

# DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA  
DEL TACHIRA

10/2008

Vicerrectorado Académico  
Decanato de Investigación y Postgrado



# Derecho y Tecnología

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

## Editor-Director

Mariliana Rico Carrillo

## Consejo de Redacción

Rafael ILLESCAS ORTÍZ (Universidad Carlos III de Madrid); Isabel RAMOS HERRANZ (Universidad Carlos III de Madrid); 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 SUÑE (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 10

Edición Especial 2008-2009

### *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



## ÍNDICE

### Artículos

Mónica LASTIRI SANTIAGO: El uso de la marca en <i>Second Life</i> .....	7
Apolonia MARTÍNEZ NADAL: Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español .....	45
Jorge AGUILAR TORRES: El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España .....	75
Mariana BUITRAGO RODRÍGUEZ: La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano .....	93
Marjorie MATTUTAT MUÑOZ: La electrificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela ....	111
Nayibe CHACÓN GÓMEZ: La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor .....	133
Karlith MONSALVE GONZÁLEZ: Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano .....	157

### Legislación

#### Venezuela

Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico .....	181
Resolución por la cual se dictan “Normas que Regulan los Procesos Adminis- trativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico” .....	203

<b>Unión Europea</b>	
Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior .....	227

<b>España</b>	
Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico .....	303

## **Jurisprudencia**

Mariliana RICO CARRILLO: La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano .....	325
Sentencia de la Sala de Casación Social Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de marzo de 2007 .....	331
Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de febrero de 2008 .....	355
Índice acumulado .....	401

---

**DOCTRINA**



# El uso de la marca en *Second Life*



Mónica Lastiri Santiago\*\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. El mundo de la realidad virtual. III. *Second Life*. 1. Aspecto social. 2. Aspecto económico. IV. Implicaciones de *Second Life* en el Derecho de la propiedad industrial e intelectual. V. Implicaciones de *Second Life* en el Derecho marcas. 1. Uso de una marca en el mundo real. 1.1. Nacimiento del derecho de marca. 1.2. Conservación del derecho de marca. VI. El uso de la marca en Internet. VII. El uso de la marca en *Second Life*. 1. Nacimiento de la marca en el *Second Life*. 2. Conservación del derecho de marca en *Second Life*. 3. Uso indebido de la marca en *Second Life*. VII. Consideraciones finales.

## Resumen

Las Nuevas Tecnologías irrumpen nuevamente en el Derecho de la propiedad industrial e intelectual. En esta ocasión, el objeto de nuestro estudio es el mundo virtual denominado *Second life* y su relación con el signo distintivo por excelencia: la marca. Abordaremos solo algunas cuestiones de esta plataforma que afectan de forma importante a los sólidos cimientos del Derecho de marcas.

**Palabras claves:** Realidad virtual. *Second Life*. Marcas.

## Abstract

Once again, the New Technologies stormed into Intellectual property law. In this occasion, this does it through the virtual world named Second life, specially in issues

---

Recibido: 18/2/2009 • Aceptado: 13/3/2009

\* [www.secondlife.com](http://www.secondlife.com)

\*\* Profesora Ayudante de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Marcas Diseños, Patentes y Derechos de Autor por la Universidad de Alicante. Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. [monica.lastiri@uc3m.es](mailto:monica.lastiri@uc3m.es)

like "the use of trademark rights" in virtual scope. In this article we will approach only in some problems relating trademark owners and the importance of be aware of the opportunities and challenges to their brand in virtual worlds like Second Life.

**Key words:** Virtual Reality. Second Life. Trademarks

## I. Introducción

Cuando pensamos en el mundo virtual, lo primero que se nos viene a la mente es Internet, es decir, un espacio más allá de lo geográfico que abarca desde las relaciones personales hasta los grandes negocios<sup>1</sup>. En esta ocasión, el Derecho se enfrenta a un universo virtual distinto a la Red de redes.

En el mes de marzo de 2007, concretamente en Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.), se presentó la primera demanda por infracción al *Copyright* y al derecho de marca por la copia y venta de un producto virtual en *Second Life*. De lo mencionado, nos asaltan varias preguntas: ¿Qué es la realidad virtual y su mundo?, ¿Qué es el *Second Life*? y ¿Qué relación tiene éstos con la propiedad intelectual e industrial?

Pues bien, cuando hablamos de "realidad virtual y su mundo" nos referimos a aquellas construcciones artificiales que tienen efectos reales sobre las personas; a la transmisión de imágenes tridimensionales que pueden moverse en un escenario virtual representable en la propia Red, como una especie de dibujos animados en el ciberespacio<sup>2</sup>.

Así pues, en este breve estudio nos detendremos en la llamada "realidad virtual y su mundo", muy especialmente al denominado "*Second Life*" y su repercusión en el Derecho de propiedad industrial e intelectual, especialmente el Derecho de marcas.

La problemática jurídica que plantea *Second Life*<sup>3</sup> para el Derecho de marcas consiste en que al ser un entorno que reproduce el mundo real, ofrece un novedoso medio para la promoción de marcas, al igual que para la compra y venta de productos, representando también una nueva plataforma para crear y

<sup>1</sup> Cuando comienza el florecimiento de Internet, los datos en el año 1998 apuntaban que la economía "virtual" equivalente a los mercados financieros planetarios significaba 12 veces el producto bruto global. En 1999, el valor de la economía Internet en EE.UU. se calculaba en 5000 millones de dólares, más que el de la industria del automóvil, el de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, TIC) o el de las compañías aéreas estadounidenses. En suma, lo virtual daba más beneficios económicos que lo real. ECHEVERRÍA, Javier., *Un mundo virtual*. Ed. Debolsillo, Barcelona, 2000, págs. 13-19.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pág. 91.

<sup>3</sup> A lo largo del presente estudio, nos referiremos a este mundo virtual denominándolo indistintamente *Second Life* o SL.

usar derechos de propiedad industrial e intelectual, y por lo tanto, para posibles infracciones a los titulares de derechos de marca<sup>4</sup>.

Una de las cualidades que hacen que *Second Life* sea un medio idóneo para el impulso comercial de marcas es el hecho de que posea una economía en conexión directa con la real. Lo anterior, se debe a que la moneda interna que se utiliza en este mundo virtual puede cambiarse por dinero real. Por ello, el *Second Life* constituye un espacio sugerente para aquellas empresas que desean promocionar y comercializar sus productos o servicios en su versión virtual.

Un ejemplo, entre otras grandes empresas, lo encontramos con el famoso diseñador *Armani*, quién en septiembre de 2007 inauguró su tienda con su propio *avatar*<sup>5</sup>.

Esta novedosa injerencia de las nuevas tecnologías en el terreno del Derecho de la propiedad industrial e intelectual fue denunciada en el año 2007<sup>6</sup> por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI). La denuncia se fundamenta en un estudio llevado a cabo por la *International Trademark Association* (en adelante, INTA), donde explicaba que por medio del denominado "mundo virtual", específicamente *Second Life*, se materializaban verdaderas infracciones a los derechos de propiedad industrial e intelectual.

Así es, la realidad virtual salta al terreno de la Sociedad de la Información cuando empresas crean e instalan un mundo virtual dentro de la Red de redes. En ella crean un universo en constante evolución y crecimiento, constituyendo una réplica del mundo real. Se tiene acceso a los mismos como si de una página *web* "convencional" se tratara –resulta paradójico calificar de convencional a la "web". El ejemplo más añejo de este tipo de espacio virtual es el *Alpha world* nacido en el año 1995<sup>7</sup>.

Igualmente, estas tecnologías resultan en la práctica muy atractivas para la aplicación de negocios y la industria, pues no operan únicamente como medios de publicidad sino también son considerados como un espacio de trabajo totalmente interactivo generado a través de la tecnología<sup>8</sup>. En el caso de *Second Life* se trata de un espacio virtual en el cual se pueden realizar actos de comercio.

4 Vid. "La Propiedad intelectual y las empresas: *Second Life*- La promoción y uso no autorizado de las marcas en los mundos virtuales" en *Revista de la OMPI*, n.º. 6, noviembre de 2007, disponible en [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html).

5 Vid. <http://www.topestilo.com/internet/armani-abre-una-boutique-en-second-life/>. De las empresas que se han instalado en *Second Life* están INDITEX con sus tiendas ZARA Y BERSHKA.

6 *Ibid.* La Propiedad intelectual... " [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html).

7 DAMER, Bruce. *Exploring and building Virtual Worlds on the Internet*. Ed. Peachpit Press, Berkeley, California, 1998, pág. xix.

8 Vid. CHORAFAS, Dimitris, N. y STEINMANN, Heinrich. *Realidad Virtual: aplicaciones prácticas en los negocios y la Industria*. Ed. Prentice Hall, México, 1996, pág. 25.

Como hemos de observar, el Derecho de marcas se enfrenta nuevamente a las nuevas tecnologías, en esta ocasión, con los actos perpetrados en entornos virtuales distintos a los generalmente realizados en Internet.

Al no contar con antecedentes legales o jurisprudenciales al respecto, surgen inquietudes esenciales desde ¿Cómo se registra la marca de un "producto" que no es tangible? hasta el problema del uso de la marca en *Second Life* y el cumplimiento de las condiciones necesarias para nacimiento o conservación de un derecho de exclusiva sobre ese signo distintivo.

Para el estudio de las cuestiones recién planteadas, debemos acudir al análisis, aunque sea breve, de lo qué es la realidad virtual y el denominado *Second Life*.

## II. El mundo de la realidad virtual

A primera vista surgen las siguientes interrogantes: ¿Cómo puede ser una realidad virtual? ¿Cómo se entiende algo que existe y no existe al mismo tiempo? y orientando la cuestión en el Derecho marcario ¿Cómo se puede promocionar una marca y obtener beneficios económicos en un espacio que no existe?

Sin dilación, la realidad virtual en el contexto de las nuevas tecnologías ha sido definida como "un sistema informático usado para crear un mundo artificial donde el usuario tiene la impresión de estar en dicho mundo, siendo capaz de navegar a través del mismo y de manipular los objetos que hay en él"<sup>9</sup>.

Se trata de soluciones tridimensionales que se han visto enriquecidas con sensaciones del mundo real a través de estímulos visuales, auditivos y de otro tipo que afectan al usuario de manera interactiva: "es un ambiente multimedia al alcance del usuario"<sup>10</sup>. Estas tecnologías generan una atmósfera virtual que produce la impresión de realidad.

Es necesario resaltar, que estas tecnologías hay que concebirlas no únicamente como un conjunto de ordenadores sino como sistemas de acciones humanas basadas en conocimiento científico<sup>11</sup>.

A través de los años, los desarrollos tecnológicos que llevaron a la creación de la realidad virtual se efectuaron con lentitud. El primer simulador de vuelo mecánico data de 1929 mientras que la simulación análoga a través de modelos

<sup>9</sup> G. Mantea y R. Blade: "Glosario de terminología de realidad virtual", *International Journal Virtual Reality*, vol., no.2, 1995, citado por ECHEVERRÍA, Javier, *op.cit.*, pág. 38.

<sup>10</sup> "En esencia, el término realidad virtual se refiere a la presentación de datos generados por ordenador de manera tal que cuenten con características similares (o mejoradas) a las de elementos bien conocidos por aquellos que perciben la información que se pone a su disposición. La línea que divide a las tareas simuladas de sus contrapartes del mundo real es muy delgada. La capacidad de obtener percepciones interactivas del mundo real a través de los ordenadores explica el interés que existe por la realidad virtual y los gráficos tridimensionales sofisticados. La sinergia entre los hechos reales y simulados da como resultados un sorprendente nivel de efectividad". CHOROFAS, Dimitris, N. y STEINMANN, Heinrich., *op.cit.*, pág. 21.

<sup>11</sup> Vid. QUINTANILLA, Miguel Ángel. *Tecnología. Un enfoque filosófico*. Ed. Fondo de Cultura económica, Madrid, 1989.

a escala prosperó durante los años treinta con presas de agua, ríos y túneles de aire<sup>12</sup>.

Como podemos advertir, los mundos virtuales suelen ser representaciones informáticas tridimensionales que permiten simular percepciones artificiales que van cambiando conforme avanza la ciencia y la tecnología. Algunos son de uso exclusivamente militar<sup>13</sup> y se utilizan también para entrenamiento de astronautas, pilotos de aviones, oficiales y soldados<sup>14</sup>. Otros son utilizados por científicos e ingenieros en sus centros de investigación<sup>15</sup>. Pueden crear distintos escenarios sociales como por ejemplo, tiendas, supermercados, museos, hoteles<sup>16</sup>, parques, ciudades, campus universitarios, etc., tal como lo hace el *Second Life*.

En este sentido, Internet es solo una parte de esa realidad virtual. A ésta hay que concebirla como un nuevo espacio "existente" sin ubicación precisa, que admite la convivencia de lo real y lo irreal.

Asimismo, la expresión "realidad virtual"<sup>17</sup> suscita especulaciones conceptuales de todo tipo, por lo que delimitaremos nuestro estudio a lo que se denomina infovirtualidad o tecnovirtualidad, es decir, la realidad virtual posibilitada por el desarrollo de la informática que consiste en la convergencia de dos tecnologías distintas: las simulaciones en tiempo real y la telemática<sup>18</sup>.

Las nuevas tecnologías se caracterizan por su eficiencia a la hora de trascender los límites. No todo es posible por medios telemáticos, pero cuando algo comienza a ser tecnológicamente factible, deviene real<sup>19</sup>. Los entornos virtuales construidos tecnológicamente funcionan y son accesibles a cualquier

12 CHOROFAS, Dimitris, N. y STEINMANN, Heinrich., *op.cit.*,pág. 27.

13 La realidad virtual tiene un origen militar y durante décadas ha sido investigada por el Departamento de Defensa de Estados Unidos. Vid. CHOROFAS, Dimitris, N. y STEINMANN, Heinrich., *op.cit.*, págs. 22.

14 Vid. RHEINGOLD, H. *Virtual Reality*. Simon and Schuster, Nueva York, 1991, págs. 64-66.

15 En lugar de hacer experimentos en escenarios reales, los equipos de realidad virtual llevan a cabo simulaciones científicas como lo son las pruebas y experimentos en un entorno virtual. Vid. Junfeng Yao, Hongming Zhang, Hanhui Zhang and Oingqing Chen. "R & D of a Parameterized Method for 3D Virtual Human Body based on Anthropometry" en *The International Journal of virtual reality*, Vol. 7, no. 3, September 2008, págs. 9-12.; Christina Eckes, Biatov Konstantin, Hülsken Frank, Köhler, Joachim, Breuer Pia, Branco Pedro and Encarnacao Miguel "Towards Sociable Virtual Humans: Multimodal Recognition of Human Input and Behavior" en *The International Journal of virtual reality*, Vol 6, no.4, December, 2007, págs 21-30 en <http://www.ijvr.org>

16 Vid. MENDOZA, Javier. "Visita virtual interactiva: el *second life* de los hoteles" en *Cuadernos de gestión y dirección de hoteles y restaurantes*, número 40, 2008, págs. 15-19.

17 Vid. MODDY, Fred. *The visionary position: the inside story of the digital dreamers who are making virtual reality a reality*. Ed. New York: Time Business, 1999, pág. 353; LEE, Adam. *Visualization and virtual reality: 3D programming with Visual Basis for Windows*. Ed. Mac Graw-Hill, New York, 1994, pág. y Comisión Europea. Information Market Observatory. *Virtual Reality: The technology and its applications*. Ed. Information Market Observatory, 1995

18 ECHEVERRÍA, Javier. *Un mundo...*, *op.cit.*, pág. 26.

19 *Ibid.*, pág. 29 y 34.

ser humano que utilice las herramientas tecnológicas correspondientes (ordenadores, gafas estereoscópicas, videojuegos y lugares virtuales en Internet).

En la década de los noventa la realidad virtual paso a formar parte de la cultura contemporánea. La confluencia de la simulación en tiempo real y la telemática comenzó a producirse en lugares virtuales que surgen en Internet donde se sumerge al usuario en mundos simulados, suscitando experiencias reales, creando un espacio social generado por y las Tecnologías de la información y las Comunicaciones (TIC), siendo conscientes que los seres humanos somos capaces de generar nuevas modalidades de realidad<sup>20</sup>.

En este sentido, Internet no es un mundo virtual propiamente dicho, sería un espacio (virtual) en el cual se pueden asentar otras comunidades (virtuales). Veamos, cuando se utilizó por primera vez la *WWW* en 1993, surgió la idea de crear un interfaz tridimensional en Internet donde las fuentes de datos –libros, sonidos, películas- pudieran ser representadas de forma natural, como son en el mundo real. En 1994 Marc Pesce inventó un nuevo lenguaje informático denominado *Virtual Reality Modelling Language* (en adelante, VRML) que permite distribuir escenas tridimensionales a través de Internet. Utilizando este lenguaje se creó el primer entorno virtual telemático llamado *Labyrinth, Silicon Graphics* que aportó el entorno de programación *Open Inventor*, y se construyó el *Portal Web Space*, específicamente diseñado para el nuevo lenguaje<sup>21</sup>.

Así surgió la versión VRML 1.0, que tuvo una gran trascendencia entre los internautas interesados en la transmisión de imágenes. En el año 1996, le siguió la versión 2.0, la cual se convirtió en el principal estándar de Internet para la transmisión de imágenes tridimensionales representables en la propia Red de redes. Además, en este tipo de entornos las imágenes son movibles y es posible localizar sonidos procedentes de tales imágenes, lo que permite construir representaciones de sujetos hablantes en los lugares virtuales. Esas entidades virtuales están provistas de sensores que permiten reaccionar a los movimientos y sonidos emitidos por otras imágenes, surgiendo un lenguaje ideográfico en Internet<sup>22</sup>. Este lenguaje permite a los usuarios interactuar en un espacio tridimensional, que posibilita movimientos y ubicaciones mucho más complejos de los objetos y los actores, así como acciones diversas, tales como entrar, salir, subir, bajar, y en general las acciones posibles en los videojuegos<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Predecesores de los lugares virtuales son los *Multiusers Dimensions, Multiusers Dungeons, Multiusers Dialogues* (en adelante, MUDs) que son entornos virtuales unidimensionales ya que la interacción de los usuarios sólo se produce por medio del texto escrito, no de las imágenes. Lo mismo ocurre con los *chats*. Vid. <http://www.encyclopedia.com/doc/1O12-multiuserdungeon.html> y <http://acronyms.thefreedictionary.com/Multi+User+Dimensions>

<sup>21</sup> ECHEVERRÍA, Javier. "Avatares, realidad virtual y educación digital" en *I Congreso Internacional de Educación Digital*, en [www.muskizkoikastola.com/euskara/irakaslegela/Avatares.doc](http://www.muskizkoikastola.com/euskara/irakaslegela/Avatares.doc)

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> ECHEVERRÍA, Javier., *Un mundo...*, *op.cit.*, pág. 89

El lenguaje VRML establece protocolos de identificación entre imágenes tridimensionales, las cuales pueden fluir por la Red con la misma facilidad que los términos truncados del lenguaje HTML (típico en Internet) y sus protocolos derivados (SMTP<sup>24</sup>, FTP<sup>25</sup>, NNTP<sup>26</sup>, etc).

