-Junio de 2001. Edición trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Bs. As.

se ha dicho, en una democracia, todos los aspectos de la Administración pública deben ser transparentes y estar abiertos al escrutinio público.

De allí que la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública sea de vital importancia para la Sociedad Civil, ya que permitirá monitorear los actos del Gobierno y controlar el accionar de la gestión pública, mediante la exigencia de una permanente rendición de cuentas por las decisiones que se toman. No puede existir democracia sin que existan mecanismos de acceso a la información; en estas condiciones, los ciudadanos no pueden ejercer sus derechos ya que no se encuentra garantizado el respeto y la protección de sus derechos fundamentales.

Un ciudadano que enfrenta vacíos y lagunas de información sobre los asuntos públicos no tendrá la oportunidad de expresar su opinión en temas inherentes a la administración gubernamental; de esa forma se quebranta uno de pilares fundamentales, la participación ciudadana, que sostienen al estado de derecho.

El derecho de acceso es una prerrogativa que tienen las personas para acceder a la información creada, administrada o en posesión de las entidades públicas.

"Con el ejercicio del derecho de acceso a la información:

a) Se fomenta el principio de seguridad jurídica y de legitimidad democrática del estado de derecho;

b) Se ejerce un escrutinio activo de parte de los gobernados, sobre las actividades de los servidores públicos y de las personas jurídicas de derecho privado que operan con fondos públicos.

c) Se promueven las mejores condiciones para la toma de decisiones tanto de los ciudadanos como de las autoridades

d) Se permite un acceso equitativo con igualdad de oportunidades para participar en las más distintas actividades de la vida del Estado.

e) Se democratiza la Administración pública que pasa de una organización jerárquica a una organización con dosis importantes de interactividad"[12].

4. Las nuevas tecnologías y el derecho de acceso a la información

Es substancial destacar el precepto contenido en el artículo siete de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que obliga a todas las instituciones del Estado que conforman en sector público y a los entes señalados en el artículo 1 de la referida ley a difundir a través de un portal de

12 CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel, Coordinadores, "Derecho a la información y derechos humanos" Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2000.

información o página en Internet, ciertos datos que se consideran de naturaleza obligatoria.

Art. 7. Difusión de la Información Pública. Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada y obligatoria, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria:

a) Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;
b) El directorio completo de la institución, así como su distributivo de personal;
c) La remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes;
d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;
e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas;
f) Se publicarán los formularios o formatos de solicitudes que se requieran para los trámites inherentes a su campo de acción;
g) Información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos;
h) Los resultados de las auditorias internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal;
i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;
j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución;
k) Planes y programas de la institución en ejecución;
l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal,

las operaciones y contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés;

m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño;

n) Los viáticos, informes de trabajo y justificativos de movilización nacional o internacional de las autoridades, dignatarios y funcionarios públicos;

o) El nombre, dirección de la oficina, apartado postal y dirección electrónica del responsable de atender la información pública de que trata esta Ley;

p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones;

q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones;

r) El Banco Central, adicionalmente, publicará los indicadores e información relevante de su competencia de modo asequible y de fácil comprensión para la población en general;

s) Los organismos seccionales informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y,

t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones.

La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.

Las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación son herramientas que han transformado los conceptos de lugar y tiempo, y también permiten poner a disposición de los ciudadanos, datos esenciales para la toma decisiones en todos los campos, inclusive en aquellos que son interesantes para la participación política activa. Estos datos e informaciones, una vez colocados en Internet, se encontrarán disponibles a toda hora sin limitaciones tales como el horario en las oficinas públicas o las posibilidades de traslado físico a cualesquiera de las entidades públicas en donde reposan los archivos. Esta característica puede traer consigo el que se establezca una democracia mucho más participativa. Siguiendo al profesor Owen M. Fiss, *"...la democracia es un sistema de autogobierno colectivo, y presupone que todas las personas tengan toda la información necesaria para ejercitar su prerrogativa soberana de un modo inteligente y reflexivo"*[13].

13 FISS, Owen M., "La ironía de la Libertad de expresión", trad. Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, ed. Gedisa, 1999.

En la actualidad, se considera que el derecho de acceso a la información es un requisito de participación ciudadana democrática dentro de un Estado demasiado complejo, que sucumbe a su propia dinámica burocrática. En un Estado de esta naturaleza, ningún individuo puede conocer la totalidad de la información que le permita una auténtica participación democrática en la política estatal. Ni siquiera las propias instituciones públicas son con frecuencia conscientes de la existencia de información perteneciente a otras instituciones públicas y generalizadamente el poder legislativo ve restadas sus potestades investigativas y fiscalizadoras.

Jeremy Pope, de la Organización Transparencia Internacional señala lo siguiente: *"se necesita un cambio de cultura entre los funcionarios públicos, desde el empleado de menor rango al ministro responsable de todo un departamento. Deben llegar a comprender que, en el pasado sus administraciones pueden haber dado la apariencia de haber funcionado adecuadamente, la introducción de políticas relativas al acceso a la información pueden aumentar la calidad de la administración de manera significativa.*

Dichas políticas impulsan la creación de un código de ética de servicio público dentro del sector público, aumentan la satisfacción laboral y elevan la estima de los empleados públicos dentro de las comunidades donde pertenecen y a las cuales atienden"[14].

14 POPE, Jeremy, Global Corruption Report de Transparencia Internacional, 2002, en "El Derecho de Acceso a la Información Pública en el Ecuador" Compilación Merino Dirani Valeria, CLD, 2003. página

Derecho de autor, Internet y libre competencia

José Luis Barzallo*

SUMARIO: 1. Derechos de autor. 2. El derecho de autor y la tecnología. 3. Derechos de explotación digital. 4. El derecho de autor frente a otros derechos. 4.1. Protección de la información y contenidos. 4.2. Licencias y dominio público como figuras del derecho de autor en Internet. 4.3. Licencia. 4.4. Dominio público. 5. Excepciones y limitaciones del derecho de autor. 5.1. Visión internacional. 5.2. Derecho de cita. 5.3. Derecho a la información. 5.4. Noticias del día. 6. Visión bajo la libre competencia. 6.1. Competencia en Internet. 6.2. Enlaces electrónicos. 7. Competencia y derechos de autor en Internet. 8. Libertad de expresión y derechos de autor en Internet. 9. Combinación entre derechos de autor, competencia y libertad de expresión.

Resumen

Internet como una herramienta tecnológica imprescindible para el hombre el día de hoy, se ha convertido en una amenaza para los derechos de propiedad intelectual, especialmente para los derechos de autor que circulan a través de la Red. Este trabajo analiza las diversas formas de vinculación de los derechos de autor con Internet, en particular el caso de los links o hipervínculos electrónicos y el de las noticias, que sigue causando problemas en la actualidad. También aborda el tema de la libertad de expresión en Internet y los casos en los cuales se ha limitado y coartado este derecho, lo cual obliga a que se tomen decisiones claras respecto de las recomendaciones internacionales

Recibido: 3/11/2006 • Aceptado: 14/11/2006

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Master en Derecho Informático (Universidad Complutense de Madrid). Coautor de la Ley de Comercio Electrónico de Ecuador. Especialista en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo, del Banco Mundial y del Centro Interamericano de Administración de Impuesto para la preparación de la regulación sobre impuestos electrónicos. Presidente del Asociación Ecuatoriana de Derecho Informático. Profesor de Comercio Electrónico en el Master en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y profesor de Derecho Informático en el Doctorado de la Universidad Internacional SEK (Ecuador).

y especialmente de las normas que deben aplicarse de forma universal, dejando de lado interpretaciones particulares que perjudican a la colectividad.

Palabras clave: Propiedad intelectual. Derecho de autor. Enlaces. Libertad de expresión.

Abstract

Internet, as an essential technological tool for mankind nowadays, has become a threat to intellectual property rights, especially for copyright of contents circulating through the Net. This paper explores the various ways of linking copyright to Internet, particularly the case of electronic links or hyperlinks and that of the news, which continues causing problems today. It also addresses the issue of freedom of expression in Internet and the cases in which this right has been limited and restricted, which requires clear decisions to be made regarding international recommendations and especially the rules to be applied universally, putting aside individual interpretations which negatively affect the community.

Key words: Intellectual Property. Copyright. Links. Freedom of expression

El derecho de autor ha seguido avanzando con el tiempo, manteniendo vigentes los principios que rigen su ejercicio. Esto ha permitido que se respeten los derechos de los titulares de las obras y que se mantenga vigente un régimen internacional de derecho uniforme.

Sin perjuicio de lo mencionado y que consta ratificado en los tratados internacionales y en la doctrina actual, se producen dudas respecto de su aplicación, las mismas que se ven reflejadas en las decisiones jurídicas que toman los tribunales en los casos que se presentan ante su resolución.

De acuerdo con las normas y principios que rigen al derecho de autor, existen restricciones al derecho de exclusividad que tienen los autores sobre sus obras, especialmente por razones de interés público o usos que se basan en los derechos humanos. Esto ha permitido que en el transcurso del tiempo el derecho de autor conviva con las excepciones y limitaciones impuestas dentro de su derecho monopólico de exclusividad.

Uno de los casos que se ha presentado y que adquirió notoriedad es el del servicio de noticias de google.com. En el buscador google.com se puede acceder al portal de noticias en el cual se encuentran varias noticias del mundo, con la referencia o la cita de los portales web de los que proviene la noticia. De esta forma el lector puede extender el contenido de la información a través de cualquier link de los que constan en el buscador, entre los cuales se encuentran varios diarios de reconocido prestigio internacional.

En el servicio o portal de noticias que tiene el buscador, también se encuentran las noticias locales que son direccionadas a los diarios digitales que publicaron la noticia.

Esto ha presentado un conflicto respecto del uso de la información, el futuro de la información y la realidad competitiva que arroja el entorno digital.

1. Derechos de autor

El derecho de autor se basa en dos fundamentos, el primero se refiere al interés público y el segundo el derecho a la propiedad sobre las obras creadas. Estos fundamentos tienen su origen en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

El derecho de autor se preocupa de establecer una balanza entre el interés público y el privado, por lo que fija limitaciones en cuanto al alcance y ejercicio de los derechos objeto de protección. Así tenemos que limita el tiempo de duración de los derechos, establece el control o monopolio en el uso de las obras, evitando así que sean copiadas, reproducidas o explotadas comercialmente; sin embargo a la vez también limita este poder sobre las obras al permitir ciertos actos en beneficio del interés público, como cuando se utiliza con fines investigativos, educativos, noticiosos, estudio u objetivamente públicos. La limitación alcanza a la forma en la cual el trabajo es expresado, más no a las ideas o información contenida en la creación.

2. El derecho de autor y la tecnología

La tecnología ha penetrado en todas las esferas de la sociedad, involucrando al ser humano en la interacción obligatoria en todas sus actividades. Al tiempo de influir en la cultura, las ventajas que ofrece la tecnología son enormes, como el poder presentar nuestros productos en cualquier parte del mundo.

Las normas sobre derechos de autor, en las tecnologías de la información alcanzan un espectro bastante amplio, relacionándose con normas de suprema importancia para diferentes comunidades. Respecto de derechos constitucionales como la libertad de expresión, Lawrence Lessing de la Universidad de Standford nos dice "que funcionan como una pequeña interferencia a la primera Enmienda"[1], haciendo alusión a las normas de los Estados Unidos de América. Esto refleja que también las normas de propiedad intelectual son analizadas bajo diferentes ópticas y que no siempre su regulación es considerada ciento por ciento adecuada y en muchos casos, pese a ser acertada, también puede ser exagerada.

1 LESSING, Lawrence. "A Regra dos Direitos Autorais". En Propiedad Intelectual & Internet. Editorial Jurua. Curitiba, Brasil. 2.002. Pág. 35.

Los derechos de autor protegen las creaciones artísticas, literarias o científicas que impliquen una novedad y el autor de estas creaciones está protegido por los derechos de la propiedad intelectual imperantes en una determinada legislación y apoyada por las normas internacionales.

Estos derechos de propiedad intelectual y específicamente los conocidos como derechos de autor se han ganado un campo en la protección que se busca otorgar a los creadores y de hecho ha alcanzado importantes avances enmarcados en los tratados y convenios internacionales, tales como el Convenio de Berna, París, AADPIC, OMPI[2] y otros que se han constituido el frente de normas que dirigen los derechos de autor.

El derecho de autor ha evolucionado desde antes de los inicios de la imprenta, época en la cual los autores buscaban el reconocimiento a su investigación y en muchos de los casos las obras se mantenían en el anonimato debido a las restricciones políticas y religiosas imperantes en los siglos anteriores.

Ha progresado mucho este tema y ya lo encontramos muy definido en la doctrina y en la legislación por su nombre, como protección del software; la cuarta revolución es la que mayores cambios y desafíos ha traído a los derechos de autor, se trata de las autopistas de la información, comúnmente conocidas como Internet, al ser el mayor exponente de la red de redes interconectada con todo el mundo. Este paso también trajo consigo el cambio de las redes analógicas por las redes digitales que impiden identificar el original de una copia y el consiguiente cambio en los soportes que almacenan la información en cantidades muy superiores a las imaginadas con los primeros desarrollos.

Igual cosa ocurre con el funcionamiento propio de Internet, el que a estas alturas difícilmente podría cambiar para proteger completamente los derechos de propiedad intelectual por lo que debemos fijarnos en la intención del usuario, tipo de acto desarrollado, el fin que se de a la obra o el beneficio que se obtenga en la transmisión a través de las redes digitales. En caso de no hacerlo, corremos el riesgo de que todas las actividades realizadas en la red sean consideradas como ilegales.

Las actividades anteriores o la intervención de los actores necesarios para el desarrollo, distribución y comunicación de las creaciones intelectuales ha obligado a pensar en nuevas formas de interactuar y de plantearse la protección de los derechos de propiedad intelectual.

La comunicación digital de las obras se realiza por medio de Internet con todas las facilidades que ésta presta. Internet facilita también la posesión personal de la obras ya que basta el uso de la herramientas que ofrecen los navegadores

2 Convenio de Berna, del 9 de septiembre de 1886 y con su última enmienda del 2 de Octubre de 1979; El de París del 20 de Marzo de 1883 y enmendado el 02 de Octubre de 1979; el de la OMPI de 1996. El AADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), es un protocolo de adhesión a la Organización Mundial de Comercio.

(*browser*) para que se pueda descargar la información en cuestión de segundos y utilizar el contenido o el servicio ofrecido.

La distribución de las obras por Internet facilita el intercambio de las obras desde los sitios web en los cuales se han ubicado las obras para permitir que los usuarios puedan acceder a ellas y descargarlas hasta las máquinas.

3. Derechos de explotación digital

El Tratado de la OMPI sobre derechos de autor en el entorno digital ya trae recomendaciones sobre la aplicación de este derecho en las nuevas tecnologías. Es importante que las legislaciones nacionales se acojan a la reserva legislativa a fin de enfrentar la realidad tecnológica imperante, que no reacciona de acuerdo con la norma, sino que por regla general, la norma debe responder de acuerdo con la sociedad y su realidad.

Se debe considerar que en muchos casos los derechos de autor tienen limitaciones propias a su naturaleza y elementos, lo que hace que éstos derechos sean complementarios, a fin de proteger debidamente los derechos del titular de la obra. Así, la puesta a disposición de una obra en Internet implica su comunicación, pero no necesariamente su distribución o reproducción. En otros casos, estos derechos se confunden o se funden en uno sólo, debiéndose respetar su esencia y exigiéndose el cumplimiento de los otros derechos de autor ante su evasión por medio digitales.

4. El derecho de autor frente a otros derechos

4.1. Protección de la información y contenidos

Los contenidos han sido objeto de protección de la propiedad intelectual y especialmente por los derechos de autor debido a la importancia que tienen en las obras. Con el paso a la digitalización de las obras, tenemos que en su mayoría pueden seguir siendo clasificadas como tal luego del proceso tecnológico al que se someten para se transmitidas por las redes digitales. Sin embargo, también se deben realizar adaptaciones a la noción o tratamiento que se venía haciendo a las obras en los derechos de autor, especialmente por los nuevos medios tecnológicos que facilitan su comunicación. Esto no implica un cambio sustancial en la esencia de los derechos de autor, ya que es el entorno en el que se crearán y explotarán las obras y otros materiales protegidos el que ha cambiado, y no los conceptos básicos de los derechos de autor[3].

Por la importancia misma de los contenidos, uno de los elementos fundamentales en un sitio web, es el que conforma a los contenidos. Estos

3 Comisión de seguimiento del Libro verde sobre los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM (96) 568, de 20 de Noviembre de 1.996.

pueden estar integrados por textos, imágenes, sonidos, fotografías, gráficos, animaciones entre otros.

Debemos añadir además, que la tecnología impulsa a que actualmente se debe pensar en nuevas maneras proteger los derechos de autor desde una perspectiva tecnológica ya que contando con los actuales protocolos e comunicación como WAP (*Wireless Aplication Protocol*) a través de los teléfonos que utilizan tecnología UMTS[4] o cualquier otra tecnología que permita intercambiar información y contenidos a través de dispositivos móviles, se debe pensar seriamente en adaptar cada vez más el derecho de propiedad intelectual a la realidad tecnológica.

Siendo los contenidos un componente fundamental en el sitio web, podemos decir que "*...son los contenidos los que diferencian un web y otro, en definitiva, los que realmente aportan valor al sitio web*"[5], por lo que debe recibir la protección necesaria a las creaciones que la componen, sean estas originales o preexistentes.

En el caso de las obras preexistentes, resulta difícil poder controlar el manejo de las obras en los sitios web. Es necesario localizar a los titulares de las obras y los derechos de explotación de las mismas para obtener la autorización para el uso, negociar las condiciones y formalizar estos acuerdos, siendo que las obras generalmente no pertenecen a un mismo género, sino que están combinados el literario, el artístico, el gráfico, el audiovisual, la música, etc., y los derechos no están administrados por una sola entidad de gestión.

Es definitivamente lógica la dificultad geográfica y material para poder controlar el uso de las creaciones preexistentes y por ende el cobro de los derechos correspondientes, pero en las soluciones que se apliquen no sólo debemos considerar el elemento patrimonial sino que debemos tomar como punto de referencia a la globalidad de los derechos exclusivos que tiene el autor sobre sus obras.

Es vital para cualquier creación en Internet dotarse de contenidos que constituyan el atractivo esencial o de fondo del sitio en Internet. Estos contenidos deben ser el objetivo final del usuario que busca una información determinada o indeterminada, por lo que se otorga a la creación la protección que tradicionalmente se ha concebido a las obras literarias dentro de los derechos de autor.

4 GABEIRAS, Patricia. MUÑEZ SÁNCHEZ, Emma. "Protección de los contenidos en Internet: Desde la web TV a la publicación de libros on-line", en Régimen Jurídico de Internet. Edit. La Ley. España. Edición Enero 2.002. Pág. 1457

5 GABEIRASA, Patricia. DE JUAN JIMENEz, Verónica. "La protección de los sitios web", en *Régimen Jurídico de Internet.* Edit. La Ley. España. Edición Enero 2.002. Pág. 1438.

4.2. Licencias y dominio público como figuras del Derecho de autor en Internet

El sistema originario de adquisición, tradicionalmente aceptado en los derechos de autor, es el atributivo, mediante el cual el autor de una obra adquiere sus derechos con la creación de la obra, reservándose sus derechos morales y cumpliendo con los requisitos propios de una obra como la originalidad y capacidad de divulgación, para que sea protegida por los derechos de autor.

4.3. Licencia

Las licencias son fundamentales al ser el modo de autorización para el uso de una obra, estas pueden ser de naturaleza exclusiva y no exclusiva. La obtención de las licencias puede convertirse en un problema logístico para el desarrollo de la obra, razón por la cual se ha planteado como solución la centralización de derechos en ciertas organizaciones como las sociedades de gestión un depósito centralizado que se pueda consultar a través de Internet. De todas maneras los desarrolladores y creativos normalmente tienen bancos de datos, imágenes e información de dominio público, así como sus propias creaciones, de las cuales pueden tomar libremente sin pagar por los derechos o regalías implícitas en el derecho de autor. De esta manera se reducen los gastos de una manera considerable, aunque en la mayoría de los casos las obras tienen características propias y evitan sobrecargarse a fin de no caer en lo barroco que dificulta la presentación de la obra en Internet, especialmente en países que no cuentan con la infraestructura necesaria en telecomunicaciones.

Para el caso específico de las licencias, éstas deben otorgarse expresamente y contener una descripción detallada de las actividades autorizadas[6]. Existen algunas recomendaciones prácticas de lo que se debería incluir en la licencia y que deberían ser tomadas en cuenta:

- La comunicación pública a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones (Internet)
- La distribución directa o indirecta (*download*) de la obra a terceros.
- Calidad técnica de las reproducciones.
- El almacenamiento en un servidor central y sus respaldos.
- Transformación del formato.
- Usuales como repetición, tiempo de uso y otros.

6 RIBAS, Javier. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 1.999. Pág. 21.

4.4. Dominio público

Debido al tiempo o las circunstancias, varias obras contenidas en fotografías, imágenes, sonidos, etc., han pasado al dominio público, por lo que en este caso se facilita el desarrollo de la nueva creación al poder ubicar en Internet éstas obras que formarán parte de la nueva creación.

Para que las obras pasen al dominio público se deberá cumplir con la normativa que regula este tipo de casos.

Ecuador es uno de los países que mayor protección otorga a las obras en relación con el tiempo de vida del autor. Le concede a los causahabientes setenta años después del fallecimiento del autor[7].

5. Excepciones y limitaciones del derecho de autor

Las limitaciones o excepciones al derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular de la obra para su explotación económica. Algunas limitaciones están motivadas por razones de índole social, política o humanitaria como en el caso de material *Braile* para los no videntes. Así podemos considerar ciertas razones de política social como la necesidad de la sociedad en materia de conocimiento e información[8], siempre pensando en un interés público general.

Las limitaciones son de dos tipos: las que permiten el uso libre y gratuito y las que están sujetas una remuneración como las licencias obligatorias y las legales. En el caso de las licencias libres y gratuitas su uso está sometido a las condiciones impuestas por la ley, sobre todo en lo que se relaciona con las modalidades, alcance y derechos morales del autor. Se debe usar mencionando el nombre del autor, del título de la obra y de la fuente de publicación y abstenerse de efectuar modificaciones a la obra[9].

Las limitaciones impuestas al derecho de autor siguen principios básicos consagrados en el Convenio de Berna en el numeral 2 del artículo 9 que aceptan las limitaciones al derecho de autor en las legislaciones nacionales, siempre que: sean en determinados casos especiales; que no atenten contra la explotación normal de la obra; ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la obra[10]. Este punto de partida es fundamental al momento de analizar la situación real de cuales son los parámetros permitidos ante cualquier excepción impuesta en un país, así como la interpretación sobre el límite de la excepción.

7 BARZALLO. José. Luis. *La Propiedad Intelectual en Internet*. Ediciones legales. Quito, Ecuador. Primera Edición. 2006. Pág. 222.

8 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos.* Ediciones UNESCO, Cerlac, Zavalia. Buenos Aires Argentina 2005. Pág. 219.

9 *Idem*. Pág. 222.

10 Artículo 9 Convenio de Berna.

Tenemos que frente a decisiones que puede tomar un órgano judicial sobre las excepciones al derecho de autor, puede considerar que uno de los principios se está violando de alguna manera, sea independiente o todos ellos. Así en el caso Estados Unidos interpuesto ante la OMC sobre la interpretación de la norma se analiza muy detalladamente las excepciones del artículo 13 del AADPIC y destacan que se aplica en forma acumulativa y cada una de ellas es un requisito que debe cumplirse[11].

Esto nos brinda una pauta para entender ciertos pronunciamientos judiciales que se han producido en los últimos tiempos, especialmente en Francia y Bélgica contra el buscador google.com. Entonces podemos partir de supuestos en los cuales el análisis no se limita a la norma, sino que en una interpretación general y pese a que pueda resultar contra legem, el administrador de justicia aplica la norma interpretándola en beneficio del autor o titular de derechos.

El derecho de explotación de las obras, parte de las limitaciones propias que surgen de la contraposición entre los derechos especiales y los generales, imponiéndose unos u otros, dependiendo de la legislación y su clasificación en cada país. Es importante que frente a la limitación sobre el uso de las obras protegidas que concede la legislación internacional y nacional a los titulares de derechos, también se imponga un equilibrio entre los derechos de los particulares y el interés público.

Por el hecho de que en Internet las obras se puedan visualizar libremente o manipular con las herramientas propias de la tecnología, no significa que se pueden reproducir o distribuir libremente sin que esto sea una violación a los derechos de autor.

Por el hecho de publicar una obra en Internet, no presupone la cesión del derecho o la donación al uso público o la permisividad en el uso. Se parte de la aplicación del derecho exclusivo de autorización que tienen los autores de las obras y luego ponemos los límites de ese derecho en relación a si existe una autorización expresa o tácita[12].

En el caso de la propiedad intelectual resulta fundamental lo que se entiende por usos honrados. El *fair use*[13] como también se conoce, está relacionado con el uso no comercial, licenciado, autorizado y personal dentro de los parámetros legislativos de cada país.

11 LIPSZYC, Delia. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Editorial Cerlac- Zavalia. Buenos Aires Argentina. 2.004. Pág. 53.

12 Es importante reafirmar que la presencia de una obra en Internet no constituye una autorización expresa o tácita. Caso contrario sería el de las listas de opinión, en el cual una persona publica su opinión en el listado para que sea de conocimiento público. Inclusive en el caso de las listas de opinión, se deben respetar los derechos de autor, especialmente en cuanto al origen, integridad o autoría de las opiniones.

13 Por su expresión en inglés. Forma parte de los sistemas de Common Law y del Derecho continental, considerándoselo como un principio universal.

5.1. Visión internacional

En los Estados Unidos de América se contempla el fair use como la limitación a los derechos exclusivos. Esta es considerada como la limitación más significativa a los derechos de autor en los EEUU y en otros países. El fundamento radica en considerar en que la copia sin autorización de una obra, no siempre debe restringirse. Algunas actividades como la enseñanza y la investigación o los medios de comunicación requieren de esta actividad. Lo difícil en estos casos resulta el determinar cuando se está realmente frente a esta excepción. Para esto la jurisprudencia determinó la necesidad que exista la concurrencia de los siguientes elementos: a) el propósito y carácter del uso, si el uso es comercial o sin ánimo de lucro con propósitos educativos; b) la naturaleza de la obra protegida; c) la proporción de la parte utilizada con relación a la totalidad de la obra; y d) el efecto del uso en el mercado potencial y el valor de la obra protegida[14].

El derecho de autor concede una amplitud total respecto de los derechos de explotación y concede la facultad a la legislación nacional, permitir reproducciones, entendiéndose como una limitación a la protección, como una verdadera excepción de acuerdo con lo que nos señala el artículo 9,2 del Convenio de Berna. Este artículo señala expresamente los casos en los que se aplica el concepto de usos honrados.

1. Existencia de casos especiales determinados[15].
2. Que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra[16].
3. Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del derecho[17].

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor en su artículo 10 y el artículo 13 del AADPIC ratifican lo manifestado por el Convenio de Berna al permitir que las legislaciones de los países apliquen limitaciones o excepciones al derecho de explotación de lo autores de las obras literarias y artísticas, siempre

14 "Fair Use in Copyright" http://bitlaw.com/copyright/fair_use.html citado por RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. "Aproximación a la problemática de los derechos de autor en el Internet", en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones. Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico & Telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes. Editorial Legis. Bogotá Colombia. 2.002. Pág. 424.

15 Casos expresamente señalados en la legislación y de interpretación restrictiva. Deben estar absolutamente claros en todos los aspectos..

16 La referencia o el acto debe relacionarse específicamente con esa reproducción y su directa afectación a la explotación de la obra.

17 El Convenio de Berna menciona a los derechos de los autores, sin embargo el derecho de explotación es un derecho susceptible de transmisión.

y cuando sean casos especiales, no atenten contra la normal explotación de la obra y no atenten contra los intereses del autor.[18]

El artículo 1.4 del Tratado de la OMPI y su declaración concertada señalan que el ámbito de aplicación del Tratado y del artículo 9 del Convenio de Berna puede extenderse al entorno digital, dejando abierta la posibilidad para su interpretación y aplicación tal sentido.

En cuanto se refiere al ámbito de aplicación de las limitaciones y excepciones, el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, claramente estipula en su declaración concertada, que dicho Tratado no restringe ni amplía el ámbito de aplicación del derecho de autor consagrado en el Convenio de Berna. Sin perjuicio de esto, aclara que los países podrán aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital.

Esta declaración concertada deja abierta la interpretación sobre el ámbito de las limitaciones y excepciones como están contempladas, en cuanto a que abarcan la prensa, cable, radiodifusión y no otras formas de comunicación masiva como Internet.

Incluso se debe tomar en cuenta aquellos casos en los cuales existe una reserva expresa[19] sobre la reproducción o radiodifusión a fin de considerar esa contralimitación a las excepciones al derecho de autor.

Contempla la Directiva Europea sobre derechos de autor en la sociedad de la información que debe ofrecerse a los países miembros la oportunidad de establecer límites y excepciones al derecho de autor, buscando al mismo tiempo la manera de compensar a los autores por el uso no exclusivo que se hará de sus obras.[20].

También la Directiva Europea contempla en su artículo 5 un listado numerus clausus de las limitaciones al derecho de autor, sin que encontremos novedades respecto a lo existente en otras legislaciones previas al aparecimiento de las creaciones digitales y la transmisión a través de éstas. Así encontramos que los Estados Miembros "*tendrán la opción de aplicar excepciones al derecho de reproducción y al de comunicación pública en los siguientes casos:*

- *Utilización de las obra con único propósito de ilustrar las actividades de enseñanza e investigación científica*.
- *Usos no comerciales para personas con problemas de oído o visión*.
- *Uso de fragmentos de la obra en la información de hechos de actualidad*.

18 BARZALLO, José. Luis. *Op. Cit*., Pág. 281.

19 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. *Op. Cit*. Pág. 234.

20 Considerandos 34 y 35 de la Directiva sobre derechos de autor en la sociedad de la información.

- *Citas para la crítica, o para fines de seguridad pública o prueba en un proceso administrativo o judicial*"[21].

Adicionalmente podemos mencionar a manera de referencia el resto de excepciones previstas en la Directiva:

a) Actos de reproducción provisional necesaria y transitoria
b) Grabaciones efímeras
c) Excepciones basadas en fines culturales y de acceso personal a la cultura
d) Investigación científica y desarrollo cultural
e) Usos tradicionales contemplados tradicionalmente.
f) Excepciones basadas en usos incidentales (sin afectar los derechos del titular; no ir más allá de del uso razonable de la obra)[22].

Siendo una lista cerrada, los países miembros deben acoplar sus legislaciones en caso de contemplar alguna limitación no prevista en el artículo 5 mencionado.

En la Directiva 351 sobre derechos de autor de la Comunidad Andina, se determina la lista de circunstancias bajo las cuales una tercera persona puede usar una obra, sin que implique una violación a los derechos de autor. La norma parte de señalar en su artículo 21 que las legislaciones nacionales podrán observar limitaciones al derecho de autor, siempre y cuando se circunscriban a aquellos casos en los cuales no atenten contra el uso normal de la obra ni contra los intereses legítimos de los titulares de derechos de las obras. Entre otras limitaciones tenemos la usual cita bibliográfica, la reproducción para fines de enseñanza o para fines particulares de una biblioteca que no tenga fines de lucro, preservar la obra, sustituirla para el fondo de una biblioteca que haya extraviado el original, reproducción informativa, entre otros ya conocidos[23].

En la Ley ecuatoriana de propiedad intelectual[24], encontramos en el artículo 83 las limitaciones al derecho de autor, que permiten el uso sin necesidad de autorización o remuneración alguna, señalando como importante elemento el respeto a los usos honrados, para luego entrar en la usual recomendación de no atentar contra la normal explotación de la obra ni contra los legítimos intereses de su titular. Así, entre otras, encontramos el caso de las obras divulgadas cuando su inclusión se realice a título de cita para su análisis, la inclusión de fragmentos de otras obras de naturaleza escrita, para fines docentes y de

21 RIBAS, Javier. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 1.999. Pág. 25.

22 ERDOZAIN, José Carlos. *Derechos de Autor y propiedad intelectual en Internet*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A) 2.002. Madrid, España. Pág. 148.

23 Decisión 351. Régimen Común sobre derechos de autor y derechos conexos. Registro Oficial No. 366, del 25 de enero de 1994

24 *Op. Cit*.

investigación, difusión en la prensa para fines informativos, las grabaciones efímeras que sean destruidas después de su radiodifusión, entre otras ya reconocidas en la mayoría de legislaciones nacionales.

Para el caso en el cual los editores de periódicos quieran restringir el uso de las noticias, por el cual se afectan sus derechos en conjunto, se tienen opciones tecnológicas que permiten un mayor control de los contenidos y su uso por parte de los usuarios, así como facilitan el comercio electrónico de los derechos de los autores dentro de Internet. Uno de los mecanismos que tienen mayor acogida es el DOI (*Digital Object Identifier*)[25] que se asigna a las aplicaciones que tienen los contenidos en base a las especificaciones que se esperan para el futuro, de acuerdo con las especificaciones técnicas o los perfiles desarrollados por las comunidades de usuarios que trabajan con las reglas DOI[26].

5.2. Derecho de cita

Es una mención o referencia breve a un fragmento de la obra de otro autor que sirve para explicar o fundamentar o extender el desarrollo de la opinión del autor en una obra.

Como parte de las limitaciones al derecho patrimonial[27] encontramos las licencias no voluntarias, recogidas en el Convenio de Berna, que son: la reproducción mecánica de obras musicales y la radiodifusión de obras; y, los casos autorizados de libre utilización, que permiten la inclusión en una obra propia de fragmentos de otra obra de un tercero, de naturaleza escrita. Entre éstas podemos resaltar el derecho de cita cuando se trate de obras divulgadas y su inclusión se realice a título de referencia o para análisis e investigación. Las citas podrán realizarse con fines docentes o de investigación, en proporciones justificadas y siempre indicando la fuente con los datos completos entre los que debe constar el nombre de la obra y su autor.

5.3. Derecho a la información

El derecho a la información está ligado a los derechos de los individuos y tiene que ver con el derecho universal de acceso a la información y libertad de expresión. Por esta razón las legislaciones internacionales y nacionales le han dado cabida como parte de las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Es importante resaltar la necesidad de un interés público que será el que prevalezca sobre el interés particular o el derecho a la intimidad y privacidad consagrado en la mayoría de legislaciones del mundo.

25 www.doi.org

26 LIPSZYC, Delia. *Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos*. *Op. Cit*. Pág. 353.

27 Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial No. 320 de 19 de Mayo de 1.998. Artículo 83.

El derecho a la información puede estar sobre el derecho a la intimidad cuando se trata de un personaje público o cuando por las consecuencias jurídicas que conlleva es de interés de la comunidad.

En el caso ecuatoriano, al igual que el Colombiano, encontramos que el derecho a la información se lo ubica en un grado superior al derecho de autor, por lo que se permite la reproducción y comunicación de comentarios, fotografías, ilustraciones y artículos de actualidad sin el consentimiento del autor, incluyendo la limitación del Convenio de Berna, relativa a la no existencia de prohibiciones o reservas expresas para la reproducción, radiodifusión o transmisión pública. Así lo confirma el párrafo 1 del artículo 10bis del Convenio de Berna, el literal b del artículo 22 de la Decisión 351 de 1993 y el artículo 33 de la ley 23 de 1982[28].

Nos comenta Delia Lipszyc sobre las reseñas de prensa que: "se restringe el derecho de autor sobre los artículos publicados sobre temas económicos, políticos o religiosos de actualidad, difundidos por la prensa, radiodifusión, transmisión por cable, y se permite su reproducción, distribución y comunicación pública a condición d que se asegure la indicación e la fuente y el autor –si el trabajo apareció con firma-, y que la utilización del artículo no sea objeto de reserva especial que se hubiera hecho constar en el origen"[29].

Aquí vemos lo que habíamos comentado anteriormente sobre el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, en su artículo 1.4 y 10 con sus respetivas declaraciones concertadas.

Vemos cómo se entienden aplicables las normas del Tratado al entorno digital y como cada país en su legislación puede incluir las limitaciones propias al derecho de autor y ampliar su cobertura al entorno digital. Al momento pocos países lo han hecho, ya que implica el cambio de legislación y ese paso trae consecuencias poco predecibles en cada país. No podemos tampoco acusar a la OMPI de resolver ligeramente el tema ya que se trata de excepciones y por regla general éstas han sido puestas a disposición de la decisión de cada país. Sin embargo, si debemos hacer una crítica por la falta de decisión respecto del entorno digital, ya que el Tratado de la OMPI debió disponer que las excepciones que se acepten en el entorno físico sean trasladadas al entorno digital.

Al incluir clara y directamente en las excepciones del Convenio de Berna todo lo relacionado con el entorno digital, con los mismos principios ya considerados, se hubiera evitado la incertidumbre que ocasiona para las empresas internacionales el uso honrado de las excepciones establecidas en el derecho de autor, para el caso que nos ocupa, el uso de la información de actualidad en ejercicio de un derecho fundamental consagrado en la Declaración de Derechos Humanos.

28 RODRÍGUEZ MORENO, *Sofía. La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia 2.004. Pág. 91.

29 LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. *Op. Cit*. Pag. 233.

5.4. Noticias del día

En el caso específico de las noticias, éstas forman parte de los derechos de los individuos y lo encontramos en los Estados en los cuales se respetan los derechos fundamentales. Rodríguez cita a Masouyé en lo que se refiere a las noticias como obras y aclara que aquellas no constituyen obras tuteladas bajo el derecho de autor, sino bajo el derecho de competencia[30]. Esto se produce por cuanto en el caso de las noticias del día entra el factor de los derechos humanos y adicionalmente porque en este caso es más difícil identificar al autor, sin que por esto no se reconozcan los derechos de explotación de su titular.

En este caso tenemos que el análisis de los principios del derecho de autor ya deben combinar el interés general y el derecho primordial del autor o incluso del titular de derechos.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2 del Convenio de Berna "*la protección del presente convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa*"[31]. Haciendo referencia a este mismo tema, Masouyé expresa que esa afirmación se debe a que las noticias no pueden considerarse como obras[32]. De esta manera vemos como la información tiene sus limitaciones, pero en el caso de las noticias, se dispone una exclusión de la aplicación del Convenio de Berna. Esto tiene como respaldo al mismo manejo de la información, por lo que partiendo del derecho de autor se deberá aplicar la regla de los tres principios y que las noticias sean del día.

Teniendo a Internet como el referente tecnológico dentro del cual se ven amenazados ciertos derechos de propiedad intelectual, se buscan alternativas para disminuir la conflictividad ocasionada por el tránsito en las redes digitales de Internet. Así, una de las propuestas pretende la aplicación de un criterio de liberalidad aunque, en principio, podría sostenerse que es más amplio cuando no existe ninguna referencia al tipo de los contenidos de las noticias de prensa[33]. El otro caso es el que ya habíamos comentado en referencia a que autor del trabajo tengo una retribución, en tanto en cuanto no exista una expresa reserva de derechos.

Vemos entonces que si bien puede existir una reserva de los derechos de autor, también se tiene por el otro lado la excepción casi total frente al uso de las noticias del día. Me refiero a que la excepción no es total por cuanto se debe considerar la regla de los tres principios para adentrarnos en el campo de la propiedad intelectual y el derecho de competencia como mecanismo para

30 RODRÍGUEZ MORENO, Sofia. *Op. Cit*. Pág. 92.

31 Convenio de Berna. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

32 MASOUYÉ, Claude. Guía del Convenio de Berna. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Ginebra 1978. Pág. 25.

33 GOLDSTEIN, Mabel. *Derecho de autor y sociedad de la información*. Ediciones la Rocca. Buenos Aires Argentina 2005. Pág. 300.

proteger al titular de la información noticiosa y el interés público como principio generador del derecho.

6. Visión bajo la libre competencia

La competencia es un concepto que se ajusta al respecto y a los valores del mercado bajo una óptica empresarial y que dentro de lo que se considera una competencia perfecta será aquella en la cual "*la actitud del elaborador de un producto –que se fabrique una porción mínima de él, aumente su producción o la disminuya, o incluso deje de producir- carece de efectos sobre el mercado*"[34]. Esta referencia viene a partir de la consideración de que la competencia difícilmente se puede ocasionar.

No debemos olvidarnos que los empresarios en su ejercicio comercial tienen que buscar llegar al cliente con mayor fuerza o anticipación que sus competidores, por esta razón siempre existirá el desplazamiento de un empresario por otro en el mercado. Por esta razón Baylos Corroza afirma que "*es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes. Se ha dicho que vender es quitarle un comprador a otro, lo cual resulta totalmente lícito y admisible, siempre que no se emplee para conseguirlo medios en sí mismo ilícitos y reprobables…*"[35]

Dentro de la propiedad intelectual se cuenta con monopolios que son considerados como propios de la naturaleza que rige a las creaciones. Así en el caso de la propiedad industrial, se defiende el monopolio del inventor en el caso de las patentes. Sin perjuicio del monopolio que se concede al inventor, las normas internacionales y principios que rigen la propiedad intelectual, no permiten que se cause un daño a la sociedad por el abuso respecto del monopolio sobre la patente. De esta manera se evita que se produzca el abuso del derecho en la propiedad intelectual, tanto en lo que se refiere al uso como a la explotación misma del derecho exclusivo concedido legalmente.

Tenemos que como regla general tanto en el derecho de competencia como en la propiedad intelectual, se obliga al titular de la patente a su explotación para evitar que el derecho exclusivo que se otorga, no se convierta en una herramienta que pueda distorsionar o afectar el mercado. De igual manera el monopolio que se concede no puede afectar al interés público[36], por lo que los Estados deberán dictar las reglas que sean necesarias para preservar el interés

34 NAZAR ESPECHE, Félix. *Defensa de la competencia*. Ediciones de Depalma. Buenos Aires. 2001. Pág. 19.

35 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978. Cívitas, Madrid. Pág. 226.

36 Art. 8 Acuerdo ADPIC (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights).

público en sectores vulnerables o de vital importancia para el desarrollo social, económico y tecnológico.

Dentro del conflicto surgido en Bélgica y Francia respecto de los contenidos noticiosos usados como referencia por google.com, se debe tomar en cuenta también principios generales relacionado con la competencia, así, en "*una economía de mercado competitivo, el precio y las demás señales e indicadores de productividad y rentabilidad tienden a mantenerse libres de distorsiones y de esta manera se crean incentivos necesarios para que los empresarios destinen los recursos productivos a las áreas en donde sirven más a ellos y al país*"[37]. Estos principios empresariales son al momento básico y son utilizados cuando las empresas quieren orientar su producción a donde sus fortalezas le señalan.

Esta visión resulta interesante en un mundo globalizado en el cual los medios de comunicación física están ingresando al mundo digital para integrarse con la gigantesca comunidad que representa Internet. Sin embargo, de la proyección internacional que se le puede dar a lo expuesto, tiene sentido en tanto en cuanto al momento aún se pueden hablar de ventajas competitivas que tienen unos negocios frente a otros. Así si una empresa se encuentra en Internet y como desde su negocio ofrece los titulares de contenidos noticiosos para que sus usuarios puedan acceder directamente a las fuentes de información, entonces está explotando su fortaleza frente a la menor capacidad que tiene la fuente de información para atraer mayores visitas a su sitio web.

El punto comercial en cuestión siempre será la cesión de una porción de mercado frente al competidor o parcial competidor que está enfocando un servicio al mismo frente. Entonces aquí cabe preguntarse si el competidor que se encuentra en leal desventaja debería aprovechar sus fortalezas y explotar las ventajas que le otorga su rival o por el contrario debería tratar de eliminar la competencia, aún en perjuicio de lo que se podría considerar un interés común. La competencia perfecta orienta hacia explotar las fortalezas sin sacar del mercado al competidor por apropiarse legítimamente de un segmento en el que tiene ventajas competitivas.

Internacionalmente no encontramos normas que regulen la competencia fuera del territorio local o en el mejor de los casos comunitariamente como sucede en la Unión Europea o en la Comunidad Andina con la Decisión 608. En el caso de la OMC no vemos normas obligatorias para el caso de la competencia, más allá del pronunciamiento del Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones

37 ARCHIVA PEÑALOSA, Emilio José. «Criterios de aplicaciones de las normas de competencia». *Revista Apertura Internacional*, Bogotá, 1994. Publicado por Colección Seminarios No.5. Centro de Estudios de derechos del a competencia. CEDEC. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1.996.

relacionadas con el comercio (TRIMS) solo para mercancías, que promovía la liberalización del comercio mundial, asegurando la libre competencia[38].

Quizás para la OMC el acuerdo más claro respecto de la competencia, radica justamente, entorno a los derechos de propiedad intelectual[39], al incluir disposiciones para evitar las conductas abusivas en la propiedad intelectual que consistan en prácticas anticompetitivas, con especial referencia a las patentes y su uso.

6.1. Competencia en Internet

Cuando nos referimos a estrategias comerciales en el entorno digital, especialmente si nos referimos a los contenidos de medios de difusión pública, debemos determinar cuales son los mercados de referencia[40] que se estarían afectando en realidad. Para poder determinar ese mercado de referencia debemos identificar el producto o servicio objeto del comercio y el ámbito territorial en el que se está compitiendo. En el caso digital, tenemos que el territorio no es determinado, sin embargo si se seleccionan medios de comunicación masiva que están vinculados a un territorio determinado se abre la opción para que los lectores de ese territorio puedan de acuerdo a su idioma, predilección o conocimiento, seleccionar el medio de comunicación que a su criterio recoge la noticia que busca.

6.2. Enlaces electrónicos (*Links*)

Los *links* son herramientas de Internet que permiten el acceso a la información, se trata de una de las figuras más importantes de Internet que ha dado forma a la navegación a través de enlaces.

Estos enlaces, que son electrónicos, funcionan "enlazando" la información de un servidor a la de otro servidor mediante la acción de un click en una palabra resaltada en azul o una imagen indicativa de la información a la que se accede. La palabra *link* se traduce al español como vínculo, los *links* en Internet son hipervínculos ya que se derivan del lenguaje de programación conocido como hipertexto.

Existen dos posiciones contrarias respecto del uso de los *links*. La primera sigue la línea de que sí se deben respetar los derechos de cita ya que se está haciendo una referencia sobre el texto de un tercero y en la mayoría de casos esta referencia se enmarca en un contexto, por lo que toma al menos un fragmento de la obra ya divulgada. Esto nos lleva a la conclusión de que sí se

38 DROMÍ, Roberto. *Competencia y Monopolio*. Edit. Ciudad Argentina. Buenos Aires 1.999. Pág. 55.

39 Acuerdo ADPIC.

40 DROMÍ, Roberto. *Competencia y Monopolio*. *Op. Cit*. Pág. 244.

está utilizando la obra ajena y que además cumple con las características que debe contener el derecho de cita.

La segunda posición considera que "*en los casos en que se introducen enlaces hipertextuales con webs de terceros, nos es obligatorio seguir los requisitos del derecho de cita, ya que, aunque se está enviando al lector a consultar una obra ajena, no se reproduce parte de esa obra en el web propio. Además, en el web de destino el usuario encontrará la completa identificación del autor*"[41], esto con las limitaciones racionales al ejercicio del derecho de autor, es decir no utilizar el índice de otra obra para completar la primera que referencia mediante el *link*, ni aquella en la que se usa el conocido *framing*[42] para aparentar que la obra es nuestra. La primera posición ha tenido mayor acogida entre los doctrinarios.

Tenemos dos casos de *linking* que vinculan el derecho de autor con el derecho de competencia, el primero es el *linking* superficial que dirige al usuario a la página web principal del sitio web referido mediante el hipertexto, desde donde debe partir para buscar la información que requiere. El segundo caso y que será materia de análisis es el *linking* profundo o <*deep linking*> que va directo a la página relacionada o que contiene la información.

El problema está relacionado con la publicidad que es una importante fuente de recursos para las empresas en línea y que generalmente consta en la página principal, la que no sería visualizada en el caso del *linking* profundo.

Los dos casos pueden traer complicaciones legales, así por ejemplo, no se pueden incluir las referencias hipertextuales como si fueran un menú remoto de los contenidos que se tienen en la página web de un tercero. Es decir, cada sitio web tendrá sus propios contenidos y su propio índice. En caso de solamente utilizarlos como referencia informativa, no es necesario que se sigan los requisitos del derecho de cita, ya que se está remitiendo al lector a revisar otra página web, sin reproducir la obra[43].

Es usual que una página web establezca enlaces con otra, con la cual no tiene ningún acuerdo previo. En estos casos se analiza si se afecta al derecho de la competencia por la reproducción que pueda producirse al grabarse temporalmente en la memoria RAM de la máquina el paso a la página web del tercero que puede ser un competidor.

El primer caso conocido fue el de Shetland Times Ltd contra el Shetland news en Escocia en el año de 1.996[44]. El caso se produjo cuando el S. Times

41 *Idem*. Pág. 31.

42 El *framing* es el enmarcamiento de la obra de un tercero en una página web a fin de aparentar que la obra que aparece le pertenece al titular de la página web. Se trata de un plagio en Internet.

43 RIBAS, Alejandro Javier. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, España. 1.999. Pág.31.

44 ALVAREZ, Carlos M. «Internet, Links, Frames y Meta-Tags», en *Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Universidad de los Andes. Edit. Legis. Bogotá. 2.002. Pág. 392.

demando al S. News por el uso de sus noticias, porque este último empezó a colocar en las páginas de su sitio web encabezados de noticias que al momento de hacer click sobre éstas, el hipervínculo saltaba a las páginas del S. Times, evitando de esta manera que el navegante pase por las páginas que contenían publicidad.

La demandada se basó en normas de derecho de autor, por la violación de obras literarias (artículos periodísticos y servicio de envío de noticias) y daños económicos. Esta acción fue concedida como medida precautelatoria, ordenando al S. News que se abstenga de publicar las noticias del S. Times.

Un año después las partes llegaron a un acuerdo por el que el Shetland News se comprometió a incluir la referencia de que las noticias provenían del Shteland Times, en letras del mismo tamaño y con un link a la página principal del S. Times mediante la aplicación del derecho de cita.

Como vemos, el problema se origina por las pérdidas que ocasiona la no visualización de la publicidad, ya que esta permite el mantenimiento del sitio web y el beneficio económico de toda empresa. Adicionalmente vemos que se aplican normas sobre derechos de autor o propiedad industrial dependiendo de los actos desarrollados por quién realiza *linking* profundo sin la autorización del titular del sitio web.

El caso finalmente dependerá del uso de la imagen o del contenido del sitio web para considerar si se violan o no derechos de propiedad intelectual. En el caso de contar con legislación que proteja la competencia leal, entonces también se puede acudir a esta norma por las pérdidas que ocasiona la falta de acceso completo a la información, con toda la publicidad incluida.

Es necesario que se considere que el uso de los *links* debe ser moderado en cuanto a lo que se refiere a las referencias textuales que podemos encontrar en una página web. Así no podemos utilizar otro sitio web como destino de nuestra hipertextos electrónicos bajo pretexto de anunciar la información y que sea el tercero destinatario el que desarrolle los contenidos[45].

7. Competencia y derechos de autor en Internet

Pese a la falta de determinación territorial bajo el concepto físico de tierra con linderos o fronteras, en Internet se ha concebido una nueva forma de entender el territorio en general y en materia de competencia para efectos de este documento. Así el nuevo ámbito[46] de competencia es Internet, en la red global indefinida físicamente pero que es perfectamente ubicada por medios electrónicos de comunicación.

45 BARZALLO. José. Luis. *La propiedad Intelectual en Internet*. Ediciones legales. Quito, Ecuador. 2.006. Pág. 336 y 337.

46 Dentro del sistema tradicional de competencia, el ámbito es el territorio.

En cuanto al producto, éste es el contenido de una noticia que consta en Internet y que puede ser visualizada desde cualquier parte del mundo. En el caso de las noticias por Internet y la referencia a los contenidos noticiosos que encontramos en algunos portales web y buscadores, pese a que si existe un impacto menor al no entrar el usuario por la página digital de inicio del diario, posiblemente se trata de lectores que jamás hubieran accedido a ese medio de comunicación por desconocerlo.

Estos nos lleva a reflexionar sobre el nivel de impacto real que tienen en el entorno digital ciertas prácticas comerciales que se fundamentan en la determinación del mercado relevante sobre la base la identificación de los productos y servicios que interesan, el espacio geográfico, periodo de tiempo determinado, consumidores y competidores reales y potenciales[47].

En el caso de los contenidos de noticias, vemos que el producto es el mismo, respecto de las noticias que se publican. Esto debe analizarse bajo la lupa del producto como tal, ya que si bien se trata del mismo producto específico, no contiene la totalidad de la información y consta una referencia del origen de la noticia y un enlace electrónico.

El espacio geográfico es el entorno digital denominado Internet[48], que de acuerdo al análisis previo, constituye un ámbito de competencia, por lo que sí existe un espacio dentro del cual se presenta la disputa.

En cuanto al tiempo, también se da una competencia directa ya que el servicio de noticias se actualiza constantemente y presenta las noticias más interesantes para que el usuario decida el diario que quiere revisar sobre la noticia.

Los consumidores o usuarios también son los mismos, ya que se trata de lectores de las noticias.

En cuanto a la competencia directa o potencial, la encontramos presente, porque pese a que el buscador no es un medio de comunicación, está prestando servicios relativos a la información de las noticias.

Adicionalmente debemos considerar que existe un monopolio legal garantizado por los derechos de propiedad intelectual, en este caso específico, los derechos de autor. La propiedad intelectual brinda una protección que puede repercutir en posición dominante del mercado según sean las características de la exclusividad que se brinda a través de la protección.

Sin embargo podemos decir que "*pese a que los principios generales aplicables a la propiedad intelectual son similares, en esta materia, a los que rigen a las patentes y otros derechos de propiedad industrial, no cabe*

47 DROMÍ. *Op Cit*. Pág. 246.

48 Técnicamente sería el ambiente y no el espacio geográfico. Para efectos de un análisis de competencia leal en el entorno digital el planteamiento debe sujetarse a la nueva realidad, conocida como virtual o digital.

extender en forma incalificada las soluciones aplicables de éstos a los derechos de autor y otros de similar naturaleza"[49]. Especialmente si estamos en el entorno digital, en el cual no se tiene certeza sobre las condiciones que se presentan y si existe competencia desleal o es la realidad y la operatividad propia del sistema.

Respecto del consumidor de servicios electrónicos, se debe resaltar el hecho que ahora están protegidos por normas comunitarias en la Comunidad Europea y en la Comunidad Andina, sin que esto implique que están superados los riesgos o que las normas de protección al consumidor cubren también al entorno digital. Sería bueno que la protección normativa sea completa en beneficio del consumidor y la competencia.

Sin perjuicio de buscar una protección aleatoria al consumidor y a la competencia, el buscar una conexión perfecta no es posible, ya que esencialmente las normas de defensa de la competencia buscan equilibrar el mercado para lograr una mejor producción que beneficie al empresario y a la sociedad. Como un efecto indirecto, el consumidor se ve beneficiado por el incremento de calidad a precios acordes al producto o servicio que recibe.

En el caso de los contenidos de noticias, existe un consumidor que se ve perjudicado por la falta de un servicio que agrupa las noticias, sin que esto signifique una afectación al derecho de libertad de expresión que tiene el medio de comunicación para seguir presentando sus noticias directamente en su portal web. Por esta razón no se cierra el servicio de noticias, pero si se lo restringe en ejercicio de un derecho de competencia y de propiedad intelectual alegado ante los tribunales.

Desde la óptica del derecho de competencia y sin menoscabar el derecho que tienen los titulares de derechos de los medios de comunicación, podemos decir que el derecho a la información no se termina, ya que los mismos medios serán quienes se encarguen de difundir la información, sin embargo, nos encontramos en una contraposición de derechos entre el derecho fundamental de la información y el respeto a la normativa jurídica y el derecho de la competencia.

Colocando los dos derechos, veremos que si bien se justifica y existe una potencial competencia desleal, sin que se determine una jurisdicción para sancionarla, que deberá ser analizada bajo la lupa del derecho de la competencia, también vemos, por un lado, que existe un derecho fundamental independiente que debe ser considerado de acuerdo a su importancia, y, por el otro, tenemos el hecho de que existen normas que rigen en paralelo la difusión de noticias y su práctica general.

Esto nos lleva a considerar que al no infringirse una norma y por el contrario cumplir con los requisitos que ésta norma impone, entonces se está respetando

49 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia.* Tomo 2. Edit. Heliasta. Buenos Aires 2005. Pág. 254.

un derecho que puede ser considerado como superior, ya que abarca dos derechos fundamentales, el de propiedad intelectual y el derecho a la información.

No podemos dejar de lado el hecho de que el derecho responde a una necesidad social y al cumplir con su objetivo, el derecho justifica su existencia y esto resulta palpable cuando la seguridad jurídica se impone en espacios de fronteras o en el espacio digital.

8. Libertad de expresión y derechos de autor en Internet

La libertad de expresión es uno de los derechos más preciados del hombre y no en vano se la protege mundialmente y sigue siendo reconocida como un derecho fundamental del ser humano.

En la actualidad existen diferentes maneras de enfocar la libertad de expresión, siendo todas válidas en tanto en cuanto respeten el derecho de expresarse del individuo.

Tratando a la libertad de expresión como un derecho que puede ser coartado al tomar decisiones judiciales que limitan el derecho de comunicar las noticias del día, entonces vamos a encontrar que algunos tratadistas y defensores de los derechos de propiedad intelectual y de los derechos de libertad de expresión, tienen ideas opuestas respecto de la prioridad de los derechos en el ejercicio normal en la vida del hombre.

En la actualidad, la tecnología ha permitido que los artistas puedan crear, innovar, desarrollar y mejorar sus creaciones artísticas. Esto a su vez se refleja en el uso de las creaciones por los propios artistas y por sus usuarios de la manera en la que ellos prefieran y en el momento que seleccionen hacerlo.

El uso de la tecnología en video, voz, sonido, multimedia y demás aplicaciones e instrumentos que se pueden utilizar, han ido beneficiando a las obras artísticas de cualquier tipo, por lo que un gran segmento de artistas está de acuerdo con incentivar su desarrollo. Por otro lado, están las grandes disqueras o marcas de gran prestigio que buscan mantener sus derechos intactos y sin correr riesgos.

El problema de la piratería ha provocado que el mundo de la propiedad intelectual busque protegerse de cualquier acto que pudiera resultar atentatorio contra los derechos de los creadores. Una de las formas de proteger a los autores es la remuneración compensatoria por la copia privada, que en muchos aspectos se complica con el uso de Internet especialmente por las dificultades prácticas de localizar los usos. Adicionalmente también se debe considerar la posición de quienes están en contra de este tipo de normativas por afectar su derecho de uso honrado de las obras creadas[50].

Las diferencias se ahondan aún más con el uso de Internet y esto trae incluso violaciones al derecho de libertad de expresión, ya que en muchos casos impedirán que una persona pueda libremente informarse y acceder a las fuentes

50 http://www.digitalfreedom.org/the_issue/index.html

de información libremente. Para los responsables de la página web *Digital Freedom,* "los consumidores no son piratas"[51].

Como podemos ver, además de contar con las diferencias de siempre, ahora éstas son mayores por el uso de Internet. Esta maravillosa herramienta al tiempo que facilita el trabajo de los creadores, también los facilita para los piratas digitales.

Casos que fueron un referente legal como el de Sony Corp Of America Vs Universal City Studios 464- Us 417 (1984)[52] en el cual se declaró que el uso del betamax no infringía derechos por no haber sido creado con el fin de copiar obras, sino con el de reproducir la obra sobre la cual se tenían los derechos, quedó atrás y ahora hay toda un nueva generación de nuevas resoluciones que apoyan el derecho de propiedad intelectual disminuyendo muchas veces las posibilidades del individuo para acceder a las creaciones mediante usos honrados.

Vemos que la combinación de los derechos de autor, la libertad de expresión y los derechos de competencia se pueden unir, sobresaliendo los derechos de propiedad intelectual, que en su aplicación total muestran una permisividad bajo ciertas circunstancias legalmente regladas, que permiten el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de libre competencia. El problema surge cuando la aplicación de las normas resulta restrictiva respecto de los derechos de terceros, favoreciendo solamente a una porción de individuos. Es en este momento cuando el derecho pierde su razón de ser para convertirse en favorecedor de un grupo seleccionado.

9. Combinación entre derechos de autor, competencia y libertad de expresión

Para finalizar, vemos que desde la perspectiva de los derechos de autor, la discusión se mantiene en parte gracias a una tibia intervención de la OMPI en el Tratado de Derechos de Autor, en el cual se declara como de aplicación al entorno digital a discrecionalidad de la legislación nacional. Esto implica que la primera interpretación que se tiene cae en la reproducción por la prensa, cable y radiodifusión, que bajo ciertos aspectos podría extenderse hasta Internet, sin que el tema queda totalmente aclarado.

Hemos visto también que el derecho de autor mantiene los tres principios vigentes: a) sean casos especiales; b) no atenten contra la normal explotación de la obra; y, c) no atenten contra los intereses del autor[53] para proteger los derechos de los titulares de las creaciones intelectuales.

51 *Idem*.

52 Página web de la *Electrónic Frontier Foundation*. Ver en http://www.eff.org/legal/cases/betamax/

53 BARZALLO, José Luis. *Op. Cit*. Pág. 281.

Por otro lado está el derecho a la libertad de la información en tanto en cuanto no exista una reserva de los derechos sobre la obra y con la libertad de información podemos encontrar a la libertad de expresión.

También se vio la exclusión del convenio de Berna sobre las noticias del día, derecho que ha sido considerado fundamental para la difusión de información diaria sobre los acontecimientos que causan noticia. Este derecho ha sido involucrado por algunos autores como parte de la excepción al derecho de información determinado en el mismo convenio, sin que se lo pueda aceptar de una manera total y mucho menos definitiva.

Finalmente tenemos el punto vértice en el derecho de autor, que será el análisis que se debe hacer tomando en cuenta los intereses primordiales del autor como esencia misma de la interpretación. Desde esta interpretación reconocida y propugnada por la doctrina y la legislación de la propiedad intelectual se puede partir para determinar los principios que deben regir para la información y especialmente las noticias del día.

Integrando las tres ramas, el derecho de autor, libertad de expresión y el derecho de competencia, nos encontramos que al cumplirse con las normas que rigen todos los temas, debemos ubicar el interés general por sobre el interés particular y esto implica que siempre que se cumplan con los principios y normas que rigen tanto al derecho de autor como al derecho de la competencia, no se puede sacrificar el derecho a la libertad de expresión y de información, como noticia del día o como negocio legalmente establecido.

En definitiva los países todavía tienen la facultad de legislar sobre los aspectos de propiedad intelectual y derecho de la competencia en la búsqueda de normas que permitan su adecuada aplicación, sumando al respeto constitucional del derecho de libertad de expresión. Esto significa que aún veremos sacrificar derechos de propiedad intelectual, libertad de expresión y de leal competencia por una falta de entendimiento de lo que implica el espacio virtual.

Es necesario contar con normas internacionales claras que faciliten la interpretación de la «realidad virtual» para evitar que nos sigamos llenando de resoluciones judiciales que confundan y creen inseguridad jurídica.

Sólo una norma elaborada seriamente tomando en cuenta los aspectos técnicos y legales podrá afrontar el futuro de los derechos de propiedad intelectual y la competencia en Internet.

Especialmente se debe tomar en cuenta que el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, enfatizando en Internet, resultan un beneficio para los creadores y un mecanismo para difundir las obras creadas. No se puede aceptar que en la actualidad no se utilicen los métodos de protección que otorga la tecnología y que se considere a Internet como el enemigo de los derechos de propiedad intelectual desvirtuando su uso y descalificando a sus usuarios.

El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos*

María Inés Arias de Rincón**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Rasgos esenciales del derecho de retractarse. 4. Fundamento doctrinal del derecho de retractarse. 5. Naturaleza jurídica del derecho de retractarse. 6. Régimen jurídico aplicable al ejercicio del derecho de retractarse. a. Legitimación. b. Condiciones para la procedencia del derecho de retractarse. b.1. Plazo general de siete días. b.2. Justa causa y no haber hecho uso del bien o servicio. 7. Forma de ejercer el derecho de retractarse. 8. Efectos del ejercicio del derecho de retractarse. 9. Conclusiones.

Resumen

La presente investigación describe los rasgos esenciales del derecho de retractarse de un contrato celebrado por cualquier medio electrónico. Establece su fundamento jurídico y, reflexiona sobre su posible naturaleza jurídica, acercándolo a la figura de la resolución del contrato. Igualmente, determina el régimen jurídico aplicable al ejercicio del derecho, las condiciones para la procedencia del mismo, la forma de ejercerlo y los efectos de su ejercicio.

Palabras claves: Contrato de adhesión, derecho de retractarse, consumidor y usuario electrónico.

Abstract

This research describes the essential aspects of the right to retract, it establishes the juridical bases for the need to compensate the consumer's or user's unfair position on any contract performed via electronics means. In addition this research analyzes

Recibido: 5/11/2006 • Aceptado: 14/11/2006

* Investigación desarrollada dentro del Proyecto de Investigación: La protección de los consumidores y usuarios en la contratación electrónica en Venezuela: Un código de conducta para la formación del contrato *on line*. Proyecto financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad del Zulia, Venezuela.

** Profesora de Derecho Informático y Derecho Civil en la Universidad del Zulia. Doctora en Derecho por la Universidad del Zulia. Magíster Scientiarium en Derecho Procesal Civil (LUZ). Diplomada en Estudios Avanzados en Derecho Privado (UC3M). Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, España ariasderincón@hotmail.com

about the juridical nature of the right to retract, showing its similarities with a contract resolution. Similarly, the research shows the juridical regime that applies to the practice of the law, the conditions for applying it, the way of practicing it and the consequences of its practice.

Key words: Adhesion contract, right to retract , consumer and electronic user.

1. Introducción

Las Tecnologías de Información y Comunicación (en adelante, TIC´s), con especial mención Internet, están ocasionando profundos cambios económicos y sociales, que se expresan en todas y cada una de las actividades desplegadas por el hombre.

En lo que nos interesa, las TIC´s han encontrado vasta aplicación en la actividad económica y, en particular, dentro de la actividad comercial que desarrollan proveedores y consumidores o usuarios; éstos han descubierto una nueva forma de intercambio comercial sin fronteras, lo que ha generado un número cada vez mayor de publicidad o incluso de verdaderas ofertas y contrataciones por medios electrónicos, que ha venido a llamarse comercio electrónico.

Múltiples ventajas y desventajas se le atribuyen a esta nueva forma de comercio, si bien permite a los proveedores acceder a un público mayor, con menores costos de producción y mayor rapidez y a los consumidores les ahorra el desplazamiento al establecimiento comercial, ampliándoles las posibilidades de elección del producto o servicio, también aquejan al comercio electrónico serias desventajas, la más importante, en mi opinión, un grado de inseguridad jurídica aún mayor que la que existe en el comercio tradicional.

Inseguridad jurídica que está presente en cualesquiera de las modalidades del comercio electrónico, pero que cuando se habla del comercio electrónico con consumidores, por su misma cualidad de "débil jurídico" frente a los proveedores, adquiere mayor relevancia. Posiblemente por ello, el legislador venezolano adoptó medidas concretas para resolver el alto grado de desamparo en que se encontraba el consumidor o usuario venezolano cuando contrataba por vía electrónica, medidas que generen confianza en el comercio electrónico entre proveedores y consumidores o usuarios, al menos en el mismo nivel que éstos confían en el comercio tradicional.

Entre las medidas adoptadas por el legislador para crear confianza y seguridad jurídica en el comercio electrónico con consumidores, se encuentran la serie de disposiciones que lo regulan y que han sido incluidas en el Capítulo V, intitulado "De la protección en el comercio electrónico" de la Ley de Protección al

Consumidor y al Usuario[1] (en adelante, LPCU), además de una serie de normas dispersas en dicho texto legal, entre ellas, la que nos ocupa en este momento, el artículo 84 LPCU que consagra el derecho de retractarse y, que esta incluida en el Título III, "De la protección contractual", Capítulo I "Del contrato de adhesión".

Los contratos de adhesión están protegidos en el texto legal, la LPCU consagra a favor de los consumidores o usuarios que se adhieren a un contrato, el derecho de retractarse (art. 84 LPCU) y el derecho de rescisión (art. 85 LPCU), e implícito en ambos, un derecho de reembolso[2], que va a regular la devolución de las sumas pagadas. En esta exposición, vamos a dedicarnos al estudio del primero de ellos, el derecho de retractarse consagrado legalmente en Venezuela en el art. 84 LPCU.

> *"El consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, por justa causa y si no hubiere hecho uso del bien o servicio, especialmente cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o cualquier otro medio electrónico, o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega, siempre y cuando el bien entregado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión".*

2. Definición

El derecho de retractarse es un beneficio legal establecido a favor del consumidor o usuario que se adhiere a un contrato, especialmente cuando éste se hubiera celebrado fuera del establecimiento comercial, por teléfono o cualquier medio electrónico, por medio del cual éste puede desvincularse justificada y unilateralmente del compromiso contraído dentro de un plazo general de siete días, previo cumplimiento de las condiciones para la procedencia del derecho que se expresan en el artículo 84 LPCU.

3. Rasgos esenciales del derecho de retractarse

Como características, el derecho de retractarse presenta las siguientes:

a. El derecho de retractarse no es un derecho de libre ejercicio, pues el legislador venezolano exige justificación de causa, lo que supone la

1 Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.930 del día 4 de mayo de 2004.

2 RICO CARRILLO, Mariliana. *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Segunda edición. Colombia: Legis, 2005, p. 184.

indicación de los motivos que tiene el consumidor o usuario para retractarse del contrato.

b. El derecho de retractarse está legalmente atribuido a los consumidores o usuarios que celebren contratos de adhesión fuera del establecimiento comercial, bien sea por teléfono o por cualquier otro medio, especialmente los medios de comunicación electrónicos o en el domicilio del consumidor. Esto significa que los contratantes se encuentran geográficamente distantes en el momento de contratar, utilizando un medio de comunicación a distancia, que puede ser electrónico o puede no serlo, para trasmitir las diferentes declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) que perfeccionan el contrato.
c. El derecho de retractarse es un derecho unilateral, se atribuye únicamente al consumidor o usuario, quienes han expresado su voluntad adhesiva al contrato.
d. El derecho de retractarse es irrenunciable; cualquier estipulación que implique su renuncia o de alguna manera limite su ejercicio se considerara nula de pleno derecho, así lo establece el art. 87 LPCU.
e. El ejercicio del derecho de retractarse no es gratuito, para los consumidores y usuarios implica la deducción de los gastos de entrega (salvo que el producto no fuese idéntico al pautado en el contrato) y los de devolución.
f. En cuanto a las formalidades para el ejercicio del derecho de retractarse no se exige forma alguna.
g. Por último, aunque no lo señala explícitamente la Ley, el ejercicio del derecho de retractarse tiene necesariamente sus excepciones.

Esta caracterización del derecho de retractarse proporciona indicios del contenido del derecho que seguidamente vamos a estudiar y que en definitiva, tiene su origen en las políticas internacionales de protección a los consumidores o usuarios.

La nueva LPCU, intenta constituirse en un instrumento conducente a la expansión de los mecanismos del comercio electrónico, en especial, en lo referente a la identificación y definición de los derechos de los consumidores y usuarios electrónicos, mecanismo que se traduce en un mayor amparo en las condiciones generales que regulan los contratos de adhesión en el contexto del comercio electrónico, con la finalidad de proteger a los consumidores y usuarios electrónicos en un nivel no menor a cuando lo hacen por la vía tradicional, en alguna tienda u ordenan por catalogo.

4. Fundamento doctrinal del derecho de retractarse

En los contratos entre ausentes, en cuya tipología encajan la generalidad de los contratos electrónicos, la razón principal para proteger a los consumidores o

usuarios a través del derecho de retractarse está en la distancia que los separa del objeto del contrato, distancia que imposibilita un conocimiento directo del producto o servicio que adquieren[3].

En este sentido, el consumidor o usuario electrónico no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato o la recepción del producto, a pesar de los deberes previos de información que la Ley impone a los proveedores; es decir, el único contacto entre el consumidor o usuario y el proveedor, incluso respecto a los bienes y servicios contratados, es a través de las descripciones comerciales desplegadas en las páginas Web o enviadas por el correo electrónico; informaciones facilitadas unilateralmente por el proveedor. Para contrarrestar el riesgo de recibir un producto defectuoso o diferente a lo solicitado, la Ley le otorga el derecho de retractarse, pues el deber de información previa del proveedor no lo compensa en su totalidad.

Para cierta doctrina, este déficit de información se complementa además con un déficit de reflexión[4], por cuanto al dirigirse la oferta al consumidor fuera de los lugares habituales donde tradicionalmente contrata, se facilita la celebración de negocios irreflexivos, no suficientemente meditados pues colocan al consumidor fuera del contexto habitual de contratación[5].

En conclusión, el fundamento de este derecho es compensar la posición desventajosa del consumidor o usuario en la contratación celebrada fuera del establecimiento comercial, causada por la distancia geográfica en que se ubica el producto o servicio contratado, permitiendo que éste se beneficie de la contratación por medios electrónicos sin desmejorar la posición contractual que

3 Varios autores españoles coinciden en esta opinión, entre ellos: ARROYO APARICIO, Alicia. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.* Navarra: Aranzadi, 2003, p. 329; VÉRGEZ SANCHEZ, Mercedes. "Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley 26/1991 de 21 de noviembre)". En *Estudios de Derecho Mercantil* en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 4.025; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y Ángel CARRASCO PERERA. Borrador al Anteproyecto de Ley de ventas por correo. En/ EC, nº 21, 1991, p. 43, entre otros.

4 MIRANDA SERRANO, Luis. "Derecho de desistimiento en la contratación electrónica". En *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*. Botana García, G. (Coordinadora). Madrid: La Ley, 2001, p. 596; PASQUAO LIAÑO, Miguel. En/ Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, p. 336.

5 En sentido contrario, VILLAR, José Manuel. "Una aproximación a la firma electrónica". En *Derecho de Internet*. Contratación Electrónica y Firma Digital. Mateu de Ros, R. y otros (Coordinador). Navarra: Aranzadi, 2000, p. 179, manifiesta serias reservas respecto a la adecuación del derecho de resolución a la contratación electrónica, por cuanto en su opinión consumidores y usuarios tienen posibilidad de una información mucho más amplia en la Red, facilidad de comparar con otras ofertas y, en definitiva, la posibilidad de que toda ese información les permita una buena y mejor representación respecto de las características y calidades del producto de que se trate, por lo que cuestiona la procedencia o equidad de ese derecho en el ámbito de las relaciones consumidor-empresario.

tendría en el supuesto de una contratación tradicional, en la cual tiene un contacto directo e inmediato con el bien o servicio que adquiere.

5. Naturaleza jurídica del derecho de retractarse

La naturaleza del derecho de retractarse se explica a partir de su incidencia en la perfección del contrato, esto es, la relación entre la perfección del contrato y el derecho de retractarse; la cuestión se plantea sobre si el contrato es perfecto aunque quede abierta la posibilidad de retractarse o por el contrario, el contrato aún no se ha perfeccionado al quedar pendiente en cuanto a su eficacia el no ejercicio del derecho de retractarse.

En mi opinión, sólo cuando el contrato existe y se ha perfeccionado por el consenso de la oferta y la aceptación, puede ser ejercido el derecho de retractarse. Prueba de ello es la interdependencia que existe entre el plazo general de siete días concedido al titular del derecho para ejercerlo y el contrato celebrado; solamente durante dicho plazo el consumidor puede retractarse del contrato. Esto nos lleva a la necesaria conclusión que el plazo no es anterior a la conclusión del contrato, debe ser posterior a la existencia del mismo; además, la LPCU exige al consumidor o usuario haber cancelado el precio, es decir, haber cumplido con la prestación a la que se obligó con el nacimiento del contrato en el momento de ejercer su derecho.

De tal forma que el derecho de retractarse otorga la posibilidad de desvincularse de un contrato ya perfeccionado, que ha comenzado a ejecutarse; existe una desvinculación entre el derecho de retractarse y la perfección del contrato, la perfección contractual se habrá producido conforme a las reglas generales y, el derecho de retractarse viene a funcionar como una cláusula resolutoria del contrato que autoriza a una sola de las partes de la relación contractual, a poner fin libre y voluntariamente al contrato, si existe justa causa para ello[6].

Esta especie de cláusula resolutoria atribuida a los consumidores y usuarios no tiene regulación directa en nuestro ordenamiento jurídico; el régimen aplicable puede establecerse a partir del artículo 1.167 del Código Civil que consagra la llamada acción resolutoria para los contratos bilaterales. Bajo este supuesto, el incumplimiento como condición para la procedencia de la resolución del contrato debemos verlo en la justa causa, que necesariamente deben alegar consumidores

6 PERALES VISCASILLAS, Mª del Pilar. "Formación del contrato". En *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*. Botana García, G. (Coordinadora). *Ob. cit*., p. 459. En sentido opuesto MIRANDA SERRANO, Luis. *Derecho de desistimiento en la contratación electrónica*. *Ob. cit*., p. 604, quien refiriéndose al derecho de desistimiento consagrado en la LOCM española, en el cual el consumidor esta liberado de justificar su decisión de poner fin al contrato, opina que la resolución presupone que haya habido un incumplimiento contractual por uno de los contratantes, estando claro que el derecho no se concede al consumidor como sanción o remedio frente al incumplimiento del empresario.

y usuarios como condición de procedencia para el ejercicio del derecho de retractarse, que además, opera sin necesidad de declaración judicial; tampoco es necesario calificar de total o parcial dicho incumplimiento, basta la justa causa, para que proceda el derecho de retractarse.

En cuanto a la exigencia de cumplimiento por parte del consumidor o usuario, es suficiente el pago del precio y el cumplimiento de cualquier otra obligación a la que pueda haberse comprometido con la celebración del contrato.

En cuanto a los efectos, el paralelismo entre los efectos de la resolución del art. 1167 Código Civil y los del derecho de retractarse de consumidores o usuarios del artículo 84 LPCU, acercan claramente ambas figuras. El contrato de adhesión se extingue una vez ejercitado exitosamente el derecho de retractarse y restituido el precio. Esta obligación de restitución mutua de las prestaciones recibidas (recepción del bien o servicio y pago del precio), trae el efecto retroactivo de considerar el contrato como si jamás hubiese existido; sin perjuicio de que en atención a la justa causa alegada, el proveedor pueda quedar además obligado a la indemnización de los daños y perjuicios que puedan derivarse para el consumidor o usuario del ejercicio del derecho de retractarse.