Pues bien, los mundos virtuales que aparecen en Internet a partir de 1995, se les denomina también *virtual places* o lugares virtuales habitados por avatares o *avatars*. En ellos se logra una gran interacción debido a que el espacio web no sólo permite el intercambio en tiempo real de textos y conversaciones habladas sino también de imágenes tridimensionales, fijas o en movimiento. Los lugares virtuales pueden ser utilizados para jugar, pero lo más frecuente es utilizarlos como ámbitos para mantener reuniones virtuales de todo tipo, en ellos se generan auténticos entornos para la interrelación personal<sup>27</sup>.

Siendo así las cosas, consideramos que los elementos principales de estos mundos paralelos son los siguientes:

- a) *Avatar*<sup>28</sup>. Que consisten en una herramienta gráfica que permite crear y personalizar el personaje que el usuario desee representar por medio de ellos<sup>29</sup>.

Son los propios usuarios a través de su *avatar* los que habitan estos mundos virtuales, representando una especie de marioneta electrónica que puede moverse, actuar e interrelacionarse con otras máscaras digitales en un mundo virtual tridimensional<sup>30</sup>. Se consideran la representación digital de las personas que crean estas marionetas electrónicas<sup>31</sup>.

24 *Simple Mail Transfer Protocol* es un protocolo de enlace entre clientes y servidores para enviar correo electrónico.

25 *File transfer protocolo* es un protocolo de transferencia de archivos.

26 *Network News Transport Protocol* es un protocolo inicialmente creado para la lectura y publicación de artículos de noticias en *Usenet*.

27 ECHEVERRÍA, Javier, *Un mundo...*, *op.cit.*, págs. 94, 95 y 102

28 La palabra "avatar" surge en 1985, cuando *Chip Morningstar* propuso ese término para nombrar el tiempo de incorporación visual de los usuarios al programa *Habitat*, que fue el primer entorno virtual que funcionó por red. El término proviene de la mitología hindú y nombra la encarnación corporal que una divinidad adopta para estar transitoriamente en la Tierra. Vid. ECHEVERRÍA, Javier, *Mundo...*, *op.cit.*, pág. 105 y [www.communities.com/company/papers/lessons](http://www.communities.com/company/papers/lessons). Igualmente, James O'Donnell interpreta el término "avatar" en el sentido de "manifestación" o "reencarnación", la manera en que alguna fuerza abstracta y poderosa toma forma palpable para la percepción humana. Vid. O'DONNELL, James. *Avatares de la palabra*. Ed. Paidós, Barcelona, 2000, pág. 13.

29 SÁNCHEZ ÁGUILA-COLLANTES, Juan José. "Second Life. Al otro lado del espejo" en *Bit*, nº 163 jun-jul, 2007 pág 74.

30 ECHEVERRÍA, Javier. "Avatares...", *op.cit.*, [www.muskizkoikastola.com/euskara/irakaslegela/Avatares.doc](http://www.muskizkoikastola.com/euskara/irakaslegela/Avatares.doc)

31 SÁNCHEZ ÁGUILA-COLLANTES, Juan José., *op.cit.*, pág. 75.

La novedad consiste en que cada usuario que accede a uno de esos lugares virtuales puede crear su propio avatar, eligiendo una máscara en la guardarrope digital disponible, modificándola e imprimiéndoles una gestualidad y una voz específica. Una vez construida una identidad específica, los usuarios de un mismo lugar virtual pueden comunicarse, moverse y manifestar sus sentimientos por medio de gestos y palabras<sup>32</sup>.

- b) Escenografía. El escenario interactivo es el componente esencial para el espacio virtual. En él será donde pueda encontrarse, crearse y compartirse el contenido, donde se envíen mensajes informativos y donde se reciban; el lugar en el que los personajes virtuales se dediquen a lo suyo o interaccionen con el público<sup>33</sup>.

Estos escenarios están formados por el decorado confeccionado mediante programas informáticos que recurren a estructuras idénticas o similares al mundo real. En dichos escenarios puede haber objetos inanimados, así como simulaciones de todo tipo, tal es el caso de *Second Life*.

El objetivo principal de los *avatares* y los lugares virtuales es la construcción de simulaciones de la vida social en el espacio telemático, en el cual los interlocutores puedan representarse a sí mismos en un espacio virtual por medio de sus respectivos *avatares* y moverse con libertad en dicho escenario<sup>34</sup>.

Los mundos virtuales constituyen un nuevo espacio social, y no simplemente un medio de información y comunicación que transforma las relaciones entre las personas, convirtiéndolas en virtuales, si se quiere, pero no por ellos menos reales<sup>35</sup>. La realidad virtual existe y tiene verdaderas repercusiones en el mundo real, por ejemplo, si se produce una infracción al derecho de marca en un mundo virtual, el lugar donde se actúa ilegalmente será virtual pero no la infracción.

### III. *Second Life*<sup>36</sup>

*Second Life* es definida por su propio creador, Philip Rosedale, como un "3D Online Digital World" –un mundo virtual tridimensional *Online*- ideado y creado por sus propios residentes<sup>37</sup>. Desde un punto de vista técnico, se trata

<sup>32</sup> ECHEVERRÍA, Javier., *Un mundo..., op.cit.*, pág. 94 y 95.

<sup>33</sup> DAVENPORT, Glorianna. "Un mundo virtual a medida" en *Investigación y ciencia*, No. 292, 2001, pág.72.

<sup>34</sup> ECHEVERRÍA, Javier., *Un mundo..., op.cit.*, pág. 103

<sup>35</sup> *Ibid*, pág. 142.

<sup>36</sup> Para mayor abundamiento sobre la historia del *Second Life*, vid. [http://history.secondservers.net/index.php/Main\\_Page](http://history.secondservers.net/index.php/Main_Page). o RYMASZEWSKI, Michael. *Second Life: Official Guide*. Ed. John Wiley & Sons, 2007, págs. 252-271.

<sup>37</sup> RYMASZEWSKI, Michael. *Second Life: Official Guide*. Ed. John Wiley & Sons, 2007, pág. 4. Algunos usuarios buscan en él vivir la vida de sus sueños; una vida paralela al mundo real

de una aplicación de acceso *online* orientada a la interacción y el desarrollo 3D (tridimensional)<sup>38</sup>.

En términos generales, es considerado como un mundo virtual que aparece en Internet el 23 de junio de 2003 bajo el nombre de dominio [www.secondlife.com](http://www.secondlife.com). El despegue real en el número de usuarios registrados no se produjo hasta mediados del año 2006.

En el periodo de un año se registraron un promedio de 15.835 usuarios al día<sup>39</sup>. Resulta difícil estimar el número real de usuarios activos, de hecho, como reflejan algunas estadísticas de fuentes ajenas a la empresa propietaria de *Second Life*, a pesar de existir más de seis millones de internautas que se han creado su avatar, nunca están conectados simultáneamente más de 40,000<sup>40</sup>.

Se trata de un producto perteneciente a *Linden Research Inc.* conocido por *Linden Lab*. Es considerado "un juego de rol en línea para múltiples jugadores simultáneos –lo que se denomina, por sus siglas en inglés, un MMORPG<sup>41</sup>, pero a nuestro juicio no posee las características típicas de los juegos tridimensionales convencionales, ya que no existen reglas a seguir, ni una misión u objetivo establecido para llegar al final del juego.

Para poder formar parte de la comunidad virtual de *Second Life* es necesario que el usuario instale en su ordenador el *Second Life Viewer*<sup>42</sup> se registre y adquiriera el status de *avatar* o "*residente*"<sup>43</sup>.

Una vez que se cuenta con el *avatar*, uno puede comenzar a relacionarse en esta plataforma. *Second Life* tiene dos importantes aspectos, el primero desde el punto de vista social y otro desde un punto de vista económico.

en la que los límites los marca tan solo la propia imaginación. Vid. [www.euroresidentes.com/blogs/avances\\_tecnologicos/2007/01/second-life.html](http://www.euroresidentes.com/blogs/avances_tecnologicos/2007/01/second-life.html)

<sup>38</sup> Vid. GIL, Víctor, ROMERO, Felipe, VÁSQUEZ, Laura. "*Second Life*: lo que deben saber" en *Anuncios*, n° 1198, 18 al 24 de junio de 2007. (Primera parte), pág. 1.

<sup>39</sup> Del mes de abril de 2006 a abril de 2007 el número de residentes ha pasado de 197.366 a 5.973.301. Vid. GIL, Víctor, ROMERO, Felipe, VÁSQUEZ, Laura. "*Second Life*: ..." (Primera parte), *op.cit.*, pág. 1.

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Massively Multiplayer Online Role-Playing Games*. Vid. La Propiedad intelectual y las empresas: *Second Life*..., disponible en [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html).

<sup>42</sup> Aplicación *software*.

<sup>43</sup> Recordemos que el avatar es la herramienta gráfica que permite que el usuario pueda crear y personalizar el personaje o el "alter ego" en *Second Life*, decidir el color de la piel, los ojos, el tipo de pelo, la presencia de barba, bigote o tatuajes, la estatura la forma de la nariz y por supuesto la vestimenta y los complementos. *Second Life* cuenta con un gran número de páginas en Internet relacionadas como el blog *NewWorld Notas* (NWN) que permite estar actualizado acerca de este entorno digital. Vid. SÁNCHEZ ÁGUILA-COLLANTES, Juan José., *op.cit.*, págs.74 y 75.

## 1. Aspecto social

El usuario a través de su *avatar* podrá moverse por las calles virtuales e interactuar con el resto de los *residentes* de forma gratuita.

En esta atmósfera virtual se desarrollan actividades sin ánimo de lucro, como juegos y eventos culturales, sociales y educacionales por los que no hay que pagar.

*Second life* se ha visto beneficiado por la confluencia de cambios tecnológicos coyunturales, con una intensa cobertura mediática<sup>44</sup>.

Un gran número de compañías usan este tipo de "mundos paralelos" para conectarse con clientes y empleados, reduciendo de ese modo el tiempo de viajes y el costo de traslados que significaría hacer esas mismas cosas en el mundo real.

En la empresa *Deloitte*, por ejemplo, emplearon estas herramientas para realizar un evento interno denominado *Global Excellence Awards 2007*, permitiendo que empleados de todo el mundo asistieran virtualmente al evento<sup>45</sup>.

Igualmente, SL cubrió el *World Economic Forum* en Davos, Suiza donde se ofrecieron entrevistas virtuales y foros de discusión<sup>46</sup>.

Un ejemplo español es la Universidad Carlos III de Madrid que realiza por medio de *Second Life*, cursos y formación, actividades culturales y deportivas.



**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.** (www.uc3m.es)

<sup>44</sup> Como por ejemplo, el incremento generalizado del ancho de banda y la intensificación social de Internet.

<sup>45</sup> Vid. LARDI-NADARAJAN, Kamales. "Breathing a Second Life into synthetic worlds" *Deloitte. Consulting*. Deloitte MCS [http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/UK\\_C\\_BreathingSecondLifeintoSyntheticWorlds\(1\).pdf](http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/UK_C_BreathingSecondLifeintoSyntheticWorlds(1).pdf)

<sup>46</sup> NUSSBAUM, Bruce. "Davos does Second Life and You Tube" en *Businessweek*, 27 de enero 2007. [http://www.businessweek.com/innovate/NussbaumOnDesign/archives/2007/01/davos\\_does\\_seco.html](http://www.businessweek.com/innovate/NussbaumOnDesign/archives/2007/01/davos_does_seco.html)

Desde otra perspectiva social, al considerar *Second Life* una segunda vida, se entiende que es una segunda oportunidad de lograr ser la persona que el usuario habría querido ser (eso sí, en forma virtual), en el pueden moldear el aspecto de su *avatar* a su gusto, por ejemplo, ser más altos, adelgazar, engordar o incluso el cambio de sexo; pueden elegir una profesión distinta de la que tienen en la vida real e incluso atreverse a montar el negocio o empresa que no han podido montar en la realidad y llegar a vivir de ello. Igualmente hay usuarios que prefieren el *avatar* a su imagen y semejanza y utilizar *Second Life* como una extensión de su vida en el mundo real<sup>47</sup>.

## 2. Aspecto económico

Desde el punto de vista económico, el interés que suscita *Second Life* no está motivado por el volumen que alcanza su población, sino porque, actualmente, representa la mejor alternativa para comenzar a experimentar en este tipo de entornos actividades comerciales. Lo anterior responde a la presunción de que la web 2D que conocemos evolucionará hacia espacios 3D similares a *Second Life*.

Si el usuario desea participar en la comunidad virtual para comprar o vender, la opción que posee el usuario es denominada *Premium*, que cuesta alrededor de 10 dólares americanos al mes y con la que recibe de *Linden Lab* unos 400 "dólares Linden" a la semana<sup>48</sup>.

Para las grandes, medianas y pequeñas empresas este entorno puede resultar atractivo por tres razones fundamentales. En primer lugar, la inversión no es comparable con las partidas de marketing existentes en el mundo real, es posible disponer de una oficina estándar alquilada de 1,000 metros cuadrados por apenas 1200 euros al año. En segundo lugar, el rendimiento que se obtienen a través de la repercusión mediática que tiene la entrada en *Second life* amortiza la inversión. Y por último, los riesgos que se asumen son, con diferencia, menores que los que habitualmente se tienen en una campaña de marketing en el entorno real<sup>49</sup>.

Un factor que constituye la diferencia de *Second Life* con otros espacios virtuales es el hecho de tener su propia moneda, que se traduce fácilmente a divisas aceptadas por el sistema monetario internacional. El *Linden Dollar* (en adelante, dólar Linden) puede cambiarse en *LindeX* –Oficina de cambio de *Linden Lab*- al tipo de cambio actual de unos 270 dólares Linden por dólar de los EE.UU. Igualmente, existen Oficinas autorizadas por *Linden Lab Inc* en Europa como es la *Eldex- European Linden Dollar Exchange*<sup>50</sup>.

47 Vid. [www.euroresidentes.com/Blogs/avances\\_tecnologicos72007/01/second-life.html](http://www.euroresidentes.com/Blogs/avances_tecnologicos72007/01/second-life.html).

48 Vid. [www.secondlife.com](http://www.secondlife.com)

49 Vid. GIL, Víctor, ROMERO, Felipe, VÁZQUEZ, Laura. "*Second Life*: ..." (Primera parte), *op.cit.*, pág. 2.

50 Vid. <http://www.eldexchange.eu/>; también punto 1.5 de las Condiciones de Servicio de *Second Life*.

Como se desprende de lo dicho anteriormente, *Second Life* posee un sistema económico virtual constituyendo un auténtico *e-Marketplace*, con la diferencia que las transacciones económicas se llevan a cabo entre particulares a través de sus *avatares*<sup>51</sup>.

*Second Life* se convierte así en un "nuevo soporte de una de las actividades más antiguas de la Humanidad –el intercambio de bienes y servicios-"<sup>52</sup>, este hecho hace que este espacio tenga un gran potencial y sea utilizado por los *avatares* como instrumento de comercialización<sup>53</sup>.

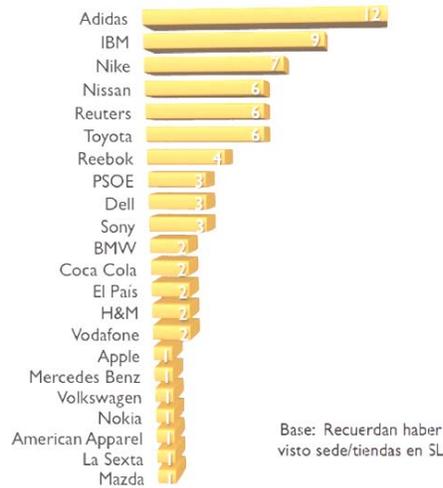
Grandes empresas como Adidas, Reebok<sup>54</sup>, Nike, Vodafone, Mercedes, Toyota, Nissan, Pontiac, ING Fórmula 1, Coca cola, Heineken, Kraft, Nike, Cisco, Intel Sony BMG, Reuters, Zara, Bershka y Apple, entre otras han querido experimentar formas alternativas de comunicación e interacción con el consumidor instalando sus oficinas y puntos de venta.

51 "Los Mercados Electrónicos Cerrados (MEC), conocidos en la práctica como *e-Marketplaces*, son una de las manifestaciones más ilustrativas de la Sociedad de la Información. La Sociedad de la Información no es un estado, sino un proceso; un proceso consistente en la migración a un nuevo espacio, el espacio digital. Objetos, sujetos y actividades se trasladan del territorio natural o analógico al espacio digital, del mundo de átomos del mundo de bits. Así, la Red alberga aulas, museos, campos de juego, lugares de reunión, ventanillas de la administración pública y, desde luego, mercados..."Vid. RODRÍQUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa. *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados. (e-Marketplaces)*. Ed. Marcial Pons., Barcelona, 2006, pág. 23 y sigs.

52 ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la Contratación Electrónica*. Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 33; RODRÍQUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa., *op.cit.*, pág. 23.

53 Vid. La Propiedad intelectual y las empresas: Second Life...en [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html).

54 Para visualizar cómo un avatar compra una zapatilla virtual de la marca "Reebok" Vid. <http://www.youtube.com/watch?v=8-K5IDPcw1I>



55

Atendiendo a que la mayoría de los usuarios participantes en este entorno económico no aparecen conectados simultáneamente, parece ser que el interés de las empresas en instalarse en *Second Life* no atiende a la obtención de ventajas económicas *per se*, sino que consiste en lograr que el consumidor lo asocie con una imagen de vanguardia, en la consecución de un notable impacto mediático y en la búsqueda de un público comercialmente muy interesante<sup>56</sup>.

Por otra parte, es preciso resaltar el hecho que las empresas que apuestan por SL comercializan productos virtuales. Surge la pregunta, ¿Qué son los productos virtuales?

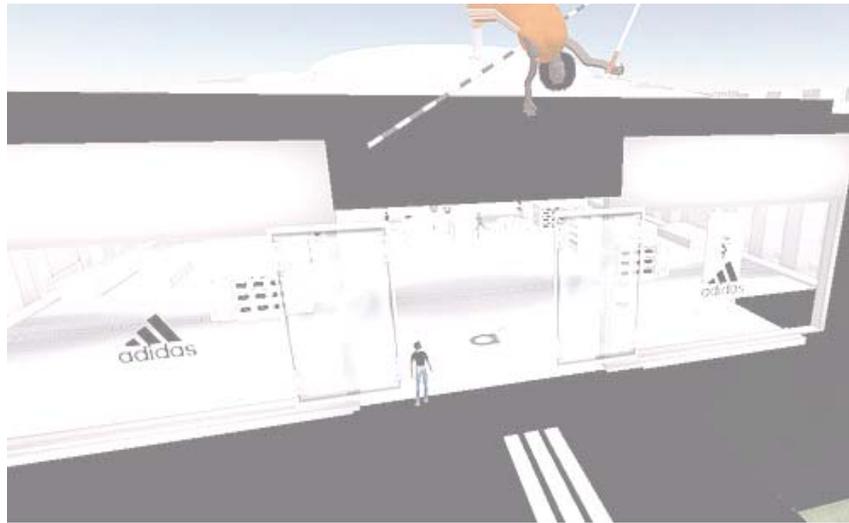
Sobre la base de lo expuesto hasta ahora, podríamos decir que los productos virtuales son bienes u objetos tridimensionales intangibles que se comercializan en los espacios virtuales, la particularidad del medio en que se desarrollan lo convierte, en nuestra opinión, en un servicio digital.

Un ejemplo de producto virtual lo podemos observar en los zapatos de deporte que "adidas" oferta a los *avatares*. Así es, los ofrece a precios muy por debajo

55 Vid. GIL, Víctor, ROMERO, Felipe, Vázquez Laura. "Second Life: lo que deben saber" en *Anuncios*, no. 1198, 18 al 24 de junio de 2007. (Segunda parte). <http://www.marketingnews.es/Noticias/Varios/20070725008>

56 Una encuesta realizada a 561 usuarios de nacionalidad española refleja que el retrato robot del "residente" *Second Life* - España corresponde en un 65% al varón de 33 años de media, 54% a personas con estudios universitarios y el 69% a personas con ocupación laboral. Se trata pues de un perfil interesante desde un punto de vista comercial que abre de forma espectacular el abanico de sectores y marcas con interés potencial en *Second life*. Vid. GIL, Víctor, ROMERO, Felipe, VÁZQUEZ, Laura. "Second Life: lo que deben saber" en *Anuncios*, no. 1198, 18 al 24 de junio de 2007. (Primera parte)

de su producto en el mundo real por lo que usuarios que en el mundo real que no pueden acceder a este tipo de productos en su versión real, recurren al virtual.



57

57 <http://www.amphibia.com.ar/adidas-abre-una-tienda-en-second-life/>; Vid. <http://www.adidas.com/es/shared/aboutadidas.asp>

Debido a estas cualidades económico-negociales, la OMPI e INTA denuncian que *Second Life*: "... constituye un hervidero tanto para la promoción de marcas como para las posibles infracciones del derecho de marcas"<sup>58</sup>.

De todo lo expuesto podemos afirmar, que *Second Life* crea un nuevo mercado: el virtual. Esta plataforma cuenta con un sistema económico-virtual propio, donde las oportunidades de negocio e incluso la especulación en este espacio tienen una repercusión directa sobre el mundo real.

El hecho de que en *Second Life* se puedan llevar a cabo infinidad de actividades, entre ellas, la venta y compra de bienes virtuales, plantea una serie de cuestiones interesantes como por ejemplo ¿De qué forma se impondrán los impuestos a las transacciones *Real Money Trading*? Nuestro estudio excedería de los límites impuestos por su título si nos extendiéramos en la cuestión planteada por lo que solamente quedará apuntada.

Nos centraremos únicamente en algunas de las implicaciones que tiene *Second Life* en el Derecho de marcas, para lo cual haremos una breve referencia a las repercusiones en el Derecho de la propiedad intelectual, entendiéndose éste en su más amplio sentido<sup>59</sup>.

#### IV. Implicaciones de *Second Life* en el Derecho de la propiedad industrial e intelectual

Como apuntábamos al principio de este estudio, el día 7 de marzo de 2007, la empresa EROS LLC demandó a *Volkov Catteneo* por infracción de *Copyright* y derecho de marca.

La singularidad de esta demanda de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial se encuentra en el hecho de que el objeto de la misma se hace sobre la base de una marca incorporada a un producto virtual donde además se instaba a un *avatar* cuya identidad al momento de presentación de la demanda no estaba determinada.

Así es, el Sr. Kevin Alderman, conocido en SL como *Stroker Sepertine*, a través de su empresa EROS LLC, comercia y vende un producto virtual para adultos bajo la marca *SexGen* que vende en SL a 45 dólares americanos. Por dicha actividad comercial, EROS LLC obtuvo una gran aceptación, haciéndose acreedor de considerables ganancias mensuales<sup>60</sup>. Asimismo, el *avatar* conocido en *Second Life* como *Volkov Catteneo* copio el producto creado por el Sr.

58 Vid. La Propiedad intelectual y las empresas: *Second Life*-...en [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html).

59 En este sentido, la expresión "Propiedad intelectual" abarca tanto los derechos de autor como la propiedad industrial, es decir, la Propiedad intelectual en sentido amplio. Vid. RANGEL MEDINA, David en *Derecho de la Propiedad Industrial e intelectual*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pág. 8.

60 Vendió una isla en *Second Life* a una empresa de medios alemana por 50,000 dólares americanos. Vid. WAGNER, James Au. "*Second Life Avatar Sued for Copyright Infringement*" en <http://gigacom.com/2007/07/04/second-life-avatar-sued-for-copyright-infringement/>

Alderman y lo vendía una tercera parte más barato de lo que lo ofertaba su creador.

Para dichos actos abusivos, *Linden Lab* cuenta con un sistema que permite a los usuarios presentar avisos con fundamento en la *Digital Millenium Copyright Act* (en adelante, DMCA)<sup>61</sup>. El Sr. Alderman al no obtener resultados por medio de esta vía virtual, decidió presentar una demanda ante el *United States District Court Middle District of Florida Tampa Division* donde demandaba a *Volkov Catteneo* por confeccionar y vender en SL los productos creados por EROS LLC en clara violación a lo establecido en la *Lanham Act*<sup>62</sup> y el *Copyright Act*.<sup>63</sup>

Esta demanda, aunque sienta un precedente importantísimo en el terreno de los entornos virtuales y del Derecho de propiedad industrial e intelectual, no contó con la opinión de los tribunales pues se llegó a un acuerdo entre las partes<sup>64</sup>.

Tal y como sucede en el mundo real, la legislación concerniente a la propiedad industrial e intelectual estadounidense es aplicable a los asuntos llevados a cabo en el entorno de *Second Life*<sup>65</sup>.

Por otra parte, los residentes de *Second life* pueden crear todo tipo de obras artísticas, industriales y comerciales, todas ellas virtuales. Igualmente, se pueden incorporar, en su versión virtual, productos ya existentes en el mundo real, tal y como sucede con las zapatillas "adidas" arriba ejemplificadas.

Al respecto *Second Life*, establece en sus Condiciones de Servicio que los autores de creaciones virtuales se considerarán titulares de derechos exclusivos sobre las mismas:

"El usuario tendrá derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual con respecto al contenido que realice en *Second Life*"<sup>66</sup>.

Lo anterior, motiva a los usuarios a continuar su labor creadora por medio de sus *avatares* para luego, con la posibilidad de cambio a moneda real del Dólar Linden, venderlo a los *avatares* de otros usuarios, obteniendo así beneficios económicos<sup>67</sup>.

61 *Second Life*, Condiciones de Servicio 4.3

62 *Lanham Act Violation-Unfair Competition and False Description of Origin*

63 Civil Action No. 8:07-CV-01158-SCB-TEW. *United States District Court Middle District of Florida Tampa Division*.

64 El texto se visualiza en SILVESTRINI, Elaine. "Virtual Sex Toy Suit Settled" en <http://www2.tbo.com/content/2008/mar/21/virtual-sex-toy-suit-settled/>

65 MENDIS, Dinusha Mendis. "Straming, Second Life, "Summer" and Tennis from SW19; A legal Perspective on Streaming and Secon Life on Sporting Events" en *European Intellectual Property Review*, Vol.30, Issue 1, 2008.

66 *Second Life*, Condiciones de Servicio 3.2

67 Phlip Rosendale, creador de *Second Life*, señaló en la conferencia sobre la tecnología de *AlwaysOn*, que se celebró el 1 de agosto de 2007, que 830 residentes consiguen más de 1000 dólares de los EE.UU al mes en *Second Life*. Igualmente informa que algunas actividades comerciales

Por otro lado, los creadores de bienes virtuales, al poder ser titulares de derechos de propiedad intelectual, podrán oponerse al uso de sus creaciones, que sin autorización previa realicen los *avatares* de otros usuarios. Evitando así que los usuarios a través de su avatar incorporen a los productos virtuales creados por ellos mismos una marca notoriamente conocida o renombrada con la intención de obtener beneficios económicos.

Se exhiben así, artículos no creados por las empresas titulares de las marcas:



También sucede que *avatares* cuenten con un *iPod* virtual cargado con música donde los autores de las grabaciones no hayan dado su consentimiento para el uso de su propiedad intelectual<sup>68</sup>.

Como se puede apreciar, son serios los problemas que también en materia de derechos de autor se pueden originar dentro del *Second Life*. A continuación abordaremos lo concerniente al Derecho de marcas.

## V. Implicaciones de *Second Life* en el Derecho marcas

La posibilidad de elaborar productos u ofrecer servicios en *Second Life* o bien convertir los existentes en el mundo real a su versión virtual, desencadena una serie de consecuencias importantes para el Derecho de marcas.

de los residentes han resultado lo suficientemente fructíferas para sustituir a lo ingresos que perciben en la vida real. Vid. La Propiedad intelectual y las empresas: *Second Life...*, *op.cit.*, disponible en [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html).

<sup>68</sup> *Ibid.* La Propiedad intelectual y las empresas: *Second Life...*, *op.cit.*, disponible en [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html)

Del mismo modo que este espacio virtual proporciona nuevas oportunidades para la promoción de marcas y nacimiento de nuevos signos distintivos, provee igualmente, desafíos como pueden ser los problemas relacionados con el uso de la marca en el mundo virtual o como el prestigio o denigración de la misma.

No hay que olvidar que la plataforma donde se actúa es virtual pero el acto ilícito no lo es. Puede suceder, como en el ejemplo arriba expuesto, que el titular de la marca "adidas" no haya dado autorización para la explotación de dichos derechos.

Al respecto, en las Condiciones de Servicio de *Second Life* se establece:

"Todo residente podrá presentar una denuncia por uso indebido si observa que cualquier otro residente utiliza de forma no autorizada material protegido por una marca en *Second Life*"<sup>69</sup>.

Como hemos expuesto, surgen dos cuestiones importantes. Por una parte, habrá que analizar si el uso de la marca en entornos virtuales es suficiente para que nazca la protección de un signo; y por la otra, "si la utilización en *Second Life* es apta para cumplir las exigencias de uso de las cuales se hace depender la pervivencia del derecho de exclusiva"<sup>70</sup>.

De la misma forma, cabe destacar que tenemos por un lado, la protección de un signo distintivo sobre un producto virtual creado por un *avatar*, es decir, una nueva creación por ende una nueva marca y por otro, la circunstancia de que grandes empresas titulares de marcas protegidas se incorporan a *Second Life*, es decir, marcas que cuentan ya con la protección jurídica correspondiente.

## 1. Uso de una marca en el mundo real

Sabemos que para analizar esta cuestión debemos tener presente que el "uso" de la marca es una fuente esencial del Derecho marcario<sup>71</sup>, pues a éste se le atribuyen efectos jurídicos importantes. En primer lugar lo referente al nacimiento del derecho de marca y en segundo en cuanto al uso obligatorio de la marca como requisito para el mantenimiento de ese derecho de exclusiva.

### 1.1. Nacimiento del derecho de marca

En Derecho comparado hay países como México que consideran como fuentes del derecho sobre la marca tanto el primer uso como el registro de la

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> GARCÍA VIDAL, Ángel. *Derecho de marcas e Internet*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 77.

<sup>71</sup> Vid. RANGEL MEDINA, David., *op.cit.*, pág. 50; RANGEL ORTIZ, Horacio. *El uso de la marca y sus efectos Jurídicos*. México D.F. 1980,(Documento inédito), pág. 59 y sigs.

misma. Pero el derecho de exclusividad sobre el signo marcario sólo se obtiene mediante su registro<sup>72</sup>.

Bajo la legislación comunitaria la situación es distinta, el artículo 6 del Reglamento de Marca Comunitaria señala que: "la marca comunitaria se adquiere por registro", vedando cualquier posibilidad de derecho exclusivo por el mero uso de la marca.

Lo mismo puede llegar a entenderse respecto de la Legislación española de marcas, contenida en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante "Ley de marcas") que en su artículo 2 establece:

"El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente ley"

En efecto, de lo anterior se desprende que no existirá derecho de exclusiva en los casos del mero uso del signo<sup>73</sup>. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una marca notoriamente conocida, pues en aplicación del artículo 3 de la Ley de Marcas<sup>74</sup> el titular de una marca notoriamente conocida usada pero no registrada puede invocar las normas del Convenio de Unión de París para la protección de la propiedad industrial (en adelante, CUP) cuando le sean más favorables, lo que quiere decir que el uso de una marca que deviene notoria tendrá el derecho de exclusiva como si se hubiese registrado<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> El artículo 87 de la Ley de Propiedad Industrial en México señala que: Los industriales, comerciantes o prestadores de servicios podrán hacer uso de marcas en la industria, en el comercio o en los servicios que presten. Sin embargo, el derecho a su uso exclusivo se obtiene mediante su registro en el Instituto. Igualmente, Vid. RANGEL MEDINA, David, *op.cit.*,

pág. 49. Respecto a la postura en este sentido en Europa, vid. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, págs. 565 al 567.

<sup>73</sup> Al respecto, el Profesor MASSAGUER FUENTES señala que la Ley de Marcas no condiciona al registro la adquisición del derecho de marca, sino la adquisición del derecho de propiedad sobre la marca (art. 3.1.), lo que al parecer del Profesor sólo parece remitir a las normas del Capítulo IV del Título II de de la Ley de Marcas, sobre la marca como objeto de propiedad. Vid. Massaguer Fuentes José. "La protección jurídica de la marca no inscrita" en GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael (Coord.). *Derecho de Marcas. Estudios sobre la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre*. Ed. Bosch, Barcelona 2003., pág. 47.

<sup>74</sup> El artículo 3 de la Ley de Marcas dice: "Podrán obtener el registro de marcas o nombres comerciales las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y las personas naturales o jurídicas extranjeras que residan habitualmente o tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en territorio España o que gocen de los beneficios del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883 de conformidad con lo establecido en el Acta vigente en España de este Convenio, denominado en los sucesivos *Convenio de París*, así como los nacionales de los miembros de la Organización Mundial del Comercio."

<sup>75</sup> CASADO CERVIÑO, Alberto y BORREGO, Cayetana. "Efectos del registro de la marca y de su solicitud" en González Bueno-Carlos (Coord.). *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2003, pág. 360 y 361.

Además, el artículo 6.2 inciso d) de la Ley de marcas impide registrar una marca confundible con una marca anterior notoriamente conocida, y el artículo 34 de la misma ley, tras enumerar las facultades del titular de una marca registrada, dispone en el apartado 5, que el titular de una marca no registrada "notoriamente conocida" goza en España –en el sentido del artículo 6 bis del CUP- de las mismas facultades que el titular de una marca registrada, salvo en lo que se refiere a la marca renombrada<sup>76</sup>.

De aquí observamos el desamparo que sufren los titulares de marcas no inscritas y que además no son consideradas como notoriamente conocidas. Al respecto, MASSAGUER FUENTES nos dice que:

"...la protección jurídica dispensada por el sistema de marcas en estos casos (acaso con la excepción de tutela procurada a la marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6bis del Convenio de la Unión de París) no es completa y, en particular, no atribuye a su titular las acciones de defensa de la marca. Los remedios correspondientes se han de buscar, por ello en la Ley de Competencia Desleal"<sup>77</sup>.

## 1.2. Conservación del derecho de marca

Una vez otorgado el derecho de exclusividad al titular de la marca por medio del registro, éste deberá seguir unas pautas con el objeto de conservar ese derecho y evitar así que éste caduque. Lo anterior, se consigue cumpliendo con los requisitos de mantenimiento del derecho de marca que son: el uso obligatorio de la misma y el pago de las tasas.

Así es, el uso de la marca es un requisito fundamental para la subsistencia del derecho sobre la misma. Y así lo establece la Ley de marcas en su artículo 39<sup>78</sup> que dice:

"Si en el plazo de cinco años contados desde la fecha de publicación de su concesión, la marca no hubiera sido objeto de uso efectivo y real en España para los productos o servicios para los cuales esté registrada, o si tal uso hubiera

<sup>76</sup> GARCÍA VIDAL, Ángel, *op.cit.*, pág. 80.

<sup>77</sup> MASSAGUER FUENTES, José. "La protección jurídica de la marca no inscrita", *op.cit.*, pág. 49.