Por último, considero que el derecho de retractarse tampoco es un supuesto de rescisión contractual, entendida como un medio de impugnar los contratos en aquellos casos que establezcan una desproporción excesiva entre las prestaciones de las partes en perjuicio de alguna de ellas, explícitamente establecida en el artículo 85 LPCU, y para cuyo ejercicio se requiere la existencia de un perjuicio económico en la persona del consumidor o usuario, perjuicio al que de ningún modo se supedita el ejercicio del derecho de retractarse; ni un supuesto de revocación del contrato de adhesión entendida como la terminación del mismo por voluntad unilateral de alguna de las partes; estamos frente a un derecho de retractarse otorgado a los consumidores y usuarios que celebran contratos de adhesión, de origen legal, unilateral e irrenunciable; con exigencia de justa causa; con características y efectos restitutorios que lo acercan, respecto a su naturaleza, a la figura de la resolución del contrato.

6. Régimen jurídico aplicable al ejercicio del derecho de retractarse

El derecho de retractarse se concede a los consumidores o usuarios respecto de cualquier contrato de adhesión sometido al ordenamiento jurídico venezolano, especialmente cuando el contrato se hubiese celebrado por cualquier medio electrónico y, siempre y cuando reúna las condiciones para la procedencia del ejercicio de ese derecho.

Además, en el ámbito de la contratación electrónica, consumidores o usuarios y proveedores están sometidos al texto completo de la LPCU, no solo en lo relativo al capítulo especial que regula el comercio electrónico, sino al resto de las normas y procedimientos previstos en ella, así lo establece el artículo 43 LPCU.

a. Legitimación

Pueden ejercer el derecho de retractarse el consumidor o usuario que se han adherido a un contrato. Respecto a la capacidad para ejercer el derecho de retractarse, rige en la materia las reglas generales de capacidad, esto significa que, se requiere la capacidad contractual exigida para celebrar el contrato de adhesión.

El derecho de retractarse es ejercido contra el proveedor que produzca, importe, distribuya o comercialice bienes o preste sus servicios a consumidores y usuarios, utilizando para ello contratos de adhesión, cuyo contenido ha sido establecido unilateralmente por él.

b. Condiciones para la procedencia del derecho de retractarse

Ciertas condiciones exige la Ley para que el consumidor o usuario tenga derecho de retractarse, a saber:

El derecho de retractarse puede ejercerse en un plazo específico; su ejercicio exige justificación de causa y no haber hecho uso del bien o servicio.

b.1. Plazo general de siete días

El artículo 84 LPCU, establece que el consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio; estos siete días han de computarse por días calendarios consecutivos, toda vez que la norma no especifica que se trate de días hábiles. Dicho plazo, puede ampliarse, en su beneficio, pero no reducirse puesto que, la cláusula que así lo establezca, se considerará nula de pleno derecho (artículo 87.2 LPCU).

El plazo de siete días se computa a partir de la firma del contrato o de la recepción del producto o servicio, así lo dispone el artículo 84 LPCU. El *dies a quo* se cuenta, lo que acorta el plazo otorgado al consumidor o usuario, por ejemplo, cuando la firma del contrato o la recepción del producto o servicio se verifican a última hora del día. En mi opinión el legislador debió seguir el principio general aplicable y no computar el *dies a quo*, sino iniciar el cómputo del plazo de siete días al día siguiente de la firma del contrato o de la recepción del producto o servicio.

La norma establece dos alternativas para iniciar el cómputo del plazo, aplicar una u otra opción dependerá del objeto sobre el que verse el contrato. Para los contratos cuyo objeto sean bienes, los siete días se contarán a partir del día de la efectiva recepción del producto, porque la imposibilidad real de ver el producto que justifica la atribución de ese derecho al consumidor o usuario, solo cesa cuando el consumidor o usuario tenga la oportunidad de comprobar directamente el producto adquirido, no cuando éste "firma el contrato" o sea notificado de su

envío, de su recepción o puesta a disposición, en este caso parece adecuado tomar como *dies a quo* la fecha en que el consumidor retira del servicio de mensajería el producto o cuando el consumidor o usuario tenga conocimiento de la llegada del bien o servicio a su domicilio o circulo de intereses[7].

Para los contratos cuyo objeto sean servicios, como los servicios no son restituibles al proveedor una vez prestados y como la norma condiciona el ejercicio del derecho a "no haber hecho uso del bien o servicio", lógico es pensar que en los contratos que versan sobre la prestación de un servicio el plazo de siete días se compute a partir del día de la firma del contrato, aunque la norma hubiese podido decir "el día de celebración del contrato" o "el día en que el contrato se perfecciona".

De todas maneras, sobre los contratos que versan sobre servicios muchas variantes pueden presentarse que modifiquen el cómputo de los siete días; por ejemplo, un contrato de educación a distancia con adquisición de materiales (contrato mixto), el plazo se computará a partir del día de recepción de los materiales que precederá a la prestación de servicios, aunque siendo dicho material susceptible de reproducción, debe entenderse que el derecho de retractarse podría ejercitarse siempre que el material se devolviera sin abrir, es decir, como establece el artículo 84 LPCU, sin haber hecho uso de él[8]; un contrato de suministros periódicos, los siete días comienzan a correr el día de la primera entrega; un contrato de conexión a Internet (contrato de suministro de duración indefinida) debe recibir un tratamiento diferente, en cualquier momento se debe poder ejercer el derecho de retractarse, asumiendo el usuario el pago de un importe proporcional al servicio realmente prestado al momento de ejercitarse el derecho[9].

b.2. Justa causa y no haber hecho uso del bien o servicio

Una segunda condición para el ejercicio del derecho de retractarse es que éste se ejerza con justa causa. Justa causa es todo motivo suficiente, moral y legitimo para obrar; por ejemplo, constituyen justa causa para ejercer el derecho de retractarse, las siguientes:

7 Podría considerarse que no es necesaria la tenencia material de la cosa sino la posibilidad de que ello ocurra empleando una diligencia media, pero las modalidades de entrega son tan variadas, que parece más adecuado con el fin perseguido por la norma el considerar como *dies a quo* el de la retirada efectiva del paquete, teniendo en cuenta que lo que ha de llegar es el producto y no el mero aviso de su puesta a disposición. ARROYO APARICIO, Alicia. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Ob. cit*., p. 358.

8 Esta solución fue aplicada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (España), del 20 de octubre de 2000.

9 Esta solución la establecen los artículos 6 y 7 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

- El incumplimiento de los deberes previos de información previstos en la LPCU.
- Cualquier categoría de error en que pueda haber incurrido el consumidor o usuario, en especial, el error sobre las cualidades de los bienes o servicios contratados o el error sobre la identidad o las cualidades del proveedor, especialmente cuando han sido la causa principal del contrato.
- Cualquier conducta dolosa por parte del proveedor.

En cualquier caso, las situaciones que puedan justificar el ejercicio del derecho de retractarse serán muchas, tantas como sean necesarias para brindar adecuada protección a los consumidores o usuarios, en especial, cuando éstos se adhieren a contratos celebrados por vía electrónica. Esto significa, por ejemplo, que cuando se valore como "justa causa" el error sobre las cualidades de los bienes o servicios, tal valoración debe hacerse con una flexibilidad y holgura mucho mayor que la que justifica la acción de nulidad del contrato por error en el consentimiento, teniendo en cuenta que las descripciones de los bienes y servicios son fijadas unilateralmente por el proveedor, pudiendo estar distorsionadas y/o ser además, insuficientes.

La exigencia de justa causa limita el ejercicio del derecho, al ser necesario para el consumidor o usuario justificar causa para ejercerlo frente al proveedor. En este sentido, coincido con quienes sostienen que lo correcto hubiese sido reconocer el derecho de retractarse como una facultad discrecional de todos los consumidores o usuarios, sin que fuese necesario justificar alguna causa objetiva para su ejercicio[10], pues el riesgo para ellos es el incumplimiento del proveedor[11].

7. Forma de ejercer el derecho de retractarse

La Ley no exige forma expresa para el ejercicio del derecho de retractarse. Por ello será válidamente ejercido el derecho desde el momento en que el consumidor o usuario manifiesten su voluntad al proveedor de ejercer el derecho,

10 DE LEMOS MATHEUS, Rafael. "Contratación electrónica con consumidores y usuarios". En *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p. 152.

11 Para BADELL, GRAU Y DE GRAZIA. DESPACHO DE ABOGADOS. "Comentarios a la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario". *Colección Cuadernos Jurídicos, Nº 9*. Caracas: Sabias Palabras, 2004, p. 53, el derecho de retractarse afecta la estabilidad de los contratos de adhesión, por cuanto consumidores y usuarios pueden fácilmente desligarse de éstos, incluso en contra de la voluntad del proveedor. Afirmación con la que disiento, por cuanto el derecho de retractarse representa una figura novedosa y propia del Derecho de consumo que no se opone al artículo 1159 CC (que fundamenta la fuerza obligatoria de los contratos), pues excepcionalmente la Ley permite a una de las partes de la relación contractual –el consumidor o usuario- desvincularse unilateralmente del contrato pero alegando justa causa y durante un plazo, en atención a las circunstancias en que aquél se celebró.

dentro del plazo de siete días contados desde la celebración del contrato o desde la fecha de la efectiva recepción del producto, según sea el caso.

Esta manifestación de voluntad, puede hacerse por medio de un mensaje de datos, en este caso, surtirá efectos una vez que entre al sistema de información del proveedor y éste tenga la posibilidad cierta de acceder a él; será suficiente con la llegada al domicilio o ámbito de intereses del proveedor, dentro del plazo de siete días, de la notificación que contenga la intención del consumidor o usuario de retractarse del contrato, para que éste se considere oportunamente ejercido.

Respecto a la forma, lo importante es que el consumidor o usuario pueda, en caso de conflicto con el proveedor, demostrar que ejerció el derecho de retractarse en el plazo de siete días y cumplió, además, con las condiciones para su procedencia. Para probarlo puede valerse de cualquier medio de prueba admitido en Derecho; si se trata de Comercio Electrónico indirecto es suficiente la prueba del envío, si se trata de Comercio Electrónico directo debe hacerse uso del documento electrónico que se haya generado como medio de prueba.

8. Efectos del ejercicio del derecho de retractarse

Del artículo 84 LPCU pueden deducirse los efectos del ejercicio del derecho de retractarse:

Primero, el contrato de adhesión celebrado entre el consumidor o usuario y el proveedor se extingue.

Cuando el producto haya sido adquirido mediante el otorgamiento de crédito al consumidor o usuario por el proveedor, el ejercicio del derecho de retractarse extingue además del contrato de adhesión (principal), el contrato de crédito (accesorio). Por el contrario, nos parece lógico pensar que lo contratos de crédito que se hayan celebrado con personas ajenas al proveedor sin existir acuerdo previo con éste (entidades bancarias o financieras) subsisten aunque el ejercicio del derecho de retractarse extinga el contrato de adhesión[12].

Segundo, un efecto retroactivo por cuanto se considera como si el contrato jamás hubiese sido celebrado.

Consumidor o usuario y proveedor vuelven a la misma situación en que se encontraban antes de celebrar el contrato y, como consecuencia, deben devolverse mutuamente las prestaciones recibidas durante la vigencia del contrato. Este efecto restitutorio está representado por la devolución de los bienes recibidos por el consumidor, con idénticas características a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión y sin haber hecho uso de ellos y por la restitución por el proveedor del precio, previa deducción de los gastos de entrega en que éste haya incurrido.

12 DE ROSELLO MORENO, Rocío. *El Comercio Electrónico y la protección de los consumidores*. Barcelona: Cedecs Editorial, 2001, p. 120.

En todo caso, serán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que impongan alguna penalización al consumidor o usuario por el ejercicio del derecho de retractarse.

Al consumidor o usuario le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega. Este mandato no implica la imposición de una penalidad para el consumidor, sin embargo, éste debe cargar con los gastos de entrega en que haya incurrido el proveedor y, además, los gastos de devolución del bien objeto del contrato. Dos observaciones deben hacerse al respecto: Primero, evidentemente la norma fue pensada en función de bienes materiales, no de bienes inmateriales ni de servicios (los servicios ejecutados de una sola vez no pueden ser devueltos) y segundo, los gastos de envío no deben ser siempre imputados al consumidor o usuario, por ejemplo, si el bien entregado o el servicio prestado no corresponde con la descripción de la oferta o si el proveedor ha incumplido los deberes previos de información previstos en la Ley, los gastos de entrega y devolución deben correr por cuenta de los proveedores.

Desde que se ejerce válidamente el derecho de retractarse cualquiera de las partes puede exigir la restitución de lo entregado, pero mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello que en virtud del ejercicio del derecho de retractarse está obligado, no puede el otro ser obligado a devolver, de acuerdo al criterio general establecido en el artículo 1168 CC, conocido como la excepción *non adimpleti contractus*.

El proveedor debe restituir el precio, sin que pueda deducirle otros gastos que aquellos en que haya incurrido para su entrega. La norma no fija plazo para la restitución del precio, pero necesariamente deberá efectuarse "lo antes posible", ni tampoco establece penalidad alguna para el proveedor por demora injustificada en la restitución del precio, no obstante, la demora en la devolución del precio compromete la responsabilidad civil del proveedor, puesto que constituye un hecho susceptible de obligarlo, frente al consumidor o usuario que ha ejercido el derecho de retractarse, a la reparación de los daños y perjuicios causados.

Tercero, si la justa causa que da motivo al ejercicio del derecho de retractarse comporta algún tipo de culpa por parte del proveedor, no cabe duda que éste quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios que la extinción del contrato, como consecuencia del ejercicio del derecho de retractarse, cause al consumidor o usuario.

9. Conclusiones

a. El derecho de retractarse constituye un beneficio legal para los consumidores y usuarios que se adhieren a un contrato por vía electrónica, por cuanto equipara las transacciones electrónicas a las transacciones que se realizan directamente en el establecimiento comercial, lo que se traduce en un mayor

nivel de seguridad jurídica para las operaciones electrónicas entre consumidores, usuarios y proveedores.

b. La naturaleza jurídica del derecho de retractarse tal como está regulado en la actual LPCU, en especial, en cuanto a los efectos que produce sobre el contrato, lo acercan a la figura de la acción resolutoria, lo que nos lleva a la consideración que en los contratos a los que se adhieren por vía electrónica consumidores y usuarios, el ejercicio del derecho de retractarse se atribuye respecto de un contrato ya perfeccionado.

c. El derecho de retractarse debe ejercerse dentro de un plazo especifico de siete días, de cualquier forma, no obstante, se exige alegar justa causa lo cual desvirtúa la esencia tuitiva de este derecho y podría entorpecer su ejercicio.

d. En cuanto a sus efectos, el derecho de retractarse tiene un efecto principal: la restitución recíproca de las prestaciones, lo que produce la extinción del contrato y un efecto retroactivo por cuanto se considera como si el contrato jamás hubiese sido celebrado. Además, si la justa causa que motivó el ejercicio del derecho de retractarse comporta algún tipo de culpa por parte del proveedor, procede la indemnización de los daños y perjuicios que la extinción del contrato, como consecuencia del ejercicio del derecho de retractarse, cause al consumidor o usuario electrónico.

La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional

Carlos S. Álvarez Cabrera*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Avances en la seguridad de la información a nivel regional. 2.1 ¿Son ciertos estos avances? 2.2 Puntos mínimos de regulación. 3. La Convención de Budapest: una solución. 3.1. Caracterización de la problemática del delito informático. 3.2. Los bienes jurídicos. 3.3. La Convención de Budapest como una necesidad. 4. Conclusiones.

Resumen

América Latina es una región insegura en línea; muchas medidas tecnológicas han sido adoptadas, particularmente por el sector privado, para elevar los niveles de seguridad y conciencia pero, aún así, todavía falta por hacer. Los gobiernos no han dado pasos hacia el aseguramiento de la región, las investigaciones en línea son usualmente adelantadas por empresas privadas y no suelen llegar hasta las cortes, la impunidad es generalizada, hay pocas leyes efectivas contra los delitos informáticos, las policías no están bien entrenadas y las ramas legislativas no entienden las leyes en estos temas. Un esfuerzo regional es realmente necesario

Palabras clave: Delitos informáticos. Investigaciones en línea. Evidencia digital. Ciber terrorismo.

Abstract

Latin America is an online unsafe region; many technological measures have been taken, particularly on the side of the private sector, to increase security and awareness levels but, still, so much work is yet to be done. Governments have not given steps towards securing the region as a whole, online investigations are usually carried out by

Recibido: 5/11/2006 • Aceptado: 14/11/2006

* Gerente de Asuntos Legales para la Región Andina en Sony BMG Music Entertainment - Day One Entertainment; sus artículos se han publicado en Colombia, Venezuela, Argentina y España y ha sido instructor, y dictado charlas en el país y el exterior, por invitación de fuerzas de seguridad nacionales e internacionales, universidades y otras organizaciones. Miembro observador del WHOIS Working Group, establecido por la GNSO de ICANN, miembro de la Subcomisión de Comercio Electrónico del Comité Nacional Colombiano de la Cámara Internacional de Comercio y miembro del Consejo Asesor de Alfa Redi. carlosalvarezc@gmail.com

private companies and don't use to en up before the courts, impunity is all over, little effective cybercrime laws exist, law enforcement agencies are not well trained and local legislative branches don't understand the laws that they enact. A region wide effort is truly needed.

Keywords: Cyber crime. Online investigations. Forensic computing. Cyber terrorism.

1. Introducción

Cuando en 2003 abordé por primera vez la relación entre la seguridad de la información y la ley y escribí sobre ella intentando analizar desde una perspectiva práctica las implicaciones y las necesidades legales y contractuales generadas por la adopción de una política estandarizada de seguridad, planteé algunas premisas que vale la pena volver a analizar, vistas varios años después y desde la realidad en la que hoy nos encontramos. "*La seguridad de la información ha sido asumida como un tema primordialmente tecnológico*", "*los servicios contratados en relación con la seguridad de la información suelen limitarse a la realización de pruebas de penetración*", "*la legislación penal es realmente pobre y en la práctica del derecho no siempre es fácil encuadrar, o convencer al fiscal o al juez, de que un incidente de seguridad ha sido debidamente encuadrado en un delito*", "*existe una constante apatía legislativa en la materia*", expresiones todas que en su momento estaban para mí llenas de verdad pero que hoy pueden o no ser acertadas.

Corriendo el riesgo de la imprecisión, me atrevo a presentar una breve radiografía de la situación actual a nivel latinoamericano, teniendo en mente la percepción que de ella tenía hace cuatro años:

- De una rápida observación al mercado de seguridad de la información encuentro que existe una creciente cantidad de proveedores de productos y servicios que surten una igualmente creciente demanda.
- Parecería que hoy quienes demandan estos productos y servicios son conscientes de la importancia de implementarlos solamente en la medida en la que hayan sido definidos como contramedidas costo efectivas, capaces de disminuir al nivel de riesgo residual aquellas amenazas cuya concreción se prevé puede afectar los bienes que deben ser protegidos, de acuerdo a la priorización resultante de la definición de la política de seguridad de la información.
- Tanto a nivel académico como profesional percibo un interés creciente por incrementar los niveles de conocimiento y experiencia en seguridad de la información, en prevención y respuesta a incidentes y en recaudación, administración y presentación de evidencia digital en entornos judiciales. Interés este, valga aclarar, demostrado solamente

por algunos expertos en sistemas y uno que otro abogado, no por los sectores público y privado en general.
- Percibo también un creciente interés, por parte de algunos organismos estatales de la región, por elevar los niveles de seguridad de la información en nuestros países; sobra decir que esta percepción es solamente relativa a algunas dependencias en el Ejecutivo y a algunas fuerzas de seguridad estatal, tanto militares como policiales, y sólo en algunos países.
- Los congresos en determinados países latinoamericanos han promulgado leyes en la materia.

2. Avances en seguridad de la información a nivel regional

2.1. ¿Son ciertos estos avances?

Algunas de estas impresiones mías pueden parecer muy positivas para quien las lea en forma desprevenida; sin embargo, puedo también plantearlas desde la perspectiva que en realidad me interesa, para efectos del presente artículo, así:

- Sí, es cierto que hoy existen numerosas empresas que ofrecen productos y servicios en seguridad de la información; sin embargo, es imposible afirmar que todas ellas: (i) cuentan en sus nóminas con expertos -realmente expertos- en los servicios que ofrecen (ingenieros que además de haber sido certificados por un par de cursos tengan conocimientos profundos a nivel teórico en sus áreas) y, (ii) están en capacidad real de responder tanto patrimonial como legalmente ante un incumplimiento suyo de una obligación adquirida frente a un cliente.
- Sí, es cierto que hoy muchas empresas quieren adquirir herramientas de seguridad de la información e incluso contratar servicios de seguridad, pero es imposible afirmar siquiera que: (i) al comprar programas de software de seguridad o elementos de hardware, por ejemplo, los configuren adecuadamente, (ii) entiendan el tan frecuentemente inentendible lenguaje en el que les es presentado el extenso reporte final del consultor y, (iii) estén dispuestas a invertir las sumas usualmente astronómicas, para sus bolsillos, correspondientes a las contramedidas definidas en su reciente política de seguridad.
- Sí, es cierto que hoy muchos ingenieros y abogados se interesan por este tema; pero es imposible afirmar: (i) que su nivel de preparación y experiencia sea acorde con el interés que el tema despierta en ellos, (ii) lamentablemente, que nuestras universidades en América Latina les den el nivel de preparación que requieren para, v. g., responder a un incidente de la mayor gravedad en tiempo real, o casi real, evitando que se consume el daño o se pierda la validez judicial de la prueba y, (iii) que en cantidad

suficiente lleguen a ocupar posiciones influyentes en las ramas judiciales o en un gobierno, desde las que contribuyan efectivamente a uniformizar leyes y procedimientos, tan necesarios en esta área.

- Sí, es cierto que cada día hay más agencias estatales interesadas en la seguridad de la información; sin embargo, es imposible afirmar que (i) ese interés corresponda a políticas estatales realmente fundadas y de proyección a largo plazo –más que a intereses particulares de los funcionarios de turno– , (ii) ese interés implique la disponibilidad de los recursos necesarios para la toma de decisiones acertadas y a tiempo, y (iii) los países de la región hayan entendido que el delito informático es por esencia transfronterizo y, como tal, trabajen todos juntos en la implementación y aplicación de leyes y procedimientos legales estandarizados o uniformizados.

Sobra decir que los esfuerzos y adelantos alcanzados, en todas las áreas que tocan con la seguridad de la información, son plausibles; sin embargo es necesario llamar la atención de la comunidad de expertos sobre algunos puntos estructurales que me atrevo a proponer como puntos mínimos de acuerdo regional, sobre los que en todos los países tanto el sector privado como el estatal deben trabajar. Estos puntos mínimos parten necesariamente desde la definición de leyes y reglamentaciones estandarizadas, es decir, similares en todos los países, que nos den a todos la misma base jurídica sobre la que podamos trabajar.

No tiene sentido que en un país de la región se defina que una conducta es delito, mientras que en otro país tal conducta es ignorada por el legislativo; no tiene sentido que en un país se regule sobre procedimientos forenses digitales mientras que en otro no se haga. Y, lógicamente, no tiene sentido que las legislaciones latinoamericanas desatiendan los adelantos alcanzados en otras latitudes, que frente a nosotros son bastante más adelantadas en estos temas.

2.2. Puntos mínimos de regulación

La estandarización de las leyes lógicamente no tiene que ver con los estándares internacionales bien conocidos en el medio, v. g. las normas ISO o los estándares británicos, que pueden o no ser adoptados por las entidades, públicas o privadas. Está relacionada con definir, tal y como propone el Convenio de Ciber Seguridad del Consejo de Europa, y según ya mencioné, puntos mínimos:

- Las definiciones incorporadas en las leyes; es decir, si en un país se define legalmente que un dato es "X" mientras que en otro se define que en realidad es "Y", la definición de acuerdos bilaterales de cooperación judicial e investigativa va a ser particularmente difícil. Todos los países deben definir legalmente en forma similar los términos usados en la jerga de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en el

escenario ideal debería proponer la no definición legal de conceptos, pero a veces es una necesidad tanto de política legislativa como de coherencia dentro del marco general de la ley nacional).

- La definición de bienes jurídicos y la tipificación penal de las conductas: los países que han suscrito el Convenio europeo se han obligado a legislar, en cuanto al Derecho penal material se refiere, definiendo la imposición de sanciones para quienes incurran en conductas que (i) atenten contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos, (ii) constituyan en sí mismas infracciones informáticas, (iii) sean relativas a su contenido o, (iv) atenten contra los derechos de propiedad intelectual o sus derechos afines. Ojalá nuestros países, al legislar en materia penal informática, lo hagan teniendo en cuenta que casi la mitad del mundo, y justamente la correspondiente a los países desarrollados, ya ha definido los bienes que deben ser protegidos y las conductas que deben ser sancionadas; sin demeritar el trabajo de los legisladores de nuestros países, a veces los intereses que defienden, de sectores particulares o simplemente locales, los llevan a promulgar leyes realmente inconvenientes y técnicamente mal redactadas que nos trasladan de un escenario de ausencia de leyes a uno en el que existen leyes inaplicables o cuya existencia no se puede aceptar.
- Frente a la responsabilidad civil es fundamental, igualmente, que los países definan en forma similar los eventos en los que sea aplicable; v. g., si en un país se define legalmente que la víctima "A" puede cobrar a "B" los perjuicios económicos que le fueron causados con motivo de un ataque que recibió su red, siendo "B" el dueño del servidor desde el que el ataque fue dirigido, que era controlado remotamente por el verdadero atacante gracias a una mala configuración de seguridad, no tiene sentido alguno que en otro país no se legisle sobre este aspecto, si es necesario, o que, no siéndolo, la jurisprudencia vaya en sentido opuesto, eximiendo a "B" de la obligación de indemnizar los daños causados por su negligencia en la administración de sus bienes informáticos. Los ataques en línea suelen cruzar fronteras y, lógicamente, es deseable que los responsables, por falta de diligencia o por evidente negligencia, paguen los daños que su acción o su omisión haya podido generar, sin importar el país en el que se encuentren la víctima del perjuicio y quien sea civilmente responsable de su causación.
- En cuanto a la evidencia digital, es decir, en relación con su recaudación, administración y presentación, buscando que nunca pierda fuerza probatoria y sea siempre aceptable en un proceso judicial, nuestros países deben necesariamente prestar atención al menos a dos aspectos y regularlos de manera que las pruebas digitales recaudadas en un país sean judicialmente aceptables en cualquiera otro: (i) el procedimiento forense digital como tal, es decir, el paso a paso que debe seguir el

investigador desde el momento en el que llega a la máquina comprometida hasta que presenta la evidencia al funcionario competente; y, (ii) los requerimientos que deben cumplir las herramientas de cómputo forense que use el investigador al recaudar las pruebas. Así siempre los investigadores forenses digitales, privados o estatales, trabajarán sobre la base de mínimos regulados comunes en todos los países y su trabajo no será perdido al aportar sus descubrimientos en una jurisdicción distinta de la suya.

- En cuanto a la cooperación judicial internacional, los países deben definir herramientas que permitan, por ejemplo y trayendo a colación algunas previsiones del Convenio europeo, obligar internacionalmente a una empresa a guardar datos de tráfico; obligar a esa misma empresa a comunicar tales datos, en forma automática una vez hayan sido almacenados, a una autoridad extranjera; y, permitir a una autoridad policial extranjera el acceso directo en tiempo real, o casi real, a datos de tráfico. Las velocidades de comisión de estos delitos, siendo tan apabullantes como suelen ser, no permiten a las autoridades seguir los causes procesales tradicionales, es decir, sería absolutamente torpe pretender que en una investigación internacional de hacking, el investigador judicial deba oficiar a la Oficina de Relaciones Internacionales de su entidad, para que ella a su vez oficie a la Cancillería de su país, para que ella oficie a la embajada o al consulado correspondiente, para que a su vez oficie a la autoridad policial o judicial internacional, aclarando que de vuelta debe seguirse la misma ruta.

Lo que he podido encontrar hasta la fecha es que los gobiernos de la región, junto con los congresos de nuestros países, han sido completamente indiferentes frente a estos asuntos. Definitivamente no he podido descubrir la decisión política que es razonablemente esperable en la materia.

Soy consciente de que este artículo es particularmente dirigido a abogados, si bien podrá ser leído por algún investigador o funcionario público; y, tal vez por esa misma razón quiero resaltar la idea que está detrás de este texto: mientras que no existan leyes sólidas y estandarizadas en la región, que definan los puntos a los que me he referido ya, los esfuerzos en seguridad de la información pueden ser casi simples saludos a la bandera. Y afirmo esto por cuanto tengo la convicción de que, puesto que el riesgo cero no existe, siempre podrá tener lugar un incidente serio que comprometa los bienes o la responsabilidad de cualquier persona, sea natural o jurídica (sobra mencionar (i) las limitaciones de recursos de los usuarios de bienes informáticos, que les impiden implementar políticas y arquitecturas de seguridad tan sólidas como deberían ser y (ii) las *0day vulns* que, siendo de tan frecuente aparición, abren espacios de tiempo más o menos largos en los que lo único que respecto de ellas conoce el público en todo el mundo es la forma de explotarlas y sacar provecho de miles de potenciales inermes víctimas).

Si hoy una empresa que haya definido e implementado una política de seguridad es atacada y decide proceder judicialmente contra el causante de sus perjuicios, tendrá que enfrentar la falta de las herramientas más elementales que le permitan en realidad obtener la reparación de los daños correspondientes. Es decir, no podrán por ahora, ni ella, ni la sociedad en general, mandar a los delincuentes informáticos el mensaje de que las conductas en línea que consideramos inapropiadas son realmente perseguidas y sancionadas; debemos lamentablemente reconocer que hoy, en nuestra materia, enfrentamos una impunidad que tiende al 100% de los casos.

Esperemos, como ya tantas veces he escrito y expresado ante algunos auditorios, que no sea necesario esperar a la concreción de un ataque serio contra la infraestructura crítica de nuestros países que comprometa la vida y la integridad de miles de ciudadanos, o el orden y la estabilidad del Estado, o la administración de justicia, para que nuestros gobernantes y legisladores tomen conciencia acerca de la importancia de legislar y lo hagan, además, de manera uniforme. No basta con crear grupos de trabajo en la materia, nacionales o internacionales e incluso con la participación de unidades policiales y de algunos *geeks* del sector privado; si esos grupos no cuentan con el decidido apoyo de los niveles políticos del Estado y directivo de sus entidades, y con el respaldo legal necesario para actuar, terminarán dedicándose solamente a dictar capacitaciones y publicar bonitos y coloridos folletos sobre la materia.

3. La Convención de Budapest: una solución

3.1. Caracterización de la problemática del delito informático

Es evidente que el delito informático es de carácter esencialmente transnacional; la ubicación de las máquinas comprometidas, las técnicas de ataque utilizadas, la ubicación de la víctima y el atacante y la realización de transacciones financieras son factores que suelen determinar que así sea. Como es lógico, una fuerza policial ubicada en un solo país no contará con las herramientas legales ni técnicas que le permitan investigar adecuada y eficazmente un hecho punible de esta naturaleza.

En una investigación típica, las autoridades de un país deben recurrir a la colaboración internacional que les permita recaudar la evidencia suficiente, que sea judicialmente aceptable, para judicializar al presunto responsable del hecho. Sin embargo, que deban proceder así no significa que puedan siempre hacerlo, debido a: (i) la inexistencia de tratados de asistencia legal mutua (conocidos en inglés por la sigla MLAT – *Mutual Legal Assistance Treaties*) y de tratados de extradición para ciertos delitos, (ii) la gran disparidad que existe en las legislaciones penales informáticas de cada país y (iii) en la falta de definición del procedimiento forense digital que deben seguir los investigadores al recaudar, administrar y presentar la evidencia digital.

Con el fin de ejemplificar las consecuencias de estos tres elementos, podemos indicar que:

- La inexistencia de MLATs implica, como ya está indicado anteriormente, que si para un investigador colombiano es necesario, en el curso de una averiguación, acceder al contenido de la carpeta de entrada de la cuenta de correo electrónico de un delincuente, cuando este servicio le es prestado por una empresa americana, el investigador deberá realizar el desgastante e interminable trámite de envío de carta rogatoria vía su División de Asuntos Internacionales y Cancillería. Él podrá recibir una respuesta, que podrá ser negativa, después de varios meses, momento para el cual muy probablemente el delincuente habrá cambiado unas cuatro veces de dirección de correo electrónico.
- La disparidad en la tipificación de hechos punibles de país a país implica que no será siempre posible conseguir la extradición (asumiendo que existieran los tratados necesarios), o siquiera la colaboración investigativa, de parte de autoridades de otras nacionalidades.
- La falta de definición del procedimiento forense digital implica, por un lado, que dentro de un mismo país no habrá criterios unificados que guíen la labor de los investigadores en cuanto a su labor de recaudación, administración y presentación de la evidencia digital y, por otro, que de un país a otro estos criterios cambiarán enormemente, siendo muy posible que un investigador paraguayo recaude evidencia digital según determinados criterios, la comparta con la policía colombiana, pero sea rechazada por el fiscal de conocimiento puesto que tales criterios no son aceptables en la práctica judicial colombiana.
- Las organizaciones criminales son conscientes de que esta es la situación generalizada en Latinoamérica y aprovechan que así es para usar Internet con fines comunicacionales (con propósitos operativos y logísticos), para realizar transacciones financieras y lavar activos y para incurrir en actividades de piratería, extorsión, pornografía infantil, robos de identidad y facilitar la comisión de delitos tradicionales, entre otros. Estas organizaciones pueden acceder a alta tecnología a precios bastante favorables, incluyendo conexiones con anchos de banda muy grandes, aplicaciones de cifrado robusto y desciframiento de datos y de interceptación de comunicaciones en línea; es decir, tienen lo necesario para atacar exitosa e impunemente sistemas críticos del Estado y del sector privado.

Teniendo en cuenta que hoy en día una parte muy importante de la administración de las infraestructuras críticas es operada a través de medios computacionales (servicios de energía y gas, control de tráfico aéreo, distribución de agua potable y servicios básicos de salud, por mencionar algunos) y que la

sociedad está en riesgo real de ser golpeada dramáticamente, con efectos catastróficos, es necesario proponer una solución inicial que permita conseguir, en todos los países de la región, leyes uniformes que repriman esta forma de delincuencia, que facilite la cooperación internacional y que unifique los criterios de admisibilidad judicial que debe cumplir la evidencia digital.

3.2. Los bienes jurídicos

La generalizada falta de legislación en materia de delitos informáticos en toda la región empieza por la misma falta de definición de los bienes jurídicos que deben ser protegidos en la realidad tecnológica en la que estamos inmersos desde hace ya varios años. En nuestros países sólo ocasionalmente se protege la información por su valor intrínseco, siendo más frecuente que sea protegida como un anexo de la libertad personal, de la intimidad y de la propiedad intelectual. Para agravar la situación, en los casos en los que se han tipificado delitos informáticos, las definiciones legales han incurrido en errores técnicos y definido penas irrisorias.

Si bien es cierto que en las definiciones de los delitos tradicionales es posible encuadrar uno informático, dada su propia naturaleza, también es cierto que para obtener de un funcionario judicial una decisión de fondo que extienda el sentido de un tipo penal tradicional hacia una conducta nueva para él, respecto de la que tiene muy poco conocimiento y de la que muy seguramente no comprende su funcionamiento técnico, se requiere de una ardua labor de convencimiento. Adicionalmente, en pocos países de la región existen cuerpos policiales especializados en delitos informáticos y los pocos existentes no cuentan ni con suficiente personal capacitado, ni con la tecnología de la que deberían disponer para ser eficientes y efectivos en su labor.

Actualmente, a conductas como las descritas a continuación (no es una lista taxativa) no se sigue como consecuencia la imposición de una sanción; usualmente, ni siquiera se sigue de ellas una investigación judicial o prejudicial:

- El acceso no autorizado a un sistema informático.
- La lectura, modificación, copia, eliminación o publicación de datos guardados o administrados en un sistema informático, sin autorización.
- La interceptación no autorizada de comunicaciones electrónicas, v. g., el contenido de conversaciones en línea a través de salas de conversación, del uso de programas de mensajería instantánea y la captura no autorizada de mensajes de correo electrónico y los documentos adjuntos a ellos, entre otros.
- La modificación no autorizada de los contenidos de sitios web.
- Las estafas cometidas a través de técnicas como el *nigerian scam* y el *phishing*.

- La instalación y el uso no autorizados, en sistemas informáticos ajenos, de herramientas o aplicaciones de software que permitan, a quien las ha instalado y las usa, atacar a un tercer sistema informático.
- La utilización no autorizada de herramientas de escaneo de redes y vulnerabilidades en contra de sistemas informáticos ajenos.
- El uso de técnicas de anonimización durante la comisión, o la tentativa de comisión, de un delito (por ejemplo, IP *spoofing*, uso de servidores *proxies* gratuitos y de servidores espejos, etc.).
- El uso de herramientas de cifrado con fines delictivos.

3.3. La Convención de Budapest como una necesidad

A la hora de analizar las necesidades que sobre este extenso asunto deben ser hoy satisfechas en nuestros países, debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Es necesario proteger a la sociedad frente a la amenaza de los delitos cometidos por vías informáticas.
- Debe buscarse la promulgación de leyes uniformes en todos los países.
- Los procesos y procedimientos forenses digitales deben estandarizarse, al igual que las características de las herramientas usadas por los investigadores, de manera que la evidencia recaudada en un país sea válida en cualquiera otro.
- La naturaleza volátil de estos delitos hace necesaria la adopción de mecanismos de cooperación nacional e internacional expeditos y funcionales.
- Es necesario garantizar a la sociedad la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos y de la información archivada y/o administrada en ellos.
- Debe existir un balance entre los poderes investigativos del Estado y los derechos humanos.
- Es necesario crear, capacitar y dotar de tecnología a organismos especializados estatales de seguridad.
- Es necesaria la participación activa de nuestros países en actividades de I+D, de manera que ellos mismos estén en capacidad de detectar vulnerabilidades, generar las soluciones correspondientes y generar sus propias herramientas, técnicas y estrategias de investigación.

Teniendo en cuenta todos estos puntos, es necesario proponer la adopción de regulaciones uniformes en lo penal, que abarquen tanto los aspectos sustantivos como los procesales. Así, al abordar los aspectos sustantivos serán definidas como delitos, en todos los países, las actividades que sean consideradas dañinas; y, al referirse a los temas procesales, se dará cabida a la investigación

y al castigo efectivos de delitos tradicionales en cuya comisión hubo utilización de sistemas de información y comunicaciones.

Como ya está visto, el Convenio del Consejo de Europa ha definido cuatro categorías de delitos informáticos (entendidos en su más amplia acepción, es decir, cualquier delito en cuya comisión haya intervenido el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones), así: (i) delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas y datos informáticos; (ii) delitos estrictamente informáticos; (iii) delitos relativos al contenido; y, (iv) delitos relativos a la violación de los derechos de autor y derechos afines. La Unión Europea ha dado prioridad, en cuanto se refiere a estos aspectos sustanciales, a la pornografía infantil, la piratería, la denegación de servicios, la xenofobia y a temas relacionados con las drogas ilegales.

En cuanto a aspectos procesales, las regulaciones nacionales deben salvar la dificultad planteada por la naturaleza transnacional de estos delitos, junto con sus velocidades de comisión y la flexibilidad que les es propia. Entre estos aspectos los países deben necesariamente tener en cuenta la interceptación de comunicaciones, la retención de datos sobre tráfico, la anonimización, la cooperación internacional, la jurisdicción y el valor probatorio de la evidencia digital.

Conseguir que todos los países de la región lleguen a un consenso, en la redacción de sus normas penales sobre delitos informáticos y en la creación de sus unidades policiales especializadas en estos temas, es una tarea muy difícil cuyo resultado no se puede garantizar.

Al respecto, encuentro las siguientes dificultades concretas:

- El desinterés de los países por uniformizar su ley y la imposibilidad de exigir, por cualquier vía, que lo hagan efectivamente.
- La posibilidad de deserción parcial de algunos países, queriendo decir con esto que es posible que, en temas puntuales, algunos países definan sus leyes en forma diferente a la estandarizada, fundamentando su disidencia en intereses locales (que bien pueden no corresponder al interés de sus propios pueblos).
- La inclusión de aspectos técnicos erróneos en las leyes nacionales, que les harían perder toda su efectividad.
- La no definición legal uniforme de los aspectos relacionados con el valor probatorio de la evidencia digital, que haría imposible la aceptación de la evidencia recaudada en un país, por parte de un juez extranjero.

Y, puesto que, como está dicho, no existe una instancia que obligue a los países a uniformizar sus leyes, debe proponerse que todos ellos suscriban y ratifiquen la Convención Europea sobre Cibercrimen. Esta propuesta es consecuente con la invitación que los Ministros de Justicia de la Organización de Estados Americanos presentaran a los Miembros en abril de 2004 "a evaluar

las posibilidades de implementar los principios de la Convención del Consejo de Europa sobre Cibercrimen de 2001 y a considerar la posibilidad de ser Parte en esa Convención".

4. Conclusiones

La Convención es el único instrumento de Derecho internacional que existe hoy sobre delitos informáticos. Es, también, la única vía que nos va a permitir estandarizar nuestras normatividades penales en lo sustancial y en lo procesal (al hacerse parte del Tratado, surge al Estado signatario la obligación de legislar sobre unos mínimos, como he dicho ya, sustanciales y procesales), facilitando la investigación y la sanción efectiva de los delitos que se cometan (no solamente en nuestra región, evidentemente); el delito informático es de naturaleza transfronteriza por definición, y si cada país tipifica sus propios delitos informáticos, define sus propios procedimientos forenses y hace lo mismo respecto de los requerimientos que debe cumplir la evidencia digital, tendremos un grupo de islas jurídicas que irá desde México hasta Ushuaia o la Patagonia, resultando, en la práctica, imposible investigar y/o sancionar efectivamente a los delincuentes que se aprovechen de la situación que describo.

Uno de los fundamentos de la democracia y uno de los pilares del mercado es la existencia de un sistema judicial sólido, eficaz y eficiente, que sancione las conductas dañinas y el incumplimiento de los contratos ¿Cómo esperamos que nuestros países avancen y nos den a todos mejor calidad de vida, mayor bienestar y demás, si hoy no tenemos las más mínimas leyes que deberían existir a este respecto, y tampoco hacemos nada para que sean promulgadas, dentro de ciertos parámetros?

Somos nosotros quienes entendemos de estos complicados asuntos del Derecho informático y los llamados por excelencia a buscar espacios de interlocución con los gobiernos y los poderes de nuestros países. Si nos quedamos esperando, por ejemplo, a que los congresistas, por su propia iniciativa, legislen adecuadamente acerca de nuestros temas, bien podremos seguir esperando hasta un par de generaciones después de nuestros hijos.

La tarea no la van a hacer por nosotros; así que, si en nuestros países son promulgadas leyes inconvenientes, no estandarizadas o mal redactadas, o si las autoridades simplemente no saben qué hacer con los encabezados de un email (cosa que desafortunadamente aún pasa - y mucho), y nosotros no hemos hecho un esfuerzo, dentro de nuestras posibilidades, buscando objetivos concretos, no podremos quejarnos.

Y somos nosotros los que estamos en capacidad de enseñar a un juez qué son cosas tan simples como los *web defacements,* o por qué el reclutar una *botnet* debe ser sancionado, o por qué está mal que un desconocido escanee mi red buscando mis vulnerabilidades, o las repercusiones sociales y de seguridad

del mismo Estado que puede tener una denegación de servicios bien dirigida... en fin.

Espero se entienda la idea central de este artículo y pueda ser consecuentemente comentada. Obviamente se refiere a la Convención de Budapest, pero también a nuestro papel como "formadores" o "implementadores" de niveles adecuados de seguridad jurídica en nuestras sociedades que han sido tradicionalmente lejanas a la tecnología.

Este tema no puede terminar en simples discusiones o en artículos publicados como este; pero si logramos traducir nuestro parecer a acciones concretas, adelantadas por cada uno en su lugar, que resulten en que un policía sepa qué hacer ante un caso de pornografía infantil o en que los jueces pierdan el miedo a conocer de los procesos que tienen que ver con esta clase de delitos porque temen incurrir en un prevaricato por aplicar la ley "en forma contraria a derecho", habremos avanzado bastante.

Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano

Alexander Díaz García*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El documento electrónico. 2.1. Origen etimológico de la palabra documento. 2.2. Concepto de documento. 2.3. La noción documento electrónico. 3. El documento electrónico como instrumento oficial. 4. El documento electrónico en la administración de justicia colombiana. 5. Naturaleza jurídica del documento electrónico judicial en Colombia. 5.1 Inconveniente de la transcripción del fallo 5.2. Excusas planteadas por el Ad Quem. 6. Conclusiones

Resumen

En Colombia nos encontramos ante la resistencia de aceptar el uso de los documentos electrónicos en el procedimiento penal acusatorio, en donde a través de los juicios orales, se abrevian largos procedimientos e inmensos expedientes en soporte papel; no obstante la Segunda Instancia ha querido restablecer el uso del soporte papel como único medio para contener la información procesal, ordenándole al juez sentenciador que transcribir la sentencia y soportarla en este medio, desnaturalizando la esencia del documento electrónico judicial, contemplado en la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Justicia.

Palabras clave: Documento Electrónico Judicial. Sistema Penal Acusatorio. Soporte Papel. Juicio Oral.

Recibido: 10/11/2006 • Aceptado: 16/11/2006

* Juez Segundo Promiscuo Municipal de Rovira Tolima (Colombia). Abogado Especialista en: Ciencias Penales y Criminológicas; Ciencias Constitucionales y Administrativas y Nuevas Tecnologías y Protección de Datos. Ex Catedrático de la Escuela de Administración Pública de Ibagué y de la Universidad Cooperativa de Ibagué. Asesor Académico Externo de la Universidad de Ibagué Coruniversitaria y de la Dirección de Postgrados de la Universidad Santiago de Cali. alediaganet@telecom.com.co

Abstract

In Colombia we are witnessing the resistance to accept the use of electronic documents in the criminal prosecution, where by means of oral proceedings, long procedures and large files in paper support are shortened; despite this, the Second Instance has wanted to restore the use of the paper support as only mean to contain the procedural information, mandating that the judge transcribes the sentence and support it in this means, going against of the essence of the judicial electronic document, contemplated in Law Statutory of Justice 270 of 1996.

Key words: Judicial Electronic document. Criminal prosecution. Paper support. Oral proceedings.

> *"……es incuestionable que cuando el legislador incorporó el concepto de "soporte material" en la definición examinada (artículo 294 de la Ley 599 de 2000), justamente lo hizo con la finalidad de ampliar el concepto legal de documento en materia penal, para una protección igual tanto de los usuarios de la documentación soportada en papel, como de los usuarios de la documentación contenida en soporte informático, de tal manera que los medios electrónicos constituyen una forma del soporte material a que alude la referida noción".*
>
> *Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 6 Mayo de 2003.*

1. Introducción

En Colombia, desde hace dos años aproximadamente entró gradualmente a regir la Ley 906 de 2004, en donde se implementa el sistema oral en los juicios penales, igualmente se aplica en los procesos penales en contra de menores, de conformidad con el precepto de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia). Desde entonces ha surgido una circunstancia (problemática) muy *sui generis* en los estrados judiciales y es cuando el Juez de Primera Instancia profiere sentencia y en la segunda instancia de algunos distritos judiciales, los que desatarán el recurso, le exigen aquél transcripción en soporte papel del fallo proferido oralmente y registrado digitalmente (audio y video) en medio magnético. He hablado con muchos jueces, incluso con magistrados de varios distritos judiciales[1] y les he compartido que no es procedente tal orden

1 **Colombia** es una República (Social de Derecho) Unitaria y está divida políticamente en Departamentos, Municipios, Corregimientos y Veredas, y su sistema judicial está categorizado en Distritos Judiciales que casi siempre lo comprende un Tribunal Superior de Distrito Judicial (hay algunos Departamentos que no tienen Tribunal pues dependen de otro ubicado en otra capital o al contrario existen dos Tribunales en un mismo Departamento) en la capital de cada

para todas las ocasiones sino para eventuales casos, en razón de que se estaría desnaturalizando el documento electrónico que en Colombia tiene plena validez y el objeto de los juicios orales (los que se imprimen en formato digital) es precisamente acelerar el proceso penal y desmaterializar el papel, esto es, en vez de usar grandes cantidades de expedientes en soporte papel se abrevia haciendo uso de la oralidad.

La Segunda Instancia desata los recursos contra las sentencias (sentencias y preclusiones), y para este trámite están exigiendo (en razón a su potestad funcional y jerárquica) a los jueces falladores a trascribir su sentencia en soporte papel, no se qué razones exactamente esgrimen puesto que tienen consigo el registro digital que el *a quo* les ha enviado junto con el acta del juicio escrita, documentos suficientes (según la ley) para tramitar el recurso impetrado. Con ello considero que se estaría desnaturalizando el documento electrónico; documento que está legitimado por la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Justicia) en donde se nos autoriza la creación de documentos electrónicos judiciales. A continuación haré algunas reflexiones, acudiendo al estudio de las normas y jurisprudencia nacionales y algunas razones de maestros extranjeros en la materia que amparan el documento electrónico judicial.

2. El documento electrónico

2.1. Origen etimológico de la palabra documento

El origen etimológico del término[2] proviene del griego *dék,* correspondiente al verbo latino *docere*, *"instruir"* de donde proviene el vocablo *documentum,* que significa originalmente "*lo que se enseña, con lo que alguien se instruye"*. De la raíz *dek, dock o doc*, nacen varias palabras. Entre ellas el verbo latino

Departamento y su jurisdicción lo comprende el territorio de varios Jueces del Circuito, que están ubicados en las ciudades más importantes de esa misma Unidad Política. A su vez ese Juez del Circuito su jurisdicción abarca el territorio de varios jueces Municipales, quienes son la base piramidal del sistema de justicia colombiano que es coronado por nuestra Corte Suprema de Justicia, integrada por tres salas de casación: Penal, Laboral y la que conoce asuntos Civiles y de Familia. Lo anterior en razón a la justicia ordinaria, tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, existen los Jueces Administrativos del Circuito, que son la primera instancia de los tribunales administrativos y termina con el Consejo de Estado. Tenemos también una Corte Constitucional que conoce de todo lo concerniente a la constitucionalidad de las leyes y revisora eventual de las acciones de tutela que instauran los ciudadanos cuando se les vulnera derechos fundamentales, entre otras. El sistema judicial en Colombia es administrado por un Consejo Superior de la Judicatura, lo integran dos salas: una administrativa y otra disciplinaria; éste a su vez tiene Consejos Seccionales en casi todos los Departamentos con las misma salas, pero con un número inferior de funcionarios.

2 PINOCHET OLAVE, Ruperto. "El Documento electrónico y la Prueba Literal". 2007 Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Trabajo publicado en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000200012&lng=pt&nrm=iso ISSN 0718-0012 Ius et Praxis on-line. Vol. 8 No. 2.

doceo y de éste el vocablo *documentum* con tres acepciones primarias: aquello con lo que alguien se instruye; aquello que se refiere a la enseñanza; aquello que se enseña, por lo que concluyo que significa: enseñar. Y la expresión instrumento, deriva del verbo latino *instruerer*. Es algo que está destinado a instruirnos e informarnos del pasado. Si bien parece que hay poca diferencia entre el significado de una y otra expresión, según Pelosi[3], la expresión Instrumento es más expresiva cuando se quiere hablar de prueba.

En sentido más amplio se puede traducir el verbo latino *docere* y el griego *dékomai* por "*hacer ver a alguien algo claro, instruirlo*". Un documento es algo que muestra, que indica alguna cosa[4].

El verbo griego *dekomai* y sus derivaciones *dokeimoi y dokéo* tienen una significación originaria casi idéntica a los vocablos latinos. Lo mismo sucede con el sustantivo "*document"* en el idioma inglés y en el francés, y *"documento"* en el español, en el italiano y en el portugués.

La voz documento, deriva de la palabra Dekos[5], empleada por lo general en las esferas religiosas. Denotaba el gesto de las manos extendidas, tanto para ofrecer como para recibir.

2.2. Concepto de documento

Conforme a la doctrina jurídica tradicional[6] se ha entendido que "*documento, en sentido etimológico, es una cosa que docet, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo)*".

Los diversos significados atribuidos a la noción documental van desde acepciones genéricas y omnicomprensivas de diversas realidades, hasta otras mucho más específicas, vinculadas a aspectos determinados de la realidad jurídica.

En el ámbito jurídico, dentro de los exponentes clásicos de la noción amplia de documento encontramos a Carnelutti, quien entiende por documento; "*una*

3 PELOSI (1980), pp. 4 y 5, citado por RUIZ (2001), p. elec. A su vez citado por el Dr. Pinochet Olave en su trabajo: "El documento electrónico y la prueba literal".

4 CARRASCOSA , Rodríguez, (1999), p. 30. Citado por el Dr. Pinochet Olave en su trabajo "El Documento Electrónico y la Prueba Literal" *Ob Cit.*

5 BALVUENA, Lucrecia K. *Documento Electrónico su Valor Probatorio*. Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2000. Corrientes Argentina. www.unne.edu.ar/cyt_1_sociales/s_pdt_008.pdf Site visitado el 10 Junio de 2007.

6 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. T. II. Trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Uteha, 1944, P. 414.

cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho"[7], o como explica el autor citado, representación es la imagen de la realidad, la que se presenta al intelecto a través de los sentidos; y, en consecuencia, documento es una cosa que sirve para representar a otra. Continúa señalando Carnelutti, que la representación de un hecho, y no la manifestación del pensamiento es la nota esencial al concepto de documento.

El concepto de documento no es privativo del área de conocimientos jurídicos sino que es una noción perteneciente a la cultura general. Si entendemos por cultura todo aquello realizado por el hombre, el documento en su acepción más amplia será, toda entidad material perceptible por los sentidos que revele intervención humana.

Agrega igualmente el Dr. Pinochet Olave, que todo lo que hace el hombre puede ser objeto de prueba en un proceso judicial, en cuanto sirva para probar la existencia de hechos relevantes para el proceso, tal como delitos, obligaciones, y el cumplimiento de las mismas, por ende, creemos que no descarta los procedimientos judiciales digitalizados en especial los registros en juicios orales. Si el hecho humano no es reconocido espontáneamente por su autor u observado, de alguna manera, por otros hombres, no podrá ser probado ni mediante la confesión ni mediante la prueba de testigos. Entonces será necesario buscar rastros o manifestaciones que evidencien una voluntad humana expresada o un acto humano ejecutado. Esta última reflexión nos abre el camino a las nociones documentales en sentido jurídico.

Quizás la noción más amplia de documento, situados ya dentro del ámbito jurídico, es aquella que entiende por tal; "*aquellos objetos que tengan una función probatoria con la sola limitación (según Guasp) de que dichos objetos sean, por su índole, susceptibles de ser llevados ante la presencia judicial*"[8].

Y desde otro punto de vista en el campo tradicional el medio o soporte principal del documento ha sido el papel, pero pueden serlo también objetos de

7 CARNELUTTI, Francesco. (1982), p. 161. Citado por el Dr. Pinochet Olave en su trabajo "El Documento Electrónico y la Prueba Literal". Agrega que diversos autores, siguiendo la línea de CARNELUTTI, entienden el concepto de documento en un sentido amplio. Así ÁLVAREZ-CIENFUEGOS (1992), p. 1.024, explica que el: "*documento se nos representa como una materialidad a la que se incorpora una idea, es una cosa, un acontecimiento, un indicio que atestigua, comprueba, ofrece un testimonio de un hecho; más concretamente, es un objeto simbólico, una porción de la realidad material destinada a expresar, a través de signos externos, un significado específico y determinado*". JIJENA (1998), p. 1.497, por su parte lo entiende como; *"cualquier objeto que contiene una información, que narra, hace conocer o representa un hecho, cualquiera sea su naturaleza, su soporte o 'continente', su proceso de elaboración o su tipo de firma ",* GAETE (2000), p. 70, lo define, *"como una cosa corporal que nos enseña, nos muestra algo"*, en tanto que KEMPER (1996), p. elec., entiende por tal; *«un objeto físico destinado a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes en lenguaje natural».*

8 Citado por el Dr. Pinochet Olave en su obra *El Documento Electrónico y la Prueba Literal*.

otra naturaleza, como tela, cera, metal, piedra y similares, lo cual explica como el Art. 251 del Código de Procedimiento Civil Colombiano[9] establece que *"son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares*". Entonces se torna posible concebir el documento como toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera.

Explica el Maestro chileno[10] que desde un plano más avanzado de concreción de la noción y transitando desde el campo genérico del Derecho instrumental al de la prueba civil puede entenderse por tal, todo escrito en soporte papel, y que documento en sentido estricto es, "*todo recipiente en el cual se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones. Estrictamente entendidos, los documentos son escritos o escrituras*"[11].

Las tres acepciones vinculadas a la expresión documento: la primera, que la entiende como una cosa que representa un hecho, acepción que hemos vinculado al concepto de cultura; en una segunda acepción hemos entendido al documento como una cosa mueble susceptible de servir de prueba en un proceso judicial, en este sentido pueden ser considerados documentos una carta, un vídeo, una grabación magnetofónica; en la última acepción revisada, lo hemos entendido circunscrito al escrito en soporte papel.

Para intentar diferenciarlas de la expresión instrumento, hemos de acudir a lo expresado por algunos autores, entre otros el Dr. Renato Jijena, que han recurrido a la dualidad terminológica documento-instrumento, reservando para la primera acepción un significado más genérico, mientras que para la segunda

9 Decretos números 1400 y 2019 de agosto 6 y octubre 26 de 1970, por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil, expedido con base a las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 4ª de 1969 al Presidente de la República. El Presidente de la República, En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 4a. de 1969 y consultada la comisión asesora que ella estableció.

10 *Ob. Cit.*

11 DÍEZ-PICAZO (1996), p. 255. Citado por el Dr. Pinochet Olave en su obra *El Documento electrónico y la Prueba Literal*. Afirma que en un sentido similar ÁLVAREZ-CIENFUEGOS (1992), p. 1.024, explica que, *"Carnelutti, al hablar de documento (de docere, cualquier cosa que da a conocer un hecho) pone de relieve, sin duda por razones histórico-culturales, la sinonimia entre documento y escritura, ",* en tanto que JIJENA (1998), p. 1.497, refiriéndose al mismo sentido restringido de la expresión señala que; "*sólo se reconocen a aquellos que están escritos en soporte papel y rubricados o firmados manualmente",* agregando adicionalmente al requisito de la escritura en soporte papel, la necesidad de que éstos se encuentren rubricados o firmados manualmente.

"instrumento", un sentido más específico vinculado al escrito de relevancia jurídica[12].

Sin embargo, se debe advertir que tal distinción no es aceptada por todos los autores, muchos de los cuales, al igual que la ley, utilizan ambas expresiones de forma indistinta[13].

De la noción amplia de documento es posible colegir que se encuentra formado por dos elementos, como lo señala el Maestro Pinochet Olave, al mencionar a Jijena, cuando afirma que los elementos de esta noción son la existencia de un soporte en que constan, un medio que se emplea para grabar los signos, un lenguaje o idioma y un mensaje o contenido. Y que así de esta manera, según Joffe[14] los documentos se componen de los siguientes elementos: a) un elemento material o soporte físico, sobre el cual se constituye el documento, que no se limita a la simple hoja de papel y determinados caracteres impresos que una vez completados lo convertirán en documento y, b) un elemento intelectual, o representación de una determinada realidad, o sea, la información que va a documentarse y que vive en el intelecto de su creador hasta el momento en que se vuelca sobre el soporte material.

De las concepciones del documento anteriormente expuestas se derivan básicamente dos teorías que han intentado explicar la realidad documental jurídica, éstas han sido: la *teoría del escrito,* para la cual el documento siempre es un escrito y la *teoría de la representación,* para la cual el documento no es sólo un escrito sino todo objeto representativo o que pueda informar sobre un hecho o sobre otro objeto[15]. Hoy poco a poco estamos logrando que quienes sostenían

12 JIJENA LEIVA, Renato. (1998), p. 1.497, señala que los términos «instrumento» y «documento» "*están en una relación género a especie respectivamente. El segundo coincidente con lo que hemos denominado acepción restringida- sería todo escrito que dejara constancia de un hecho sin que sea necesaria firma manuscrita. El instrumento en cambio, que es equivalente el concepto de 'objeto', sería toda cosa mueble, material, corporal, inmaterial o magnética capaz de representar un hecho*".

13 GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. (2000), p. 83, refiriéndose a la dualidad terminológica: "documento-instrumento " señala: "*No solamente por su sentido natural y obvio, por el uso común de ambos vocablos, sino de igual manera, por la utilización indistinta que generalmente, la ley hace de ambos términos -documento e instrumento- tienden a ser concebidos como sinónimos. Precisando entonces, concluiremos jurídicamente, que documento e instrumento son términos indistintos y que sólo su determinación de públicos o privados, les otorgará el valor que el derecho requiere para calificarlos".* Gaete, es citado por el Dr. Pinochet Olave en su trabajo "El documento electrónico y la prueba literal", al referirse aquél a la sentencia del 10 de agosto de 1964, de la Corte Suprema de Chile, en la cual se refiere a la dualidad terminológica de documento-instrumento estableciéndose que el *"primer vocablo es expresión genérica, y el segundo, específica; pero en numerosas disposiciones el legislador emplea ambas palabras indistintamente".*

14 *Ob cit.*

15 CARRASCOSA BAUZÁ, González (1991), p. 31, citado por el Dr. Pinochet Olave en su trabajo "El documento electrónico y la prueba literal", afirma que no es la única forma de clasificar las diversas concepciones documentales, como ejemplo de otra sistematización doctrinal MONTERO (1998), p. 143, distingue básicamente tres corrientes doctrinarias. La primera, la

la acepción amplia del concepto —teoría de la representación-, admitan al documento electrónico dentro de la categoría documental, mientras quienes abogaban por la 'teoría del escrito', siguen intentando excluir, como lógica consecuencia de la concepción doctrinal sostenida, el documento electrónico de la categoría documental, al entender ésta exclusivamente como el escrito contenido en soporte papel.

La controversia doctrinal que enfrentó a partidarios de la teoría del escrito y a los de la teoría de la representación, carecía en alguna medida de sentido ya que partía de una premisa falsa, en cuanto se consideraba que existía una noción unívoca y verdadera de documento, excluyente de las demás, las que en consecuencia eran consideradas falsas. Lo cierto es que tanto en legislación como en doctrina no existe, ni ha existido una noción unívoca de documento que descarte a las demás, sino que coexisten diversas acepciones que evidencian distintos aspectos, manifestaciones o puntos de vista de una misma realidad.

Efectivamente, existe una noción amplia vinculada al concepto de cultura, en virtud de la cual puede entenderse el documento como toda cosa que representa una idea, pero también es posible distinguir nociones documentales vinculadas exclusivamente al ámbito jurídico y, aún más, otras concepciones que han relacionado el vocablo documento exclusivamente al escrito en soporte papel, acepción que según algún autor hoy ha caído en obsolescencia[16].

Sobre el tópico la Dra. María José Viega Rodríguez[17] agrega en su trabajo que existen distintos enfoques en relación a estos dos tipos de documentos, el escrito y el informático. Están aquellos autores que entienden que los registros informáticos no constituyen un escrito y se basan en las diferencias entre uno y

concepción más amplia hace coincidir documento con una cosa mueble (**Guasp**), la segunda, la más restringida, se atiene al tenor literal de la ley y exige la escritura, para que pueda hablarse de documento, la tercera, en una posición intermedia, considera como documento; "*todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso*", representación que puede obtenerse mediante la escritura o por otro medio, siendo lo más importante la representación y no la grafía (CARNELUTTI y SERRA), sin embargo, la doctrina procesal civil sigue en desarrollo y hoy hay quienes hablan de una teoría de la expresión, entre otras de reciente elaboración, fundada en conceptos como el acuñado por RODRÍGUEZ (2000 a), p. 358, al referirse al documento como: "*la expresión, en principio escrita, de un pensamiento humano jurídicamente relevante, el pensamiento de su autor y, en su caso, el del autor o los de los autores de las declaraciones que contenga (en el documento negocial, al menos una declaración de voluntad), de manera que esos pensamientos y sus autores sean reconocibles por los destinatarios*".

16 TEMBOURY (2000), p. 423, citado por el Dr. Pinochet Olave en su obra: "El documento electrónico y la prueba literal" Señala, al referirse a las dificultades de aplicar el concepto legal de documento al documento electrónico: "*En segundo lugar, porque aun cuando la Ley evite aplicarles el calificativo de documentos, ya hemos visto que ello corresponde a un concepto obsoleto del documento como escrito*".

17 VIEGA RODRÍGUEZ María José. *Nuevos desafios al Derecho Informático en el nuevo milenio*. Subtema 2.7. La prueba informática y el documento electrónico. "La influencia de la informática en la actividad probatoria y su regulación en Uruguay" www.viegasociados.com/ublicar/ActividadProbatoria.pdf .

otro, constituyen su población en Colombia abogados clásicos y tradicionalistas, pero también existen los que les encuentran muchas similitudes y opinan que el documento electrónico es otra forma de escribir, estos son los nuevos abogados que han entendido la necesidad de hacer parte de la sociedad de la información con el uso de las nuevas tecnologías. Sin lugar a dudas ambos tienen razón, existen diferencias, pero también existen aspectos en que ambos se parecen. Las diferencias entre ambos dice la tratadista se pueden decir que son las siguientes:

a) Un documento escrito no puede concebirse sin el soporte material que es el papel. Sin embargo esto no siempre fue así. Existen a lo largo de la historia muchísimos tipos de documentos que nos demuestran la existencia de un hecho y que no necesariamente fueron realizados en soporte papel, recordemos las representaciones pictóricas prehistóricas, en donde "narraban" muchas escenas de la vida de las primeras civilizaciones y el estar estampadas en las paredes de las cavernas o rocas, no les quita su calidad de documento. Por otra parte, el papel, tan importante en nuestra civilización no lo ha sido en el pasado, y no veo razones de peso por lo que deba serlo en el futuro. Y aquí no podemos obviar el problema de la seguridad, que, para quienes escribían en las cavernas, sobre la piedra, el papel no les resultaría seguro en absoluto, al igual que como hoy algunos dudan de la seguridad de los soportes informáticos.

Glosa la Maestra uruguaya la afirmación que Bill Gates[18] tiene sobre el uso del soporte papel el que: "Durante más de 500 años, todo el volumen del conocimiento y de la información humanos se ha almacenado en forma de documentos de papel. (...) el papel estará siempre con nosotros, pero su importancia como medio de buscar, preservar y distribuir información está disminuyendo ya".

b) Otra diferencia que se arguye es que el registro informático puede ser fácilmente modificado, mientras que el documento escrito puede resultar más difícil de modificar sin dejar huellas en él, hipótesis que no comparto pues es verdad de perogrullo que la vulnerabilidad de los documentos cualquiera que sea su soporte no es infranqueable. Creo que el gran avance de la técnica, no sólo en materia informática, desmiente esta afirmación. Las fotocopiadoras láser color, por ejemplo, permiten realizar copias de una calidad tal que nos resultaría muy difícil distinguir el original de la copia a simple vista.

c) Otro tema importante es la firma. La firma analógica no es la única forma de identificar a una persona, ésta también es falsificable y sólo un perito

18 GATES, Bill. "Camino al futuro", Ed. Mac Graw-Hill, España, 1996, Segunda Edición. Comentado por la Dra. María José Viega Rodríguez, en su trabajo: *Nuevos desafíos al Derecho Informático en el nuevo milenio*. Subtema 2.7. La Prueba Informática y el Documento Electrónico. "La influencia de la informática en la actividad probatoria y su regulación en Uruguay".

calígrafo nos dirá que grado de originalidad tiene. La firma electrónica[19] ya es una realidad entre nosotros[20], así como las empresas certificadoras de las mismas. Esto ha planteado un gran desafío para los Notarios Públicos, que hasta el momento eran los únicos investidos para dar fe de documentos y firmas en actos públicos y privados. En Colombia la autoridad certificadora hasta este momento es Certicámaras adscrita a las Cámaras de Comercio de Cali, Medellín y Bogotá y vigilada por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

d) Una diferencia importante es que en el documento informático desaparece la diferencia entre la copia y el original. Esta es quizá una de las apreciaciones más valederas, porque no es posible distinguir entre un documento informático original y su copia, no obstante algunas legislaciones ya han tomado cartas en el asunto al establecer que copia se tiene como la primera.

Con relación a las similitudes podemos decir que:

a) Se considera en nuestra época a la informática como un nuevo lenguaje, hablamos de que en este siglo que se inicia, quienes no conozcan el manejo informático serán considerados analfabetos, ya que podemos considerar el lenguaje binario como un alfabeto. El nivel de educación en esta área crece a pasos agigantados.

19 El certificado digital o firma digital es un documento digital de identidad emitido a una persona (natural o jurídica). La emisión está bajo la responsabilidad de una entidad de certificación debidamente autorizada por la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) en Colombia. Esta entidad garantiza la veracidad de los datos relativos a una persona y contenidos en el citado documento. En la actualidad Certicámara se encuentra autorizada por esa entidad como certificadora. El certificado digital es una herramienta clave para la identificación de las partes contratantes en el comercio electrónico. Este documento digital podría equipararse conceptualmente aun documento de identidad, licencia, pasaporte o carné de empresa. El poseedor de un certificado digital está en la capacidad de: identificarse cuando le sea solicitado (garantía de identidad y cualificación); firmar digitalmente un documento electrónico (firma digital, con el mismo valor legal que una firma manuscrita); garantizar la integridad y confidencialidad de las comunicaciones (integridad y confidencialidad). La confiabilidad de un certificado digital depende de la credibilidad de quien lo emite, es decir de la entidad de certificación y del método y los recursos utilizados para su emisión: soporte, identificación, seguridad, etc., depende igualmente del ámbito de reconocimiento de este certificado. Aplicaciones: transacciones de alta seguridad, comunicaciones seguras entre clientes y bancos, autenticación ante diferentes sistemas, firma de documentos a ser enviados o transmitidos. Datos tomados del site de Certicámara www.certicamara.com visitado el 13 de Junio de 2007.

20 Certicámara de Colombia le otorgó al autor de este estudio certificado de firma digital: *"…agradeciendo su interés en impulsar y promocionar continuamente el uso de los medios electrónicos en los procesos judiciales, haciendo uso de mecanismos de seguridad tecnológica y jurídica como la firma digital, la Dirección Comercial de Certicámara, le otorgará sin costo alguno para usted un certificado digital de Función Pública con vigencia de un año"* http://www.certicamara.com.co/index.php Constituyéndose en el primer Juez del Tolima con firma digital.

b) El lenguaje binario es criticado porque no puede ser leído directamente. La música también se escribe en forma diferente, y es leída sólo por aquellos que saben solfeo, sin embargo las partituras musicales no han planteado problemas. Tengamos presente que la ley no establece con que signos debe manifestarse la escritura.

c) El carácter de indestructibilidad del soporte no constituye una exigencia legal, también el papel se destruye, por el fuego o la humedad. Con respecto a la posibilidad de modificación del documento informático frente a lo irreversible que puede ser el documento escrito, quizá podría ser cierto cuando pensamos en los Protocolos de los escribanos realizados en tinta negra de buena calidad, pero no lo será si pensamos en un documento enviado por fax, que al ser recibido en un papel estándar de transferencia térmica tiende a ser borrado. Y la realidad nos demuestra que hoy, a nivel mundial, un alto porcentaje de contratos se realizan por fax, a través de redes privadas, por correo electrónico o a través de Internet.

La concepción legal del documento, si puede considerarse que existe alguna, no se ha debido a un trabajo sistemático de un legislador que se haya detenido en la elaboración de un concepto que hubiera tenido la pretensión de constituirse en un marco conceptual idóneo para el ulterior desarrollo de la teoría documental, sino que la idea de documento presente en la Ley, lo afirma Montero, es el resultado de la traslación de la idea documental existente en la época de aprobación de las leyes hoy en vigor[21] —por tanto vinculada estrechamente al escrito en soporte papel-, y no la consecuencia reiteramos, de una determinada manera de comprender el fenómeno.

A pesar de la diversidad terminológica expuesta atribuida a la noción documental, no son los significados explicados los únicos que pueden aplicarse al término documento. Además de la relación que hemos efectuado relativa a diversas acepciones que van desde nociones genéricas a otras más específicas, ubicadas concretamente en el campo jurídico de la prueba y, por tanto, en el ámbito del Derecho formal o instrumental, es posible distinguir otras nociones que explican el fenómeno documental desde el punto de vista del Derecho sustantivo, más específicamente desde la óptica del negocio jurídico. En tal sentido es que Díez-Picazo[22], entiende la "documentación de un contrato", como; "*la operación o conjunto de operaciones necesarias para plasmar y*

21 En esos términos se refiere MONTERO (1998), p. 143, citado por el Dr. Pinochet *ob cit*. "l*o paradójico es que no se sabe con exactitud lo que sea el documento o, por lo menos, que desde nuestro derecho positivo es fácil precisar las fuentes de prueba que deben incorporarse al proceso por el medio de prueba que se denomina documental*". Continúa el citado autor, *"Las dificultades en torno a la determinación de lo que sea documento provienen de que la LEC y el CC no hicieron más que asumir la situación de las fuentes de prueba de su momento histórico, de modo que petrificaron esa situación sin perspectiva de futuro*".

22 *Ob Cit*.

recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato", en tanto que Roca Trías[23] en igual dirección entiende 'documento', como aquel instrumento material donde se inserta una declaración de voluntad o de conocimiento[24].

2.3. La noción de documento electrónico

Más de un autor ha puesto en entredicho la denominación misma de 'documento electrónico', debido a que al referirnos a la realidad electrónica nos estamos limitando al soporte electromagnético, en circunstancias de que se comprenden también, dentro de la noción de documento informático, aquellos documentos que se encuentran archivados en otras clases de respaldos, como lo serían los denominados soportes ópticos y auditivos, los que a juicio de Cervelló y Fernández[25] no debieran considerarse comprendidos dentro de la expresión documento electrónico, salvo que se hubiesen almacenado en soporte informático. Lo que se quiere decir es que, en principio, existe la posibilidad de almacenar información digital o no, en respaldos que pueden ser leídos en forma óptica o auditiva, soportes que no quedan comprendidos dentro de la noción 'electrónico', si bien es cierto que tales medios de archivo de la información pueden almacenar datos de naturaleza digital.

La utilización genérica de la voz 'electrónico' asociada a su símil técnico 'electromagnético', no limita el concepto documental electrónico a la realidad informática a la cual parece pertenecer, pues la electromagnetidad es un fenómeno físico que se encuentra en muchas otras realidades alejadas del mundo informático y, por otra parte, buena parte de los documentos creados por la informática no son almacenados en soportes de naturaleza electrónica o electromagnética, sino en soporte óptico[26]. Por lo antes expuesto, parte de la

23 ROCA TRÍAS, Encarna. (1969) Pág. 62 *Ob. Cit*.

24 Así se refiere RODRÍGUEZ (2000 a), p. 358, entienden el documento como; *"la expresión, en principio escrita, de un pensamiento humano jurídicamente relevante, el pensamiento de su autor y, en su caso, el del autor o los de los autores de las declaraciones que contenga (en el documento negocial, al menos una declaración de voluntad), de manera que esos pensamientos y sus autores sean reconocibles por los destinatarios"*. Tal corriente doctrinal se ha denominado teoría de la expresión

25 CERVELLÓ Y FERNÁNDEZ (2000), p. 392, citado por el Dr. Pinochet Olave en obra citada: *"En efecto, determinada doctrina considera que ha de entenderse por documento electrónico no sólo el que se halla en soporte informático, sino aquel que, o bien se halla en soporte electromagnético, lo que conllevaría abarcar aquellos que se encuentran en soporte óptico y auditivo, salvo que se encuentren en formato electrónico, o bien aquellos en los que, de cualquier forma, haya intervenido la informática en su elaboración*".

26 Así lo señala TEMBOURY (2000), p. 412, citado en la obra de Pinochet cuando resume los pasos necesarios para la creación de un documento informático en los siguientes; 1) Hecho o acto documentado. 2) Interpretación en lenguaje humano. 3) Escritura del lenguaje humano en el computador. 4) Traducción del lenguaje humano a números, generalmente en base diez. (códigos asignados) 5) Traducción de los códigos decimales a códigos binarios (unos o ceros) 6) El uno

doctrina propugna abandonar el criterio del tipo o clase de soporte de almacenamiento de la información, como criterio definitivo para la delimitación de la noción documental electrónica.

En el proceso de creación, el computador utiliza un programa informático para traducir la información expresada en lenguaje humano al lenguaje comprensible, o más bien dicho, almacenable por medio del computador, esto es el lenguaje binario, que consiste en una combinación de unos y ceros que representan los diversos caracteres del lenguaje humano. Puede considerarse que el proceso de creación del todo documento informático siempre, en algún modo, será electrónico, en cuanto el computador usará la electrónica (chips o sistemas integrados) para ejecutar los programas necesarios para su creación, ello sin perjuicio de que el sistema de almacenamiento pueda ser o no electrónico, en soporte magnético o en otra clase de soporte como lo es el óptico.

Tal progreso ha dado lugar en el campo del Derecho a la figura del *documento electrónico*, el cual según una autora colombiana María Fernanda Guerrero[27] "*está contenido en soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilado en forma humanamente comprensible. El documento electrónico es un método de expresión que requiere de un instrumento de creación, conservación, cancelación, y transmisión; tal instrumento está constituido por un aparato electrónico. De esta forma la disciplina de dicho documento no puede prescindir del computador que lo crea, lo conserva y lo cancela, y la red de terminales de computador que permiten su transmisión*".

También es necesario considerar que el documento electrónico puede ser originariamente electrónico o tener su origen en un documento no electrónico. Originariamente electrónico será el documento que haya sido creado por primera vez como documento a través de la informática, como si se digita un texto en un computador o se captura una fotografía con una cámara digital. Será derivativo aquel documento que ha existido anteriormente en un formato no electrónico como una fotografía tradicional o un documento manuscrito, los que posteriormente pueden haber sido sometidos a diversos procedimientos para su digitalización, creando así una versión electrónica de los mismos[28].

corresponde al paso de corriente, el cero al no paso. 7) El paso de corriente corresponde a una polarización positiva y el no paso a una negativa. Las polarizaciones en soporte magnético = documento electrónico.