<sup>78</sup> El mismo requisito se establece en el Derecho comunitario, vid. Artículo 101. de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO CE n° L40 del 11.2.1989, p.1) (en adelante, Directiva 89/104/CEE) dispone que si en el plazo de cinco años contados a partir de la fecha en que se haya concluido el procedimiento de registro, la marca no hubiere sido objeto de un uso efectivo por parte del titular en el Estado miembro de que se trate, para los productos y servicios para los cuales esté registrada, o si tal uso hubiere sido suspendido durante un plazo ininterrumpido de cinco años, la marca quedará sometida a las sanciones que prevé la Directiva, esto es caducará la marca, salvo que existan causa que justifiquen la falta de uso. Vid. GARCÍA VIDAL, Ángel., *op.cit.*, pág. 85

sido suspendido durante un plazo interrumpido de cinco años, la marca quedará sometida a las sanciones previstas en la presente Ley, a menos que existan causas justificativas de la falta de uso

2. A los efectos del apartado 1 también tendrá la consideración de uso:
  - a. El empleo de la marca en una forma que difiera en elementos que no alteren de manera significativa el carácter distintivo de la marca en la forma bajo la cual se halla registrada.
  - b. La utilización de la marca en España, aplicándola a los productos o servicios o a su presentación, con fines exclusivamente de exportación.
3. La marca se reputará usada por su titular cuando sea utilizada por un tercero con su consentimiento.
4. Se reconocerán como causas justificativas de la falta de uso de la marca las circunstancias obstativas que sean independientes de la voluntad de su titular, como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los productos o servicios para los que esté registrada".

Igualmente, al regular las acciones derivadas de la violación del derecho sobre la marca (artículo 41 de la Ley de Marcas) y las acciones declarativas de nulidad de la marca registrada (artículo 52 de la Ley de Marcas) atribuyen un importante relieve al cumplimiento de la carga legal de uso de la marca registrada. Lo mismo sucede en los artículos 52.3, –nulidad relativa- 55 y 58 de la Ley de Marcas que regulan la caducidad de la marca registrada como consecuencia del incumplimiento de la carga legal de uso<sup>79</sup>.

Como se desprende del artículo 39 arriba citado, el uso del signo debe ser efectivo y real. El Prof. FERNÁNDEZ NOVOA considera que los criterios a tomar en cuenta para apreciar si el uso de la marca ha sido efectivo y real, son a grandes rasgos los siguientes:

- 1) *El prototipo del acto de uso relevante es la venta de productos o la prestación de servicios bajo la correspondiente marca.*
- 2) *El uso publicitario de la marca debe considerarse relevante por la regla general.*
- 3) *Las ventas de sondeo (test sales) constituyen en determinados supuestos un uso relevante de la marca<sup>80</sup>.*

Sobre la misma cuestión, el Prof. GARCÍA VIDAL señala que para que el uso de la marca se considere efectivo, "es preciso, que se trate de un uso en el tráfico económico realizado a título distintivo de productos o servicios. Quedan

<sup>79</sup> Vid. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *Tratado.....op.cit.*,pág. 577.

<sup>80</sup> *Ibid.*, págs. 581-590.

excluidas, por lo tanto, las utilizaciones ficticias o aparentes, las meramente internas y las testimoniales"<sup>81</sup>.

Ahora bien, como sabemos, la mundialización de los mercados y las nuevas tecnologías nos obligan a enfrentarnos a nuevas situaciones y a plantearnos nuevas hipótesis. Primero nos enfrentamos a Internet y ahora a los mundos virtuales como lo es el *Second Life*. Y la cuestión surge en el terreno del Derecho marcario cuando nos preguntamos si ¿el uso de la marca en *Second Life* se considera relevante a efectos del nacimiento o mantenimiento de un derecho de marca?; y si esto es así, ¿cuándo se puede entender que la utilización de una marca en este espacio virtual representa un acto de uso en España?<sup>82</sup>

En el examen de esta cuestión podría aportar alguna luz el tratamiento que se ha dado al uso de la marca en Internet.

## VI. El uso de la marca en Internet

En un principio parecerían aplicables, al caso de *Second Life*, los criterios expuestos con respecto al uso de la marca en Internet, donde el signo aparece en un soporte distinto del producto en sí mismo, desapareciendo la relación tradicional entre la marca y el producto o servicio distinguido.

En este sentido, el Prof. CASADO CERVIÑO al referirse al uso de la marca en la Red expone que se debe acudir a una visión más espiritualista y más moderna del uso de la marca. Esta concepción aboga por considerar un uso de la marca, a la utilización de la misma a través de cualquier medio que deje claro a los consumidores la conexión y asociación entre el producto y la marca<sup>83</sup>.

Al respecto, en la Recomendación conjunta de la Unión de París y de la OMPI sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet<sup>84</sup> (en adelante, "la Recomendación") se plantea la cuestión del nacimiento, el mantenimiento y la lesión de un signo distintivo en Internet, ahí se sostiene que se considera que no hay uso de la marca en Internet si no hay un "efecto comercial" en el Estado en que tiene importancia ese uso para fines de adquisición, conservación e infracción<sup>85</sup>. Se presta especial atención a la existencia de una relación entre un signo empleado en Internet y un país o territorio particular<sup>86</sup>.

81 GARCÍA VIDAL, Ángel, *op.cit.*,pág. 85; FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos., *op.cit.*, pág. 453 y sigs.

82 GARCÍA VIDAL, Ángel., *op.cit.*, pág. 86

83 CASADO CERVIÑO y BORREGO, Cayetana. "Efectos ..." *op.cit.*, pág. 397.

84 Aprobada por la Asamblea de la Unión de París y por la Asamblea General de la OMPI, durante la trigésima sexta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados Miembros de la OMPI celebrada del 24 de septiembre al 3 de octubre de 2001.

85 Artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de "la Recomendación".

86 Vid. GARCÍA VIDAL, Ángel, *op.cit.*, págs. 94-99.

El artículo 3 de la Recomendación contiene una enumeración exhaustiva más no limitativa de los factores que habrá de tener en cuenta la autoridad competente de cada Estado miembro para determinar si el uso de un signo en Internet ha producido algún "efecto comercial"<sup>87</sup>.

La concurrencia de la gran mayoría de los factores mencionados en el artículo 3 de la Recomendación constituyen un indicio de que el signo produce efecto comercial en un determinado Estado. No obstante, "la determinación de la existencia de vínculos entre el uso de un signo en Internet y un determinado Estado dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. De este modo, puede suceder que todos los factores sean pertinentes; que sólo lo sean algunos o que no lo sea ninguno y que la decisión se tome con base en otros criterios"<sup>88</sup>.

Tal y como se indica en el citado documento internacional, se trata de una "Recomendación" por lo que las legislaciones de los Estados miembros del CUP o de la OMPI pueden desligarse de lo estipulado en dicho documento, quedando a cargo de los Tribunales de cada Estado el establecimiento de pautas en caso del uso de un signo distintivo en Internet.

Atendiendo a los criterios tomados respecto del uso de un signo distintivo en Internet, es de señalar que la División de Oposición de la OAMI ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el uso de la marca en la Red de redes. Así, en su Resolución n.º. 1513/1999 del 17 de diciembre de 1999, asunto "BEROL/TEROL", la División de Oposición se pronunció sobre el valor o el alcance de las copias de páginas de sitios *web* de Internet en las que aparecía anunciada la marca BEROL, aportadas por el oponente, entre otros, como prueba del uso de su marca anterior. La División de Oposición estimó que<sup>89</sup>:

"El material de Internet, como puede ser páginas de sitios *web*, pueden considerarse más que una forma de publicidad si van acompañados de pruebas en que se demuestra por ejemplo que el sitio fue visitado por un número determinado de visitantes en el periodo de tiempo relevante, o que se hicieron un determinado número de pedidos por Internet o bien porque pueda probarse la existencia del sitio *web* durante el periodo de tiempo relevante".

## VI. El uso de la marca en *Second Life*

Para poder pronunciarnos acerca de si el uso de la marca en el contexto de *Second Life* es suficiente para que nazca una protección de la misma y, si este uso es apto para cumplir las exigencias del uso obligatorio para la conservación del derecho de marca, debemos considerar las características que afectan, en este sentido, al *Second Life*, la particularidad virtual tanto de la plataforma

<sup>87</sup> Artículo 3 de la Recomendación.

<sup>88</sup> GARCÍA VIDAL, Ángel., *op.cit.*, pág.98.

<sup>89</sup> CASADO CERVIÑO y BORREGO, Cayetana. "Efectos ..." *op.cit.*, págs. 400 y 401

como de los productos que en él se comercian y promocionan y, el hecho de que en SL se conciban creaciones virtuales a las cuales se les diferencie con un signo distintivo.

El dólar Linden y su canje por dinero real representa la conexión entre el mundo real y el virtual, esta es precisamente la razón que hace posible que los actos de comercio que se llevan a cabo en *Second Life* tengan repercusión económica en el mundo real.

### 1. Nacimiento de la marca en el *Second Life*

De lo expuesto, podemos afirmar que en *Second Life* se cumple el primer requisito básico para que la marca pueda ejercer sus funciones, ésta se aplica a productos y servicios, con la peculiaridad del carácter virtual de los mismos. En este orden de ideas, estaríamos ante dos bienes intangibles: el producto o servicio y la marca, susceptibles de apropiación comercial.

La situación recién planteada presenta numerosas interrogantes para el Derecho de marcas, entre las que podemos mencionar está la noción básica acerca de que la marca constituye un bien inmaterial que no tiene una existencia sensible pero que necesita materializarse en cosas tangibles como el *corpus merchantium* para ser percibido por los sentidos<sup>90</sup>. Observamos que en este caso, la tangibilidad del *corpus merchantium* no se cumple en *Second Life*.

Asimismo, mencionamos lo perturbada que puede verse la materia relativa a las "funciones de la marca", pues si estamos ante un producto intangible, la función clásica *indicadora de la calidad* de la marca se ve claramente desdibujada ya que desaparece el nexo material de la marca con el producto; es difícil la determinación de la calidad en relación con un producto virtual. Cosa muy distinta sucede con la función condensadora del *goodwill* o la función publicitaria, estas funciones de la marca se ven reforzadas en el espacio *Second Life*, como veremos más adelante.

Ahora bien, bajo el cobijo de la legislación española, afirmar que por el uso de una marca en *Second Life* nace un derecho de exclusiva, presenta tremendas dificultades. Lo anterior lo decimos porque la Ley española otorga el derecho de marca al signo distintivo inscrito en el Registro correspondiente, negando la posibilidad de obtener un mejor derecho a aquellas marcas que hayan sido usadas pero no inscritas, es decir, el mero uso de la marca no será suficiente para obtener protección por el Derecho de marcas. Únicamente obtendrá un derecho si se produce el hecho de que la marca adquiera notoriedad en el sentido del artículo 6 bis del CUP.

Imaginemos que nosotros, a través de nuestro *avatar*, ideamos "un zapato virtual" y con la intención de distinguirlo de otros "zapatos virtuales" existentes en SL incorporamos en él una marca.

90 FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos., *op.cit.*, pág.27.

Recordemos que bajo la legislación española, para obtener protección y un derecho de exclusiva sobre esa marca, debemos acudir al registro en la Oficina española de patentes y marcas (en adelante, OEPM).

Primera interrogante, el producto virtual ¿Es un producto en sí o un servicio?, segunda interrogante, sobre la base del principio de la especialidad de la marca ¿En qué clase de la Clasificación Internacional de Productos y Servicios (en adelante, Clasificación de Niza) se registraría dicho signo distintivo?

Dando respuesta a la primera cuestión, como ya hemos señalado, el producto virtual debido a su inmaterialización y como resultado de ser una figura 3D constituye un bien intangible<sup>91</sup>. Creemos que más que un producto, se está proveyendo un servicio *on line*, pues en este caso, prevalece la peculiaridad del medio en el que nace dicho bien. El producto no existe *per se*, es una simulación de la mercancía real o un bien virtual.

En cuanto a la segunda interrogante, nos atrevemos a decir que al tratarse de un servicio, nuestros "zapatos virtuales" podrán ser registrados bajo la clase 42 de la Clasificación de Niza que protege los siguientes servicios:

"Servicios científicos y tecnológicos así como servicios de investigación y diseño relativos a ellos; servicios de análisis y de investigación industrial; diseño y desarrollo de ordenadores y software"

Ahora bien, pensemos que un tercero solicita el registro de una marca idéntica a la que ostenta nuestro "zapato virtual", con la salvedad que esta persona la pretende registrar en la clase 25 de la Clasificación de Niza, es decir, la marca estaría registrada para proteger : "Vestidos, vestimenta y sombrería".

En este punto ¿nos podríamos oponer al registro de la marca, alegando que nosotros tenemos ese mismo producto en su versión virtual? Como respuesta a la pregunta anteriormente formulada, planteamos dos situaciones distintas:

- a) El caso en que la marca usada en *Second Life* no haya sido inscrita

En esta cuestión, estaríamos ante un verdadero problema, pues recordemos que bajo la legislación española no tendríamos ningún derecho por el primer uso de la marca por ende no tendríamos atribuidas las acciones de defensa establecidas por la Ley de marcas, al menos que nuestra marca contara con la notoriedad suficiente para gozar de la excepción de la tutela procurada a la marca notoriamente conocida en el sentido del 6bis del CUP.

Así las cosas, la solución a este problema quedaría al amparo de lo establecido en el Derecho contra la competencia desleal. Lo anterior, sería perfectamente viable en un espacio como *Second Life*, que es un auténtico mercado virtual, teniendo siempre presente que las relaciones entre el Derecho contra la

<sup>91</sup> Vid. *Supra.*,pág. 15.

competencia desleal y el Derecho de propiedad industrial e intelectual están presididas por un principio de complementariedad<sup>92</sup>.

b) El caso en que la marca usada en *Second Life* haya sido registrada.

En esta situación, aunque contamos con un derecho de exclusiva sobre la marca, la posible solución no resulta nada sencilla.

Volviendo al ejemplo de los "zapatos virtuales" habíamos apuntado que por las características virtuales del producto que cubre la marca de *Second Life*, el registro recaería más sobre servicios que sobre productos, inclinándonos por registrar la marca en la clase 42 de la Clasificación de Niza.

Pues bien, supongamos que un tercero que vendiera zapatos en el mundo real, atendiendo al principio de especialidad de la marca y a la naturaleza del producto que ofrecerá al público consumidor, registra una marca idéntica a la nuestra de *Second Life*, pero lo hace en la clase 25 de la Clasificación de Niza: "Vestidos, zapatería y sombrerería". De tal modo que esta persona, desde un punto de vista técnico-jurídico, no estaría invadiendo nuestro derecho exclusivo, pues su marca protege productos diferentes a los nuestros.

Es importante recordar que la marca es especial en el sentido de que solo se aplica a la categoría de productos para los que ha sido creada. De aquí surge la regla general, según la cual la marca no puede registrarse para proteger, indeterminadamente, cualquier mercancía, ya que el alcance de la propiedad de una se limita a la protección de los productos o servicios para los que fue registrada. Ello quiere decir, en principio, que esa misma marca puede ser registrada por cualquier otra persona para distinguir productos o servicios de otra clase<sup>93</sup>.

Sin duda es una situación compleja pues se trataría de productos idénticos o similares a los de nuestra marca, con la salvedad, de que nuestros productos son virtuales<sup>94</sup>.

Siendo así las cosas, estaríamos ante una marca que protege productos idénticos o similares a los que designa nuestra marca pero en su versión tangible.

La posible solución no la percibimos con claridad, si acudimos al concepto de "riesgo de confusión" como defensa de un mejor derecho para nuestra marca. Veamos, el artículo 6 de la Ley de marcas que dice:

92 Vid. MASSAGUER FUENTES, José. "La protección jurídica...", *op.cit.*, pág. 49.

93 RANGEL MEDINA, David. "La especialidad de la marca en la Jurisprudencia mexicana" en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y artística*, año X, núm. 20, julio-diciembre de 1972, págs. 183-190.

94 Recordemos nuestra postura de que los bienes creados en SL más que productos son servicios.

- "1. No podrán registrarse como marcas los signos:
- a. Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos.
  - b. Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior por ser idénticos o similares los productos o servicios que designen, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.
2. ..."

Como se observa, el precepto transcrito se refiere a la identidad y similitud tanto en la marca como en los productos o servicios que se protegen, por lo que podemos afirmar que nuestro monopolio se ve atemperado por el principio de la especialidad de la marca. Lo anterior se debe a la característica también especial del producto nacido en *Second Life*.

En este caso, antes de decantarnos por la aplicación de la Ley protectora contra la competencia desleal, debemos reparar en el hecho de que los productos nacidos en *Second Life* constituyen creaciones que pueden ser protegidas por los derechos de autor.

Las creaciones originales susceptibles de convertirse en una marca son principalmente, las creaciones literarias, las obras artísticas y el título de una obra. En el caso de nuestros "zapatos virtuales" podríamos encuadrarla como una obra artística por lo que sería de aplicación el artículo 9 de la Ley de marcas que dice:

- "1. Sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas:
- a. El nombre civil o la imagine que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca.
  - b. ...
  - c. Los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por un derecho de autor o por otro derecho de propiedad industrial distinto de los contemplados en los artículos 6 y 7"

Con fundamento en el punto c. del artículo arriba citado, podremos reclamar la nulidad de la marca registrada en la clase 25 de la Clasificación de Niza<sup>95</sup>, siempre y cuando los zapatos del mundo real imiten o causen confusión con nuestros "zapatos virtuales". No obstante, según el caso, puede ser aplicable la Ley protectora contra la competencia desleal.

Hasta el día de hoy, no hemos tenido noticia de alguna decisión de tribunales tanto nacionales como extranjeros que hayan conocido de situaciones similares

<sup>95</sup> Para mayor abundamiento acerca del registro de obras protegidas por los derechos de autor. Vid. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *Tratado...*, *op.cit.*, págs. 256 y 257.

a las aquí planteadas, pero no dudamos que se susciten problemas de este tipo, tomando en cuenta la singularidad de *Second Life*<sup>96</sup>.

Tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, podemos decir que el problema de si el uso de la marca en *Second Life* cumple las condiciones necesarias para la protección de la marca en España, dependerá de cada caso en concreto siempre y cuando los actos de uso sean dentro del marco de una actividad económica en la plataforma SL.

Entendemos que las marcas nacidas en *Second Life* deben de gozar de una protección más amplia que la proporcionada al uso de la marca en Internet y que la excepción del "principio de la prioridad en el uso" debe prevalecer en estos casos.

En definitiva, se ha de conferir a la marca que ha sido utilizada en *Second Life* un mejor derecho, en términos análogos, al reconocimiento que se dispensa a la marca utilizada en el tráfico mercantil tradicional, cuando ésta quiera acceder al registro de aquel signo distintivo que no ha sido utilizado en el mundo real.

Y en el caso de oponibilidad al registro de una marca únicamente utilizada en *Second Life*, el estatus jurídico de ésta sería idéntico a la marca registrada respecto a su derecho creado *ex novo*, tomando en cuenta en todo caso, que ésta nunca ha sido utilizada en el mundo real.

Como valoración final de este epígrafe, debemos insistir en la aplicación de un criterio más flexible que se adapte a esta nueva realidad virtual, en donde sin duda alguna afirmamos que estamos ante una plataforma en la cual se lleva a cabo una utilización efectiva de la marca en el mercado.

Debemos tener muy presente que las empresas se interesan por posicionarse en este mercado, lo cual corrobora la finalidad económica y comercial de SL. Únicamente, el principio de primer uso operaría, como excepción legal, para las marcas que nacen en entornos como el *Second Life*, solo en este caso, el uso del signo resultaría relevante para efectos del nacimiento del derecho de exclusiva.

## 2. Conservación del derecho de marca en *Second Life*

El principio del uso obligatorio de la marca registrada es una de las piezas medulares del Derecho de marcas cuya finalidad esencial consiste en primer término, en la de arbitrar un mecanismo que contribuya a la consolidación de la marca, es decir, conseguir que se introduzca en la mente del público consumidor la unión entre el signo y producto; y segundo, en aproximar la realidad formal del Registro de Marcas a la realidad viva del mercado<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Vid. *Supra.*, pág. 1 y 17.

<sup>97</sup> Vid. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos., *op.cit.*, págs. 565 a la 625.

Al tratarse *Second Life* de un espacio virtual que posee un sistema económico propio, con un mercado cada vez más apropiado para aquellas empresas que desean promocionarse en un entorno diferente y vanguardista, creemos que la carga del uso obligatorio para efectos de evitar la caducidad de la marca por falta de uso o bien para lograr la protección como marca notoria, se cumple sobradamente en SL.

Así es, tal es el hecho que para que una empresa se introduzca en el mercado virtual significaría, desde el punto de vista del Derecho de marcas, un refuerzo de una de las funciones fundamentales de la marca, que es la condensadora del eventual *goodwill* o reputación y también un soporte ideal para efectuar la función de publicidad comercial que ejerce el signo por sí mismo en el mercado.

SL representa un mecanismo potencialmente atractivo para las empresas virtuales que quieran ir acumulando progresivamente su eventual buena fama o bien reforzar el *goodwill* de que ya gocen entre el público consumidor, los productos o servicios diferenciados por la marca registrada en el mundo real.

La marca en SL continúa la labor de la marca en el mundo real, es decir, es un vehículo que estimula la competencia empresarial y asegura la transparencia en las transacciones económicas<sup>98</sup>.

De ahí que, siguiendo las pautas de la doctrina estadounidense que resalta que la marca *per se* constituye un medio para crear y perpetuar *goodwill*; decimos que en SL la marca es efectivamente la que vende los productos<sup>99</sup> en este entorno virtual, pues es la propia naturaleza del medio en el que se desenvuelve, la que determina su capacidad publicitaria. En resumen, la marca en este espacio, también tiene su "segunda vida".

Con relación a la carga legal del uso obligatorio de la marca, debe admitirse la existencia de una vinculación entre el signo y los productos o servicios cuando la publicidad de la marca está respaldada por una oferta potencial de los artículos o servicios diferenciados para la misma<sup>101</sup>.

Por otra parte, el Prof. GARCIA VIDAL al referirse al uso efectivo o relevante como marca en Internet señala que

"...es preciso que el público entienda el signo efectivamente como indicador de origen empresarial de los productos o servicios a los que se aplica. Es decir, es necesario que la marca diferencie efectivamente los productos o servicios de

98 Respecto al uso de la marca comunitaria vid. CASADO CERVIÑO, Alberto. *El sistema comunitario de marcas: normas, jurisprudencia y práctica*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 59.

99 SCHECHTER, *Harvard Law Review*, No. 40, 1927, pág. 813 y sigs., citado por FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos., *op.cit.*, pág 78. Para mayor abundamiento Vid. del mismo autor. *Fundamentos del derecho de marcas*. Ed. Montecorvo, 1984, págs. 425 y sigs.; CASADO CERVIÑO, Alberto. *El sistema comunitario...**op.cit.*, págs. 59-79. DE LA FUENTE GARCÍA, Elena. "Las marcas" en O'CALLAGHAN MUÑOSZ, Xavier. *Propiedad Industrial: Teoría y práctica*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs.125-129.

un empresario con respecto a los de los demás. Para que esto ocurra no es condición imprescindible que exista una conexión física entre el producto o servicio y la correspondiente marca. Es por el contrario suficiente con que el titular establezca por cualquier medio la debida asociación entre el signo y el producto y el servicio"<sup>101</sup>.

Con fundamento a lo arriba señalado, podemos afirmar que en SL el signo distintivo es un claro indicador de origen empresarial de los productos o servicios de los que se aplica, ya que como hemos apuntado, lo determina la especialidad del medio en el que nacen los mismos productos o servicios.

Otro punto importante que apoya nuestra postura acerca de si el uso en SL es relevante para efectos de dar cumplimiento a la carga legal del uso obligatorio de la marca, es el significativo hecho de que en SL se realizan transacciones económicas que podríamos calificarlas como un auténtico comercio electrónico directo<sup>102</sup>, éste es factible respecto de productos intangibles o la prestación de servicios en *Second Life*, sería análogo a la compra de música o un programa informático<sup>103</sup>.

Pues bien, en estos casos de comercio electrónico directo, consideramos que el uso de la marca en SL es susceptible de originar la asociación entre el signo y los productos o servicios que se requiere para el nacimiento o el mantenimiento de un derecho de exclusiva. Así, por ejemplo, si la marca aparece en la tienda –en SL– de una gran empresa en la que se permite adquirir un producto virtual de la misma, es claro que los usuarios crearán un vínculo entre el signo y el producto<sup>104</sup>.

Ahora bien, la cuestión que resulta en demasía complejo es el hecho de que para que el uso se considere efectivo debe tener cierta entidad en el ámbito territorial concreto, esto es, ser significativo atendiendo a la naturaleza del producto y a la envergadura de la empresa, porque simplemente no es suficiente vender o prestar servicios en España.

En este punto debemos identificar una serie de situaciones que permitan deducir la especial vinculación de un producto en SL con la empresa en un determinado territorio. A este respecto no creemos acertado hacer extensibles los supuestos discutidos en la Recomendación arriba mencionada y tratar de

100 FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Tratado...", *op.cit.*, pág. 470.

101 GARCÍA VIDAL, Ángel., *op.cit.*, pág. 88 citando a Fernández Novoa, Carlos, *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág. 426.

102 Para mayor abundamiento acerca del estudio del Derecho del comercio electrónico. Vid. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la Contratación electrónica*. Ed. Civitas, Madrid, 2001; GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. *Comercio electrónico en Internet*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2001; RICO CARRILO, Mariliana. *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Ed. Legis, Colombia, 2005; RIBAS ALEJANDRO, Xavier. *Aspectos Jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

103 Vid. GARCÍA VIDAL, Ángel, *op.cit.*, pág. 89.

104 Respecto al uso de la marca en Internet, vid. *Id.*

aplicarlos a *Second Life*. Suponemos que, como es costumbre, cuando SL se haya hecho notar con más rotundidad, se convocarán reuniones para que expertos en la materia discutan este problema y nazca de la mismas otra "Recomendación", pero esta vez, referida al uso de la marca en entornos virtuales, como el SL.

### 3. Uso indebido de la marca en *Second Life*

La política reguladora del material protegido por marcas en *Second Life* establece que "el personal de *Linden* –empresa fundadora- suele eliminar el contenido que se sirve de marcas sin que aparentemente haya mediado autorización, comunicándose al propietario del objeto (...). Todo residente podrá presentar una denuncia por uso indebido si observa que cualquier otro residente realiza un uso no autorizado de material protegido por una marca en *Second Life*"<sup>105</sup>. Dicha denuncia se lleva a cabo a través de un proceso que exige el debido cumplimiento de la DMCA<sup>106</sup>.

Como se pudo apreciar en el conflicto por infracción al *Copyright* y al derecho de marcas citado al principio del presente artículo (en adelante, el caso "*SexGen*"<sup>107</sup>) el proceso establecido por *Linden Lab* para evitar el uso indebido de marcas protegidas fue más que insuficiente, pues no ofrece una defensa sólida para los titulares de materiales tutelados por los derechos de autor, mucho menos para los casos de uso indebido de signos distintivos.

A este respecto, opinamos que la legislación española cuenta con una regulación fuerte para hacer frente al problema del uso indebido del signo distintivo en el entorno de *Second Life*. Sin embargo, el ejercicio de las acciones en contra de los usuarios puede presentar la dificultad de que a la hora de iniciar estos procesos judiciales exista, como en el caso *SexGen*, la imposibilidad de identificar al infractor.

Efectivamente, si el infractor no es identificado, difícilmente prosperará la demanda, necesitaríamos forzosamente obtener los datos personales del infractor. Para ello, se necesitaría la colaboración de *Linden Lab*.

En este caso, *Linden Lab* no está obligado a proporcionar los datos personales de sus clientes, por lo que la situación se complicaría si la empresa creadora de SL se negara a revelar la identidad de sus usuarios. Lo anterior, se agrava si contamos con el hecho de que los usuarios en SL no están obligados a dar su verdadera identidad.

En este punto es preciso recordar que en el caso *SexGen*, la demanda fue presentada ante las Cortes estadounidenses desconociendo la verdadera

<sup>105</sup> Condiciones de Servicio 4.3; también vid. La Propiedad intelectual y las empresas: *Second Life*... [www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article\\_004.html](http://www.wipo.int/wipo-magazine/es/2007/06/article_004.html)

<sup>106</sup> Vid. *Supra.*, pág. 18.

<sup>107</sup> Marca objeto del conflicto. Vid., *Supra.*, pág. 17.

identidad de la parte demandada, solo figuraba el nombre del *avatar* y no del usuario creador del *avatar*.

A este respecto, el demandante, después de cuatro meses de enviar requerimientos tanto a *Linden Lab* como a *PayPal* solicitando los datos personales además de contratar detectives privados para obtener los datos del usuario que se escondía bajo el nombre de *Volkov Catteneo*, no obtuvo ninguna respuesta por parte de la mencionadas empresas, finalmente, el mismo demandado reveló su verdadera identidad.

Planteándonos el problema en territorio español nos encontraríamos con una situación similar respecto de las acciones que pudieran emprenderse contra los usuarios de las redes P2P<sup>108</sup>.

En Europa, los derechos a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, son los mayores obstáculos que pueden encontrar los titulares de derechos para averiguar la identidad de presuntos infractores de derechos de propiedad intelectual e industrial.

La regulación del derecho a la protección de datos personales está muy armonizada en el seno de la Unión Europea, y ello por dos razones: 1) porque se ha pretendido asegurar a los ciudadanos comunitarios un nivel de protección en un ámbito en el que, hasta hace unos años, estaban desprotegidos; 2) porque dado el valor económico que han adquirido estos datos para las empresas que operan en el ámbito del Mercado Común, se ha hecho necesario establecer un marco regulador homogéneo a fin de eliminar las trabas al tráfico de estos datos entre los países comunitarios<sup>109</sup>. Este marco está compuesto principalmente por la Directiva 95/46/CE<sup>110</sup>, y la Directiva 2002/58/CE<sup>111</sup>.

La cuestión principal en materia de protección de datos personales es que "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables y los ficheros que contengan esta información, entre otras, constituyen datos de carácter personal conforme al Derecho español y comunitario<sup>112</sup>. Lo importante aquí, es recalcar que es de los ficheros de las

108 Vid. El tema de redes P2P ha sido objeto de estudios anteriores, vid. Ampliamente, L. ASTIRI SANTIAGO, Mónica "La propiedad intelectual y las redes Peer- to- Peer. Estado actual" en Etcheverry, Raúl (Direcc.) y ROBLES MARTÍN LABORDA, Antonio, *Derecho de Comercio electrónico. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ed. Hammurabi (en imprenta).

109 GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: "La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de Propiedad intelectual a través de redes P2P" en *Revista de propiedad intelectual*, núm. 20, mayo-agosto, 2005, pág. 94.

110 Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

111 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

Directivas que cita el Tribunal en su sentencia en los puntos 16 al 27.

112 Vid. Artículo 3 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.

empresas de los que se podrían valer los titulares de derechos de propiedad industrial e intelectual, para averiguar la identidad de los usuarios infractores<sup>113</sup>.

Ahora bien, dado que las identidades de los usuarios de SL son datos personales, *Linden Lab* no puede sin más revelar a los titulares de los derechos infringidos los nombres de quienes se esconden atrás del avatar infractor<sup>114</sup>.

Una problemática similar a la planteada se presenta en materia de derechos de autor con la persecución de los infractores de estos derechos en las redes P2P. Por ello, nos parece conveniente hacer referencia a dos distintas posturas al respecto:

a) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>115</sup>

El día 26 de junio de 2006, el TJCE recibe una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en un caso de infracciones a los derechos de propiedad intelectual en redes P2P.

En este asunto, la empresa "Productores de Música de España" (en adelante, PROMUSICAE) solicitó se ordenase a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) revelar la identidad y la dirección de determinadas personas a las que ésta presta un servicio de acceso a Internet y de las que se conoce su dirección IP y la fecha y hora de conexión.

El Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid estimó la solicitud presentada por PROMUSICAE (diligencias preliminares), a lo que TELEFÓNICA se opuso alegando que conforme a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSI), la comunicación de los datos solicitados sólo estaba autorizada en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional y no en el marco de un procedimiento civil o como medida preparatoria de un procedimiento civil. A lo anterior, PROMUSICAE, contestó que el artículo 12 de la LSSI debía interpretarse conforme a diversas disposiciones de la DCE, Directiva 2001/29/CE<sup>116</sup>, 2004/48/CE<sup>117</sup>, y a los artículos 17, apartado 2, y 47 de la Carta, textos que permiten a los Estados Miembros restringir

<sup>113</sup> Vid. Artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>114</sup> *Ibid.* Vid. Artículo 7) y 13.1 de la Directiva 95/46/CE. Vid. Caso Google que se negó a dar información de sus usuarios a ...

<sup>115</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Gran Sala), de 29 enero 2008. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl>

<sup>116</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

<sup>117</sup> Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual.

únicamente a los fines a los que se refiere el tenor de esta Ley, el deber de comunicar los datos de que se trata.

El Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid decidió suspender el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia.

El TJCE se pronunció en el sentido que las Directivas 2000/31/CE (DCE), 2001/29/CE, 2004/48/CE y 2002/58/CE<sup>118</sup> no obligan a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

"En el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales con los demás principios generales del Derecho Comunitario, como el principio de proporcionalidad"<sup>119</sup>.

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, la postura europea se inclina, aunque no categóricamente, a favor del respeto de los derechos fundamentales, considerando que no es obligación de los prestadores de servicio de la Sociedad de la Información proporcionar, en casos de infracción a los derechos de propiedad intelectual, los datos personales de los infractores.

b) Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York

Este Tribunal estadounidense se pronunció sobre la cuestión planteada anteriormente. La empresa *Viacom* presentó una demanda contra *YouTube* por infracción de derechos de autor. Dentro de la demanda la parte actora solicitaba los nombres de los usuarios que habían infringido los derechos de autor de *Viacom*.

La empresa *Google* propietaria de *YouTube* fue requerida para proporcionar copia de los "*Logging Database*" de cada vídeo mostrado en la página *web*. A lo que la empresa se negó rotundamente argumentado que en ningún caso realizaría ningún acto que afectase la privacidad de sus clientes<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

<sup>119</sup> Punto 70 de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (en adelante (TJE)

<sup>120</sup> Vid. <http://news.findlaw.com/nytimes/docs/google/viacomyoutube31307cmp.html>

La decisión del Tribunal estadounidense, entre otras cuestiones, ordenaba a *Google* a revelar los datos relativos a la utilización que los usuarios han hecho de *YouTube*<sup>121</sup>.

De las posturas arriba esbozadas, se desprende que el Derecho comunitario se decanta por reforzar la protección dada a los datos de carácter personal, no obligando a las empresas a revelar la identidad de sus clientes en caso de infracción de derechos de propiedad intelectual, aplicable por analogía, a las infracciones de derecho de marcas. Debemos entonces esperar al pronunciamiento de los tribunales españoles después de lo señalado por el TJCE.

Lo anteriormente expuesto, puede servirnos de orientación para vislumbrar el problema que representaría solicitar de *Linden Lab* los datos de algún cliente, en el caso de infracción de derecho de marca en *Second Life*.

## VII. Consideraciones finales

*Second life* es un mundo virtual donde las personas, creando sus propios personajes en 3D (avatar) participan en una sociedad virtual, réplica de la real. Escenario donde se desarrollan actividades sociales y económicas análogas al mundo tangible.

*Second Life* es un espacio que motiva la labor creadora desde que el usuario decide participar en dicho mundo. El proceso creador comienza a partir de que el usuario concibe su personaje hasta crear sus propios elementos de pervivencia en el entorno virtual.

Además de esa labor creadora, la actividad comercial juega un papel fundamental haciéndola atractiva para las empresas o bien para los *avatares* "creadores" y "emprendedores" por tanto, el obtener beneficios económicos se convierte en su finalidad principal.

*Second Life*, entre muchas réplicas funciona también como un *e-Marketplace*. En él, se pueden crear objetos e intercambiar diversidad de productos virtuales entre particulares a través de su dólar Linden, éste último es el elemento de conexión con el mundo real debido a su característica intercambiable por divisas reales.

Siendo así las cosas, las expectativas en *Second life* se posaban en un muy alto nivel, afirmando incluso que en un período no superior de cinco años serían los protagonistas de una nueva revolución tecnológica convirtiéndose como un medio esencial para la construcción de la identidad corporativa de las empresas<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> Vid. VON LOHMANN, Fred. "The Viacom versus YouTube (Google) Case en learnoutloud.com <http://www.learnoutloud.com/Free-Audio-Video/Technology/Internet/The-Viacom-versus-YouTube-Google-Case/26840>

<sup>122</sup> LARDI-NADARAJAN, Kamales., *op. cit.*, [http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/UK\\_C\\_Breathing...](http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/UK_C_Breathing...)