27 GUERRERO, María Fernanda. **"**El mercado de valores desmaterializado (aspectos técnico-legales)". Ponencia del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario. Santiago de Chile, 17 al 20 de Abril de 1994, Ps. 14-15. http://www.felaban.com/ Site consultado el 11 d Junio de 2007.

28 En un sentido similar MONTAGUD (2000), pág. 263, señala que a tal efecto la doctrina distingue los siguientes supuestos: "*Documento introducido en la memoria del ordenador, procedente del exterior y reproducido por algún procedimiento mecánico: Sería el caso de los que*

El proceso de almacenamiento puede hacerse, según hemos explicado, en diversos soportes. La mayoría de las veces un documento quedará guardado en el disco duro del computador por medio del cual ha sido creado pudiendo, además, archivarse en otras clases de respaldos tales como en los obsoletos disquetes, discos compactos, DVD o memorias USB.

Una vez archivada la información, tales datos son incomprensibles para el ser humano, pues no son legibles directamente por el ojo humano y están expresados en lenguaje binario, el cual no puede ser comprendido sino es traducido informáticamente a otro lenguaje comprensible por el hombre[29]. Dado que el procedimiento de almacenamiento de la información es a través de un computador puede hacerse en soporte no electrónico, ha sido señalada la inconveniencia de utilizar dicho elemento como nota esencial y distintiva a la hora de delimitar el concepto de documento electrónico. El tratadista chileno glosado generosamente en este capítulo, considera que como criterio alternativo se ha propuesto definir el documento electrónico en atención a la circunstancia de que en cualquiera de sus etapas haya participado de algún modo la electrónica, criterio con el que no concuerdan Cervelló y Fernández, toda vez que, "*en la actualidad prácticamente cualquier documento se elabora por medios electrónicos, siendo excepcionales los documentos en los que no interviene la informática en alguna de sus fases de elaboración*"[30].

Compartimos el rechazo del criterio relativo a que en cualquiera de las fases de elaboración del documento informático se haya utilizado la electrónica, pero no en atención al argumento de que hoy en día casi todos los documentos creados son, en algún modo, electrónicos, ya que tal circunstancia sólo confirmaría el anunciado protagonismo del documento electrónico y el denominado *'ocaso de la civilización del papel'*.

llegan al disco duro procedentes de un scanner que copia un documento escrito en papel, los reconocedores de voz, etcétera. Documento electrónico en sentido estricto, como producido por el ordenador y memorizados en forma digital en los dispositivos de aquél preparados al efecto, o en discos magnéticos u ópticos, siempre destinados a ser leídos por el propio ordenador y a través del mismo sin posible lectura por el hombre fuera de esa intermediación telemática".

29 Afirma SIMÓN (1999), pág. 410, por cita que hace el Dr. Pinochet Olave, *Ob cit*, que en un sentido restringido el documento es un objeto escrito y la escritura se caracteriza por la visibilidad, "*se dudó tradicionalmente del carácter documental de ciertos medios, al no ser perceptible la grafía por la vista. No obstante, como observa con razón Taglino, el requisito de la legibilidad a ojo desnudo es absurdo, pues conduciría a negar el carácter de escritos a los realizados con letra muy pequeña, o a plantearse si el empleo de las gafas hace perder al escrito su carácter de documento. El empleo de medios técnicos para leer lo escrito no debe conducir a negar el carácter de documentos a los que consten en soportes electrónicos*".

30 CERVELLÓ Y FERNÁNDEZ (2000), p. 393, *"Tampoco participamos de la descripción de documento electrónico como aquel en el que en cualquiera de sus fases haya intervenido un equipo informático o la informática, porque en la actualidad prácticamente cualquier documento se elabora por medios electrónicos, siendo excepcionales los documentos en los que no interviene la informática en alguna de sus fases de elaboración".*

Agrega el Dr. Pinochet que el camino adecuado para solucionar las deficiencias que han sido expuestas en la noción 'documento electrónico', puede estar en el cambio de la expresión 'electrónico' por 'informático', mucho más omnicomprensivo, este último término, a las posibilidades que ofrece la informática y que, en cuanto a soporte se refiere, comprende tanto los documentos que se archiven en soportes magnéticos como ópticos.

Que después del breve análisis efectuado pueden obtenerse algunas conclusiones en lo que se refiere a la determinación de las características esenciales del documento electrónico o, más bien dicho, informático. Estas características esenciales serían las siguientes:

1. El documento debe estar escrito en lenguaje binario.
2. El documento debe estar o poder ser almacenado en soporte informático[31], magnético, óptico o cualquier otra clase de soporte que pudiera ser desarrollado para tales fines.
3. El documento debe poder ser, mediante la aplicación del correspondiente programa informático, transformado a alguna clase de lenguaje comprensible por el ser humano.

3. El documento electrónico como instrumento oficial

El proceso ha sido lento, pero poco a poco se está incorporando el documento electrónico como instrumento oficial. Nuestra Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) en un comienzo de la vigencia de la Ley 527 de 1999, la que define y reglamenta entre otras cosas el acceso, uso de mensajes de datos y otras disposiciones; fue muy renuente en su momento al aceptar plenamente el documento electrónico dentro de nuestras rutinas judiciales. La cultura jurídica colombiana, al igual que otras de América Latina, se ha caracterizado por una excesiva reverencia a los formalismos y culto al soporte papel. El valor probatorio, peso de la evidencia que trae consigo un documento que conste en ese formato debidamente sellado y firmado de manera autógrafa (léase analógicamente), parece ser de gran relevancia en cuestiones procesales. Sólo es recordar como los ex-magistrados Rafael Méndez Arango y Fernando Vásquez Botero[32], de la Sala de Casación laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia de

31 No obstante, se han distinguido tres etapas en el proceso documental electrónico: creación, almacenamiento y recuperación pero, en la delimitación del concepto no será necesario que se haga referencia a las tres, toda vez que el almacenamiento de un documento en soporte informático, presupondrá necesariamente que haya sido creado por medios informáticos y que posee la aptitud para ser 'recuperado' o leído a través de un lenguaje comprensible para el hombre, también por medio de procedimientos informáticos . Recalca el Maestro chileno JIJENA en su obra "El documento electrónico y la prueba literal", *Ob. Cit.*

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente, Dr. José Roberto Herrera Vergara. Auto Admisorio de Demanda de Casación Laboral, recibida por fax. 3 de diciembre de 1999. Rad. 13015.

Colombia para el año de 1999, en salvamento de voto, al concepto de la mayoría de la Sala que afirmaban que la Ley 527 era sólo para aplicarla en materia de comercio electrónico y no para entenderla como modificatoria del Código Procesal del Trabajo y menos para poder aceptar demandas de casación por vía fax.

La Corte Constitucional Colombiana en fallo de constitucionalidad[33] de la Ley 527 de 1999, afirmó que era bien sabido que los progresos e innovaciones tecnológicas logrados principalmente durante las dos últimas décadas del siglo XX, en el campo de la tecnología de los ordenadores, telecomunicaciones y de los programas informáticos, revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación de información como el correo electrónico, y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico. Que gracias a la Ley 527 de 1999 Colombia se pone a tono con las modernas tendencias del Derecho internacional privado, una de cuyas principales manifestaciones ha sido la adopción de legislaciones que llenen los vacíos normativos que dificultan el uso de los medios de comunicación modernos, pues, ciertamente la falta de un régimen específico que avale y regule el intercambio electrónico de informaciones[34] y otros medios conexos de comunicación de datos, origina incertidumbre y dudas sobre la validez jurídica de la información cuyo soporte es informático, a diferencia del soporte documental que es el tradicional.

Siguiendo esta misma tónica jurisprudencial y situándonos desde el punto de vista de la noción más amplia de documento, aquella que trasciende el campo de lo jurídico y que entiende al documento como una cosa capaz de representar un hecho[35], no cabe duda de que el documento electrónico sea un documento, como lo es toda cosa intervenida de algún modo por el hombre, gravados en cavernas, papiros, rocas, etc. Ya en el plano propiamente jurídico, la acepción más amplia lo entiende como una cosa que representa hechos de relevancia jurídica, o sea susceptibles de ser probados en un proceso judicial. En ésta, pero ya dentro del contexto de lo jurídico, como es el Derecho procesal, no cabe duda tampoco que el documento electrónico es un documento[36] en tal contexto el documento ha sido entendido circunscrito al escrito en soporte papel. Hasta el año 2003, cuando se promulgó la ley 794[37], se implementó el uso del documento

33 SENTENCIA C-662/2000. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia Junio 8 de 2000. Expediente D-2693.

34 EDI Acrónimo de Electronic Date Interchange.

35 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. T. II. Trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Uteha, 1944, P. 414.

36 JIJENA LEIVA, Renato. (1998), p. 1.497, señala que; "*los documentos soportados en medios magnéticos no responden al concepto tradicional o restringido de documento manuscrito en soporte papel sino al amplio*".

37 Ley 794 de enero 8 de 2003, por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dicta otras disposiciones.

electrónico como mensaje de datos en los trámites judiciales civiles, entre otros, en las notificaciones. En la esfera relativa al Derecho civil sustantivo, en donde nuestro código no se refiere aún textualmente al documento electrónico, pero hemos de colegir que se entiende contemplado, cuando hablamos específicamente en el ámbito propio de la realidad negocial entre otros, como son los negocios electrónicos, porque también podemos referirnos a otros ámbitos como son la expedición de registros civiles electrónicos[38], escrituras públicas, etc. No obstante este concepto se tendrá que revaluar, estableciéndose taxativamente su (término) existencia, pues su ausencia los escépticos creen que aún no existe, y hoy el documento electrónico se ha vinculado en forma precisa a la manifestación de voluntades con fines comerciales, entre otras, al ámbito virtual, recordemos su eficacia en el *e-commerce.* Pero tenemos también un primer antecedente en el Derecho penal, cuando se puso en duda que se pudiera emitir una orden de captura a través de un documento electrónico, como fue el tema a estudiar por la Corte Constitucional en una segunda oportunidad, al referirse a la constitucionalidad del artículo sexto de la Ley de marras[39]. En esa ocasión la Corporación[40] le dio plena validez al documento electrónico cuando estudió la constitucionalidad del artículo en mención, el actor alegaba de la necesidad del documento en soporte papel del mandamiento escrito de la orden de captura, la corte desestimó los argumento afirmando que el mensaje de datos tiene su equivalente con el término de mandamiento escrito, resaltando que el artículo 6ª de la ley en referencia, preceptúa que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta, además que el carácter escrito es apenas uno de los requisitos señalados en el artículo 28 de la C.P[41] porque siempre que se puedan garantizar su fiabilidad sobre el origen del mensaje, la integridad del mismo, la identificación de la función jurisdiccional además del cumplimiento de los demás requisitos exigidos por las normas del Código de Procedimiento Penal dirigido a hacer efectivos el debido proceso y el derecho de defensa.

Es en este contexto en donde, en los albores del desarrollo de la noción documental electrónica era posible preguntarse si tal categoría documental podía ser integrada y comprendida dentro de la teoría documental en el ámbito judicial,

38 La Notaría 76 del Círculo de Bogotá, expide documentos notariales en formato electrónico.

39 Ley 527 de 1999.

40 Sentencia C-831/2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Ref: Expediente D-3371. Cita hecha por el autor de este trabajo en su libro en soporte papel *Derecho Informático Elementos de la Informática Jurídica*. Editorial Leyer. Bogotá, pág. 308 y siguientes.

41 Constitución Política de Colombia. Art. 28. *"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competencia, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".*

se sostenía que el documento electrónico reunía las mismas características que el documento tradicional en formato papel y, por tanto, era posible aplicarle toda la normativa pensada para la prueba documental clásica pero, eran más los autores que defendían la tesis opuesta; el documento informático no es un documento como los demás, sino que es un documento de especial naturaleza, que requiere, para su actuación práctica, una regulación específica, sin la cual no puede alcanzar de hecho una aceptable seguridad y, por tanto, una apreciable difusión. Esta siempre ha sido excusa para no aceptar la existencia y vigencia de documento electrónico judicial, pero por fortuna estamos superando este escollo dialéctico.

4. El documento electrónico en la administración de justicia colombiana

Ya habíamos hablado atrás como la Ley Estatutaria de la Justicia colombiana contempla la legalidad de la creación de los documentos electrónicos judiciales y así se contempló porque la Administración de Justicia no puede ser ajena a los avances sociales y científicos, debe ser capaz de resolver los problemas jurídicos que se presentan como consecuencia de la utilización generalizada de unas tecnologías que están cambiando las pautas tradicionales de las relaciones jurídicas entre los sujetos del derecho.

Esta disposición busca[42] que la administración de justicia cuente con la infraestructura técnica y la logística informática necesaria para el recto cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución le asigna. Naturalmente, el uso de los medios que se encuentran a disposición de juzgados, tribunales y corporaciones judiciales exige una utilización adecuada tanto de parte de funcionario como de los particulares que los requieran. Por ello, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha regulado el acceso y uso de los medios en mención y garantiza, como lo impone la norma que se comenta, el ejercicio del derecho a la intimidad y a la reserva de los datos personales y confidenciales que por una u otra razón pudiesen ser de conocimiento público[43]. Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, está determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador, como es el caso de la Ley 906 de 2006, en donde establece los registros digitales para las audiencias públicas en el sistema penal acusatorio colombiano.

42 SENTENCIA No. C-037/96 Ref.: P.E.-008 Revisión Constitucional del Proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia". Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Santafé de Bogotá, D.C.; cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

43 Constitución Nacional de Colombia. Artículo 15 Hábeas Data.

5. Naturaleza jurídica del documento electrónico judicial en Colombia

En Colombia, la Ley Estatutaria de la Justicia[44] en su artículo 95 dice al respecto de las tecnologías al servicio de la administración de justicia que: *"El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnologías de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones"*. Especialmente resalta sobre la creación de los documentos electrónicos que: *"Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales",* estos es, se reputarán auténticos. Finalmente resalta la norma que: *"Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley"*.

Luego se promulgó la Ley 527[45] de 1999, que define y reglamenta entre otras cosas el acceso y uso de mensajes de datos y otras disposiciones. En una investigación anterior[46] afirmé como la cultura jurídica colombiana, al igual que otras de América Latina, se había caracterizado por una excesiva reverencia a los formalismos y culto al soporte papel. El valor probatorio, peso de la evidencia que trae consigo un documento que conste en papel debidamente sellado y firmado de manera autógrafa parece ser de gran relevancia en cuestiones procesales. Como lo anoté anteriormente, cuando fue remitida una demanda de casación laboral a la respectiva Sala de la Honorable Corte Suprema Justicia, los ex-magistrados RAFAEL MÉNDEZ ARANGO y FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO[47], para el año de 1999, salvaron voto, al concepto de la mayoría de la

44 Ley 270 de Marzo 7 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, publicado en el Diario Oficial No. 42745 de marzo 15 de 1996.

45 Ley 527 de Agosto 18 de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

46 DÍAZ GARCÍA, Alexander. "Los documentos electrónicos y sus efectos legales en Colombia". Publicado en a Revista *Electrónica de Derecho Informático* ALFA-REDI. Edición: No. 034 - Mayo del 2001. www.alfaredi.org

47 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente, Dr. José Roberto Herrera Vergara. Auto admisorio de demanda. 3 de diciembre de 1999. Rad. 13015.

Sala, cuando ésta afirmó que la Ley 527 sólo se aplicaba en materia de comercio electrónico y no para entenderla como modificatoria del Código Procesal del Trabajo, para así poder aceptar demandas de casación por vía fax, como era el concepto de la mayoría, veíamos los primeros tropiezos judiciales con el uso del documento electrónico.

Por fortuna el pensamiento jurisprudencial colombiano se ha modificado paulatinamente a través del tiempo, pero no en forma plena, como ciertamente avanza el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC´s) en el mundo.

Esa visión la ha tomado conscientemente nuestro legislador, pues es sólo observar el contenido de la Ley 906 de 2004 (nuevo Código Procedimiento Penal) al que remite el Código de la Infancia, en ausencia de norma taxativa, normas que implementa el documento electrónico en el sistema penal acusatorio, en los juicios orales, es así, entre otros artículos, como lo señala el 146-4:

> "***Artículo 146. Registro de la actuación***. *Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice:*
>
> *"……"*
>
> *2. En las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se e laborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada.*
>
> *3. En las audiencias ante el juez de conocimiento, además de lo anterior, deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible, la cual solo se incorporará a la actuación para el trámite de los recursos consagrados en este código.*
>
> *4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-vídeo, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.*
>
> *El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.*
>
> *Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio*".

Como observamos con la lectura del mismo artículo, en su numeral cuatro, que el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-video o en su defecto audio, que asegure fidelidad. En su texto por parte alguna señala taxativamente que se tiene que llevar una transcripción exacta de todo

el acontecer procesal en soporte papel. El dispositivo de audio-video deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audio-video deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor. La señal del dispositivo de comunicación por audio-video se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación.

Cualquier documento utilizado durante la audiencia que se realice a través de dispositivo de audiovideo, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente. Y finalmente recalca la norma que la conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación y partir de ella del secretario de las audiencias, resaltándose que los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros.

Ahora bien, el punto álgido que ha motivo la presente investigación, es el artículo 179 idem que preceptúa que el recurso se interpondrá y concederá en la misma audiencia en la que la parte recurrente solicitará los apartes pertinentes de los registros, en los términos del artículo 9º del código, correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación. De igual manera procederán los no apelantes. Recibido el fallo, la secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior correspondiente deberá acreditar la entrega de los registros, supongo que se refiere a los impresos en formato electrónico, amén del acta levantada por el secretario en soporte papel. Por ninguna parte el texto legal se refiere a escritos en soporte papel y si la norma no lo dice, el intérprete no debe darle sentido diferente a su contenido literal cuando no requiere de profundas elucubraciones para su entendimiento. Satisfecho este requisito, el magistrado ponente convocará a audiencia de debate oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes.

Ahora también tenemos el acuerdo No. PSAA 06-3334 del Consejo Superior de la Judicatura[48], donde se reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia, de conformidad a lo aprobado en sesión de fecha 1º de febrero de 2006 de la Sala Administrativa; estableció, entre otras cosas, que el ámbito de aplicación del acuerdo será para los procedimientos civil, contencioso administrativo, laboral, penal y disciplinario, respecto de los actos de comunicación procesal, susceptibles de realizarse a través de mensajes de datos y método de firma electrónica, así como en lo relacionado con los documentos contenidos en medios electrónicos y su presentación, en los términos de los respectivos códigos de procedimiento, por lo pronto, en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Bucaramanga. Entonces conociendo su ámbito colijo que ha de aplicarse en todos los procedimiento penales, especialmente en donde los registros se deban hacer en soporte electrónico.

En corolario, nuestro sistema ampara plenamente los documentos electrónicos constituyéndolos en un medio de prueba (documental) que tiene suficiente sustento normativo, a tal punto que un rechazo *in limine* de su eficacia probatoria incurriría[49] en excesivo rigor formal y contrario al pensamiento del legislador que quiso ponerse a tono de la implementación de las TIC´s en los sistemas judiciales del mundo. Los soportes de un sistema computarizado de información prueban en contra de su dueño, ya sea por lectura en lenguaje natural, ya por su impresión en papel en tanto sea reconocido o se pruebe la pertenencia a ese sistema; en la medida que tales soportes puedan acreditar ser indelebles, será prueba aun a favor de su titular, en la medida que existan sistemas de control por terceros de los datos procesados entre máquinas de distintos usuarios.

5.1. Inconveniente de la transcripción del fallo

Se torna inane en la mayoría de las veces la transcripción de la sentencia en soporte papel, porque al hacerse no es fiel dicha transcripción, en razón de que muchas veces el transcriptor, puede ser, no goza de todas sus capacidades auditivas y puede modificar o suprimir la (s) palabra (s) o el comentario dado por las partes en la Audiencia Pública registrando frases, términos u otras circunstancias no existentes o modificando las halladas en el registro digital, resultando ser entonces una transcripción poco fiel, violando flagrantemente el contenido del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal en su numeral dos, en donde ordena que en las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías, igual acontece con el juez de conocimiento[50], se utilizará el medio técnico que garantice la **fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro** (negrilla del autor). En este procedimiento se debe hacer un traslado exacto de lo que vocalizó el juez en su decisión final y en esta transcripción no puede haber traducciones, esto es, no se puede escribir lo que quiso decir o lo que se le entendió al operador judicial en su fallo, porque ese no es el propósito de la transcripción, pues el fallo, su resumen debe aparecer en el acta escrita en soporte papel de la audiencia de juzgamiento, así lo dice la norma[51]:

> *"El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.*

48 Acuerdo No. PSAA06-3334 de marzo de 2006, por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia.

49 Lucrecia K, BALVUENA. **"**Documento electrónico su valor probatorio". Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2000. Corrientes Argentina. www.unne.edu.ar/cyt_1_sociales/s_pdt_008.pdf

50 Ley 906 de Agosto 31 de 2004. Artículo 146 numeral 3.

51 *Ob cit*. Artículo 146 numeral 4.

> *El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.*
>
> *Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio*".

Recordemos que este arte es muy difícil y los operadores judiciales no están formados en esta materia, como si ocurre en los Estados Unidos que el dactilógrafo (taquígrafo) es un funcionario ex profeso en su formación académica, la de tomar fielmente lo acontecido en la audiencia y ese registro, el que por demás se hace mecánicamente, se llevan en extensas actas, las cuales pueden ser consultadas más tarde, si así lo quieren ellas, siendo suficiente la mayoría de las veces el registro digital en audio y video de la diligencia judicial.

Hemos de tener en cuenta que la transcripción que se pretende generalizar como costumbre por los jueces de segunda instancia, debe realizarse en forma manual o mecánica, porque es bien diferente a las transcripciones que hacemos en nuestros escritos cuando glosamos a través de medios informáticos (procesadores de textos) como son las notas de pie de página que acostumbra hoy la jurisprudencia o la literatura científica de investigación, académicos, etc. Esta transcripción es fiel al texto original que se encuentra en el mismo formato digital y el que a la postre se imprimirá finalmente; situación diferente se torna con una transcripción de la voz de un video en una audiencia oral, pues es una tarea bien difícil por la cantidad de sonidos externos y ajenos al diálogo de las partes, al tono y la vocalización del autor del texto, dificultades técnicas de audio, etc. Falencias que no se deben trasladar al transcriptor sino que debe asumirlas el intérprete ora sugerirle al ejecutivo crear decretos reglamentarios en donde se establezca el dactilógrafo judicial sobre el cual recaerá la tarea exclusiva de tomar nota de todo el acontecer procesal en especial de los términos y condiciones del fallo. Pensar de otra manera es regresar a aquella época de las audiencias públicas con jurado en donde el secretario o escribiente tomaba notada a mano del acontecer procesal en el juicio y cuantas nulidades no se generaron por erradas transcripciones.

Además de lo anterior se aumenta el tiempo y trabajo, trastornando todo el trámite judicial ordinario; se arguye algunas veces que por la cantidad de empleados en un despacho judicial, éstos deben cumplir algunas tarea extras, entre otras, el de ponerlos a transcribir fallos. Si hemos de transcribir ha de ser en forma eventual y no siempre, recordemos que el término eventual ha sido mal interpretado. El Pequeño Larousse Ilustrado[52] define eventual: *"Adj. Sujeto*

52 Pequeño Larousse Ilustrado. Círculo de Lectores. 1988.

a evento o contingencia: hacer una promesa eventual….." El Diccionario moderno de sinónimos ideas afines y contrarias[53], lo define: *"Inseguro, incierto, imprevisto, casual, fortuito, accidental…"* Lo anterior nos permite colegir que esa eventualidad, es una contingencia algo imprevista o accidental, esto es, no siempre se ha de entender que se podrá ordenar la transcripción en soporte papel de la sentencia dictada en el sistema penal acusatorio en un juicio oral no sólo como norma sino en casos excepcionales.

El tema que hoy ocupa estas notas fue presentado ante el Foro de Discusión Alfa Redi[54] en Lima Perú (Revista Electrónica de Derecho Informático) y el de Habeas Data en Buenos Aires Argentina y sobre el tópico el Maestro Antonio A. Martino, en correspondencia cruzada contestó en los siguientes términos, los que me permito transcribir textualmente: *"Estimado Alex. Siga adelante con su teoría* ***(desnaturalización del documento electrónico)***[55] *que es la más pura y sustentable. Los jueces… que como dice el tango "han nacido para fallar", fallan, en el sentido de errar, porque no pueden convencerse que el papel, sustrato de documentos durante siglos haya sido reemplazado –con beneficio- por un soporte electrónico que pueden ser orientaciones de ferretes en un sistema magnético o modificaciones en la superficie de los CD o DVD no re escribibles. Son, como decía Carnelutti "una cosa que representa un acto jurídico".* En otro mensaje agrega: *"Estimado Alejandro, estimados todos: Siendo un filosofo del Derecho es normal que me ocupe de las ontologías jurídicas. Pero es curioso lo poco que se ocupan los juristas de todas las ramas sin reparar que una ontología cualquiera clasifica el mundo y de esas clasificaciones surgen consecuencias jurídicas importantes - como en este caso - Un fenómeno más curioso es que si los juristas explicitaran seriamente sus ontologías las descubrirían contradictorias. Hagan la prueba con algún amigo. El fenómeno adviene por dos razones: la primera las ontologías son creencias y no ideas. Esto es difícilmente se explicitan. La segunda: viniendo estas creencias de contextos sumamente diferenciados: científicos de diferentes áreas, culturales, religiosos, de la rama paterna, de la materna, de los ámbitos frecuentados no tienen porque ser coherentes. Esto nos trae problemas a la hora de decidir. El tener que admitir que todos los procesos de documentación y de transmisión jurídica de datos es totalmente material, parecería que ofende a aquellos juristas que creen (con todo derecho) en que existen procesos no materiales que acompañan la vida humana".* Martino Cherubino. Prof. Antonio A. Martino Representante de la Universidad de Pisa en Argentina.

53 Diccionario Moderno de Sinónimos, Ideas Afines y Contrarias. Matización progresiva en el Léxico-Diccionario Literario. Latinopal Ltda. Bogotá.

54 www.alfa-redi.org

55 Negritas del autor.

El Dr. Pisanty igualmente participó en la discusión y aportó el siguiente comentario: *"... todos, recientemente en la presentación de la Norma Oficial Mexicana de Conservación de Mensajes de Datos, se hizo harto (sic) énfasis en esto del documento como *cosa* y dentro de esta amplia y muy ontológica categoría quedan ya incluidos los archivos o ficheros electrónicos. Ojalá los jueces de uds. sean iluminados por estos criterios"..* Alejandro Pisanty.

5.2. Excusas planteadas por el Ad Quem

Se esgrime y tengo entendido que se hace con mucha frecuencia, tanto que se ha tomado como costumbre judicial en varios distritos judiciales de Colombia, que el término "eventual" se ha traducido como permanente, es decir, no como excepción a la regla sino como imperativo a ella.

Analizo que no todas las veces se debe considerar que se reproducirá en soporte papel el fallo (esto debe estar sometido bajo el apremio de condiciones muy especiales), además que la norma no expresa textualmente que se hará en ese formato; considerando que al leerse "reproducción escrita" no debe interpretarse exegéticamente y entenderse en consecuencia que se está afirmando que es en soporte papel, puesto que en la Sociedad de la Información y del Derecho informático una reproducción escrita es simplemente el mismo formato digital (registros en cualquier soporte electrónico), y esto no puede entenderse como un despropósito procesal.

Finalmente concluyo que la norma no exige textualmente la transcripción en soporte papel del fallo en todas las ocasiones, porque regresaríamos a procedimientos judiciales del pasado, de los que creo hoy ya son obsoletos y su vigencia está derogada.

Igualmente se ha dicho que el lenguaje, creo que se quiso decir el método, utilizado en nuestros procedimientos judiciales es el soporte papel y esa es la justificante también para algunos de ordenar la transcripción de la sentencia en ese formato. Tal afirmación no tiene asidero oficial, pues lo enuncié al comienzo de estas notas, la Ley Estatutaria de Justicia, permite la creación del documento electrónico judicial y eso ya hace más de once años que está vigente, corcondante con las leyes 527 de 1999, la 795 de 2004, y lo que lo resalta la norma es que el idioma que se utilizará en los estrados judiciales colombianos es la lengua española y no se refiere por parte alguna a que los registros de dicho trámite, en tratándose particularmente del sistema penal acusatorio, se tenga que hacer en soporte papel exactamente.

De las concepciones del documento anteriormente expuestas, se derivan básicamente dos teorías que han intentado explicar la realidad documental jurídica, éstas han sido: la teoría del escrito, para la cual el documento siempre es un escrito y la teoría de la representación, para la cual el documento no es sólo un escrito sino todo objeto representativo o que pueda informar sobre un hecho o

sobre otro objeto, que ha venido tomando fuerza a través del tiempo y por ende del desarrollo mismo de las TIC´s implementándolo a la administración de justicia. Los que siguen la escuela o tesis de la acepción amplia del concepto -teoría de la representación-, admiten al documento electrónico dentro de la categoría documental, mientras quienes abogaban por la 'teoría del escrito', (son hoy los juristas maduros, clásicos y tradicionalistas) excluían, como lógica consecuencia de la concepción doctrinal sostenida, al documento electrónico de la categoría documental, al entender ésta exclusivamente como el escrito contenido en soporte papel.

6. Conclusiones

No podremos entonces radicalizar el concepto que la informática es un nuevo lenguaje y por ende, desconocido para quienes no quieren empaparse de sus grandes beneficios, como realmente se quiere implementar en nuestro nuevo sistema penal oral y continuar con nuestro ya acostumbrado expediente escrito en soporte papel, máxime en instancias superiores que requieren de una veracidad total. La música también se escribe en forma diferente, y es leída sólo por aquellos que saben solfeo, sin embargo las partituras musicales no han planteado problemas, menos a los melómanos. Tengamos presente que la ley no establece con qué signos debe manifestarse la escritura, sólo pretende ilustrar conductas legisladas sin importar el soporte.

Iríamos en contravía de la pretensión original de la norma procesal, pues es sólo leer el artículo 147[56] cuando se refiere a la celeridad y oralidad del sistema acusatorio implementado en Colombia, éste señala que las audiencias que tengan lugar con ocasión de la persecución penal y las cuestiones que se debatan serán resueltas en la misma audiencia oral y que las personas allí presentes se consideran notificadas por el solo proferimiento verbal de una decisión o providencia.

Pensemos que en una eventual (continua) transcripción de la decisión de los operadores judiciales, trastornaría como está ocurriendo su implementación, al regresarse al antiguo sistema de los registros de voluminosos expedientes judiciales en soporte papel.

Además de la confiabilidad del documento electrónico el cual, no obstante, puede presentar fallas pero no más de las que presentaría una transcripción por parte de quien fácilmente no posee las actitudes de un dactilógrafo, tendríamos las ventajas económicas que nos generaría el no uso del papel en los diferentes estrados judiciales que estén a la vanguardia de las nuevas tecnologías, sin contar que impacto genera este consumo a los recursos naturales, no más uso de celulosa.

56 *Ob cit*. Ley 906 de 2004.

Así las cosas y a la tesis de quienes consideran hasta último momento de vital importancia el soporte papel, en vez de avances tecnológicos que reviertan en beneficio del sistema judicial, seguiríamos estancados en un pasado que no ayuda en nada a la agilidad que se pretende con la implantación de un nuevo sistema, a perder la inversión estatal en equipos sofisticados que quedarían arrumados al no querer abrir nuestras mentes al futuro inmediato.

No podemos perpetuar y menos en nuestra época, el concepto que la informática es un nuevo lenguaje, quienes no conozcan el manejo informático serán considerados analfabetas, ya que podemos considerar el lenguaje binario como un alfabeto. El nivel de educación en esta área crece a pasos agigantados. El lenguaje binario es criticado porque no puede ser leído directamente. La música también se escribe en forma diferente, y es leída sólo por aquellos que saben solfeo, sin embargo las partituras musicales no han planteado problemas. Soy un analfabeta musical porque no leo las partituras, pero soy un melómano de las buenas interpretaciones.

Finalmente invito al auditorio a romper este paradigma, para optar una nueva alternativa la que tendría mucho más beneficios para nosotros los operadores judiciales.

LEGISLACIÓN

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela
N° 38.529 de fecha 25 de septiembre de 2006

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE VENEZUELA

DECRETA

la siguiente,

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SALAS DE USO DE INTERNET, VIDEO JUEGOS Y OTROS MULTIMEDIAS

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1
Objeto

Esta Ley tiene por objeto:

1. Garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos humanos a una información adecuada que sea acorde con su desarrollo integral y a la salud, en el uso, alquiler, compra, venta y permuta de juegos computarizados, electrónicos o multimedia, especialmente en salas de Internet.
2. Promover el uso adecuado de los servicios de Internet con fines educativos, recreativos y para la libre comunicación entre las personas.
3. Favorecer la participación de las familias, organizaciones sociales y personas en general en la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 2
Obligaciones generales del Estado

El Estado tiene la obligación indeclinable de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar el cumplimiento de esta Ley, a los fines de garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 3
Obligaciones generales de las familias

Los padres, las madres, representantes o responsables tienen el deber y el derecho de orientar a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio progresivo de su derecho a una información adecuada con su desarrollo evolutivo e integral, especialmente

a través del cumplimiento de las regulaciones previstas en esta Ley.

Artículo 4
Participación de la sociedad

La sociedad tiene derecho de participar de forma protagónica para lograr la vigencia plena y efectiva de la presente Ley, de forma individual o colectiva, a través de las organizaciones comunitarias y sociales, tales como los Consejos Comunales, los Comités de Protección Social y las organizaciones de usuarios y usuarias de los servicios de telecomunicaciones y otras formas de organización social.

Artículo 5
Obligaciones generales de empresas, establecimientos, responsables, trabajadores y trabajadoras

Las empresas, establecimientos, salas y personas que realicen actividades de uso, acceso, alquiler, compra, venta o permuta de los juegos computarizados, electrónicos, multimedias o servicios Internet tienen el deber de cumplir con lo previsto en esta Ley, así como con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación vigente en materia de protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Su incumplimiento acarrea las responsabilidades previstas en la ley.

Capítulo II
De Salas de Juegos Computarizados, Electrónicos o Multimedias y de Servicios de Internet

Artículo 6
Ingreso y permanencia

El ingreso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes a las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet de carácter privado se regirá bajo las siguientes normas:

1. Los niños y niñas menores de nueve años de edad, sólo podrán ingresar y permanecer en estas salas acompañados por su padre, madre, representante, responsable o familiar mayor de dieciocho años.
2. Los niños y niñas mayores de nueve años de edad y adolescentes podrán ingresar y permanecer en estas salas sin compañía de personas adultas.
3. Los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ingresar y permanecer en estas salas, con o sin compañía de su padre, madre, representante o responsable, desde las seis ante merídiem (06:00 a.m.) hasta las siete post merídiem (07:00 p.m.).

4. Durante los períodos no lectivos los y las adolescentes podrán ingresar y permanecer en estas salas, sin la compañía de su padre, madre, representante o responsable, desde las seis ante merídiem (06:00 a.m.) hasta la nueve post merídiem (09:00 p.m.)

Las salas de servicios de Internet del Estado, así como aquéllas de carácter privado integrados al desarrollo de las políticas públicas de acceso a estos servicios, establecerán sus propias normas de ingreso y permanencia, teniendo como referencia lo establecido en este artículo, a los fines de garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una información adecuada que sea acorde con su desarrollo integral.

Artículo 7 Espacios adecuados y supervisados

Todos los espacios y ambientes físicos de las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet deben ser adecuados para ser utilizadas por niños, niñas y adolescentes, y deben facilitar su supervisión directa y permanente de las personas que laboren en ellas, de conformidad con lo establecido en las normas técnicas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Estas salas podrán contar con espacios reservados exclusivamente para personas adultas, los cuales no deben ser accesibles a niños, niñas y adolescentes.

Artículo 8 Información adecuada

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir, buscar y utilizar información acorde con su desarrollo integral en las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet.

Sin embargo, está prohibido el acceso a información y contenidos que promuevan, hagan apología o inciten a la violencia, a la guerra, a la comisión de hechos punibles, al racismo, a la desigualdad entre el hombre y la mujer, a la xenofobia, a la intolerancia religiosa y cualquier otro tipo de discriminación, a la esclavitud, a la servidumbre, a la explotación económica o social de las personas, al uso y consumo de cigarrillos y derivados del tabaco, de bebidas alcohólicas y demás especies previstas en la legislación sobre la materia y de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como aquéllos de carácter pornográfico, que atenten contra la seguridad de la Nación o que sean contrarios a los principios de una sociedad de democracia revolucionaria.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través de su unidad técnica competente, podrá establecer mediante normas técnicas adicionales el acceso de los niños, niñas y

adolescentes a información y contenidos que menoscaben su desarrollo integral, atendiendo a los elementos de lenguaje, salud, sexo y violencia. Estas normas deberán ser revisadas y actualizadas de forma regular y periódica.

Está prohibido que las personas en general tengan acceso a pornografía de niños, niñas o adolescentes, así como a información que promueva o permita su abuso o explotación sexual.

Artículo 9
Difusión

En todas las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet se debe fijar un cartel público, a los fines de difundir la presente Ley, en un lugar visible y en dimensiones que garanticen su fácil lectura, cuyo contenido y dimensiones serán establecidos en las normas técnicas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Dicho cartel deberá indicar al menos el nombre, dirección y teléfono de las autoridades públicas y servicios ante las cuales se puede denunciar el incumplimiento de la presente Ley, entre ellas: el Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, el Fiscal del Ministerio Público, el Defensor o Defensora del Pueblo y las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio y demás instancias con competencia en la materia. El cartel público deberá ser certificado por el Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del lugar donde se encuentre el establecimiento.

Así mismo, en los protectores de pantalla y ambientes de todas las computadoras y equipos de las salas de servicios de Internet deberán incorporarse mensajes dirigidos a la promoción de esta Ley, cuyo contenido y dimensiones serán establecidos por los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Artículo 10
Mecanismos de seguridad

Todas las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet están obligadas a implementar controles, mecanismos de seguridad y programas en las computadoras y equipos destinados a niños, niñas y adolescentes para hacer cumplir el articulado establecido en esta Ley. Los proveedores de servicios de Internet deberán ofrecer y suministrar a todos sus usuarios y usuarias, de manera gratuita, estos controles, programas y mecanismos de seguridad.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través de su unidad técnica competente, establecerá mediante normas

técnicas los requisitos y condiciones mínimas que deben cumplir los referidos controles, programas y mecanismos de seguridad.

Artículo 11
Obligaciones de empresas, establecimientos y responsables de salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet

Las empresas y establecimientos de salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet, de carácter privado o del Estado, tienen las siguientes obligaciones:

1. Notificar del inicio, existencia y servicios prestados en las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet ante los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes donde se encuentren ubicados.

2. Contar con personal idóneo y suficiente para supervisar el cumplimiento efectivo de las regulaciones previstas en esta Ley.

3. Asegurar la formación y capacitación del personal responsable de las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet en materia de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el contenido de la presente Ley, a través de los cursos que a tal efecto desarrollen los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

4. Velar porque los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet estén protegidos por la presente Ley.

5. Informar a los órganos rectores en materia de tecnología de información acerca de los portales de Internet que contengan información inadecuada para niños, niñas y adolescentes de los cuales tengan conocimiento.