Dichas predicciones no se han cumplido del todo, debido a que resulta imposible implantar el modelo de negocio clásico en un entorno tan singular como lo es *Second Life*. La intangibilidad de los productos y servicios no permite obtener grandes expectativas de venta, pero a nuestro parecer sí permite crear una imagen vanguardista de la empresa, por lo que actualmente, es un medio idóneo para condensar el *goodwill*, una de las funciones básicas de la marca.

A pesar del rápido crecimiento que experimentó durante los años 2006 y 2007, la inserción comercial en *Second life* pierde fuerza cuando se compara con las ganancias obtenidas en Internet. No obstante, es evidente que las marcas que han entrado en *SL* no lo han hecho atendiendo a este criterio cuantitativo, sino más bien partiendo de la perspectiva de las relaciones públicas, poniendo el énfasis en su poder publicitario.

Fuentes empresariales aseguran que actualmente invertir en este entorno se tiene que considerar como "una apuesta de I + D en materia de comunicación", es decir que no hay un retorno claro ni rápido, pero sí grandes proyecciones de futuro<sup>123</sup>.

Al tratarse de una nueva forma de realizar transacciones económicas, no debemos subestimar los resultados iniciales. Hay verdaderos negocios forjándose en *Second Life*. Es claro que así como Internet irrumpió en la vida económica mundial con la introducción de su WB2 (*Web*), el 3D hará lo mismo y debemos estar preparados.

A lo largo de este breve estudio, hemos tratado de sustraer solo algunos de los retos que pueden presentarse en el Derecho de marcas poniendo especial interés a la utilización de la marca en *Second Life* y si este empleo constituye, a la luz de la legislación española, un acto de uso relevante para efectos del nacimiento o mantenimiento de un derecho de exclusiva.

Del mismo modo, afirmamos que *SL* se establece en un terreno donde pueden originarse numerosas infracciones al derecho de marca.

De lo anterior, hemos llegado a la conclusión que al tratarse de situaciones novedosas, las normas vigentes no se prestan para una interpretación práctica para la resolución de los posibles conflictos que puedan presentarse respecto de las marcas que nazcan o se desenvuelvan en este tipo de espacios virtuales.

Opinamos que en el caso de España, los tribunales al momento de resolver conflictos en el contexto del *Second Life* deberán acudir a un criterio lo más innovador posible respecto del acto de uso relevante de una marca en este entorno, tomando en consideración la especialidad del medio en que se conforman los actos.

Igualmente creemos, que en el caso específico de España, lo más conveniente en cuestiones relativas al uso de un signo distintivo en *Second Life* para efectos del nacimiento del derecho de exclusiva, sería la adopción del "principio del primer uso de la marca" ya que representaría un mejor derecho para aquellos titulares de marcas en entornos virtuales.

<sup>123</sup> *Id.*

En cuanto al mantenimiento del derecho exclusivo de la marca, consideramos que el uso en *SL* constituye el único medio de prueba de la marca nacida en este espacio virtual. Además que, para las marcas registradas, la plataforma virtual representa un refuerzo a la condensación del *goodwill* al igual que un mecanismo publicitario moderno y vanguardista.

El verdadero problema se presentará cuando se pretenda determinar el uso efectivo en el territorio donde se quiera reivindicar ese uso, en este caso, forzosamente habrá que tomar en cuenta cuestiones como el domicilio real y efectivo del titular de la marca o acudir a un criterio globalizador del uso en entornos como el *Second Life*.

Asimismo, en los casos de uso indebido de la marca, puede presentarse el problema de la "identidad del infractor" donde el mayor obstáculo para el titular de un derecho de exclusiva se encuentra en la protección proporcionada a los datos de carácter personal y los derechos a la intimidad.

En este sentido, sugerimos prudencia y previsión. Advertimos una evolución tarde o temprana de este tipo de espacios virtuales. No debemos esperar a que la situación nuevamente nos desborde.

Entendemos que el estudio pormenorizado de los entornos 3D y su funcionamiento debe ser el primer paso para poder adecuar, adaptar o innovar nuevas formas doctrinales y legislativas en materia de marcas. Es importante tener presente que la realidad virtual tal y como se presenta en *Second Life* no es sólo un "mundo paralelo" sino que amplía y extiende una noción de realidad.

Somos testigos de que las tecnologías virtuales tienen consecuencias reales sobre las personas que las utilizan y que estos cambios científicos y tecnológicos suscitan cambios jurídicos, motivo por el cual hay que reflexionar primero sobre esta innovación científica tal y como ésta tiene lugar, para así poder abordarlo desde un Derecho de marcas flexible y dinámico: "*lo virtual es muy real, puesto que permite actuar sobre la realidad*"<sup>124</sup>.

124 ECHEVERRÍA, Javier. *Un mundo...*, op.cit. , pág. 138.



# Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español\*

Apolonia Martínez Nadal\*\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. Ejercicio del derecho de información por medios electrónicos. 1. Reforzamiento legal del derecho de información a través de la utilización de medios electrónicos. 2. Posibilidades al margen de la reforma. III. Convocatoria de órganos colegiados por medios electrónicos. 1. Sociedad limitada. 2. Sociedad anónima. 3. Convocatoria a través de la página web de la sociedad. IV. Delegación del derecho de asistencia y voto por vía telemática, y ejercicio del derecho de voto a distancia. 1. Sociedad limitada. 2. Sociedad anónima. V. Celebración de sesiones por medios electrónicos: de la retransmisión por video conferencia a la admisión de la junta virtual. 1. Sociedad limitada. 2. Sociedad anónima. 3. Las denominadas juntas virtuales. VI. Redacción del Acta en soporte electrónico. VII. Otros supuestos de utilización de las Nuevas Tecnologías en el ámbito societario. VII. Consideraciones finales.

## Resumen

En este trabajo se realiza un estudio de las diferentes posibilidades de aplicación de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación en las sociedades mercantiles, en particular, en el funcionamiento de los órganos colegiados de las sociedades capitalistas conforme al Derecho español. Los principales aspectos desarrollados en la investigación se refieren al ejercicio del derecho de información y del derecho al voto por medios electrónicos, las juntas virtuales y la celebración de reuniones por videoconferencia.

**Palabras clave:** Sociedades mercantiles. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Medios electrónicos

---

Recibido: 1/9/2009 • Aceptado: 10/9/2009

\* Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación titulado. "Derecho de sociedades y nuevas tecnologías. En particular, su aplicación a la organización y funcionamiento interno de la sociedad y sus órganos colegiados" (SEJ2006-03694) financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia; y también en el ámbito del Proyecto ARES (CSD2007-00004) dentro del marco del Programa Consolider- Ingenio 2010.

\*\* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de las Illes Balears (España) <apollonia.martinez@uib.es>

### **Abstract**

This paper studies the different possibilities of using Information and Communication Technologies in corporations, particularly in the operations of shareholder meeting and board of director of corporations under Spanish Law. The main aspects developed in this research refer to the right of information and the right of vote by electronic means, virtual shareholder meetings, and meetings by videoconference.

**Keywords:** Corporations. Information and Communication Technologies. Electronic Means.

## **I. Introducción**

En los últimos tiempos, se ha generalizado el uso de Internet con fines publicitarios y corporativos por las sociedades en general. Muchas sociedades tienen un sitio web corporativo en Internet, registran nombres de dominio. Existe también en el ordenamiento jurídico español aplicación y regulación de las nuevas tecnologías en las relaciones entre el empresario (del que es categoría principal la sociedad mercantil) y la Administración en sentido amplio: así, las sociedades puede relacionarse por medios electrónicos, telemáticos e informáticos con la Agencia Tributaria, la Seguridad Social, y las Administraciones públicas en general (al amparo del art. 45 de la Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, sobre utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la administración general de Estado), con el Registro de la Propiedad y Mercantil (es posible el depósito de cuentas en soporte electrónico y por medios telemáticos, la liquidación de impuestos vía telemática), o incluso con la Administración judicial (Art. 230 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sin embargo, consideramos que el legislador se ha centrado en la regulación del uso de medios electrónicos en las relaciones con la Administración pública en sentido amplio y no tanto en la regulación de las relaciones internas de la sociedad (y las de ésta con sus socios), y en particular de la organización y funcionamiento de la sociedad por esos medios.

En efecto, la aplicación de las nuevas tecnologías a la organización y funcionamiento de los órganos sociales plantea cuestiones de gran interés como la convocatoria electrónica de los órganos, la celebración de sesiones por tales medios, el ejercicio del derecho de voto por vía telemática, la redacción de actas electrónicas, o la llevanza de un libro registro de acciones nominativas electrónico, así como otras cuestiones como la remisión de información destinada a reforzar el derecho de información del accionista por medios electrónicos (o incluso la simple puesta a disposición en la página web de la sociedad) etc. Son

todas ellas cuestiones más o menos novedosas que ofrecen indudables ventajas para la sociedad (por muy diversos motivos: ahorro de costes, mayor eficiencia en las comunicaciones, facilitar la participación de accionistas en la gestión de la sociedad).

No obstante, como veremos, la regulación existente en el Derecho español sobre estas materias es escasa, parcial, insuficiente y mejorable. Por ello si se quiere fomentar la organización de las sociedades con aplicación de las nuevas tecnologías, y los efectos económicos y sociales que de ello se derivan, es necesario abordar el estudio de la problemática jurídica derivada de la aplicación de las nuevas tecnologías a la organización y funcionamiento de los órganos societarios. A fin de determinar las posibilidades que ofrece la legislación actual, realizar propuestas de reforma futura, si procede, y, especialmente, determinar la problemática que desde un punto de vista jurídico puede plantear la aplicación de los nuevos medios electrónicos, informáticos y telemáticos a actos trascendentes jurídicamente (p.ej., la notificación electrónica de la convocatoria de la junta general de una sociedad limitada y la necesidad de resolver técnicamente el problema del rechazo en destino para evitar, desde el punto de vista jurídico, la impugnación de acuerdos por defecto de convocatoria).

En principio, el estudio se ha realizado teniendo en cuenta la regulación actual del Derecho español, pero también se han analizado posibilidades futuras, analizando su admisibilidad conforme al Derecho vigente y, en su caso, proponiendo reformas legales en la materia. Asimismo, se aportan algunos ejemplos novedosos de aplicación de las TIC a la realidad societaria de países de nuestro entorno que pueden servir como referencia para avanzar por este camino en el Derecho societario español<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En efecto, tal como se ha expuesto, para realizar el presente estudio se ha tenido en cuenta básicamente el Derecho español vigente, así como algunas experiencias de Derecho comparado. Además, cabe mencionar que, en el momento de finalizar la redacción de este trabajo, estamos a la espera de la incorporación al Derecho español de la Directiva europea 2007/36 sobre el ejercicio de ciertos derechos de accionistas en las sociedades cotizadas, cuya fecha límite es el 31 de diciembre de 2009. Tenemos noticia de los trabajos del Ministerio de Justicia para la elaboración del correspondiente Anteproyecto de transposición de la legislación europea y que tiene el objetivo de garantizar en todo momento la igualdad de trato de todos los accionistas en estas sociedades anónimas cotizadas en el ámbito comunitario, y reforzar las condiciones de ejercicio de los derechos de información, participación y voto del accionariado minoritario y disperso de las sociedades cotizadas. En este sentido, el Anteproyecto incide en aspectos como la convocatoria de las juntas generales de accionistas, a las que exigirá que sean convocadas con suficiente antelación, así como que todos los documentos deban estar efectivamente disponibles para que dichos accionistas, con independencia del lugar de residencia, puedan adoptar una decisión "reflexiva" y "razonada", y emitir sus votos a tiempo. Con esta legislación adoptada por España, se permitirá igualmente a los accionistas no residentes en el Estado miembro del domicilio social ejercer sus derechos de información, participación y voto con la misma facilidad que los residentes.

Asimismo, en materia de publicidad de la convocatoria, tal como analizaremos con más detalle posteriormente, se dispone que la sociedad anónima cotizada estará obligada a anunciar la convocatoria de sus juntas, ya sean generales, ordinarias o extraordinarias, utilizando, al menos,

A continuación se exponen de forma individual las diferentes cuestiones relativas al funcionamiento de los órganos colegiados en las sociedades capitalistas, esto es, junta general y consejo de administración, sobre las que puede tener incidencia la aplicación de las nuevas tecnologías. Cuestiones que van desde el ejercicio del derecho de información por parte de los socios por medios electrónicos, admitido doctrinal y legalmente, hasta temas debatidos como la celebración de juntas virtuales, sin reunión física los socios; pasando por cuestiones como el ejercicio del derecho del voto o el otorgamiento de representación para asistir a la junta a través de las TIC o también la celebración de reuniones por videoconferencia.

Para el análisis de estas distintas cuestiones se diferencia, en general, entre sociedad anónima y sociedad limitada, por la distinta regulación de estos dos tipos societarios, contenida, de forma respectiva, en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, también, simplemente Ley de sociedades anónimas o LSA) y la Ley 2/1995 de sociedades de responsabilidad, de 23 de marzo (en adelante, también, simplemente Ley de sociedades de responsabilidad limitada o LSRL).

## **II. Ejercicio del derecho de información por medios electrónicos**

### **1 Reforzamiento legal del derecho de información a través de la utilización de medios electrónicos**

La Ley 26/2003, de 17 de julio, modifica 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.

Sus antecedentes tal como se pone de manifiesto en su propia Exposición de Motivos, los hallamos en la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, nombrada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 julio de 2002, con el encargo de elaborar un informe, hecho público el 8 de enero de 2003. La Comisión consideró

los siguientes medios: el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o uno de los diarios de mayor circulación en España, en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la página web de la sociedad convocante.

En cuanto a la participación a distancia, se establece que ésta podrá delegarse o ejercitarse directamente mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que participa o vota. Los estatutos sociales deberán regular este derecho, en aspectos tales como la transmisión en tiempo real de la junta general, la comunicación bidireccional, también en tiempo real, para que los accionistas puedan dirigirse a la junta general desde lugar distinto a su lugar de celebración, y un mecanismo para ejercer el voto antes o durante la junta general sin necesidad de nombrar a un representante que esté físicamente presente allí.

fundamental el principio de la transparencia para el correcto funcionamiento de los mercados financieros, lo que implica que se transmita al mercado toda la información relevante para los inversores, que la información que se transmita sea correcta y veraz, y que ésta se transmita de forma simétrica y equitativa y en tiempo útil. La Comisión señaló que las obligaciones de transparencia son una pieza complementaria de la autorregulación que igualmente recomienda, lo que en última instancia permite dejar muchas cuestiones al ámbito de la autonomía privada. Por ello, el informe pone de manifiesto en sus conclusiones, sin perjuicio de que el conjunto de medidas propuestas se sitúen como recomendaciones dirigidas ante todo a las propias empresas, en el ámbito de la autorregulación, la conveniencia de un soporte normativo en el ámbito del fomento de la transparencia, con mandatos cuyo cumplimiento no dependa sólo de la libre y voluntaria determinación de las propias empresas destinatarias, las sociedades cotizadas.

Sobre la base del mencionado informe, la Ley 26/2003 recoge aquellas recomendaciones cuyo soporte más adecuado se encuentra en una regulación normativa. Y, en concreto, en materia de información y transparencia de las sociedades cotizadas, se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, añadiendo un título X, bajo la rúbrica De las sociedades cotizadas, cuyo Capítulo IV se dedica específicamente a la Información societaria, con el siguiente contenido:

a) Conforme al art. 117 las sociedades cotizadas deben redactar un informe anual de gobierno corporativo que será objeto de publicación como hecho relevante. Dicho informe deberá ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica.

b) El art. 118 regula los que denomina "instrumentos de información", con el siguiente contenido:

- en primer lugar, las sociedades anónimas cotizadas deberán cumplir las obligaciones de información a las que las somete la Ley de Sociedades Anónimas por cualquier medio técnico, informático o telemático, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los accionistas, de acuerdo con la legislación aplicable, para solicitar la información en forma impresa (art. 118.1).
- en segundo lugar, las sociedades anónimas cotizadas deberán disponer de una página web para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información, y para difundir la información relevante, conforme al art. 82.5 de la Ley.

El contenido de esta página web está regulado en la Orden ECO/3722/2003 y la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

## 2. Posibilidades al margen de la reforma

Como acabamos de ver, el reforzamiento del derecho de información a través de medios electrónicos afecta básicamente a las sociedades cotizadas. No obstante, cabe entender que para el resto de sociedades existe también la posibilidad de ese reforzamiento con el marco legal actual, sin perjuicio de que en ocasiones resulten necesarias previsiones estatutarias específicas al respecto<sup>2</sup>.

Así, en las sociedades limitadas, cabe entender que la legislación actual no impide que tanto las relaciones del socio con la sociedad, como las de la sociedad con los socios se realicen por medios de comunicación electrónica. No obstante, puesto que las normas están redactadas pensando en una comunicación fundamentalmente escrita y un canal de transmisión postal o telegráfico, el uso de medios electrónicos requiere un pacto estatutario expreso.

Así, en concreto, un pacto social incluido en los estatutos sociales puede obligar a la sociedad a tener una dirección de correo electrónico donde recibir las comunicaciones enviadas por los socios o administradores. Cuestión distinta, pero relacionada, para la validez y eficacia de estas comunicaciones electrónicas sería la resolución del tema del acuse de recibo, que no debería quedar en manos de la sociedad, pues, en otro caso, se dejaría indefenso al socio autor y remitente de la comunicación. (Véanse artículos 12.3 LSRL, 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

Una cláusula admisible, en este sentido, sería, por ejemplo, ésta: "La sociedad se obliga a tener una dirección de correo electrónico, que será comunicada a los socios en el plazo de quince días mediante notificación enviada al domicilio que conste en el Libro Registro de Socios". También sería admisible esta cláusula: "Los administradores estarán obligados a tener una dirección de correo electrónico, que comunicarán a los socios en los mismos términos del artículo precedente, a la cual podrán dirigirse éstos para solicitar información en los términos previstos en estos estatutos o en disposiciones legales"<sup>3</sup>.

También sería admisible y obligatorio para la sociedad, por aplicación de los mismos artículos, el pacto social que obligara a la sociedad a mantener una página web (obligatoria legalmente, como es sabido, para las sociedades cotizadas).

Por el contrario, podría parecer abusiva la cláusula estatutaria que imponga a los socios la obligación de mantener una dirección de correo electrónico a la que la sociedad pueda dirigir los mensajes y notificaciones con la eficacia que requiere la Ley.