6. Cumplir efectivamente con las demás obligaciones previstas en la ley.

Capítulo III
De la Difusión, Supervisión y las Sanciones

Artículo 12
Difusión y supervisión del cumplimiento de esta Ley

Los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes tienen la competencia de difundir y exigir el cumplimiento de esta Ley en el ámbito de su jurisdicción. A tal efecto, podrán requerir la colaboración del Poder Público Estadal.

Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son responsables de dictar medidas de protección en aquellos casos en los cuales sea amenazado o violado el derecho de un niño, niña o adolescente a tener información adecuada para su desarrollo integral o salud ante el incumplimiento de esta Ley.

Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes deberán promover el cumplimiento de esta Ley, especialmente orientando a los niños, niñas y adolescentes y sus familiares en el cumplimiento de la misma, y denunciando ante las autoridades competentes su incumplimiento.

Los Consejos Comunales, Comités de Protección Social y organizaciones de usuarios y usuarias de servicios de telecomunicaciones velarán por el cumplimiento de esta Ley en sus comunidades. A tal efecto, podrán realizar actividades de difusión y promoción del contenido de esta Ley, así como interponer denuncias y solicitudes ante las autoridades competentes en caso de infracción.

Artículo 13
Infracciones

Las empresas y establecimientos que quieran dedicarse a instalar una sala de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet deberán cumplir, antes de entrar en funcionamiento, con las obligaciones a que se contrae esta Ley.

Las empresas que ya estén en funcionamiento tendrán un lapso de treinta días para adecuarse a los requisitos que prevé esta Ley.

El incumplimiento de esta norma dará lugar al cierre del establecimiento hasta que se constate el cumplimiento de la normativa establecido en esta Ley.

Artículo 14
Infracciones leves

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas y penales a las que hubiere lugar, se sancionará con cierre de la sala de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet por espacio de uno a tres días continuos a la empresa o establecimiento que luego de autorizados y entrados en funcionamiento:

1. No cumpla con las normas de ingreso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes en las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet, de conformidad con el artículo 6 de esta Ley.

2. No adecue las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet para ser

utilizados por niños, niñas y adolescentes, en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley.

3. No cumpla con las obligaciones de difusión de esta Ley, previstas en el artículo 9.

4. Incumpla con la obligación de notificar del inicio, existencia y servicios prestados en las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet ante los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes donde se encuentren ubicados, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 11 de esta Ley.

5. No cumpla con la obligación de asegurar la formación y capacitación del personal responsable de las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet en materia de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el contenido de la presente Ley, a través de los cursos que a tal efecto desarrollen los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 11 de esta Ley.

Artículo 15 Infracciones graves

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas y penales a las que hubiere lugar, se sancionará con cierre de la sala de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet por espacio de tres a cinco días continuos a la empresa o establecimiento que luego de autorizados y entrados en funcionamiento.

1. Incumpla con la prohibición referida al acceso de los niños, niñas y adolescentes a información considerada inadecuada para su desarrollo integral en los términos contemplados en el artículo 8 de esta Ley.

2. No implemente controles, programas y mecanismos de seguridad en las máquinas y computadoras destinadas a niños, niñas y adolescentes, según lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.

3. Reincida en una infracción leve contemplada en el artículo 14 de esta Ley.

Artículo 16. Cierre de sala, competencia y procedimiento

Comprobada la comisión de una de las infracciones contempladas en los artículos 13 y 14 de esta Ley, el Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescente donde se encuentre ubicada la sala de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet impondrá las sanciones a que hubiere lugar. En el caso que la empresa o

establecimiento sancionado tenga varias sucursales, el cierre de la sala sólo se aplicará en el lugar donde se cometió la infracción. En estos casos, el empleador o empleadora deberá pagar a los trabajadores y trabajadoras todas las remuneraciones y beneficios sociales que les correspondiesen como si hubieran laborado efectivamente dichas jornadas.

Artículo 17 Infracción de los proveedores de servicio de Internet

Los proveedores de servicios de Internet que incumplan con la obligación de ofrecer y suministrar a todos sus usuarios y usuarias, de manera gratuita, los controles, programas y mecanismos de seguridad, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de esta Ley, serán sancionados con multa desde uno por ciento (1%) hasta dos (2%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción.

Los órganos rectores en materia de tecnología de información será competentes para imponer esta sanción pecuniaria, mediante el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Disposiciones Transitorias y Finales

Primera: Dentro de los seis meses siguientes a la publicación de esta Ley en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, las autoridades competentes desarrollarán planes de promoción y difusión de su contenido.

Segunda: Esta Ley entrará en vigencia a los seis meses siguientes a su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, el primer día de agosto de dos mil seis. Año 196° de la Independencia y 147° de Federación.

Nicolás Maduro Moros
Presidente de la Asamblea Nacional

Desirée Santos Amaral
Primera Vicepresidenta

Roberto Hernández Wohnsiedler
Segundo Vicepresidente

Iván Zerpa Guerrero
Secretario

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los veinticinco días del mes de septiembre de dos mil seis. Años 196º de la Independencia y 147º de la Federación.

Cúmplase,
(L.S.)

Hugo Chávez Frías

Refrendado
El Vicepresidente Ejecutivo
(L.S.)
José Vicente Rangel

Refrendado
El Ministro del Interior y Justicia
(L.S.)
Jesse Chacón Escamillo

Refrendado
El Ministro de Relaciones Exteriores
(L.S.)
Nicolás Maduro Moros

Refrendado
El Ministro de Finanzas
(L.S.)
Nelson José Merentes Díaz

Refrendado
El Ministro de la Defensa
(L.S.)
Raúl Isaías Baduel

Refrendado
La Ministra de Industrias Ligeras y Comercio
(L.S.)
María Cristina Iglesias

Refrendado
El Ministro de Industrias Básicas y Minería
(L.S.)
José Salamat Khan Fernández

Refrendado
El Ministro de Turismo
(L.S.)
Wilmar Castro Soteldo

Refrendado
El Ministro de Agricultura y Tierras
(L.S.)
Elías Jaua Milano

Refrendado
El Ministro de Educación Superior
(L.S.)
Samuel Moncada Acosta

Refrendado
El Ministro de Educación y Deportes
(L.S.)
Aristóbulo Isturiz Almeida

Refrendado
El Ministro de Salud
(L.S.)
Francisco Armada

Refrendado
El Ministro del Trabajo y Seguridad Social
(L.S.)
Ricardo Dorado Cano-Manuel

Refrendado
El Ministro Infraestructura
(L.S.)
José David Cabello Rondón

Refrendado
El Ministro Energía y Petróleo
(L.S.)
Rafael Darío Ramírez Carreño

Refrendado
La Ministra del Ambiente
(L.S.)
Jacqueline Coromoto Faria Pineda

Refrendado
El Ministro de Planificación y Desarrollo
(L.S.)
Jorge Giordani

Refrendado
La Ministra de Ciencia y Tecnología
(L.S.)
Marlene Yadira Cordova

Refrendado
El Ministro de Comunicación
(L.S.)
Willian Rafael Lara

Refrendado
El Ministro para la Economía Popular
(L.S.)
Pedro Fritz Morejon Carrillo

Refrendado
La Ministra para la Alimentación
(L.S.)
Erika del Valle Farías Peña

Refrendado
El Ministro de la Cultura
(L.S.)
Francisco de Asis Sesto Novas

Refrendado
El Ministro para la Vivienda y Hábitat
(L.S.)
Ramón Alonzo Carrizalez Rengifo

Refrendado
El Ministro de Participación Popular y Desarrollo Social
(L.S.)
Jorge Luis García Carneiro

Refrendado
El Ministro del Despacho de la Presidencia
(L.S.)
Adán Chávez Frías

Refrendado
El Ministro de Estado para la Integración el Comercio Exterior
(L.S.)
Gustavo Adolfo Márquez Marín

Gaceta Ogicial de la República Bolivariana de Venezuela
N° 38063 de fecha 11 de noviembre de 2004

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decreto N° 3.226 08 de noviembre de 2004

HUGO CHÁVEZ FRÍAS
Presidente de la República

En ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la Resolución N° 432 sobre Normas Comunes de Interconexión de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el artículo 52 del Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica, en Consejo de Ministros,

DECRETA

el siguiente,

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

Capítulo I
Disposiciones Generales

Objeto

Artículo 1º. El presente Reglamento tiene por objeto establecer los términos y condiciones mínimos en los cuales los operadores de los servicios de telefonía fija local y telefonía móvil, deberán proporcionar el recurso esencial de facturación y recaudación a los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, a solicitud y por cuenta de éstos. Asimismo, regular los términos y condiciones en que los operadores de los servicios de telefonía fija local y telefonía móvil, deberán suministrar la información mínima necesaria a los fines de que los operadores de servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga

distancia internacional, puedan facturar sus servicios directamente o por un tercero, distinto al operador local o móvil.

Ámbito de aplicación

Artículo 2º. Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicables a los operadores de los servicios de telefonía fija local y telefonía móvil, a los fines de la facturación y recaudación de los servicios prestados por los operadores de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, a solicitud y por cuenta de éstos.

Definiciones

Artículo 3º. A los efectos del presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

1. **Abonado**: usuario a quien un operador le presta servicios de telecomunicaciones de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el contrato celebrado por ambas partes.
2. **Abonado moroso**: abonado que no ha efectuado el pago del servicio de telecomunicaciones a la fecha de vencimiento indicada en la factura correspondiente.
3. **Abonado postpago**: aquel abonado que debe realizar los pagos de los servicios de telecomunicaciones a la fecha de vencimiento que indique la factura correspondiente.
4. **Deuda exigible**: deuda por un servicio de telecomunicaciones no cancelada a la fecha de vencimiento señalada en la factura, salvo aquellas que se encuentren supeditadas a un procedimiento de reclamo.
5. **Facturación**: proceso de cálculo, impresión, emisión y distribución de la factura a los abonados, a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional.
6. **Factura**: documento emitido por un operador de telecomunicaciones o por un tercero por cuenta y orden de éste, en el cual se indica al abonado en forma detallada el consumo por servicios de telecomunicaciones en un período determinado y que además cumple con los requisitos exigidos por la legislación tributaria.
7. **Cobranza**: proceso mediante el cual se realiza la actividad necesaria para efectuar la recaudación del monto correspondiente a las deudas exigibles a los abonados.
8. **Medición**: actividad que comprende el registro y almacenamiento de información respecto a la duración,

capacidad u otro indicador en función de la cual se cuantifiquen los servicios de telecomunicaciones, a los fines de la tasación.

9. **Recaudación**: proceso de recepción de los pagos correspondientes al uso de un servicio de telecomunicaciones, a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional. Asimismo, comprende el procesamiento y transferencia de los montos a que hubiere lugar, de conformidad con los lineamientos que se hayan establecido a tal efecto, en el contrato de facturación y recaudación correspondiente.
10. **Selección por marcación**: mecanismo que permite a los usuarios de los servicios de telefonía fija local y telefonía móvil, seleccionar, mediante la marcación de un código de identificación de operador de larga distancia, al operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional o larga distancia internacional de su preferencia, para cada llamada al momento de realizarla.
11. **Selección por previa suscripción**: mecanismo que permite a los usuarios de los servicios de telefonía fija local escoger, por adelantado y sin necesidad de marcar el código de identificación de operador de larga distancia en cada llamada, al operador que le prestará los servicios de telefonía de larga distancia nacional o de larga distancia internacional, de forma continua.
12. **Suspensión del servicio**: interrupción temporal, total o parcial, de un servicio de telecomunicaciones en virtud del retardo por parte del abonado en el pago de lo adeudado por la prestación del mismo.
13. **Tasación**: actividad de valoración monetaria de la prestación del servicio de telecomunicaciones, a partir de la información obtenida en el proceso de medición, y en función de los precios y tarifas de aquel operador que presta el servicio.
14. **Telefonía de larga distancia internacional**: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra, desde y hacia fuera del espacio geográfico nacional.
15. **Telefonía de larga distancia nacional**: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado

de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra, entre áreas locales.

16. **Telefonía fija local**: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra, dentro de un área local y es prestado a través de equipos terminales, públicos o no, con movilidad restringida a la zona de cobertura de una estación de base determinada en el caso de la utilización de medios inalámbricos.
17. **Telefonía móvil**: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite el intercambio de información por medio de la palabra, mediante la utilización de estaciones base o estaciones ubicadas en el espacio, que se comunican con equipos terminales móviles, públicos o no.
18. **Usuario**: persona que hace uso de un servicio de telecomunicaciones y es sujeto de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y normas aplicables.

Deber de facturar y recaudar

Artículo 4º. Los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional serán responsables de llevar a cabo la facturación y recaudación de los servicios que presten, sin perjuicio que puedan contratarlas con los operadores de los servicios de telefonía fija local, de telefonía móvil o con un tercero distinto de éstos.

Por otra parte, los operadores de los servicios de telefonía fija local y de telefonía móvil deberán proporcionar el recurso esencial de facturación y recaudación a los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, cuando éstos así lo soliciten.

En todo caso, la obligación aquí establecida se limita a la facturación y recaudación de los abonados cuya modalidad de cancelación de los servicios facturados sea postpago.

Solicitud de facturación y recaudación

Artículo 5°. El operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional interesado en que un operador de servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil, realice la facturación y recaudación de sus servicios, deberá hacer la solicitud por escrito. En dicha solicitud deberá informar, como mínimo, sobre el tipo y el número estimado de usuarios a los cuales les serán facturados los

servicios y recaudados los pagos correspondientes y señalar las áreas geográficas donde se encuentran dichos usuarios.

El operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional que haya efectuado la solicitud de facturación y recaudación de sus servicios, deberá remitir a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones copia de la solicitud debidamente recibida por el operador de servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir de la recepción de la misma.

Las partes dispondrán de un lapso de sesenta (60) días continuos para llegar a un acuerdo, contados a partir de la fecha en que sea realizada la solicitud, de conformidad con el artículo 38 del Reglamento de Interconexión.

Adecuación de los sistemas de facturación

Artículo 6º. Los operadores de los servicios de telefonía fija local y de telefonía móvil, una vez les haya sido solicitado el recurso esencial de facturación y recaudación, de conformidad con el Reglamento de Interconexión, deberán adecuar sus sistemas para ofrecer estos servicios en un lapso no mayor de tres (3) meses, luego de efectuada la primera solicitud al operador en cuestión.

Manifestación de imposibilidad de realizar la facturación y recaudación

Artículo 7º. En el caso que un operador de telefonía fija local o telefonía móvil manifieste la imposibilidad de realizar la facturación y recaudación solicitada por otro operador, éste podrá solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en un plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud, que se pronuncie al respecto. A tal efecto, deberá demostrar que la ejecución de la obligación causaría un perjuicio grave e irreparable a su actividad económica, para lo cual deberá presentar sus alegatos dentro del lapso de diez (10) días hábiles, luego de recibida la solicitud por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la cual decidirá con sujeción a las leyes y demás normas aplicables.

En el caso a que se contrae el presente artículo, el cómputo de los lapsos establecidos en los artículos 5º, segundo aparte, y 6º del presente Reglamento se suspenderá, hasta el día hábil siguiente en que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones desestime la pretensión del solicitante, si fuera el caso.

Acuerdo sobre facturación y recaudación

Artículo 8º. El acuerdo alcanzado sobre la facturación y recaudación, formará parte integrante del Contrato de Interconexión.

Dicho acuerdo deberá establecer como mínimo los siguientes aspectos:

1. Áreas geográficas donde se encuentran los usuarios a los cuales les serán facturados los servicios y recaudados los pagos correspondientes.
2. Contraprestación económica por la facturación y recaudación que será contratada.
3. Medios, plazos y formatos para el intercambio de la información pertinente para la medición, tasación, facturación, recaudación, cobranza y reclamos.
4. Fecha de inicio de la facturación y recaudación.

Contraprestación económica

Artículo 9º. Las partes acordarán la contraprestación económica por la facturación y recaudación, la cual deberá estar orientada a costos e incluir un margen de beneficio razonable, en atención a los principios de neutralidad, no discriminación y transparencia. En caso que las partes no lleguen a un acuerdo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá la contraprestación correspondiente.

Formatos para intercambio de información

Artículo 10°. Las partes acordarán los formatos para el intercambio de información necesaria para realizar la medición, tasación, facturación, recaudación y cobranza.

Actuación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones

Artículo 11°. En el caso que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deba actuar, lo hará de conformidad con los mecanismos previstos en el Reglamento de Interconexión.

A objeto de fijar la contraprestación económica por la facturación y recaudación, utilizará cualquiera de las siguientes referencias:

1. El resultado obtenido de un estudio de comparación internacional.
2. El resultado de la aplicación de un modelo de costos incrementales de largo plazo, que a tal efecto defina la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
3. El resultado del análisis de los costos suministrados por el operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil para la prestación de la facturación y recaudación. En este caso la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá solicitar al operador en cuestión, un estudio detallado

de los costos y metodología utilizada por éste para la estimación de la contraprestación, debidamente auditado.

Asimismo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá, cuando las partes no lo hayan acordado, el formato para el intercambio de información necesaria para realizar la medición, tasación, facturación, recaudación y cobranza. En defecto de éste último, los operadores solicitantes de la facturación y recaudación deberán adecuarse a los formatos que establezcan los operadores de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil, según lo que corresponda. En todo caso, los operadores deben respetar los principios de neutralidad, no discriminación y transparencia en la elaboración de los referidos formatos.

Responsabilidad de la medición y tasación

Artículo 12°. La medición y tasación de las llamadas correspondientes a los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de larga distancia internacional, deberán ser realizadas por los operadores que presten dichos servicios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica. Cuando se haya contratado la facturación y recaudación, la información de medición y tasación será entregada al operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil encargado de la facturación, en los términos establecidos en el contrato de facturación y recaudación.

Los operadores encargados de la medición y tasación del servicio serán responsables de la exactitud, protección e integridad de la información suministrada.

Información necesaria para la facturación y recaudación

Artículo 13°. El operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil, deberá poner a disposición del operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, la información necesaria para conciliar cuentas, facturar y cobrar a los abonados cuando éstos operadores realicen directamente la facturación y recaudación de sus propios servicios o a través de un tercero.

Esta información deberá estar disponible por cada ciclo de facturación y deberá contener los números telefónicos identificados por abonados y la respectiva dirección, así como cualquier otra información necesaria para realizar tales actividades. La información entregada a los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía

de larga distancia internacional, tendrá carácter confidencial. Asimismo, tales operadores deberán respetar la protección de la información y los datos de los usuarios, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas aplicables.

Capítulo II
Facturación a cargo del operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil

Facturación

Artículo 14°. Cuando la facturación correspondiente a los servicios prestados por los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, sea contratada con un operador de servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil, la misma, estará incluida en la factura emitida por este último, según el caso. Asimismo, estará subordinada en su periodicidad, fechas de emisión y vencimiento, al ciclo de facturación del operador al cual se haya contratado.

Contenido de la factura

Artículo 15°. Sin perjuicio de las normas que regulen el contenido y la forma de las facturas, los operadores de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil contratados para realizar la facturación y recaudación de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, incluirán en la primera hoja de la factura u hoja resumen, como mínimo, lo siguiente:

1. Fecha de emisión de la factura y fecha de límite de pago o fecha de vencimiento.
2. Nombre del abonado.
3. Dirección del lugar donde se envía la factura.
4. Número telefónico del abonado.
5. Subtotales por servicios de telefonía móvil, telefonía fija local, larga distancia internacional, larga distancia nacional, Internet y otros servicios facturados, así como los impuestos aplicables a cada servicio.
6. Total del monto a cancelar por todos los servicios mencionados en el numeral anterior.
7. Saldo anterior por la totalidad de los servicios.

Las hojas anexas correspondientes a cada servicio facturado incluirán, como mínimo, lo siguiente:

1. Individualización de las llamadas telefónicas por operador y servicio, indicando: mecanismo de selección para el acceso al servicio de telefonía de larga distancia nacional o de larga distancia internacional, destino, número del abonado llamado, fecha, tiempo de duración y valor total de la llamada.
2. Llamadas subtotalizadas por cada operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, ordenadas cronológicamente.
3. Para todos los casos, a fines de carácter informativo para el abonado, se incluirán por cada servicio, registros que indiquen aquellos montos de reclamos procedentes y no procedentes identificados por operador.
4. Para todos los casos, se incluirá el número telefónico de atención al cliente de cada operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, al cual se le estén facturando sus servicios.

La factura a que hace referencia el presente artículo, debe ser presentada en términos claros y compresibles al abonado.

Información al abonado

Artículo 16°. Los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, suministrarán a los usuarios información respecto a precios, tarifas, planes, facturación, suspensión del servicio, reclamos, entre otros aspectos relacionados al servicio que ofrecen. A tales efectos, deberán disponer como mínimo de un centro de atención telefónica accesible a todos los usuarios ubicados en las áreas de cobertura del operador, para garantizarles a los usuarios el suministro de la referida información.

Capítulo III
Recaudación a cargo del operador del servicio de telefonía fija local o de telefonía móvil

Período de recaudación indivisible

Artículo 17°. Durante un período de cincuenta y cinco (55) días continuos desde la fecha de la emisión de la factura, o por un

período de hasta cinco (5) días después de efectuada la suspensión del servicio de telefonía fija local o telefonía móvil, lo que ocurra primero; el operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil no podrá recaudar el pago de sus servicios en forma separada del pago de aquellos prestados por los operadores que lo contrataron para la facturación y recaudación de sus servicios.

Después de transcurrido el lapso de cincuenta y cinco (55) días continuos contados a partir de la fecha de emisión de la factura, o cinco (5) días después de efectuada la suspensión del servicio de telefonía fija local o telefonía móvil, lo que ocurra primero, el abonado podrá realizar pagos en forma separada por cada servicio de telecomunicaciones recibido.

De los abonos

Artículo 18°. Durante el período de recaudación indivisible establecido en el artículo anterior, los operadores de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil que recauden a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional, podrán recibir abonos sobre la totalidad del monto indicado en la factura. Dicho abono será distribuido proporcionalmente entre los montos correspondientes a la deuda exigible por cada operador.

De los pagos parciales

Artículo 19°. En los casos en que, de conformidad con las normas correspondientes, se interponga un reclamo, con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la fecha de vencimiento de la factura, sobre parte del monto total reflejado en dicha factura, se realizará el pago parcial correspondiente al monto que no haya sido impugnado en reclamo.

El monto correspondiente al reclamo presentado no se incluirá como deuda exigible, hasta tanto se verifique que el reclamo formulado no es procedente.

Reporte y entrega del monto recaudado

Artículo 20°. El operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil encargado de la recaudación, informará al operador de telefonía de larga distancia nacional y de telefonía de larga distancia internacional el monto recaudado, mediante reporte contentivo de las transacciones de pago realizadas, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día en que se realizó la recaudación.

En todos los casos, el operador encargado de la recaudación deberá entregar el monto recaudado, en un plazo máximo de

diez (10) días continuos, contados a partir del período previsto para la presentación del reporte de recaudación referido en el párrafo anterior.

Cobranza por parte del operador de los servicios de telefonía de larga distancia nacional o larga distancia internacional

Artículo 21°. En aquellos casos en que los abonados no hayan pagado los servicios de telefonía de larga distancia nacional o de telefonía de larga distancia internacional, una vez cumplida cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 15 del presente Reglamento, los operadores que prestaron tales servicios podrán realizar la cobranza de la deuda exigible por ellos mismos, o a través de un tercero contratado a tal efecto.

En este sentido, el operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil encargado de la recaudación, le suministrará al operador que prestó los servicios, la información necesaria para realizar la cobranza de la deuda exigible, de acuerdo al plazo establecido en el contrato de facturación y recaudación.

El operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil, deberá incluir dentro de su factura siguiente, el monto adeudado por concepto de la prestación de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de larga distancia internacional, hasta que sean pagados en su totalidad.

En caso que el abonado del operador de los servicios de telefonía fija local o de telefonía móvil encargado de la recaudación, pagase a éste el importe correspondiente a deudas exigibles sobre los servicios de telefonía de larga distancia nacional o de telefonía de larga distancia internacional, dicho operador efectuará la recaudación y entregará el importe que haya recibido, de conformidad con el presente Capítulo.

Capítulo IV
Disposición Final

Única. El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Dado en Caracas a los ocho días del mes de noviembre de dos mil cuatro. Años 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

(L.S)

Hugo Chávez Frías

Refrendado
El Vicepresidente Ejecutivo
José Vicente Rangel

El Ministro del Interior y Justicia
Jesse Chacón Escamillo

El Ministro de Relaciones Exteriores
Jesús Arnaldo Pérez

El Ministro de Producción y el Comercio
Wilmar Castro Soteldo

El Ministro de Agricultura y Tierras
Arnoldo Márquez

El Ministro de Educación y Deportes
Aristobulo Isturiz Almeida

El Ministro de Salud y Desarrollo Social
Roger Capella Mateo

El Ministro de Infraestructura
Ramón Alonso Carrizalez Rengifo

El Ministro de Energía y Minas
Rafael Dario Ramírez Carreño

El Ministro de Planificación y Desarrollo
Jorge Giordani

La Ministro de Ciencia y Tecnología
Marlene Yadira Cordova

El Ministro para la Alimentación
Rafael José Oropeza

El Ministro para la Economía Popular
Elias Jaua Milano

El Ministro de Estado para la Cultura
Francisco de Asis Sesto Novas

El Ministro de Estado para la Vivienda y Hábitat
Julio Augusto Montes Prado

El Ministro de Estado de Financiamiento para el Desarrollo Engógeno
Nelson José Merentes Díaz

CRÓNICA JURÍDICA

Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades

Matías Altamira*

1. Introducción

La implementación de la tecnología ha llegado a los poderes judiciales argentinos, cuyos máximos responsables han avanzado en la informatización de sus dependencias con dos objetivos cardinales: agilizar la tramitación de las causas judiciales y disminuir la atención personalizada a los abogados.

Es reconocida e indiscutible la utilidad de gestionar los distintos procesos judiciales mediante la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones, tanto desde la perspectiva de los empleados y funcionarios judiciales como desde la posición de los abogados y procuradores, quienes cotidianamente tienen que utilizar estos servicios informáticos para impulsar los distintos expedientes judiciales en trámite.

Ahora bien, como toda nueva implementación presenta una etapa de prueba, otra de armonización y una tercera de consolidación. Los poderes judiciales están transitando según su singular situación económica y tecnológica por estos diversos estadios de crecimiento y maduración, sin que ello los exima de los deberes y las responsabilidades inherentes a la difusión de información judicial por este flamante medio de comunicación.

A continuación se evaluará el rol que deben cumplir los poderes judiciales en la difusión de información vía Internet, las responsabilidades que les atañen, la posibilidad de eximirse de ellas y especialmente la validez que poseen las constancias de las diferentes bases de datos públicas, como es el caso de la Mesa de Entrada Virtual.

2. Implementación de las Nuevas Tecnologías

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como los distintos Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas han expresado la necesidad de producir una transición entre la Administración de Justicia tradicional, basada en los Libros de Ingreso de Expedientes y de Préstamo de Expedientes, para

Recibido: 30/11/2006 • Aceptado: 15/12/2006

* Abogado especializado en Derecho Informático. www.matiasaltamira.com.ar

avanzar hacia un sistema informatizado que no solo cumpla con el registro de ingreso y movimiento de expedientes sino que permita conocer interna y externamente los datos de cada expediente, el o los actores y demandados, sus abogados patrocinantes, así como su estado procesal y los diferentes proveídos y decretos.

3. Cuestiones técnicas

Para ello y dependiendo de cada jurisdicción y esencialmente de su capacidad económica, los poderes judiciales han avanzado en la informatización de sus dependencias, reconociendo como primera medida, la necesidad de adquirir y poner en funcionamiento una red informática que permita a cada juez y secretario acceder a la información a su cargo así como a cada empleado cargar la información relacionada con la gestión de los expedientes en trámite.

Una vez realizada la inversión en infraestructura, es el turno de la puesta a disposición de la información judicial en Internet, para lo cual algunos juzgados prefirieron difundirla restrictivamente, otorgándole a cada abogado patrocinante nombre de usuario y clave de acceso, lo que le posibilita mayor cantidad y calidad de información, tal como decretos y proveídos. En cambio, otros juzgados optaron por permitir el acceso masivo a información judicial, limitándola en lo que respecta a la calidad y cantidad, es decir todo el mundo tiene acceso a muy poca información, como puede ser la carátula del juicio, tipo de juicio, fecha de iniciación y estado actual (Despacho, prestado o en casillero). En ambas situaciones, la puesta a disposición de información en Internet relacionada con causas judiciales genera diferentes grados de responsabilidad del Tribunal, aún cuando ésta fuere mínima.

Se debe destacar que tanto la alternativa de brindar información exhaustiva como la de brindar información limitada sobre el expediente han generado reacciones muy positivas entre los usuarios internos y externos, al punto que en los momentos en que determinado sistema informático judicial no funcionaba de manera adecuada, el Colegio de Abogados correspondiente tomaba cartas en el asunto reclamando por los defectos del sistema y poniendo a disposición los recursos propios para lograr una pronta solución y reinstauración del sistema de consulta remota de expedientes en trámite[1].

1 Comunicado del Colegio de Abogados de San Isidro: Con fecha 12 de mayo de 1999, el Colegio de Abogados de San Isidro y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a través de sus presidentes, Dres. Guillermo E. Sagués y Héctor Negri respectivamente, suscribieron un convenio de cooperación que tiene como objetivo facilitar la utilización por parte de los Sres Profesionales de un sistema de consulta de Expedientes a través de medios electrónicos, denominado Mesa de Entrada Virtual. http://www.casi.com.ar/mev.htm . En la misma línea el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, en su Boletín Informativo Nro. 12/06 comunica que "A los efectos de resolver los problemas que periódicamente se suscitaban para consultar la mesa de entradas virtual del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, este Colegio de Abogados

4. Cuestiones humanas

No sólo se presentan aspectos técnicos y tecnológicos, sino que también se van suscitando cuestiones desde la faz humana, por ejemplo determinar el personal judicial que asumirá la responsabilidad de la carga de los datos de cada uno de los juicios tramitados.

A tal efecto, el artículo sexto del Reglamento de Administración y Uso del Sitio en Internet del Poder Judicial de la Nación aprobado por la Resolución N° 24/03 del Consejo de la Magistratura, que establece que: "*Cada tribunal u organismo deberá designar un responsable de la información para la "Cuenta de Publicación", quien será el encargado de ingresar y actualizar la información"*. Por su parte, el artículo séptimo del mencionado Reglamento dispone que: *"El responsable de la información deberá revisar íntegramente los datos ingresados en la cuenta de publicación antes de que ésta sea ascendida al servidor, procurando que su contenido se adapte a las previsiones contempladas por la normativa vigente en materia de protección de datos personales"*. Finalmente, el Artículo Décimo considera una falta pasible de sanción el descuido u omisión en el mantenimiento de la información actualizada.

Por su parte, el Poder Judicial de Córdoba ha establecido en el Acuerdo Reglamentario Nro. 700 del 24 de Febrero de 2004 por el que crea y reglamenta la Mesa de Entrada General, que los tribunales comprendidos (Juzgados de Primera Instancia y Cámaras Civiles y Comerciales) deberán determinar los roles y permisos que asignarán a los funcionarios y empleados encargados de gestionar el Sistema de Administración de Causas (S.A.C.) y el alcance de las atribuciones pertinentes. La Dirección de Informática asignará el nivel de acceso que permita a los mismos operar el sistema, de conformidad con la habilitación dada. (Artículo 35). Respecto de los errores en la carga de la información, el artículo 26 del mencionado Acuerdo dispone que los errores que se generen por remisiones incorrectas dentro del sistema deberán ser corregidos por el tribunal al que se formuló la asignación.

5. Exención de Responsabilidad

Asignadas las funciones, y recordando que *"errare humanum est"* y los potenciales perjuicios que se pueden causar por brindar información falsa, errónea o desactualizada, los Tribunales han esgrimido distintas maneras eximirse de toda responsabilidad. Unos –como es el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial- han colocado en el inicio del sitio web una leyenda

además de elevar reiterados reclamos a la Corte, resolvió adquirir un "SERVER" de última generación y con la capacidad adecuada para administrar la base de datos del sistema, el cual fue entregado en comodato a la superintendencia del edificio de Tribunales de Lomas de Zamora hace un tiempo".

que literalmente expresa *"IMPORTANTE: La información que se proporciona por esta vía no produce efectos procesales ni asegura el contenido de las decisiones a los interesados"*. Otros, como el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, que administra el Sistema de Consulta Remota de Expedientes Judiciales, limitó su responsabilidad en los términos y condiciones de uso aplicables al sitio web en cuestión, expresando que "*Este Sistema de Consulta de Expedientes Judiciales no sustituye ni reemplaza el régimen jurídico contenido en las normas procesales y reglamentarias vigentes. Tampoco altera o modifica las normativas contenidas en el Código Civil referidas a los actos jurídicos y su instrumentación. Es por lo expuesto que posee un alcance informativo y solamente los expedientes judiciales en soporte papel existentes en los diferentes organismos jurisdiccionales son los que reflejan el contenido fiel y legal de las actuaciones"*. A lo que agrega que "*Ni el Colegio de Abogados y ni sus proveedores de servicios serán responsables de cualquier daño o perjuicio que sufra el usuario a consecuencia de inexactitudes, errores tipográficos y cambios o mejoras que se realicen periódicamente a los servicios y contenidos. Las recomendaciones y consejos obtenidos a través del sistema son de naturaleza general, por lo que no deben tomarse en cuenta en la adopción de decisiones personales ni juicios de valor*"[2].

En la misma línea de acción, mejor dicho de excepción, el artículo 20 del Reglamento de Administración y Uso del Sitio en Internet del Poder Judicial de la Nación antes citado, establece que "*Encontrándose a disponibilidad del usuario en las áreas pertinentes de los diversos tribunales y organismos judiciales la real fuente de información, el Poder Judicial de la Nación no garantiza, ni asegura, ni se responsabiliza por la exactitud o confiabilidad de cualquier información que se haga a través de "el Sitio", ni por cualquier contenido entregado en sitios vinculados. Bajo ninguna circunstancia el Poder Judicial de la Nación será responsable por pérdidas o daños causados por la confianza o seguridad depositada por el usuario en la información obtenida a través de "el Sitio" o sobre cualquier información o servicio obtenido de un sitio vinculado"*.

Dando un paso más en las reservas porque lo da también en los servicios, el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires ha agregado al sistema de mesa virtual una función de aviso por medio de correo electrónico, que se envía diariamente con las novedades del día anterior, aclarando que los avisos cursados por este medio no revisten la calidad de notificación estatuidas por las reglas

2 Puntos 20 y21 de las Condiciones de uso y restricciones del sistema de consulta remota de expedientes judiciales que administra el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén en virtud de los convenios celebrados con el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén de fecha 04 de diciembre de 2001 y su complementario del 10 de mayo de 2002.

procesales vigentes, y por el momento sólo constituyen una ayuda para agilizar el trabajo[3].

En función de lo expuesto, nos encontramos ante una situación de gran divergencia entre los dichos y los hechos de los poderes judiciales de la República Argentina, ya que por un lado promocionan e incentivan la consulta vía Internet de toda la información procesal relacionada con su causa judicial, información que antes sólo estaba disponible en los estrados judiciales y luego de arduas y tediosas esperas. Pero por otro lado, les advierte que la información disponible y accesible desde el más remoto de los lugares de la tierra –siempre que tenga acceso a Internet– que no será responsable de la misma ya que no es confiable, por lo que deberá acudir al juzgado interviniente para corroborar lo publicitado en Internet.

6. Casos jurisprudenciales

Entonces, la pregunta inevitable del abogado será ¿consulto o no la web judicial?

Para tener una respuesta lo más acertada posible, conviene analizar la escasa jurisprudencia argentina respecto de la información publicitada en las mesas de entrada virtuales de los poderes judiciales y qué valor le han asignado en cada oportunidad, para luego poder aventurar una respuesta sobre si conviene o no constatar la información publicada en Internet.

El primer caso a analizar será "José Minetti y Cía. Ltda.. S.A.C.I. v. Estado Nacional" (JA 2004-I-8) en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación trató la cuestión de la desaparición de la cédula de notificación necesaria para determinar si la fundamentación del recurso extraordinario había sido interpuesto en término y la posibilidad de contar el plazo a partir de las constancias de la base de datos informática.

En breves palabras, por secretaría se informa que la cédula de notificación fue arrancada del expediente, por lo que el Tribunal le solicitó a Mesa de Entradas y a Ujiería que indiquen si de sus bases de datos informáticas surge cuándo se diligenció la misma. Ambas dependencias respondieron que de acuerdo a los datos asentados en el sistema informático, el diligenciamiento de la cédula en cuestión se había realizado el día 22 de mayo de 2002, respuesta que fue corroborada con la planilla del ujier interviniente. Por lo que, la Corte resolvió otorgarle plena validez a lo que surge de la base de datos y considerar que ese día se cumplió con la diligencia de notificación, en consecuencia, declarar que el memorial en cuestión fue presentado en forma extemporánea, por lo que se dispuso su desglose considerándose desierto el recurso interpuesto.

De este primer caso se concluye que la Corte, a falta de prueba impresa, consideró ciertas y válidas las constancias informáticas de las dependencias

3 http://www.ju.pjba.gov.ar/mev30/Importante.asp

del Tribunal y los registros de la persona encargada del diligenciamiento de la cédula en cuestión, aún cuando dicha información no estaba encriptada ni poseía firma digital que validara su veracidad, autenticidad, integridad y no repudio.

El segundo caso, tiene como actor principal a la Mesa de Entradas Virtuales del Poder Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, en los autos "Fiorito, S. c/ Consorcio F.I. s/ Daños y Perjuicios" tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro. 5. La situación es similar a la planteada anteriormente con algunas variantes, ya que la parte actora ingresa a confronte una cédula de traslado, que se extravía sin quedar constancia de su diligenciamiento en el expediente, por lo que la parte demandada solicita se declare la caducidad de instancia. Ante esta situación y la falta de documentación respaldatoria de su actividad impulsoria del expediente, la actora consulta la base de datos de la mesa de entradas virtual y demuestra el movimiento del expediente. Ante ello, el Juez ordena una investigación por secretaría y luego resuelve: *"Quilmes, diciembre 14 de 1999.- AUTOS... Y VISTOS: Y CONSIDERANDO: ..... V.- En base a lo anteriormente expuesto, debo precisar que cabe dar eficacia y valor interruptivo del plazo de caducidad a aquellos actos que activan el trámite para impulsarlo a su destino final que es la sentencia. (...) En primer lugar destaco que del informe expedido por la Actuaria se desprende que en los registros informáticos del Juzgado obra el ingreso de las actuaciones para Confronte y su salida a Letra. También surge del mismo que no existe constancia de libramiento de cédula entre las fechas mencionadas, ni cédula observada en reverso de la carátula del expediente. Sin embargo, el movimiento registrado por el sistema informático comprueba que existió actividad del juzgado vinculada con el contralor que se realiza antes de librar cédulas, mandamientos, oficios y/o testimonios. Hasta aquí, el valor emanado de la constancia informática referida sería de carácter relativo, toda vez que lo que se pretende es comprobar si lo que ingresó al confronte, pudo haber tenido el efecto impulsorio que es el que determina que el acto sea interruptivo de la caducidad de la instancia."* Y concluye que "*En consecuencia, y conforme los fundamentos expuestos, corresponde rechazar la caducidad de instancia interpuesta por la demandada"*.