2 Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad Limitada, Colegio de Registradores, disponible en <http://www.registradores.org>.

3 Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad Limitada, Colegio de Registradores, cit.

Precisamente por cuanto supone una imposición de una obligación, se considera que tendría cobertura legal con la previsión legal de la posibilidad de imponer al socio prestaciones accesorias con carácter obligatorio (artículo 22 de la LSRL), que son, en sustancia, obligaciones de dar, de hacer o no de no hacer. Para ello habrán de cumplirse los requisitos legales para la creación de prestaciones accesorias. Una cláusula estatutaria admisible en este sentido podría ser esta:

"Prestaciones accesorias de los socios. Se establece como prestación accesoria a cargo de todos los socios la de tener una dirección de correo electrónico a la cual dirigirá la sociedad todas las comunicaciones que según Ley deban hacerse a los socios. Esta dirección de correo deberá ser comunicada a la sociedad por los socios y adquirentes de participaciones sociales de manera inmediata, y se hará constar en el Libro Registro de Socios. Los socios aceptan que todas las comunicaciones que la sociedad deba dirigirles lo sean con plena eficacia a la dirección que señalen. La prestación tiene carácter gratuito"<sup>4</sup>.

Entrando en cuestiones de seguridad técnica, podría añadirse a la cláusula que la comunicación que la sociedad dirija a los socios deba ir firmada con firma electrónica avanzada o reconocida o en su defecto con la clave secreta que la sociedad comunique a los socios.

Si se opta por la cobertura del régimen legal de las prestaciones accesorias, debe tenerse en cuenta que de ello se derivan consecuencias no siempre favorables; así, p.ej., la transmisión de las participaciones sociales queda sujeta al régimen del artículo 24 de la LSRL 1995 (autorización de la sociedad), sin que parezca que estatutariamente pueda modificarse este sistema.

Pueden evitarse los inconvenientes derivados de la aplicación del régimen de las prestaciones accesorias configurando el disponer de una dirección de correo electrónico como un derecho del socio, y no como una obligación, mediante una cláusula con el siguiente contenido, en la que posiblemente convenga aclarar expresamente el alcance de las notificaciones realizadas a la misma (no puramente informativo sino con plena eficacia legal):

"Los socios pueden comunicar al órgano de administración una dirección de correo electrónico, que se anotará en el Libro Registro de Socios, a la cual la sociedad enviará toda notificación que corresponda efectuar a aquéllos"<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad Limitada*, Colegio de Registradores, cit.

<sup>5</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad Limitada*, Colegio de Registradores, cit.

También, en el ámbito de lo que se ha llamado la web 2.0<sup>6</sup> cabe plantear la articulación de otros mecanismos que contribuyan la información y transparencia a favor de los accionistas, como, p.ej., los foros electrónicos de accionistas, que se están implantando en EE.UU. desde 2007. Es el caso de foro de accionistas de AMERCO (*AMERCO's shareholder forum*) considerado el primero de EE.UU creado con la finalidad de publicar e intercambiar ideas y perspectivas; aunque inicialmente se defendía su carácter anónimo, lo habitual es que los accionistas tengan que registrar los mensajes publicados y deben proporcionar información tal como su nombre y el número de acciones de que son titulares. Frente a este instrumento, se propugnan también los blogs de los administradores (*Board of directors blog*) como instrumento a través del cual los administradores pueden publicar noticias actualizadas de su actividad durante el año y solicitar la participación de los accionistas. En cualquier caso, entendemos que lo relevante es que se permita a las sociedades fomentar la discusión y el debate en la web entre administradores y accionistas, sin limitar los mecanismos y formatos para tal discusión, ya que ello podría suponer cerrar las puertas a la innovación.

En este sentido, ha de mencionarse alguna reciente iniciativa de desarrollo de juntas generales de accionistas en el mundo social a través de redes sociales como *Second Life*; es el caso de la compañía estadounidense Arcelor Mittal, una de las más importantes a nivel mundial dedicada a la producción de acero, que, según informa el diario *Wall Street Journal* adoptó esta iniciativa en junio de 2008 con el objetivo de atraer a una generación de jóvenes inversores<sup>7</sup>. En realidad no se trata estrictamente de una junta sino de un evento global interactivo que permite a los accionistas interesados visitar un centro virtual de reuniones (*virtual meeting center*) de la sociedad donde pueden acceder a información de interés y tienen la oportunidad de plantear cuestiones vía *Instant Messenger* a los representantes de la sociedad o discutir con otros accionistas. Según la información facilitada por la compañía<sup>8</sup>, unos 60 accionistas se unieron al evento a través de *Second Life*. Una iniciativa previa, menos conocida, es la de la entidad Sarah Nerd que ya en agosto de 2007 celebró sobre primera reunión de accionistas a través de *Second Life*.

6 Término acuñado por Tim O'Reilly en 2004 para referirse a una segunda generación en la historia de la Web basada en comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, como las redes sociales, los blogs, los wikis o las folcsonomías, que fomentan la colaboración y el intercambio ágil de información entre los usuarios).

7 PARK, P., "Arcelor Ventures Into Virtual World. Aim Is to Reach Out To Younger Investors Through the Internet", <http://online.wsj.com/article/SB121363807304978079.html>

8 <http://www.arcelormittal.com>

### **III. Convocatoria de órganos colegiados por medios electrónicos**

Para el tratamiento de esta cuestión distinguimos entre sociedad anónima y sociedad limitada, y dentro de cada una de ellas, a su vez, entre junta general y consejo de administración.

#### **1. Sociedad limitada**

##### *1.1. Convocatoria de la junta general*

En materia de convocatoria de la Junta General de las sociedades limitadas, frente al sistema anterior basado en la libertad de pactos (art. 15.1 LSRL 1953), el art. 46.1 de la LSRL 1995 establece ahora un régimen legal relativo a la forma de la convocatoria basado en el mismo sistema de doble publicación previsto en el art. 97.1 TRLSA (anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario), aunque, debido a las especiales características de la sociedad limitada, con la diferencia del menor ámbito de circulación del diario en que se publique el anuncio (término municipal del domicilio social).

Mientras este procedimiento de doble publicación es de aplicación imperativa para toda clase de sociedades anónimas (sólo cabe reforzar el sistema legal, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31-3-1992; aunque en situaciones verdaderamente excepcionales podría admitirse su omisión, Sentencia del Tribunal Supremo de 5-3-1987 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 3-11-1993), la LSRL de 1995, como manifestación de su objetivo de establecimiento de un régimen jurídico más flexible, configura este sistema legal como una norma supletoria de la voluntad privada, pudiendo (y debiendo) optar, en sustitución del mismo, los estatutos, necesariamente, por dos sistemas alternativos:

a) en primer lugar, los estatutos podrán establecer que «la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social» (art. 46.2 y 186.1 RRM). Es esencial que se haya determinado en los estatutos; de esta forma el socio sabe de antemano en qué diario deberá aparecer el anuncio de la convocatoria, y, precisamente por ello, es irrelevante su grado de difusión.

b) además, los estatutos pueden sustituir el sistema legal supletorio «por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios» (art. 46.2 y 186.1 RRM).

Este segundo sistema de comunicación individual se presenta, en principio, como el más adecuado para las características de la sociedad limitada, por el menor número de socios que se le presupone, y por el conocimiento de la

identidad y el domicilio de todos ellos en virtud del Libro Registro; y permite la utilización de sistemas de comunicación más eficaces y convenientes para la sociedad y sus socios. Sin embargo, frente a la libertad total de la Ley de 1953 (matizada, sin embargo, por la doctrina y la jurisprudencia), en la Ley de 1995, estos sistemas deben cumplir determinados requisitos, que quizá vengán a alterar esa flexibilidad:

a') en primer lugar, la comunicación debe ser individual y escrita, lo que excluye la utilización de sistemas como, p.ej., el teléfono (sin perjuicio de su utilización para la convocatoria informal que suele preceder a las juntas universales; sí se admite por la doctrina la videoconferencia grabada<sup>9</sup>); e impone una comunicación por socio, no siendo posibles las comunicaciones conjuntas, aunque varios de los socios tengan el mismo domicilio.

b') y, en segundo lugar, debe asegurar la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios.

Este segundo requisito es más problemático, pues de la interpretación que de él se haga, y de la finalidad que se le atribuya, puede resultar una mayor rigurosidad del sistema de convocatoria.

Por una parte, puede realizarse una interpretación flexible basada en una finalidad de la convocatoria como modo de informar debidamente a los socios de la celebración de la Junta; por ello, podrá utilizarse cualquier procedimiento de comunicación que reúna unas mínimas garantías que, en condiciones normales, aseguren la probable recepción del anuncio por el socio: entrega personal de la convocatoria realizada directamente o a través de tercero (p.ej., mensajero); remisión por correspondencia postal o telegráfica, fax, telex o incluso correo electrónico (debiendo, en estos últimos casos, el socio indicar no un domicilio sino una dirección de correo electrónico para las comunicaciones); intervención de notario en la remisión o incluso entrega por conducto notarial.

Por otra parte, puede realizarse una interpretación más estricta de este requisito: la forma de realizar la convocatoria debe ser cualquier medio idóneo para cumplir la doble finalidad de informar debidamente a los socios de la celebración de la Junta y, además, acreditar suficientemente que la convocatoria ha sido hecha, y, de esta manera, evitar que cualquier socio pueda impugnar los acuerdos de la Junta alegando no haber sido convocado. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27-4-2005 declara la nulidad de una Junta por falta de recepción por un socio de la convocatoria individual a la Junta; conforme a esta resolución, "resulta imprescindible para la validez de la Junta que conste de manera fehaciente, no ya la convocatoria sino la recepción de la misma por parte de todos y cada uno de los socios, que sin embargo, no

9 SANCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, 2007.

consta aquí dado que la documentación aportada por la demandada, lo único que acredita es que se intentó la comunicación conforme a la norma estatutaria referida pero que la comunicación no fue recepcionada" no bastando, además, la presencia del socio afectado en la junta para la subsanación de este defecto de convocatoria.

En caso de optar por esta segunda interpretación, téngase en cuenta que los medios admisibles conforme a la primera no siempre permiten a la sociedad acreditar la recepción si no van acompañados de las suficientes garantías: carta certificada, entrega por conducto notarial, exigencia de recibo (caso de entrega personal o por tercero), o, en general, de acuse de recibo.

Y, en todo caso, no debe olvidarse que, aun con estas garantías, la sociedad sólo podrá acreditar que ella envió y el socio recibió una comunicación de la sociedad, pero no siempre podrá acreditar su contenido (que era una convocatoria de junta general); siendo precisas, para ello, nuevas garantías suplementarias, que podrían ser la acreditación por el notario no sólo del hecho de la remisión de una carta certificada o de la entrega de una comunicación personal, sino también de su contenido; o la especificación de ese contenido en el recibo o acuse de recibo (siendo por ello necesario arbitrar un mecanismo que permita al socio remitir el acuse y a la sociedad recibirlo en tiempo hábil; y planteándose entonces si sería obstáculo o impedimento la no recepción de todos los acuses de recibo para la válida celebración de la junta). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 29-9-2003 establece que en la convocatoria por carta certificada con acuse de recibo falta la acreditación del contenido. En cambio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3-4-2001 declara la improcedencia de la nulidad de la junta ante una convocatoria realizada por correo certificado con acuse de recibo considerando que, acreditada la entrega de la carta, incumbe al actor impugnante probar que no contenía la convocatoria en cuanto hecho constitutivo de su acción.

De entre estas dos interpretaciones posibles del art. 46 LSRL, en virtud del art. 176.1, párrafo segundo del Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre), relativo a la inscripción de los acuerdos de la sociedad limitada, la doctrina que inicialmente trató este tema se inclinaba de forma general por la interpretación flexible, de forma que nada se ha de acreditar ante el Registrador mercantil, siendo para él suficiente la mera declaración de que aquellos requisitos se cumplieron y debiendo solventarse los eventuales problemas de prueba en sede judicial (sin perjuicio de que resulte aconsejable una voluntaria preconstitución de prueba por parte de la sociedad para evitar el riesgo de impugnaciones).

No obstante, un nuevo elemento ha de tenerse en cuenta a la hora de abordar esta cuestión: el Reglamento del Registro Mercantil aprobado (en virtud del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio) tras la LSRL 1995 no contiene ninguna disposición similar a la del art. 176.1 del derogado Reglamento de 1989. Con ello podría pensarse que este precepto reglamentario, que fundamentaba la

mencionada interpretación flexible, estaba pensado para la normativa de 1953 pero no para la regulación actual.

En todo caso, para la solución definitiva del alcance de este art. 46 LSRL pueden ser relevantes las interpretaciones jurisprudenciales que del mismo se realicen, si bien las resoluciones sobre la materia, hasta el momento, son escasas. Y consideramos que ha de tenerse en cuenta que la opción por una interpretación más restrictiva podría implicar que los registradores no deberían admitir la inscripción de aquellas cláusulas estatutarias que optasen por un sistema de convocatoria que no garantizase la recepción del anuncio; o bien, si en los estatutos se hubiese establecido una cláusula genérica (que, como veremos, consideramos admisible), no debería aceptarse la inscripción de los acuerdos adoptados en juntas generales cuya adecuada convocatoria, en estos términos restrictivos, no pudiera acreditarse debidamente. Téngase en cuenta que para ello sería necesaria generalmente la intervención de fedatario público (dados los problemas que, como hemos vistos, otros mecanismos pueden plantear), por lo que, de resultar este sistema de comunicación individual excesivamente oneroso para la sociedad, dada su eventualmente elevado número de socios, debería optarse por alguno de los sistemas de convocatoria pública, menos eficaces, pero también probablemente menos costosos.

Finalmente, para la resolución de esta cuestión, también ha de tenerse en cuenta que, en la regulación de la sociedad limitada "Nueva Empresa" por la Ley 7/2003, el artículo 138 de la Ley de Sociedades Limitadas, al regular la junta general de este subtipo de sociedad limitada dispone que:

"La Junta General se regirá por lo dispuesto en la presente Ley, pudiendo convocarse de acuerdo con lo que en ella se dispone y, además, mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios, por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* ni en ninguno de los diarios de mayor circulación del término municipal en que esté situado el domicilio social"

Por tanto, en el ámbito de la sociedad limitada Nueva Empresa, se admite de forma general la convocatoria de conformidad con lo dispuesto en la propia LSRL; y, además, se admite de forma específica y expresa la convocatoria mediante correo electrónico con acuse de recibo al domicilio señalado al tal efecto por los socios y también por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. Y resulta que del elenco legal de sistemas de convocatoria admitido expresamente por el legislador pueden extraerse argumentos a favor de una interpretación más flexible pues obsérvese que, en el supuesto de convocatoria

por medios telemáticos, se exige simplemente la acreditación fehaciente del "envío" del mensaje electrónico de la convocatoria, lo que no garantiza que ese mensaje sea efectivamente recibido ni conocido por el socio.

Por tanto, se admite claramente la convocatoria por medios electrónicos para la sociedad limitada nueva empresa, resolviendo el problema probatorio que puede plantearse no sólo a través del instrumento del acuse de recibo (que puede depender de la voluntad del socio destinatario) sino también a través de la prueba del envío del mensaje de convocatoria, que nos sitúa ante un momento previo, más favorable a la sociedad (pues no depende así de un tercero) pero que puede generar dudas desde el punto de vista jurídico; pues, podría ocurrir que, pese a haberse enviado efectivamente el mensaje, este no llegara a sus destinatarios, por causas no imputables a estos: ¿sería válida entonces la convocatoria? Cabría incluso pensar si de este segundo elemento probatorio consistente en la prueba del envío del mensaje de convocatoria podría derivarse simplemente una presunción *iuris tantum* que admitiera prueba en contra por parte del accionista (que, aun así, asumiría una carga probatoria costosa y en muchos casos inasumible de forma razonable).

Para el resto de sociedades limitadas distintas del subtipo nueva empresa, un modelo de cláusula estatutaria podría ser éste:

"La convocatoria de la Junta General se realizará con quince días de antelación, o con un mes en los casos de fusión o escisión, por correo electrónico remitido a cada socio a la dirección que, de conformidad con el artículo X haya comunicado a la sociedad. La comunicación deberá realizarse con firma electrónica avanzada o, en su defecto, irá acompañada de la clave secreta que para sus comunicaciones con los socios haya establecido la sociedad, de modo que, faltando aquéllas, el socio podrá desconocer dicha convocatoria. Para acreditar que la convocatoria ha sido realizada será precisa la constancia fehaciente de la remisión del correo electrónico o bien el acuse de recibo del socio a dicho correo. En lo demás, la convocatoria queda sujeta a las disposiciones legales que sean aplicables tanto a sus requisitos como a su contenido"<sup>10</sup>.

En definitiva, mientras que el sistema de anuncio en la prensa diaria es, además de costoso, ineficaz, y el de comunicación escrita con acuse de recibo puede resultar costoso y generador de posibles conflictos, son evidentes las ventajas que derivan para la sociedad del establecimiento de un pacto estatutario que establezca como forma de convocatoria la remisión informática a la dirección de correo electrónico señalada por el socio del correspondiente anuncio de convocatoria. Se trata, como la Ley exige, de un medio de comunicación individual y escrito, cuya recepción por el socio queda asegurada; no obstante, entendemos

<sup>10</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada*, Colegio de Registradores, cit.

que la cláusula estatutaria debe prever ciertas condiciones de la comunicación telemática en puntos sensibles relativos a la seguridad técnica que pueden tener consecuencias jurídicas; en concreto, ha de quedar resuelto el problema del acuse de recibo, siendo posiblemente un modelo a seguir el sistema de dirección electrónica única establecido a efectos de notificaciones administrativas electrónicas<sup>11</sup>.

### **1.2. Convocatoria del consejo de administración**

Respecto de la convocatoria del consejo de administración, en la sociedad limitada, la Ley obliga a establecer en los estatutos "las reglas de convocatoria y constitución del órgano de administración". Entre tales reglas consideramos admisible una cláusula estatutaria que disponga la convocatoria del consejo de administración mediante anuncio remitido a la dirección de correo electrónico debidamente comunicada a los consejeros; e incluso podría defenderse que, aunque no haya cláusula estatutaria que así lo imponga, todo consejero tiene, como consecuencia de la diligencia que le es exigible, la obligación de atender el correo electrónico que le sea remitido por la sociedad, no sólo a efectos de convocatoria, sino también a otros efectos relacionados con la gestión de la sociedad y el funcionamiento del consejo.