En este segundo caso analizado, otro Juez de otra jurisdicción le vuelve a otorgar pleno valor probatorio a las constancias emanadas de la base de datos informática del Poder Judicial, más comúnmente denominada MEV o Mesa de Entradas Virtuales. Se debe aclarar que cuando el judicante se refiere al carácter relativo de la constancia informática, lo hace en relación con su capacidad de interrumpir la prescripción y no respecto a la confiabilidad de la constancia en sí misma.

El tercer caso bajo análisis, fue tramitado ante la Justicia de la Ciudad de Córdoba en donde una de las partes solicitó la perención del incidente de perención de la instancia que fuera rechazada por el juez interviniente porque la

otra parte se había basado en la información publicada en el Sistema de Administración de Causas (SAC) que no se condecía con la realidad de las actuaciones. El Tribunal sostuvo que *"...según las constancias del SAC, el expediente de marras se encontraba a estudio (...), razón por la cual, y ante todo teniendo en cuenta el estado procesal en que se encontraban los obrados al dictado del proveído ya citado (el cual también disponía el dictado de resolución), resulta perfectamente factible que la letrada de la incidentada creyera que realmente se encontraban a estudio para resolver su petición"*.

Finalmente, en este tercer caso analizado, la situación es la opuesta, ya que la causa del conflicto radica en la incorrecta carga de datos por parte de la Administración de Justicia, pero la resolución es idéntica: las constancias de las bases de datos son un medio eficaz de prueba.

En este caso puntual, se debe mencionar que si bien la resolución judicial es la correcta, su fundamentación es cuestionable porque si el sitio de Internet de la institución donde se tramita el expediente brinda información errónea sobre su estado, es irrelevante la etapa procesal en la que se encuentre, ya que –citando a la incidentada- *"dichos registros gozan de la fe propia de todo acto emanado de la autoridad competente, con independencia del soporte que el tribunal hubiere utilizado para su realización"*. En consecuencia, si las partes demuestran que consultaron en la web el estado del expediente no sólo han sido diligentes sino que también han cumplido con la finalidad principal de la Mesa de Entradas Virtual que es disminuir la presencia de los abogados en las barandillas de los tribunales.

7. Conclusión

Este último concepto vertido, me da pie para presentar mi visión respecto de las mesas de entradas virtuales, de las limitaciones a la responsabilidad que se intentan esgrimir y de la realidad que una vez más se desentiende de las formalidades.

Las Mesas de Entradas Virtuales o en palabras más prácticas, la aplicación de las Nuevas Tecnologías a la Administración de Justicia, es una necesidad que todos los juzgados de todo el país deben considerar e implementar. Sus beneficios superan inmensamente los espaciados inconvenientes que se presentan, los cuales no se diferencias sustancialmente de los trastornos que se sucedían cuando las constancias se asentaban en los gruesos y pesados Libros Ingreso y de Préstamo de Expedientes.

Las limitaciones a la responsabilidad, en todas sus variantes, sufren de falta de oponibilidad ante los usuarios y de falta de validez ante los Tribunales. La primera, se ha comprobado cuando en los tres casos citados la parte afectada ha recurrido sin dudarlo a las bases de datos informáticas del Poder Judicial correspondiente; y la segunda, se ha corroborado cuando los jueces también

han tomado por cierto tales registros sin detenerse a analizar los términos y condiciones de uso aplicables al sistema. Hasta el momento no se conocen reclamos de daños y perjuicios contra el Poder Judicial por brindar información errónea, pero llegado el caso se tendrá que profundizar en el análisis de cuándo y cómo el abogado consintió tales términos, lo que excede este comentario.

Finalmente, la realidad imperante hizo que tanto partes y jueces así como los poderes judiciales y los Colegios de Abogados actúen en forma conjunta, para que este servicio de justicia informático vaya solucionando sus inconvenientes para brindar a sus clientes internos (empleados y funcionarios judiciales) como externos (partes en juicio, abogados y procuradores) un acceso más amigable, rápido y seguro a la tan ansiada virtud de la justicia.

JURISPRUDENCIA

Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet

Pablo A. Palazzi*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Plataforma fáctica. 3. El caso "González v. Google". 4. Comentario. 5. Conclusiones

1. Introducción

El 3 de abril del año 2006, la empresa Google entregó al Departamento de Justicia de los Estados Unidos los registros sobre búsquedas realizadas por usuarios en Internet. El pedido de facilitar estos registros fue inicialmete resistido por Google por diversos motivos que comentaremos en esta nota. El fallo admitió parcialmente el pedido del gobierno.

Este caso es el primero en abordar la problemática del derecho a la privacidad sobre el historial de búsquedas realizadas en Internet. Aunque no da una solución definitiva al problema y además la información que se entregó era anónima, el fallo señala ciertas pautas que servirán de guía en futuros casos. El debate que ocasionó este caso merece este breve comentario.

2. Plataforma fáctica

¿Por qué se requirió esta información a Google? El gobierno estadounidense necesitaba esta información para elaborar la defensa de la ley conocida como *Child Online Protection Act* (COPA) cuya validez constitucional es cuestionada en el caso *Ashcroft v. A.C.L.U.*[1] En ese juicio iniciado por la A.C.L.U. ante un tribunal federal de Pennsylvania, el Departamento de Justicia solicitó como prueba informativa (*subpoena*[2]) que las empresas Yahoo!, Microsoft MSN,

* Abogado egresado de la Universidad Católica Argentina. Master en Derecho Internacional de Fordham University. Profesor de la Universidad Austral de Argentina

1 542 U. S. 656 (2004).

2 La *subpoena* es una orden dada a una pesona o empresa para que comparezca en un juicio, testifique o presente cierta documentación u otros elementos probatorios. Cfr. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico*, tomo 1, p. 594.

AOL, y Google elaboraran cada una un informe con los textos de cada búsqueda ingresada en sus herramientas de búsqueda por cada usuario y de cada sitio de Internet[3] que el motor de búsqueda hubiera indexado. Con dicho pedido el gobierno pretende demostrar que una gran cantidad de búsquedas en la red están relacionadas con material pornográfico y que éste resulta muy difícil (o imposible) de filtrar o bloquear por medio de software[4]. Para ello el experto del gobierno en ese caso necesitaba una muestra bastante amplia de aquello que los usuarios buscan y encuentran frecuentemente en Internet.

A diferencia de los otros requeridos, en el caso de Google el pedido iba al *core* de su negocio: las búsquedas en Internet. Google se encontró frente al siguiente dilema: si sus usuarios saben que se revelará lo que buscan en la red, probablemente dejen de usarlo con tanta frecuencia. Pero su política de privacidad claramente lo obligaba a dar estos datos. Todos los requeridos cumplieron con la petición, excepto Google, que se opuso cuestionando la falta de relevancia (o pertinencia) del pedido y la carga indebida que le provocaba la recopilación de la información solicitada.

La oposición de Google se fundó en los siguientes motivos: (i) el costo de cumplir el pedido, (ii) la pérdida de confianza que ocasionaría en sus usuarios si se revelaban los textos de búsqueda (lo que implicaba claramente la privacidad y el anonimato de dichos usuarios), y (iii) el secreto comercial del algoritmo del motor de búsqueda. A raíz de esta negativa, las partes entraron en negociaciones y el gobierno redujo voluntariamente su pedido a sólo una muestra de 50.000 sitios que hayan sido obtenidos mediante estas búsquedas y a todos los textos de los pedidos de búsqueda (*search queries*) realizados por usuarios en el término de una semana. Al negarse Google nuevamente, al Estado no le quedó otra alternativa que iniciar una demanda para obtener por medio de una orden judicial esos datos. En este caso el juez tuvo que resolver la oposición de Google. Sus argumentos los exploraremos en el punto siguiente.

3. El caso "González v. Google"

El caso fue fallado el 17 de marzo de 2006 por un tribunal federal de primera instancia de California[5]. La decisión deniega parcialmente el pedido del gobierno, porque por una parte autoriza la entrega de la muestra de sitios al azar que hayan sido obtenidos mediante estas búsquedas pero por la otra rechaza todos los textos de los pedidos de búsqueda realizados por usuarios por considerar

3 Denominados URL o *uniform resource locator.*

4 De ser cierta esta afirmación, se justificaría la constitucionalidad de los medios dispuestos por el gobierno en la ley COPA.

5 Caso "Alberto Gonzales v. Google, Inc.", Corte Federal del Districto Norte de California, División San Jose, 2006 U.S. Dist. LEXIS 13412, 234 F.R.D. 674, Marzo 17, 2006. Alberto Gonzales actuó en el caso en su condición de Procurador General (*attorney general*) de los Estados Unidos. Al no ser apelada por ninguna de las partes el fallo quedó firme.

que duplicaba la prueba anterior de sitios encontrados. Además el juez consideró que el pedido del gobierno de esos textos de búsqueda planteaba cuestiones relacionadas con los secretos comerciales de los algoritmos de búsqueda de Google, la privacidad de los usuarios y la carga que implicaba para Google por la perdida de confianza de sus usuarios.

Respecto a la relevancia, el tribunal criticó las explicaciones del gobierno y sus fundamentos, pero ante la duda, prefirió autorizar el pedido respecto a 50.000 URLs seleccionados al azar de la base de datos de Google para el estudio de la relevancia de los filtros. En cuanto a la posibilidad que la medida constituya una carga indebida por el costo de la entrega de la información, tal planteo es rechazado habida cuenta de la oferta del gobierno de costear la búsqueda.

Respecto a los secretos comerciales de los algoritmos de búsqueda de Google, el tribunal consideró que el índice de búsquedas y el registro de búsquedas sí eran secretos comerciales, sobre todo si se trataba de una muestra significativa del resultado de las muestras del buscador. Pero dado que el gobierno había disminuido sus pretensiones se consideró que no era probable que se afectara el secreto comercial de Google.

Respecto a la privacidad de los usuarios y la carga que implicaba para Google por la pérdida de confianza de éstos, el juez recordó que la política de privacidad de Google admitía expresamente la posibilidad de dar datos de búsqueda al gobierno y que si un cuarto de las búsquedas constituía pornografía, era de esperar cierta expectativa de privacidad por parte de los usuarios de Internet en esas búsquedas. Añadió que si bien tal derecho no era absoluto, sí indicaba un carga potencial para Google.

Por ende este aspecto, así como la potencial afectación a la privacidad, tuvo cierta gravitación en la decisión del juez de minimizar la información a otorgar al gobierno. La decisión discute estas cuestiones sin revolverlas al sostener: *"El Gobierno plantea que su pedido del texto de búsquedas no genera problemas de privacidad porque el mero texto de las búsquedas no revela información identificatoria. Si bien el Gobierno sólo ha requerido los textos ingresados, puede hallarse información identificatoria básica en los casos en los que los usuarios buscan información personal tales como su número de seguridad social o números de tarjetas de crédito a través de Google a fin de determinar si tal información está accesible en Internet. El Tribunal también conoce la existencia de las así llamadas "búsquedas vanidosas" en las que un usuario pregunta por su propio nombre tal vez combinado con otro dato. La capacidad de Google para manejar grandes cadenas de búsqueda complejas puede llevar a los usuarios a embarcarse en tales búsquedas en Google. De tal modo, en tanto el texto de búsqueda de un usuario que dijera "(nombre del usuario) Stanford grupo de canto" no puede generar serias preocupaciones por la privacidad, la búsqueda de un usuario que dijera "(nombre del usuario) aborto tercer trimestre san jose" puede generar ciertas cuestiones de privacidad de las que*

todavía no se ocuparon los escritos de las partes. Esta preocupación, combinada con la preponderancia de las búsquedas de material de sexo explícito en Internet –una información que generalmente nadie desea revelar públicamente- plantea a este Tribunal una duda en cuanto a si los textos de búsqueda en sí mismos pueden constituir potencialmente información sensible…".

En el comentario al fallo nos vamos a centrar en este último aspecto: el derecho a la privacidad de los datos que constituye el historial de las búsquedas en Internet y que señala qué es lo que una persona busca y encuentra en Internet.

4. Comentario

Actualmente gran parte de las actividades laborales (y cada vez mas las de entretenimiento) se realizan por medio de un ordenador. Numerosos usuarios leen el diario, consultan su correo electrónico, se informan, escriben y se comunican a través de Internet. Muchos de esas actividades se realizan a través de portales únicos como Google o Yahoo! Allí también se completan formularios, se descargan programas y se registran todos estos movimientos a través de historiales, logs, cachés y cookies. Cada vez mas, una persona no sólo se define por lo que piensa o expresa, sino también –y sobre todo para terceros- por lo que busca y encuentra en Internet. Las búsquedas usando Google se han vuelto tan frecuentes que ya se acuñó un nuevo verbo: el verbo *googlear* para representar la acción de buscar un determinado contenido en Internet, pero sólo a través de Google. Es mas, el verbo *to google* fue incluido recientemente en los diccionarios Merriam-Webster y Oxford English Dictionary[6]. Ello es demostrativo de cómo éste buscador concentra la mayor parte de las búsquedas[7] (no existe un verbo similar, por ejemplo, para Yahoo) pese a que existen otros buscadores y metabuscadores. Pero para sorpresa de muchos, todas estas actividades quedan guardadas en forma indefinida en la red.

Si bien la demanda del Departamento de Justicia no solicitaba datos personales de usuarios de la red, el hecho que oficialmente se pidiera qué era lo que buscaban los usuarios de Internet a través de Google (aunque no se los identificara) generó cierta preocupación. Es que el listado de lo que se busca en la red necesariamente revelará algo de información personal de los usuarios que ingresaron esas búsquedas. Por otra parte, como Google retiene la dirección de IP de la conexión del usuario[8], cualquier proceso posterior donde esta

6 Ver http://en.wikipedia.org/wiki/Google_(verb)

7 En Alemania el uso de Google concentra un 90 % del mercado, en España el 98% de las búsquedas son realizadas a través de www.google.es.

8 Ver http://www.google.com/intl/en/privacy_faq.html

información sea solicitada judicialmente permitirá conocer no solo qué buscó una persona en Internet sino también la identidad de esa persona. A ello se suma el hecho que en Estados Unidos todavía ningún precedente judicial ha determinado aun si legalmente los motores de búsqueda pueden ampararse en una ley aprobada en el año 1986, denominada *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), que protege la privacidad de las comunicaciones electrónicas[9].

Pero el problema no es tanto un pedido de gobierno, pues si hay un delito para investigar y una orden judicial fundada para obtener esos datos, la medida es constitucional. El problema es que toda esta información estará allí disponible para que en un juicio civil o penal se ventile si se pide y se busca judicialmente.

El almacenamiento de datos personales sobre sitios visitados no es patrimonio exclusivo de Google. El sistema operativo y su navegador almacenan en forma automática y por defecto infinidad de datos tales como sitios visitados, el sistema operativo utilizado, y la fecha y hora del acceso. Cada búsqueda que el usuario realiza en el navegador es guardada automáticamente pero a diferencia de un buscador, el usuario siempre tiene la posibilidad de borrarla. Esta información puede ser utilizada en una investigación posterior y de hecho es cada vez mas frecuentemente usada. Por ejemplo, el historial de búsquedas suele ser muy útil para cualquier investigación policial[10], como también lo son los *bookmarks* porque demuestran claramente los sitios en los cuales existe particular interés del usuario en volver a visitarlos[11].

En el caso de un juicio penal estos datos pueden tener una importancia extrema. A fines del 2005, en el juicio contra Robert James Petrick, se utilizaron

9 El juez en este caso señala casi al final que no se pronuncia sobre la aplicabilidad de la ECPA al caso concreto. El artículo mas completo que a la fecha analiza esta cuestión y demuestra cuán anticuada es la ECPA para la tecnología existente hoy día en Internet es: Ari SCHWARTZ, Deirdre MULLIGAN, y Indrani MONDAL, Storing Our Lives Online: Expanded Email Storage Raises Complex Policy Issues, publ. en I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 1 ISJLP 597 (2005). Ver también Monique MATTEI FERRARO, The States And The Electronic Communications Privacy Act: The Need For Legal Processes That Keep Up With The Times, 22 J. Marshall J. Computer & Info. L. 695; Matthew A. GOLDBERG, The Googling of online privacy: Gmail, Search-Engine Histories and the New Frontier of Protecting Private Information On The Web, 9 Lewis & Clark L. Rev. 249; Casey HOLLAND, Neither Big Brother Nor Dead Brother: The Need for a New Fourth Amendment Standard Applying to Emerging Technologies, 94 Ky. L.J. 393 (2005/2006); Michael D. ROUNDY, The Wiretap Act - Reconcilable Differences: A Framework for Determining the "Interception" of Electronic Communications Following United States v. Councilman's Rejection of the Storage/Transit Dichotomy, 28 W. New Eng. L. Rev. 403 y Paul OHM, Parallel-Effect Statutes and E-Mail "Warrants": Reframing the Internet Surveillance Debate, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1599 (2004).

10 Beryl A. HOWELL, Digital Forensics: Sleuthing On Hard Drives And Networks, The Vermont Bar Journal & Law Digest, 31 Ver. B. J. & L. Dig. 39 (Fall, 2005).

11 Por ejemplo el caso U.S. v. Al-Marri, 230 F. Supp. 2d 535, 537 (S.D.N.Y. 2002), donde el FBI, al examinar la laptop del imputado acusado a estafa encontró, además de números ilegales de tarjeta de crédito, numerosos sitios en los marcadores relacionados con fraude con tarjeta de crédito. Esta información fue usada en el caso como prueba.

por primera vez los registros de las búsquedas en Internet que el imputado había realizado antes y después del homicidio de su esposa, para reconstruir los hechos[12]. Las búsquedas cerraron las dudas que había en el caso. Es muy probable que en cada caso penal que se investigue se procederá a revisar el ordenador y sus registros de conexión a Internet[13].

Todo esta información va a ser buscada por investigadores: no sólo las búsquedas en Internet quedan almacenadas en Google, sino también las búsquedas realizadas en la barra de Google y dentro de la cuenta de Gmail, incluido también el correo electrónico allí recibido y borrado. Por ejemplo, en el caso "FTC v. Ameridebt, Inc" un tribunal ordenó a Google que le entregara todos los documentos que tuviera en su poder, incluidos los correos de la cuenta que habían sido "borrados" por el usuario en cuestión[14].

No es de extrañar entonces que con todas estas señales se planteó la regulación de los datos personales en éstos ámbitos. Así, Wendy Seltzer[15] planteó dos alternativas frente al vacío legislativo existente: o se obliga a los motores de búsqueda a guardar menos información, o se aprueba una ley federal que aumente la privacidad existente en materia de búsquedas en Internet.

En el Congreso estadounidense se presentó un proyecto de ley titulado *Eliminate Warehousing of Consumer Internet Data Act of 2006* que siguiendo el estilo de la normativa europea en materia de protección de datos personales, obligaría a un operador de un sitio de Internet a borrar la información de las visitas al sitio si la información ya no resulta necesaria para un fin legítimo del negocio. El proyecto de ley sin embargo fue criticado por McCullagh[16] porque en realidad tendrá escaso efecto sobre el historial de búsquedas dado que la definición de información personal que no menciona a las direcciones de Internet o a los términos de búsqueda[17].

Desde una visión mas (económicamente) liberal, la organización NetCoalition[18], un grupo de lobby que representa a empresas de Internet, incluidos

12 El imputado había buscado información a través de Google con términos tales como "rotura del cuello" o cómo "deshacerse del cuerpo", "rigor mortis y descomposición", y estado de las mareas (pues intentó esconder el cuerpo en un lago cercano). Todo quedó guardado en su ordenador que se utilizó como prueba en el juicio.

13 COHEN, Adam, What Google Should Roll Out Next: A Privacy Upgrade, New York Times, November 28, 2005; Ben CHARNY, Search Terms Are a Witness for the Prosecution, Eweek, December 2, 2005.

14 Declan MCCULLAGH, Police blotter: Judge orders Gmail disclosure, CNET 17 de marzo de 2006.

15 Ver Wendy Seltzer, Special In-depth Edition: Google v. DOJ -- What's left to talk about, publicado en The Filter, April 2006, boletín del del Berkman Center de la Universidad de Harvard.

16 Declan MCCULLAGH, Bill would force Web sites to delete personal info, publicado en CNET, 8 de febrero de 2006,

17 Ver http://www.politechbot.com/docs/markey.data.deletion.bill.020806.pdf

18 Ver http://www.netcoalition.com/

Google y Yahoo, manifestó que este proyecto legislativo permitiría al gobierno, y no a particulares, definir qué es un "fin legítimo del negocio". De esa forma se podría regular a los motores de búsqueda y obligar a retener ciertos datos.

No cabe ninguna duda que este almacenamiento de datos personales será cada vez más amplio. Hace un tiempo, Google inauguró una opción dentro de su motor de búsqueda por la cual se permite al usuario personalizar la búsqueda[19]. El usuario se identifica con un nombre y clave de acceso (que coincide con su cuenta de Gmail) y de esa forma Google puede mejorar la información de búsquedas en relación a un usuario particular. Google describe de la siguiente manera las ventajas de este servicio:

> "- Obtenga los resultados de búsqueda más relevantes para usted. La Búsqueda personalizada ordena los resultados de búsqueda en función de lo que usted buscó en el pasado. Al principio, es posible que no note un gran cambio en sus resultados de búsqueda, pero éstos mejorarán a medida que vaya usando Google.
>
> - Vea y administre sus búsquedas del pasado. Navegue y busque en sus búsquedas del pasado, incluyendo páginas web, imágenes y titulares de noticias sobre los que haya hecho clic. Puede eliminar elementos de su Historial de búsquedas en cualquier momento.
>
> - Cree marcadores a los que puede acceder desde cualquier sitio. Ponga marcadores en sus sitios web favoritos y añada etiquetas y notas a los mismos. Después podrá hacer búsquedas de sus etiquetas y notas, y podrá acceder a sus marcadores desde cualquier ordenador con simplemente registrarse".

La Política de privacidad que regula este servicio[20], dispone que:

> "…la Búsqueda personalizada registra información acerca de su actividad en Google, incluyendo sus búsquedas, los resultados sobre los que hace clic, y la fecha y hora de sus búsquedas para mejorar los resultados de sus búsquedas y mostrar su historial de búsquedas. A lo largo del tiempo, el servicio podrá también usar información adicional sobre su actividad en Google u otra información que usted nos facilite a efectos de proporcionar mejores resultados de búsquedas…. la Búsqueda personalizada usa la información antes descrita para mejorar sus resultados de búsquedas. Esta información será transmitida de modo seguro a los servidores de Google y guardada asociada a la información de su Cuenta de Google para proporcionarle el servicio".

Por supuesto, como es un servicio voluntario, el usuario en cualquier momento puede borrar todos estos registros. Sin embargo se señala mas adelante en la misma Política que:

19 De hecho el servicio se llama búsqueda personalizada y Google obtuvo una patente sobre un algoritmo denominado "personalización de la ordenación de resultados de búsqueda basada en el perfil del usuario".

20 Disponible online en http://www.google.es/psearch/intl/es/privacy.html

> "Usted puede borrar información de la Búsqueda personalizada utilizando el historial de búsquedas, y se eliminará del servicio. Sin embargo, como es una práctica habitual en el sector, y tal como se indica en la Política de Privacidad de Google, Google mantiene un sistema separado de registros a efectos de auditoria y para ayudarnos a mejorar la calidad de nuestros servicios a los usuarios".

La Política General de Privacidad de Google no aclara *por cuánto tiempo se guardará esa información*[21]. Esto significa que será la propia empresa la que decidirá por cuanto tiempo almacenar esta información, algo que sucede comúnmente con las empresas de Internet. Las leyes son reemplazadas por las políticas determinadas que aplica una empresa. Esto no es necesariamente negativo pero nos sugiere que en Internet las políticas de privacidad y los estándares corporativos son una fuerte influencia en la configuración de la privacidad.

Es importante entonces que las empresas que acumulan esta información piensen en términos de privacidad porque en cierta forma con sus acciones ellas son custodios de todos estos datos. Como han señalado recientemente dos especialistas "*hoy en día las políticas y actividades de compañías como IBM o Microsoft tienen mucho mas impacto que las acciones de una determinada Nación, ambas pueden amenazar o proteger la privacidad en el contexto de sus transacciones comerciales*"[22]. Esto es exactamente así, recordemos sino el número de serie en los procesadores Intel, los códigos similares en los archivos del programa MS-Word o el actual debate sobre el sistema WGA de activación de Windows XP.

Pero mas allá de que esta preocupación realmente exista a nivel corporativo, lo cierto es que el problema volverá a repetirse como lo demuestra lo que ocurrió unos meses después del caso Google con la empresa America Online (AOL).

En julio del 2006 en una investigación sobre la conducta de los usuarios de Internet, AOL reveló datos personales de más de 658.000 suscriptores, que vieron expuestas públicamente sus términos de búsqueda en la red. Durante unos 10 días la firma "subió" a Internet datos personales sobre unos 19 millones de "búsquedas" hechas por suscriptores de AOL durante tres meses. La idea de esta publicación era suministrar datos a la comunidad científica para que tuvieran material que les permitiera conocer el comportamiento de los usuarios

21 Ver http://www.google.es/privacypolicy.html. Google aclara en su política de Privacidad que los correos electrónicos borrados por los usuarios podrán quedar por 60 días en el sistema, y en forma indefinida en su sistema de backup offline. Además hoy en día existen infinidad de sistemas que permiten backup y almacenamiento online de documentos, la mayoría localizados en Estados Unidos, donde no existe una ley de protección de datos personales.

22 Colin BENNETT y Charles RAAB, The governance of privacy. Policy instruments in Global Perspective, p. xxvi del prefacio, MIT Press, 2006.

de Internet en forma anónima[23]. Un sitio web resaltó el hecho de que muchos suscriptores habían hecho búsquedas usando sus nombres propios[24]. Pero pese a ser estos datos anónimos, como cada usuario era identificado numéricamente, en algunos casos era posible identificar con el conjunto de las búsquedas quién era el sujeto en cuestión. De hecho el diario New York Times publicó el 9 de agosto una nota en la cual explicaba cómo a partir de estas búsquedas anónimas había llegado a individualizar a los usuarios de AOL en un caso concreto[25].

5. Conclusiones

A partir del presente caso, numerosos autores han planteado que las búsquedas en la red sean anónimas[26]. Asimismo surgieron empresas ofreciendo este servicio[27]. Se argumenta que no existe ninguna necesidad de identificar al usuario. Pero esta acumulación tiene una justificación empresaria: Google explica que le permite mejorar sus servicios. Por ejemplo, al poder comparar los millones de búsquedas que luego son corregidas por los propios usuarios, Google pudo implementar en su buscador la opción "Quizás quiso decir:" que corrige en forma automática la búsqueda con un error de ortografía en cualquier idioma. El mismo argumento no autorizaría al dueño de un restaurant a instalar micrófonos en cada mesa para saber si sus usuarios están conformes con la calidad del servicio. He ahí la razón del planteo de anonimizar estos datos.

Por supuesto que todo tiene una explicación técnica: los ordenadores necesitan de nuestros datos personales para poder funcionar en forma mas eficiente. Pero puede suceder que algún día esta eficiencia y utilidad no superen en importancia para un usuario la necesidad de tener confidencialidad o privacidad sobre sus datos personales. A partir de ese momento probablemente el sistema deberá adaptarse a lo que quiera el usuario o el usuario cambiará de sistema.

23 Jorge A. BAÑALES, Datos de Búsqueda al descubierto. La pública intimidad de los usuarios de AOL. AOL se disculpa por publicar datos privados, El Mundo, 10/08/2006.

24 http://www.techcrunch.com/2006/08/06/aol-proudly-releases-massive-amounts-of-user-search-data/. El *post* generó 150 comentarios, todos en su mayoría negativos y críticos de la actitud de AOL.

25 Michael BARBARO y Tom ZELLER, A face is exposed for AOL Searcher No. 4417749, New Yorkt Times, 9 de agosto de 2006 (versión online).

26 Fred VON LOHMANN, Could Future Subpoenas Tie You to 'Britney Spears Nude'? - DOJ's subpoena of Google may lead to more intrusive examination of Internet users' online records, publicado en Law.com, 2-6-2006; Tim WU, Keeping Secrets. A simple prescription for keeping Google's records out of government hands en SLATE, Jan. 23, 2006; Declan MCCULLAGH, FAQ: When Google is not your friend, CNET, 3 de febrero de 2006; Wendy SELTZER, Special In-depth Edition: Google v. DOJ -- What's left to talk about, publicado en The Filter, April 2006; Should Web Search Data Be Stored?, Wall Street Journal online, August 15, 2006.

27 David MEYER, Browser taps into Web privacy fears, CNET, http://news.com.com/Browser+taps+into+Web+privacy+fears/2100-1038_3-6111414.html

Otro problema surgirá si el sistema por defecto y sin alternativas funciona siempre de esa manera e impide el resguardo de datos personales, lo que cada vez ocurre con mayor frecuencia.

Para finalizar, no podemos dejar de contrastar el debate sobre el acceso a las búsquedas o por cuanto tiempo se guardarán éstas con el problema de los datos de tráfico que tanta crítica y debate produjeron en Argentina y Europa[28]. Recordemos que en aquel entonces se criticó el plazo de diez años para datos de tráfico establecido en la ley 25.873. Pues bien, en este caso, parece ser que los datos de búsquedas en Internet pueden almacenarse en forma indefinida, conforme la política de privacidad de una empresa privada. La información sobre las búsquedas en Internet parece no tener límites. Es decir, parece no haber un derecho al olvido en el mundo digital. La idea central del derecho de la protección de datos, esto es, intentar minimizar la recolección de información y otorgar un mayor control sobre sus datos personales al usuario, debería alcanzar su máxima expresión en Internet donde todo parece quedar registrado en forma indefinida. No me cabe ninguna duda que la ley 25.326 se aplica a Internet y en especial a estos datos si no son anónimos. Pero el resultado de juzgar a los motores de búsqueda en Internet con las leyes de protección de datos personales no es una tarea sencilla. Probablemente nos encontraremos con dificultades por varios motivos: la diversidad de normas existentes, las dificultades de determinar el derecho aplicable[29] e incluso el problema de aplicar un régimen que probablemente no tuvo en cuenta estas situaciones en forma específica.

Las grandes acumulaciones de datos personales que la tecnología ha creado han generado mas fuentes de información que están disponibles para que terceros las soliciten o accedan y consulten por los mas diversos motivos. ¿Es necesario entonces repensar los tradicionales derechos y garantías constitucionales en función del paradigma que plantea el cambio tecnológico?. Nos parece que sí, que es una necesidad que se viene planteando desde hace varios años y que

28 Cfr. nuestras notas: La controversia sobre los datos de tráfico en Internet, en La Ley, 28 de abril de 2005 (sección columna de opinión); La suspensión de la reglamentación de la ley sobre los datos de tráfico en Internet, en JA 2005-II-1349 y La regulación de los datos de tráfico en Argentina: comentario a la ley 25.873, en JA 2004-II-1346.

29 Un claro ejemplo lo encontramos con la reciente decisión de un juez federal de San Pablo, Brasil, de ordenar a Google la entrega al Ministerio Público de ese país de los datos de usuarios que cometen delitos de pornografía infantil y racismo. La empresa se había negado con el argumento que los servidores estaban localizados en Estados Unidos, no en Brasil y por tanto al pedido se aplicaba la ley norteamericana. Con este mismo argumento numerosas empresas extranjeras en Argentina se niegan a colaborar con ordenes judiciales. El fallo en cuestión señaló que la empresa no podía tener una sucursal en Brasil para administrar las cuestiones relacionadas con negocios y marketing pero negarse a colaborar con la justicia y que resultaba aplicable la ley procesal brasilera. Cfr. Justicia Federal, Secao Judiciaria do Estado do Sao Paolo, 17° Vara Civel, Forum Federal "Ministro Pedro Lessa", sentencia del 30 de agosto de 2006, fallo disponible online en http://producao.prsp.mpf.gov.br/news/internews/liminar.pdf. Ver también Andrew Downie, Google carves a middle path on privacy, The Christian Science Monitor , Septiembre de 2006.

debe afinarse frente a estos nuevos desarrollos. Es necesario entonces reflexionar sobre cómo aplicar las leyes de protección de datos en Internet, y tal vez en este caso concreto comenzar a pensar en crear normas específicas que hagan referencia al anonimato. El caso en comentario es sólo el comienzo de una alerta sobre los necesarios resguardos que deberemos adoptar para que el avance de la tecnología no implique un retroceso en la privacidad.

Case 5:06-mc-80006-JW Document 31 Filed 03/17/2006

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA
SAN JOSE DIVISION

ALBERTO R. GONZALES, in his official capacity as Attorney General of the United States,

NO. CV 06-8006MISC JW

Plaintiff,

V.

ORDER GRANTING IN PART AND DENYING IN PART MOTION TO COMPEL COMPLIANCE WITH SUBPOENA DUCES TECUM

GOOGLE, INC,

Defendant.
_____/

United States District Court
For the Northern District California

I. INTRODUCTION

This case raises three vital interests: (1) the national interest in a judicial system to reach informed decisions through the power of a subpoena to compel a third party to produce relevant information; (2) the third-party's interest in not being compelled by a subpoena to reveal confidential business information and devote resources to a distant litigation; and (3) the interest of individuals in freedom from general surveillance by the Government of their use of the Internet or other Communications media.

In aid of the Government's position in the case of ACLU v. Gonzales, Civil Action No. 98-CV-5591 pending in the Eastern District of Pennsylvania, United States Attorney General Alberto R. Gonzales has subpoenaed Google, Inc., ("Google") to compile and produce a massive amount of information from Google's search index, and to turn over a significant number of search queries entered by Google users. Google timely objected to the Government's request. Following the requisite meet and confer, the Government filed the present Miscellaneous Action

1 The Court continued the hearing date originally proposed by the parties in order to allow for amici to prepare and submit their briefs to the Court.

in this District to compel Google to comply with the subpoena. On March 14, 2006, this Court held a hearing on the Government's Motion.1 At that hearing, the Government made a significantly scaled-down request from the information it originally sought. For the reasons explained in this Order, the motion to compel, as modified, is GRANTED as to the sample of URLs from Google search index and DENIED as to the sample of users' search queries from Google's query log.

II. PROCEDURAL BACKGROUND

In 1998, Congress enacted the Child Online Protection Act ("COPA"), which is now codified as 47 U.S.C. § 231. COPA prohibits the knowing making of a communication by means of the World Wide Web, "for commercial purposes that is available to any minor and that includes material that is harmful to minors," subject to certain affirmative defenses. 47 U.S.C. § 231 (a)(1). For this purpose, the statute defines the phrase "material that is harmful to minors" to mean material that is either obscene or material that meets each prong of a three-part test: "(A) the average person, applying contemporary community standards, would find, taking the material as a whole and with respect to minors, is designed to appeal to, or is designed to pander to, the prurient interest; (B) depicts, describes, or represents, in a manner patently offensive with respect to minors, an actual or simulated sexual act or sexual conduct, an actual or simulated normal or perverted sexual act, or a lewd exhibition of the genitals or post-pubescent female breast; and (C) taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value for minors." 47 U.S.C. § 231 (e)(6).

Upon enactment of COPA, the American Civil Liberties Union and several other plaintiffs ("Plaintiffs") filed an action in the Eastern District of Pennsylvania, challenging the constitutionality of the Act. The district court granted Plaintiffs' motion for a preliminary injunction on the grounds that COPA is likely to be found unconstitutional on its face for violating the First Amendment rights of adults. ACLU v. Reno, 31 F. Supp. 2d 473 (E.D. Pa. 1998). The United States Court of Appeals for the Third Circuit affirmed the grant of the preliminary injunction. ACLU v. Reno, 217 F.3d 162 (3d Cir. 2000). After granting certiorari, the Supreme Court of the United States vacated the judgment of the Third Circuit, and remanded the case to that court for further review of the district court's grant of preliminary injunction in favor of Plaintiffs. The Third Circuit again affirmed the preliminary

United States District Court
For the Northern District California

injunction, ACLU v. Ashcroft, 322 F.3d 240 (3d Cir. 2003), and the Supreme Court again granted certiorari.

The Supreme Court affirmed the preliminary injunction and held that there was an insufficient record before it by which the Government could carry its burden to show that less restrictive alternatives may be more effective than the provisions of COPA. Ashcroft v. ACLU, 542 U.S. 656, 673 (2004). Of these alternatives directed at preventing minors from viewing "harmful to minors" material on the Internet, the Court focused on blocking and filtering software programs which "impose selective restrictions on speech at the receiving end, not universal restrictions at the source." Id. at 667. To "allow the parties to update and supplement the factual record to reflect current technological realities," the Court remanded the case for a trial on the merits. Id. at 672.

Following remand, Plaintiffs filed a First Amended Complaint ("FAC"). (98-CV-5591LR, E.D. Pa., Docket Item No. 175). Apparently, in preparing its defense, the Government initiated a study designed to somehow test the effectiveness of blocking and filtering software. To provide it with data for its study, the Government served a subpoena on Google, America Online, Inc. ("AOL"), Yahoo! Inc. ("Yahoo"), and Microsoft, Inc. ("Microsoft"). The subpoena required that these companies produce a designated listing of the URLs which would be available to a user of their services. The subpoena also required the companies to produce the text of users' search queries. AOL, Yahoo, and Microsoft appear to be producing data pursuant to the Government's request. Google, however, objected.

United States District Court
For the Northern District California

Google is a Delaware corporation headquartered in Mountain View, CA, that, like AOL, Yahoo, and Microsoft, also provides search engine capabilities. Based on the Government's estimation, and uncontested by Google, Google's search engine is the most widely used search engine in the world, with a market share of about 45%. The search engine at Google yields URLs in response to a search query entered by a user. The search queries entered may be of varying lengths, and incorporate a number of terms and connectors. Upon receiving a search query, Google produces a responsive list of URLs from its search index in a particular order based on algorithms proprietary to Google.

The initial subpoena to Google sought production of an electronic file containing two general categories. First, the subpoena requested "[a]ll URL's that are available to be located to a query on your company's search engine as of

July 31, 2005." (Decl. of Joel McElvain, Ex. A ("Subpoena") at 4.) In negotiations with Google, this request was later narrowed to a "multi-stage random" sampling of one million URLs in Google's indexed database. As represented to the Court at oral argument, the Government now seeks only 50,000 URLs from Google's search index. Second, the government also initially sought "[a]ll queries that have been entered on your company's search engine between June 1, 2005 and July 31, 2005 inclusive." (Subpoena at 4.) Following further negotiations with Google, the Government narrowed this request to all queries that have been entered on the Google search engine during a one-week period. During the course of the present Miscellaneous Action, the Government further restricted the scope of its request, and now represents that it only requires 5,000 entries from Google's query log in order to meet its discovery needs.

Despite these modifications in the scope of the subpoena, Google maintained its objection to the Government's requests. Before the Court is a motion to compel Google to comply with the modified subpoena, namely, for a sample of 50,000 URLs from Google's search index and 5,000 search queries entered by Google's users from Google's query log.

United States District Court
For the Northern District California

III. STANDARDS

Rule 45 of the Federal Rules of Civil Procedure governs discovery of nonparties by subpoena. FED. R. CIV. P. 45 ("Rule 45"). The Advisory Committee Notes to the 1970 Amendment to Rule 45 state that the "scope of discovery through a subpoena is the same as that applicable to Rule 34 and other discovery rules." Rule 45 advisory committee's note (1970). Under Rule 34, the rule governing the production of documents between parties, the proper scope of discovery is as specified in Rule 26(b). FED. R. CIV. P. 34. See also Heat & Control, Inc. v. Hester Industries, Inc., 785 F.2d 1017 (Fed. Cir. 1986) ("rule 45(b)(1) must be read in light of Rule 26(b)"); Exxon Shipping Co. v. U.S. Dept. of Interior, 34 F.3d 774, 779 (9th Cir. 1994) (applying both Rule 26 and Rule 45 standards to rule on a motion to quash subpoena).

Rule 26(b), in turn, permits the discovery of any non-privileged material "relevant to the claim or defense of any party," where "relevant information need not be admissible at trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence." Rule 26(b)(1). Relevancy, for the purposes

of discovery, is defined broadly, although it is not without "ultimate and necessary boundaries." Pacific Gas and Elec., Co. v. Lynch, No. C-01-3023 VRW, 2002 WL 32812098, at *1 (N.D. Cal. August 19, 2002) (citing Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 507(1947)).

Rule 26 also specifies that "[a]ll discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(i), (ii), and (iii)" which requires that discovery methods be limited where:

> (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the action to obtain the information sought; or (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, taking into account the needs of the case, the amount in controversy, the parties' resources, the importance of the issues at stake in the litigation, and the importance of the proposed discovery in resolving the issues.

United States District Court
For the Northern District California

The Advisory Committee Notes to the 1983 amendments to Rule 26 state that "[t]he objective is to guard against redundant or disproportionate discovery by giving the court authority to reduce the amount of discovery that may be directed to matters that are otherwise proper subjects of inquiry." However, the commentators also caution that "the court must be careful not to deprive a party of discovery that is reasonably necessary to afford a fair opportunity to defend and prepare the case." Rule 26 advisory committee's note (1983).

In addition to the discovery standards under Rule 26 incorporated by Rule 45, Rule 45 itself provides that "on timely motion, the court by which a subpoena was issued shall quash or modify the subpoena if it...subjects a person to undue burden." Rule 45(3)(A). Of course, "if the sought-after documents are not relevant, nor calculated to lead to the discovery of admissible evidence, then any burden whatsoever imposed would be by definition 'undue.'" Compaq Computer Corp, v. Packard Bell Elec., Inc., 163 F.R.D. 329, 335-36 (N.D. Cal. 1995). Underlying the protections of Rule 45 is the recognition that "the word 'non-party' serves as a constant reminder of the reasons for the limitations that characterize 'third-party' discovery." Dart Indus. Co. v. Westwood Chem. Co., 649 F.2d 646, 649 (9th Cir.

1980) (citations omitted). Thus, a court determining the propriety of a subpoena balances the relevance of the discovery sought, the requesting party's need, and the potential hardship to the party subject to the subpoena. Heat & Control, 785 F.2d at 1024.

IV. DISCUSSION

Google primarily argues that the information sought by the subpoena is not reasonably calculated to lead to evidence admissible in the underlying litigation, and that the production of information is unduly burdensome. The Court discusses each of these objections in turn, as well as the Court's own concerns about the potential interests of Google's users.

A. Relevance

Any information sought by means of a subpoena must be relevant to the claims and defenses in the underlying case. More precisely, the information sought must be "reasonably calculated to lead to admissible evidence." Rule 26(b). This requirement is liberally construed to permit the discovery of information which ultimately may not be admissible at trial. Overbroad subpoenas seeking irrelevant information may be quashed or modified. See, e.g., Moon v. SCP Pool Corp., 232 F.R.D. 633, 637 (C.D. Cal. 2005) (quashing subpoena seeking the production of all purchasing information where the underlying contract dispute was limited to a particular geographic region); W.E. Green v. Baca, 219 F.R.D. 485, 490 (C.D. Cal. 2003) (providing a survey of cases where in limiting the scope of a subpoena, district courts "effectively sustain[] an objection that the requests are vague, ambiguous, or overbroad in part, and overrules in part").

United States District Court
For the Northern District California

This Court does not have the benefit of involvement with the underlying litigation. The Court adheres to the principle stated in Truswal Systems Corp, v. Hydro-Air Engineering. Inc., 813 F.2d 1207, 1211-12 (Fed. Cir. 1987): "A district court whose only connection with a case is supervision of discovery ancillary to an action in another district should be especially hesitant to pass judgment on what constitutes relevant evidence thereunder. Where relevance is in doubt... the court should be permissive."

However, the Court does not construe a general policy of permissiveness to require this Court to abdicate its responsibility to review a subpoena under the Federal Rules when presented with a motion to compel. The Court has reviewed

the decisions comprising the lengthy procedural history of this case in the Eastern District of Pennsylvania, the Third Circuit, and the Supreme Court, as well as Plaintiffs' current complaint. The Court has heard the parties at oral argument[2] and proceeds to consider the merits of the Government's motion.

1. Sample of URLs

As narrowed by negotiations with Google and through the course of this Miscellaneous Action, the Government now seeks a sample of 50,000 URLs from Google's search index. In determining whether the information sought is reasonably calculated to lead to admissible evidence, the party seeking the information must first provide the Court with its plans for the requested information. See Northwestern Memorial v. Ashcroft 362 F.3d 923, 931 (7th Cir. 2004). The Government's disclosure of its plans for the sample of URLs is incomplete. The actual methodology disclosed in the Government's papers as to the search index sample is, in its entirety, as follows: "A human being will browse a random sample of 5,000-10,000 URLs from Google's index and categorize those sites by content" (Supp. Decl. of Phillip B. Stark, Ph.D ("Supp. Stark Decl.") ¶ 4) and from this information, the Government intends to "estimate...the aggregate properties of the websites that search engines have indexed." (Government's Reply Memorandum in Support of the Motion to Compel Compliance with Subpoena Duces Tecum ("Reply"), Docket Item No. 21 at 4:8-9.) The Government's disclosure only describes its methodology for a study to categorize the URLs in Google's search index, and does not disclose a study regarding the effectiveness of filtering software. Absent any explanation of how the "aggregate properties" of material on the Internet is germane to the underlying litigation[3], the Government's disclosure as to its planned categorization study is not particularly helpful in determining whether the sample of Google's search index sought is reasonably calculated to lead to admissible evidence in the underlying litigation.

United States District Court
For the Northern District California

2 Counsel for Plaintiffs also appeared at the Court's hearing on the Government's Motion to Compel.

3 Whether adult material exists on the Internet could not seriously be contested by Plaintiffs with web content describing the slang terms "teabagging" and "pearl necklace" in graphic detail (FAC at 43), or websites which contain "numerous photographs of nude men and women in sexual poses with one another, and erotic stories that include graphic sexual scenes" (FAC at 34). Such a reading of the Complaint is also supported by the narrow question posed by the Supreme Court to be answered on remand for trial on the merits.

United States District Court
For the Northern District California

Based on the Government's statement that this information is to act as a "test set for the study" (Reply at 3:20) and a general statement that the purpose of the study is to "evaluate the effectiveness of content filtering software," (Reply at 3:2-5) the Court is able to envision a study whereby a sample of 50,000 URLs from the Google search index may be reasonably calculated to lead to admissible evidence on measuring the effectiveness of filtering software. In such a study, the Court imagines, the URLs would be categorized, run through the filtering software, and the effectiveness of the filtering software ascertained as to the various categories of URLs. The Government does not even provide this rudimentary level of general detail as to what it intends to do with the sample of URLs to evaluate the effectiveness of filtering software, and at the hearing neither confirmed nor denied the Court's speculations about the study.[4] In fact, the Government seems to indicate that such a study is not what it has in mind: "[t]he government seeks this information *only* to perform a study, in the aggregate, of trends on the Internet" (Reply at 1:19-20) (emphasis added), with no explanation of how an aggregate study of Internet trends would be reasonably calculated to lead to admissible evidence in the underlying suit where the efficacy of filtering software is at issue.

As the court in Northwestern Memorial colorfully noted, "and of course, pretrial discovery is a fishing expedition and one can't know what one has caught until one fishes [b]ut Fed.R.Civ.P. 45 (c) allows the fish to object, and when they do so the fisherman has to come up with more," 362 F.3d at 931 —it is difficult for a court to determine the relevance of information where the party seeking the information does not concretely disclose its plans for the information sought. Given the broad definition of relevance in Rule 26, and the current narrow scope of the subpoena, despite the vagueness with which the Government has disclosed its study, the Court gives the Government the benefit of the doubt. The Court

4 The lack of disclosure on the part of the government is particularly striking when seen in the context of the time that the Government has had to prepare this issue. The Supreme Court's directive to the Government to address the effectiveness of filtering software was issued in 2004. Additionally, this is not a case where the Government does not have the benefit of any information with which to form some basic methodology —the Government has already been to the pond and fished, so to speak, with data from AOL, Yahoo, and Microsoft, and it would not have been unreasonable at this stage to have required the Government to assist the Court in its determination of relevance by providing the Court with more information on its plans for the information sought from Google.

finds that 50,000 URLs randomly selected from Google's data base for use in a scientific study of the effectiveness of filters is relevant to the issues in the case of ACLU v. Gonzales.[5]

2. Search Queries

In its original subpoena the Government sought a listing of the text of all search queries entered by Google users over a two month period. As defined in the Government's subpoena, "queries" include only the text of the search string entered by a user, and not "any additional information that may be associated with such a text string that would identify the person who entered the text string into the search engine, or the computer from which the text string was entered." (Subpoena at 4.) The Government has narrowed its request so that it now seeks only a sample of 5,000 such queries from Google's query log. The Government discloses its plans for the query log information as follows: "A random sample of approximately 1,000 Google queries from a one-week period will be run through the Google search engine. A human being will browse the top URLs returned by each search and categorize the sites by content." (Supp. Stark Decl. ¶ 3.) To the extent that the URLs obtained by the researchers as a result of running the search queries provided are then used to create "a sample of a relevant population of websites that can be categorized and used to test filtering software" (Reply at 5) similar to the sample created from URLs from Google's search index, the Court finds that were the Government to run these URLs through the filtering software and analyze the results, the information sought would be reasonably calculated to lead to admissible evidence.

United States District Court
For the Northern District California

Google's arguments challenging the relevance of the search queries to the Government's study center around its contention that a number of additional factors exist which may mitigate the correlation between a search query and the search result. (Google's Opposition to the Government's Motion to Compel ("Opp."), Docket Item No. 12 at 6:9-8:1.) In particular, Google cites to the presence of a safe search filter, customized searches, or advanced preferences all potentially activated at the user end and not reflected in the user's search string. (Opp. at

5 To the extent that the Government is gathering this information for some other purpose than to run the sample of Google's search index through various filters to determine the efficacy of those filters, the Court would take a different view of the relevance of the information. For example, the Court would not find the information relevant if it is being sought just to characterize the nature of the URL's in Google's database.

6:17-7:2.) Google also argues that the list of search queries does not distinguish between sources of the queries such as adults, minors, automatic queries generated by a program, known as "bot" queries, and artificial queries generated by individual users. (Opp. at 7:3-22.) Contrary to Google's belief, the broad standard of relevance under Rule 26 does not require that the information sought necessarily be directed at the ultimate fact in issue, only that the information sought be reasonably calculated to lead to admissible evidence in the underlying litigation. See Laxalt v. McClatchy, 809 F.2d 885, 888 (D.C. Cir. 1987) (holding that "mere relevance to the underlying litigation" is the proper standard to apply to discovery of certain FBI files). Thus, the presence of these additional factors may impact the probative value of the Government's expert report in the Eastern District of Pennsylvania on the effectiveness of filtering software in preventing minors from accessing "harmful to minors" material on the Internet, but at this stage, the Court does not find the search queries to be entirely irrelevant to the creation of a test set on which to test the effectiveness of search filters in general.

United States District Court
For the Northern District California

B. Undue Burden

This Court is particularly concerned anytime enforcement of a subpoena imposes an economic burden on a non-party. Under Rule 45(3)(a), a court may modify or quash a subpoena even for relevant information if it finds that there is an undue burden on the non-party. Undue burden to the non-party is evaluated under both Rule 26 and Rule 45. See Exxon Shipping Co. v. U.S. Dept. of Interior., 34 F.3d 774, 779 (9th Cir. 1994).

1. Technological Burden of Production

Google argues that it faces an undue burden because it does not maintain search query or URL information in the ordinary course of business in the format requested by the Government. (Opp. at 16:22-15.) As a general rule, non-parties are not required to create documents that do not exist, simply for the purposes of discovery. Insituform Tech., Inc. v. Cat Contracting, Inc., 168 F.R.D. 630, 633 (N.D. Ill. 1996). In this case, however, Google has not represented that it is unable to extract the information requested from its existing systems. Google contends that it must create new code to format and extract query and URL data from many computer banks, in total requiring up to eight full time days of engineering time. Because the Government has agreed to compensate Google for the reasonable costs of production, and given the extremely scaled-down scope of the subpoena

as modified, the Court does not find that the technical burden of production excuses Google from complying with the subpoena. Later in this Order, the Court addresses other concerns with respect to this information, however.

Google also argues that even if the Government compensates Google for its engineering time, if the Government plans on executing a high volume of searches on Google, such searches would lead to an interference with Google's search engine and disrupt use by users and advertisers. (Opp. at 16:24-17:3.) The Government only intends to run 1,000 to 5,000 of the search queries through the Google search engine. (Supp. Stark Decl. ¶ 4.) Furthermore, these searches will be run by humans who will then categorize the search results and record their findings. (Supp. Stark Decl. ¶ 4.) Given the volume and rate of the proposed study, the Court finds that the additional burden on Google's search engine caused by the Government's study as represented to the Court, is likely to be de minimus.

2. Potential for Loss of User Trust

United States District Court
For the Northern District California

Google also argues that it will be unduly burdened by loss of user trust if forced to produce its users' queries to the Government. Google claims that its success is attributed in large part to the volume of its users and these users may be attracted to its search engine because of the privacy and anonymity of the service. According to Google, even a perception that Google is acquiescing to the Government's demands to release its query log would harm Google's business by deterring some searches by some users. (Opp. at 18.)

Google's own privacy statement indicates that Google users could not reasonably expect Google to guard the query log from disclosure to the Government. Google's privacy statement at vvww.google.com/privacypolicy.html states only that Google will protect "personal information" of users. "Personal information" is expressly defined for users at www.googie.com/privacy faq.html as "information that you provide to us which personally identifies you, such as your name, email address or billing information, or other data which can be reasonably linked to such information by Google." (Second Decl. of Joel McElvain, Ex. C.) Google's privacy policy does not represent to users that it keeps confidential any information other than "personal information." Neither Google's URLs nor the text of search strings with "personal information" redacted, are reasonably "personal information" under Google's stated privacy policy. Google's privacy policy indicates that it has not suggested to its users that non-"personal information" such as that sought by the Government is kept confidential.

However, even if an expectation by Google users that Google would prevent disclosure to the Government of its users' search queries is not entirely reasonable, the statistic cited by Dr. Stark that over a quarter of all Internet searches are for pornography (Supp. Stark Decl. ¶ 4), indicates that at least some of Google's users expect some sort of privacy in their searches.[6] The expectation of privacy by some Google users may not be reasonable, but may nonetheless have an appreciable impact on the way in which Google is perceived, and consequently the frequency with which users use Google. Such an expectation does not rise to the level of an absolute privilege, but does indicate that there is a potential burden as to Google's loss of goodwill if Google is forced to disclose search queries to the Government.

3. Trade Secret

Rule 45(c)(3)(B) provides additional protections where a subpoena seeks trade secret or confidential commercial information from a nonparty. Once the nonparty shows that the requested information is a trade secret or confidential commercial information, the burden shifts to the requesting party to show a "substantial need for the testimony or material that cannot be otherwise met without undue hardship and assures that the person to whom the subpoena is addressed will be reasonably compensated." Rule 45(c)(3)(B). Upon such a showing, "the court may order appearance or production only upon specified conditions." Id. See also Klay v. Humana, 425 F.3d 977, 983 (11th Cir. 2005); Heat & Control, Inc. v. Hester Industries, Inc., 785 F.2d 1017, 1025 (Fed. Cir. 1986).

United States District Court
For the Northern District California

a. Search Index and Query Log as Trade Secrets

Trade secret or commercially sensitive information must be "important proprietary information" and the party challenging the subpoena must make "a strong showing that it has historically sought to maintain the confidentiality of this information." Compaq Computer Corp, v. Packard Bell Elec., Inc., 163 F.R.D.

6 At the hearing, the Government argued that Google should not be concerned about loss of user trust because Google already discloses its users' search queries on Google Zeitgeist. Had the Government truly believed that substantial amounts of search query information could be obtained from Google Zeitgeist, it is unlikely that the Government would require further search query information from Google. On the Court's examination of Google Zeitgeist at http://www.google.com/press/zeitgeist.html, the website only provides the top ten search queries by country or the top fifteen gaining search queries in the United States. These queries for the Week of March 13, 2006, include "teri hatcher," "world baseball classic," and "sopranos."

329, 338 (N.D. Cal. 1995). A statistically significant sample of Google's search index and Google's query log would have independent economic value from not being known generally to the public. The disclosure of a statistically significant sample of Google's search index or query log may permit competitors to estimate information about Google's indexing methods or Google's users. (Decl. of Matt Cutts ("Cutis Decl.") ¶¶ 26,27.) By declaration, Google represents that it does not share this information with third parties and it has security procedures to maintain the confidentiality of this information. (Cutts Decl. ¶¶ 29-35; Decl. of Marty Lev.)

At oral argument, counsel for Google acknowledged that samples from its proprietary search index and query log of 50,000 URLs and 5,000 search queries are far less likely to lead to trade secret disclosure than the Government's original requests. Because Google still continues to claim information about its entire search index and entire query log as confidential, the Court will presume that the requested information, as a small sample of proprietary information, may be somewhat commercially sensitive, albeit not independently commercially sensitive. Successive disclosures, whether in this lawsuit or pursuant to subsequent civil subpoenas, in the aggregate could yield confidential commercial information about Google's search index or query log.

United States District Court
For the Northern District California

b. Entanglement in the Underlying Litigation

Google's remaining trade secret argument is that despite the narrowness of the sample provided, it would become entangled in the underlying litigation where further discovery would risk trade secret disclosure. Rule 45(c)(3)(B) was intended to provide protection for the intellectual property of nonparties. See Mattel Inc. v. Walking Mountain Prod., 353 F.3d 792, 814 (9th Cir. 2003) (citing Rule 45 advisory committee's notes (1991)). On the one hand, a determination of the propriety of further discovery is for another set of motions, and not the one presently before the Court. On the other hand, further discovery in this case that would require disclosure of Google's trade secrets is not merely a remote possibility. The Government has represented that it has sufficient information from other search engines with which to perform its study, but seeks information from Google because such information would add "substantial luster" to its study — ostensibly because there is something unique about the world of Google. The nature and extent of that uniqueness, if sufficient to add substantial luster to the Government's study, is also likely to be a matter of discovery for Plaintiffs in the underlying suit

involving more than the Government's proposed "fifteen-minute deposition" of a Google engineer to confirm that the statistician's procedure had been followed.

In light of the comments of Plaintiffs' counsel at the hearing, the Court can foresee further entanglement based on Plaintiffs' challenge to the Government's ultimate study. In litigation where the ultimate question is not whether there is adult material on the Internet, but fundamentally about limiting the access by minors to such adult material, it is quite likely that Plaintiffs will challenge the sample produced by Google as not representative of what minors search for or encounter on the Internet. Such an inquiry would require additional discovery, some of which may implicate Google's confidential commercial information. At the hearing, Plaintiffs' counsel stated that it had already commenced such discovery with respect to a search engine included in the Government's study. In other words, this Court is concerned that a narrow sample of Google's proprietary index and query log, while in itself not likely to lead to the disclosure of confidential information, may act as the thin blade of the wedge in exposing Google to potential disclosure of its confidential commercial information.

United States District Court
For the Northern District California

c. Substantial Need

The burden thus shifts to the Government to demonstrate that the requested discovery is relevant and essential to a judicial determination of its case. See Upjohn Co. v. Hygieia Biological Laboratories, 151 F.R.D. 355, 358 (E.D. Cal. 1993). Because "there is no absolute privilege for trade secrets and similar confidential information," Centurion Indus., Inc. v. Warren Steurer and Assoc., 665 F.2d 323, 325 (l0th Cir. 1981) (citing Federal Open Market Committee v. Merrill 443 U.S. 340, 362 (1979)), the district court's role in this inquiry is to balance the need for the trade secrets against the claim of injury resulting from disclosure. Heat & Control 785 F.2d at 1025. The determination of substantial need is particularly important in the context of enforcing a subpoena when discovery of trade secret or confidential commercial information is sought from non-parties. See Mattel 353 F.3dat814.

Google contends that it should not be compelled to produce its search index or query log because the Information sought by the Government is readily available from open URL databases such as Alexa and transparent search engines such as Dogpile, or that the Government already has sufficient information from AOL, Yahoo, and Microsoft. As a rule, information need not be dispositive of the entire issue disputed in the litigation in order to be discoverable by subpoena. See

Compaq, 163 F.R.D. at 333 n.25. In Compaq, industry practice was a material issue in the lawsuit, and the court refused to quash a subpoena for information from a non-party industry member based on the non-party's argument that information could be discoverable from other industry members. Id. Similarly, at oral argument, the Government's counsel likened its discovery goals to a team of researchers studying an elephant by separately viewing the trunk, the ears, the tail, etc., and piecing the research together to get a picture of the elephant as whole.

In this case, the Government has demonstrated a substantial need for some information from Google in creating a set of URLs to run through filtering software. It is uncontested that Google is the market leader with over 45% of the search engine market. (Supp. Stark Decl. ¶¶ 4-5.) Because Google has the greatest market share, the Government's study may be significantly hampered if it did not have access to some information from the most often used search engine.

4. Cumulative and Duplicative Discovery

United States District Court
For the Northern District California

What the Government has not demonstrated, however, is a substantial need for *both* the information contained in the sample of URLs and sample of search query text. Furthermore, even if the information requested is not a trade secret, a district court may in its discretion limit discovery on a finding that "the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive." Rule 26(b)(2)(i). See In re Sealed Case (Medical Records), 381 F.3d 1205, 1215 (D.C. Cir. 2004) (citing the advisory committee's notes to Rule 26 and finding that "the last sentence of Rule 26(b)(l) was added in 2000 'to emphasize the need for active judicial use of subdivision (b)(2) to control excessive discovery'"). From this Court's interpretation of the Government's general statements of purpose for the information requested, both the sample of URLs and the set of search queries are aimed at providing a list of URLs which will be categorized and run through the filtering software in an effort to determine the effectiveness of filtering software as to certain categories. Both sources of the URL "test set" list seem to be open to the same sorts of criticism by Plaintiffs in the underlying litigation. The content of these objections are not germane to the Court's determination of whether the information sought is relevant under the broad dictates of Rule 26, but the actual similarity of the two categories of information sought in their presumed utility to the Government's study indicates that it would be unreasonably cumulative and

duplicative to compel Google to hand over both sets of proprietary information. To borrow the Government's vivid analogy, in order to aid the Government in its study of the entire elephant, the Court may burden a non-party to require production of a picture of the elephant's tail, but it is within this Court's discretion to not require a non-party to produce another picture of the same tail.

Faced with duplicative discovery, and with the Government not expressing a preference as to which source of the test set of URLs it prefers, this Court exercises its discretion pursuant to Rule 26(b)(2) and determines that the marginal burden of loss of trust by Google's users based on Google's disclosure of its users' search queries to the Government outweighs the duplicative disclosure's likely benefit to the Government's study. Accordingly, the Court grants the Government's motion to compel only as to the sample of 50,000 URLs from Google's search index.

C Protective Order

As trade secret or confidential business information, Google's production of a list of URLs to the Government shall be protected by protective order. Generally, "the selective disclosure of protectable trade secrets is not per se 'unreasonable and oppressive,' when appropriate protective measures are imposed." Heat & Control, 785 F.2d at 1025. The Court recognizes that Google was unable to negotiate the particular provisions of the protective order in the underlying litigation, (Opp. at 12:15-18) but since Google's filing of its Opposition, the Government has considerably narrowed its request for Google's information from its proprietary search index such that the risk of trade secret disclosure is substantially mitigated.

The Court grants the motion to compel as to a set of 50,000 URLs from Google's search index and orders the parties to show cause, if any, on or before April 3, 2006, why a designation of the produced information as "Confidential" under the existing protective order is insufficient protection for Google's confidential commercial information.

D. Privacy

The Court raises, sua sponte, its concerns about the privacy of Google's users apart from Google's business goodwill argument. In Gill v. Gulfstream Park Racing Assoc., the First Circuit held that "considerations of the public interest, the need for confidentiality, and privacy interests are relevant factors to be balanced" in a Rule 26(c) determination regarding the subpoena of documents used to prepare

United States District Court
For the Northern District California

an allegedly defamatory report issued by a non-party trade association. 399 F.3d 391, 402 (1st Cir. 2005) (citing, as also concerned with the interest of privacy in the context of discovery, Seattle Times Co. v. Rhinehart 467 U.S. 20, 35 n.21 (1984), In re Sealed Case (Medical Records), 381 F.3d at 1215, and Ellison v. Am. Nat'l Red Cross, 151 F.R.D. 8, 11 (D.N.H. 1993)).

The Government contends that there are no privacy issues raised by its request for the text of search queries because the mere text of the queries would not yield identifiable information. Although the Government has only requested the text strings entered (Subpoena at 4), basic identifiable information may be found in the text strings when users search for personal information such as their social security numbers or credit card numbers through Google in order to determine whether such information is available on the Internet. (Cutts Decl. ¶¶ 24-25.) The Court is also aware of so-called "vanity searches," where a user queries his or her own name perhaps with other information. Google's capacity to handle long complex search strings may prompt users to engage in such searches on Google. (Cutts Decl. ¶ 25.) Thus, while a user's search query reading "[user name] stanford glee club" may not raise serious privacy concerns, a user's search for "[user name] third trimester abortion san jose," may raise certain privacy issues as of yet unaddressed by the parties' papers. This concern, combined with the prevalence of Internet searches for sexually explicit material (Supp. Stark Decl. ¶ 4) --generally not information that anyone wishes to reveal publicly --gives this Court pause as to whether the search queries themselves may constitute potentially sensitive information.

United States District Court
For the Northern District California

The Court also recognizes that there may a difference between a private litigant receiving potentially sensitive information and having this information be produced to the Government pursuant to civil subpoena. The interpretation of the Federal Rules in this Circuit requires that "when the government is named as a party to an action, it is placed in the same position as a private litigant, and the rules of discovery in the Federal Rules of Civil Procedure apply." Exxon Shipping, 34 F.3d at 776 n.4. However, in Exxon Shipping, the Ninth Circuit was faced with a situation where a litigant sought discovery *from* the Government; in this case, information is being produced *to* the Government. Even though counsel for the Government assured the Court that the information received will only be used for the present litigation, it is conceivable that the Government may have an obligation

to pursue information received for unrelated litigation purposes under certain circumstances regardless of the restrictiveness of a protective order.[7] The Court expressed this concern at oral argument as to queries such as "bomb placement white house," but queries such as "communist berkeley parade route protest war" may also raise similar concerns. In the end, the Court need not express an opinion on this issue because the Government's motion is granted only as to the sample of URLs and not as to the log of search queries.

E. Electronic Communications Privacy Act

The Court also refrains from expressing an opinion on the applicability of the Electronic Communications Privacy Act, codified at 18 U.S.C. §§2510 to 2712. The ECPA was enacted in 1986 "to update and clarify federal privacy protections and standards in light of dramatic changes in new computer and telecommunication technologies." Freedman v. America Online, Inc., 303 F. Supp. 2d 121, 124 (D. Conn. 2004) (quoting 132 CONG. REC. S. 14441 (1986)). See also Theofel v. Fare-Jones, 359 F.3d 1066, 1071 (9th Cir. 2004). The Court only notes that the ECPA does not bar the Government's request for sample of 50,000 URLs from Google's index though civil subpoena.

United States District Court
For the Northern District California

V. CONCLUSION

As expressed in this Order, the Court's concerns with certain aspects of the Government's subpoena have been mitigated by the reduced scope the Government's present requests. Nothing in this Order is intended to indicate how the Court would rule on the original broad subpoena or on any follow-up subpoena. The Court's decision on this Motion to Compel reflects the limited use to which the Government intends to put the information produced in response to the subpoena. In particular, this Order does not address the Plaintiffs' concern articulated at the hearing about the appropriateness of the Government's use of the Court's subpoena power to gather and collect information about what individuals search for over the Internet.

7 "Says the DOJ's [spokesperson Charles] Miller, "I'm assuming that if something raised alarms, we would hand it over to the proper [authorities]." (Decl. of Ashok Ramani, Ex. B. "Technology: Searching for Searches," Newsweek, Jan. 30, 2006.) (second alteration in original)

With these limitations, for the reasons stated in this Order, unless the parties agree otherwise on or before April 3, 2006, Google is ordered to confer with the Government to develop a protocol for the random selection and afterward immediate production of a listing of 50,000 URLs in Google's database on the following conditions:

1. In the development or implementation of the protocol, Google shall not be required to disclose proprietary information with respect to its database;

2. The Government shall pay the reasonable cost incurred by Google in the formulation and implementation of the extraction protocol;

3. Any information disclosed in response to this Order shall be subject to the protective order in the underlying case;

To the extent the motion seeks an order compelling Google to disclose search queries of its users the motion is DENIED. The Court retains jurisdiction to enforce this Order.

Dated: March 17, 2006 /s/ James Ware_____
06cv80006subpoena **JAMES WARE**
United States District Judge

United States District Court
For the Northern District California

THIS IS TO CERTIFY THAT COPIES OF THIS ORDER HAVE BEEN DELIVERED TO:

Joel McElvain: joel.mcelvain@usdoj.gov
Albert Gidari, Jr.: agidari@perkinscoie.com
Lisa Delehunt: ldelehunt@perkinscoie.com

Dated: March __, 2006 **Richard W. Wieking, Clerk**

By:_/s/ JW Chambers_____
Melissa Peralta
Courtroom Deputy

ÍNDICE ACUMULADO

ARTICULOS

CONFERENCIAS

LEGISLACIÓN

NACIONAL

INTERNACIONAL

RESEÑA LEGISLATIVA

CRÓNICA JURÍDICA

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS

SENTENCIAS

RECENSIÓN

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA

ARTÍCULOS

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.
- El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 121-145

ALVÁREZ CABRERA, Carlos.
- Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar.
- El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 171-181.

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.

BARZALLO, José Luis.
- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

CÁRDENAS, Gilberto.
- Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 93-110.

CREMADES, Javier y SANMARTIN, Javier.
- España: La nueva Ley General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 7-16.

CUADRADO GAMARRA, Nuria.
- Los Códigos tipo en la legislación española. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 73-90.

DELPIAZZO, Carlos E.
- La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 95-111.

FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.
- Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 11-25.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.
- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 151-165.

GARCÍA MANDALONIZ, Marta y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa.
- "La inquebrantabilidad del principio de la unicidad en la junta 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 opi-nión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), **5**, (Julio/Diciembre 2004), 17-40

GRAHAM. James A.
- *La Uniform Dispute Resolution Policy*: Una tentativa de calificación. **2**, (Enero/Junio 2003), 151-159.

HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquilar sin despellejar? **2**, (Enero/Junio 2003), 21-41.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael.
- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. **1**, (2002), 9-23.

IRIARTE AHON, Erick.
- Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. **2**, (Enero/Junio 2003), 103-129.

LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-leaning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.

LÓPEZ ZAMORA, Paula.
- Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005, 11-25.

MACHTA CHENDI, Zulay.
- El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 41-80

MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.

MATA, Miguel Ángel.
- La protección al consumidor en la contratación a distancia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 73-94.

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.

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.

PERALES VISCASILLAS, Mª del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el "popurrí" de los "nuevos" artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. **2**, (Enero/Junio 2003), 7-19.

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.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.
- Reflexiones sobre la contración informática. **4**, (Enero/Julio 2004), 11-21

PÉREZ PEREIRA, María.
- Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. **1**, (2002), 33-51.

PLAZA SOLER, Juan Carlos.
- Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 73-98.

QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo.
- "El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los

sistemas Open Access". **6-7**, (Enero/Diciembre) 2005, 183-202.

RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.
- El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. **2**, (Enero/Junio 2003), 61-80

REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos.
- Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en Europa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 147-157

RICO CARRILLO, Mariliana.
- Firmas electrónicas y criptografía. **2**, (Enero/Junio 2003), 81-101.

SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.
- La Directiva europea sobre comercio electrónico. **1**, (2002), 73-91.

SALGUEIRO A., José Ovidio.
- La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. **1**, (2002), 25-32.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.
- Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 129-146.

SANTANDER RENGIFO, Antonio.
- Una nueva vieja propuesta: la oferta al público por internet bajo la lupa de la Doctrina del Derecho Civil. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 81-120.

SARMIENTO, María Gabriela.
- Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 99-125.

SENENT VIDAL, María José.
- La protección jurídica del denominado "conocimiento libre". **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 141-170.

SOTO, Alberto.
- Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.

VALERO TORRIJOS, Julián.
- El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración (Análisis desde la perspectiva del Derecho español). **6-7**, (Enero-Diciembre 2005), 27-51.

VARGAS LEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. **4**, (Enero/Julio 2004), 23-62.

VÁZQUEZ, Víctor.
- La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 229-245.

WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.
- La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. **2**, (Enero/Junio 2003), 43-59.

YAYA NARVÁEZ, León David y CANO M., Jeimy J.
- Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia. **6-7**, (Enero-Diciembre 2005), 115-140.

CONFERENCIAS

ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.
- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. **4**, (Enero/Julio 2004), 93
- La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 261-272.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- El testamento electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 193.

ANTEQUERA, Ricardo Enrique.
- La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 197-208.

ARAUJO - JUÁREZ, José.
- El nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones en Venezuela. **4**, (Enero/Julio 2004), 65-91.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 247-259.

ARRIETA ZINGÜER. Miguel.
- Tributación e Internet. **4**, (Enero/Julio 2004), 145

BARZALLO, José Luis.
- Derecho de autor, Internet y libre competencia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 221-245.

BRANDT GRATEROL, Leopoldo.
- Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 165

DÍAZ GARCÍA, Alexander.
- Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 275-301.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús.
- Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 161-175.

ILLESCAS ORTÍZ, Rafael.
- La continuada –y, a veces, desaparecida– electronificación del Derecho de sociedades mercantiles. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 117-159.

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. **4**, (Enero/Julio 2004), 187

PÉREZ PEREIRA, María.
- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. **4**, (Enero/Julio 2004), 177
- La evolución de los sistemas de cifrado. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 189-193.

RAMOS HERRANZ, Isabel.
- Presentación VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 115-116.

REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. **4**, (Enero/Julio 2004), 109

RICO CARRILLO, Mariliana.
- El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 177-188.

SÁNCHEZ, Diego.
- Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 209-219.

LEGISLACIÓN

II.1. Nacional

Decretos

Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. **1**, (2002), 185-188.

Decreto N°1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.

Decreto Nº 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.

Decreto Nº 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica. **2**, (Enero/Junio 2003), 209-245.

Decreto Nº 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **2**, (Enero/Junio 2003), 255-280.

Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **1**, (2002), 255-273.

Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el 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.

Leyes

Ley especial contra los Delitos Informáticos. **1**, (2002), 275-285.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **1**, (2002), 189-253.

Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 249-298.

Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 299-329.

Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, video juegos y otros multimedias. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.

Reglamento

Reglamento sobre facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y larga distancia internacional de fecha 8 de noviembre de 2004. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 315-326.

Resoluciones

Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.

Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de

contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 253-255.
Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 257-261.
Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 263-266.

II.2. Internacional

Directivas

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.
Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.
Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.

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.

RESEÑA LEGISLATIVA

ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

CRÓNICA JURÍDICA

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- La Informática forense como medio de prueba. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
- El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: *Power Line Communications* (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

ALTAMIRA, Matías.
- Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 329-336.

JURISPRUDENCIA

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.
- La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 269-275.
- Procedencia de la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia sancionatoria de telecomunicaciones. Comentario a la sentencia de 09 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 357-364.

PALAZZI, Pablo A.
- Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 339-349.

RICO CARRILLO, Mariliana.
- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. **1**, (2002), 289-319.
- La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **2**, (Enero/Junio 2003), 313-314.
- El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.

SALGUEIRO, José Ovidio.
- El valor probatorio del correo electrónico. Comentario a la sentencia 2201-04 de la Corte Superior del Niño y el Adolescente del Área Metropolitana y Nacional de Adopción Internacional. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 353-355.

URSO CEDEÑO, Giuseppe.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 325-329

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 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 08 de noviembre de 2005. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 365-374.

In the United States District Court for the Northern District of California San Jose División, fecha 17 de marzo 2006, **8**, (Enero/Diciembre 2006), 351-369.

RECENSIÓN

PÉREZ PEREIRA, María. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada

- BARRAL VIÑALS, Immaculada (Coord.) *La regulación del comercio electrónico*. Edt. Dykinson, Madrid 2003, 207 págs. **3**, (julio/Diciembre 2003), 281-282.
- BRANDT GRATEROL, Leopoldo. *Páginas web: condiciones, políticas y términos legales.* Editorial Legis, Caracas, 2001, 358 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 283-284.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: *Marcas* versus *nombres de dominio en Internet*, Iustel, Madrid, 2004, págs, 351. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 309-310.
- RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho.* Edt. Legis, Caracas, 2003, 277 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 285.

RICO CARRILLO, Mariliana. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada

- BRICEÑO, Francisco (Coord.): *Aspectos legales del comercio electrónico,* Cavecom, Caracas, 2004, 294 págs. **4**, (Enero/Julio 2004), 341-245.
- BATUECAS CALETRIO, Alfredo: *Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Nº 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 377-378.

Normas para la presentación de artículos a ser publicados en la Revista Derecho y Tecnología

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación.

2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente 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.

4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a doble espacio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.

5. Los artículos se deben remitir en un archivo adjunto, a la dirección electrónica derechoytecnologia@ucat.edu.ve con copia a mrico@ucat.edu.ve

6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.

7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.

8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.

9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.

10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.

Rules the introduction of articles to be published on the Revista Derecho y Tecnología

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means.

2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows™ 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™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, and others), in the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The magazines could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if them do not fulfil the technical requirements to their publication.

3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
   - 3.1. The first page must have:
     a) Title of the article
     b) Author or authors name
     c) Academic title and institutional affiliation
     d) Author address and e-mail
     e) Resume no longer than 10 lines
   - 3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
     a) The abstract and the key words must be translated in Spanish and English.
     b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.
   - 3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the background (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified only with Arabic numeral. Each article, before section one or background, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).
   - 3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.
   - 3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

4. Articles must have a maximum extension of forty (40)sheet or pages written in double space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be always Times New Roman 12.

5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: derechoytecnologia@ucat.edu.ve with copy to mrico@ucat.edu.ve

6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the Revista Tachirense de Derecho as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.

7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.

8. The right of change of stylus that are considered convenient is reserved, once the article have been accepted by the Redaction Council for its publication.

9. An Arbitral Committee and a Redaction Council will analyze the articles. The observance of the norms do not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.

10. The Universidad Católica del Táchira, the editor and the Redaction Council of the magazine, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS	8/2006

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2006,
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó
de imprimir en el mes de noviembre de 2007, en los talleres de
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de 500 ejemplares.
San Cristóbal - Venezuela