Una cláusula estatutaria válida sería aquélla que estableciese que "La convocatoria del Consejo se hará por su Presidente con un día de antelación y por medio de correo electrónico remitido a la dirección que todo consejero se obliga a tener a estos efectos"<sup>12</sup>. No debe olvidarse que, pese a la mayor flexibilidad de funcionamiento de este tipo de órgano, deben resolverse igualmente los problemas derivados del acuse de recibo, a fin de evitar impugnaciones por defecto de convocatoria.

## **2. Sociedad anónima**

Como es sabido, en las sociedades anónimas la autonomía de la voluntad tiene un juego más reducido que en las sociedades limitadas, siendo en muchos casos los preceptos de la LSA de carácter imperativo y sin posibilidad de pacto estatutario en contrario. No obstante, es posible introducir el uso de las nuevas tecnologías dentro del marco de funcionamiento de sus órganos colegiados, aunque sea simplemente de forma informativa o complementaria en algunos casos.

<sup>11</sup> <http://notificaciones.administracion.es>

<sup>12</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada*, Colegio de Registradores, cit.

### **2.1. Convocatoria de la junta general**

Así ocurre en materia de convocatoria de la junta general, pues el sistema de doble anuncio del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas es inderogable y no puede sustituirse, por tanto, a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada, por una convocatoria electrónica; no obstante, entendemos que puede añadirse, como requisito acumulativo, el de la remisión electrónica del anuncio de convocatoria a todos los socios que lo deseen y que a tal efecto remitan a la sociedad su dirección de correo electrónico. Además, entendemos que también puede establecerse como requisitos acumulativos el de la publicación de la convocatoria en la página web de la sociedad.

### **2.2. Convocatoria del consejo de administración**

Respecto de la convocatoria del Consejo de Administración, dada la mayor flexibilidad de sus reglas de funcionamiento, consideramos admisible que, con base en el art. 141 LSA, los estatutos puedan prever que la convocatoria se realice por carta (certificada o no, con acuse de recibo o sin él), por telegrama, por fax, por teléfono o por correo electrónico.

### **3. Convocatoria a través de la página web de la sociedad**

Finalmente, como cuestión novedosa, y común tanto a sociedad anónima como limitada, cabe plantear la admisibilidad de una convocatoria a través de la página web de la sociedad (página obligatoria para las sociedades cotizadas y que puede establecerse como obligatoria estatutariamente para el resto de sociedades).

Se trataría sin duda de una forma de publicidad menos costosa para la sociedad y probablemente más eficaz para los socios que la publicidad oficial e incluso que la mayoría de sistemas alternativos legalmente admisibles, en su caso. Implica de entrada una puesta de información a favor del accionista que requiere de la actuación del mismo para acceder a tal información; esta carga sobre el accionistas puede atenuarse combinando el sistema de pura publicación en la web con el envío de correos electrónicos a los accionistas informándoles de la publicación de la convocatoria en la web para que accedan a la misma si lo consideran conveniente; en este supuesto de envío de correos electrónicos, debería aclararse la trascendencia jurídica de los mismos, esto es, si son simplemente informativos y la convocatoria es válida simplemente con la publicación en la página web de la sociedad convocante, o si, por el contrario, son requisito necesario para la validez de la convocatoria, en cuyo caso se reproduce la problemática del acuse de recibo.

Se trata de un sistema que, sin duda, ofrece grandes ventajas, sobre todo para las sociedades con un elevado número de accionistas, pero que, hoy día,

necesita de la reforma de la regulación legal para su admisibilidad. Pues, efectivamente, las más recientes iniciativas legislativas en la materia contemplan la publicación en la página web de la sociedad convocante como instrumento de publicidad, pero no como instrumento único y suficiente sino acumulativo con otras formas de publicidad.

En este sentido cabe mencionar que la Directiva 2007/36 sobre el ejercicio de ciertos derechos de accionistas en las sociedades cotizadas, cuya fecha límite de incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados miembros es el 31 de diciembre de 2009, obliga a las sociedades cotizadas a publicar la convocatoria de la junta general "de un modo que garantice un acceso rápido y no discriminatorio a la misma", y se dispone también que "el Estado miembro exigirá a la sociedad que se sirva de medios de comunicación de los que quepa razonablemente esperar una difusión efectiva de la información al público en toda la Comunidad" (art. 5.2).

Tenemos noticia de los trabajos del Ministerio de Justicia para la elaboración del correspondiente Anteproyecto de transposición de la legislación europea. Y, en materia de publicidad de la convocatoria, tal como hemos expuesto, se dispone que la sociedad anónima cotizada estará obligada a anunciar la convocatoria de sus juntas, ya sean generales, ordinarias o extraordinarias, utilizando, al menos, los siguientes medios:

- 1) El Boletín Oficial del Registro Mercantil, o uno de los diarios de mayor circulación en España.
- 2) La página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- 3) La página web de la sociedad convocante.

En este último caso, además, la sociedad anónima cotizada estará obligada a publicar en su portal de Internet, desde el primer día de publicación del anuncio de convocatoria, hasta el día de celebración de la junta, información relevante como la siguiente:

- El anuncio de dicha convocatoria.
- El número total de acciones y derechos de voto en la fecha de anuncio de convocatoria, desglosados, en su caso, por clases de acciones.
- Los documentos que se presentarán en la junta general, como informes de administradores, auditores de cuentas y expertos independientes.
- El texto completo de las propuestas de acuerdo que se prevean adoptar.
- Los formularios necesarios para la delegación de voto y para el voto a distancia.

Por tanto, de forma novedosa el Anteproyecto español de incorporación de la Directiva 2007/36 como forma de publicidad de la convocatoria la publicación en la página web de la sociedad y también en la página web de la CNMV; no

obstante, no se configura como forma única y suficiente sino que en realidad se establecen de forma cumulativa tres instrumentos de publicidad, con lo que el legislador no se ha decidido a admitir la convocatoria vía web como forma única de publicidad, pese a las indudables ventajas que por la reducción de costes y, sobre todo, por su mayor eficacia, supone.

En cualquier caso, como elemento positivo, cabe mencionar que, al establecerse como primer sistema alternativo el anuncio tradicional en el BORME o en uno de los diarios de mayor circulación en España, de forma alternativa y a elección de la sociedad, se elimina uno de los sistemas de publicidad tradicionalmente obligatorios en el sistema general, con la reducción de costes que ello supone; además, mencionar que el ámbito de circulación no es la provincia ni el término municipal del domicilio social (como se establece de forma respectiva para la sociedad anónima y la sociedad limitada) sino que va referido a la totalidad del territorio nacional, lo cual, aunque puede suponer un mayor coste, nos parece adecuado, dada la habitual dispersión territorial de la base accionarial de las sociedades cotizadas.

#### **IV. Delegación del derecho de asistencia y voto por vía telemática, y ejercicio del derecho de voto a distancia**

En muchos países los códigos de buen gobierno corporativo han impuesto a las sociedades objetivos de transparencia e incremento de la participación de los accionistas. Ello puede conseguirse a través de la representación y el voto a distancia que puede contribuir a conseguir estos objetivos en la medida que permite la participación de los pequeños accionistas que no pueden asistir físicamente a las juntas generales. En España, la situación es distinta, como veremos, en el caso de la sociedad limitada y la sociedad anónima, especialmente por cuanto la regulación de esta última fue modificada por la Ley 26/2003.

##### **1. Sociedad limitada**

En principio, la legislación vigente en materia de representación en las juntas generales de las sociedades limitadas parece impedir la delegación del derecho de asistencia y voto por medios electrónicos.

Pues, en efecto, para el supuesto de representación familiar, el art. 49.2 dispone que "El socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional". Y para el supuesto general de representación dispone el art. 49.3 que "La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada Junta".

Por tanto, se impone la representación por escrito y en algunos casos en documento público, no siendo admisible la representación verbal; por ello, podría pensarse que la representación otorgada por medios electrónicos no es admisible; no obstante, si se realiza una interpretación finalista de estas exigencias formales, cabe entender que se establece para que la representación se otorgue con plenas garantías; y, por ello, en consecuencia, cabe entender admisible la cláusula estatutaria que establezca la representación conferida por medios electrónicos siempre que la sociedad tenga garantía suficientes de que el documento electrónico remitido recoge la auténtica voluntad del que figura como otorgante y también de la identidad del mismo; siendo para ello necesarias garantías técnicas, similares a las establecidas legalmente para la sociedad, tales como la firma electrónica y los correspondientes certificados electrónicos identificativos.

En cuanto al ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos en la sociedad limitada, aunque es cierto que (a diferencia de la sociedad anónima), no existe previsión legal al respecto, se considera doctrinalmente admisible, cabría añadir que existiendo cláusula estatutaria al respecto y con respecto de las exigencias técnicas que garanticen la identificación del accionista votante y la integridad del mensaje que contiene su voto<sup>13</sup>.

## 2. Sociedad anónima

En cuanto al otorgamiento de representación por medios electrónicos, en principio, la Ley de Sociedades Anónimas establecía una situación similar a la descrita para la sociedad de responsabilidad limitada. En efecto, el artículo 106 LSA exigía, en su redacción, que la representación se confiriera por escrito y con carácter especial para cada Junta. La finalidad de esta exigencia consistía en que debe constar indubitadamente la representación conferida; por ello, igual que actualmente con la sociedad limitada, cabía plantear la admisibilidad de la posibilidad de pactar en los estatutos sociales que la representación pudiera conferirse por correo electrónico con las suficientes garantías (generalmente firma electrónica) para que la sociedad pueda cerciorarse de que el documento presentado recoge la auténtica voluntad de quien figura como su otorgante.

Estas interpretaciones teleológicas resultan innecesarias en la actualidad, en virtud de la reformas introducidas en la LSA por 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

<sup>13</sup> En este sentido, más flexible se manifiesta VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil*, pág. 612: "Como la LSL no prohíbe la emisión del voto por correo u otro medio de comunicación a distancia, en especial, electrónica, que garantice la autenticidad, ello será admisible, salvo cláusula estatutaria en contrario (art. 100 RRM). A pesar de que el art. 43.1 LSL diga "reunidos" y no "constituidos", como dice el art. 93.1 LSA. En tal caso, a igual que en la sociedad cotizada (Lección 7ª), los votos por correo se computarán en la base para determinar la mayoría. Y sin duda así lo podrán establecer los estatutos".

el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Así:

a) en primer lugar, el art. 105.4 LSA (Limitaciones de los derechos de asistencia y voto), añadido por la Ley 26/2003, admite tanto el ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos como la delegación del derecho de voto por tales medios: "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 general 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 de voto".

Su admisibilidad, pues, depende de la correspondiente cláusula estatutaria y es esencial la garantía de la identidad del votante, lo que podrá conseguirse generalmente, aunque no exclusivamente, a través de la firma electrónica y los correspondientes certificados identificativos. Queda abierta la cuestión de los distintos tipos de votos electrónicos admisibles (ejercicio previo o simultáneo a la junta), aunque en la práctica se articulan sistemas de voto con ejercicio previo y antes del inicio de la sesión de la junta. Tal como establece el nuevo art. 105.4, los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes.

b) en segundo lugar, el art. 106.2 (Representación), en su nueva redacción introducida por la Ley 26/2003, dispone que "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".

Por tanto, es admisible el otorgamiento de representación por medios electrónicos, con las mismas condiciones y exigencias que en el supuesto anterior de voto electrónico; no obstante, la redacción de este apartado 2 del art. 106 y la técnica de la remisión al precepto anterior nos genera la duda de si es necesaria también en este caso la existencia de cláusula estatutaria al respecto; y concluimos que no es necesaria tal cláusula, por ceñirse la remisión al art. 105 a las garantías en materia de identidad.

Para acabar este apartado sobre voto y representación por medios electrónicos, realizamos una serie de consideraciones sobre su aplicación práctica y sobre aspectos técnicos necesarios que deben ser tenidos en cuenta para su aplicación.

En efecto, como parte del estudio de este apartado se ha analizado, desde un punto de vista práctico, la forma en que las sociedades cotizadas ofrecen información a sus accionistas sobre la posibilidad y la forma de ejercicio del derecho de voto y de otorgamiento del poder de representación por medios electrónicos. A tal efecto es deseable que se ofrezca una amplia información no sólo del marco legal sino también de la aplicación práctica de tales

posibilidades, por lo que resulta recomendable la puesta a disposición del accionista de información adicional al respecto<sup>14</sup>.

Asimismo, y respecto del certificado digital utilizado en la práctica como sistema de autenticación del accionista, es necesario que, por una parte, se facilite la obtención del mismo al accionista, con información habilitada a tal efecto en la propia página web de la sociedad respecto los certificados admitidos y las entidades de emisión de los mismos; en este sentido, es habitual que nuestras sociedades cotizadas se hayan inclinado por certificados emitidos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, entidad pionera en la emisión de certificados en España; no obstante, y de cara a un futuro inmediato, consideramos necesaria la apertura y admisión del DNI electrónico<sup>15</sup>, que se encuentra ya en plena fase de expansión, habiéndose superado ya los 6 millones de ejemplares expedidos y que se convertirá, dada la regulación de la Ley 11/2007, en el instrumento de identificación electrónica por excelencia en el Derecho español. Y, por otra parte, es necesario también que se ofrezca información sobre la forma de solicitar y obtener tal certificado, dado el todavía general desconocimiento del ciudadano medio en estas materias (en este sentido, Red Eléctrica pone a disposición de sus accionistas una detallada guía de obtención y descarga de certificado digital).

Entrando ya en algunas cuestiones sobre aspectos técnicos, como acabamos de ver, la articulación del voto electrónico supone el cumplimiento de unos requisitos legales y técnicos que deben ser satisfechos por los programas que a tal efecto habiliten las sociedades. En este sentido, cabe mencionar la exigencia existente en el Derecho francés consistente en que las sociedades cotizadas que utilicen sistemas de voto electrónico deben cumplir con los principios básicos sobre trazabilidad, protección contra intrusiones, y garantizar la integridad de los datos intercambiados y la conservación de los mismos por tres años (período que concuerda con el plazo de prescripción de la acción de nulidad de 3 años establecido en el art. L. 235-9 del Código de Comercio francés)<sup>16</sup>.

Y junto con las exigencias de seguridad, técnica y legal, consideramos también esencial, desde el punto de vista práctico, la facilidad de uso de cara al usuario (el pequeño accionista) a fin de no desincentivar su participación por medios electrónicos. A tal efecto, hemos analizado algunos productos comerciales. Y nuestras conclusiones al respecto son las siguientes:

1. El programa debe garantizar la identidad de los accionistas y proporcionar seguridad y verificabilidad; por ello es recomendable: a) el uso de firma digital en todas las operaciones (delegación, voto, etc.) y la entrega de recibo o justificantes firmados digitalmente a los accionistas para confirmar la correcta recepción y registro de las delegaciones y de los votos; b) el uso de mecanismos

<sup>14</sup> Caso, p.ej., de IBERDROLA, con una cuidada y detallada Guía del accionista a efectos de voto y delegación electrónica, o también Red Eléctrica Española.

<sup>15</sup> Como ocurre ya en el caso de Red Eléctrica de España, <http://www.ree.es>.

<sup>16</sup> *AMF Recommendation on shareholder participation in general meetings*.

criptográficos para evitar las manipulaciones de votos u otorgamientos de representación y asegurar su integridad; c) el registro y almacenamiento de todas las operaciones desarrolladas de forma segura a fin de permitir futuras auditorías.

2. Respecto de la facilidad de uso, esta pueda conseguirse a través de interfaces simples, como p.ej., las basadas en entornos web que son accesibles a través de un simple navegador; en tal caso, no es necesario instalar ningún programa adicional en el ordenador el accionista que ha de votar o delegar por medios electrónicos; dado el desarrollo de los dispositivos móviles, es conveniente que sea accesible no sólo desde ordenadores personales sino también desde dispositivos móviles conectados a Internet;

3. Es deseable la compatibilidad con distintos tipos de certificados y de firmas digitales; pese a la presumible generalización en el Derecho español del DNI electrónico, dado el marco legal de la actividad de prestación de servicios de certificación, es necesario admitir otros certificados no sólo nacionales sino también incluso extranjeros (en el caso de ejercicio del derecho de voto a distancia transfronterizo).

## **V. Celebración de sesiones por medios electrónicos: de la retransmisión por video conferencia a la admisión de la junta virtual**

Nuevamente, para el tratamiento de esta cuestión, distinguiremos entre sociedad anónima y limitada, y a su vez, entre reuniones de la junta general y del consejo de administración.

### **1. Sociedad limitada**

#### ***1.1. Reuniones de la junta general***

De entrada hay que señalar que la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 1995 no permite, a diferencia de la anterior, adoptar acuerdos sociales por escrito o correspondencia. Esto, que a simple vista parece ser un obstáculo para el uso, en este ámbito, de los modernos medios de comunicación, merece un análisis más detenido. El obstáculo, como veremos, deriva más bien de que la Ley parece presuponer la presencia física de los asistentes en un determinado lugar.

No obstante, si hacemos una interpretación de la finalidad y funcionamiento de la junta general, cabe concluir que para que haya sesión lo esencial es que exista posibilidad de intercambio de pareceres y la deliberación en un mismo momento temporal; aunque la declaración de voluntad se produzca entre personas no presentes. Por ello, una reunión de Junta General transmitida por videoconferencia, en la medida en que asegura que los asistentes remotos tienen noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios pueden

intervenir desde la distancia de manera efectiva y ejercitar su derecho de voto, no ofrece menores garantías de autenticidad y ausencia de manipulación que la que tiene lugar con todos los socios físicamente reunidos en un mismo local.

No obstante, como apuntábamos, la normativa vigente presupone la existencia de un lugar físico en el que se celebra la Junta General, lugar al que tienen derecho de asistencia los socios o sus representantes. Esta exigencia legal de un lugar físico, que parece deducirse del artículo 47 LSRL., no excluye la posibilidad de que la Junta General que se celebra en el domicilio social se vea completada con otras Juntas celebradas por asistentes alojados en locales complementarios –pero siempre en el lugar del domicilio social–; ni tampoco la posibilidad de una Junta celebrada por videoconferencia en múltiples localizaciones, algunas de ellas distintas al lugar del domicilio social. Pero para ello sería necesario que existiera una cláusula estatutaria que admita la celebración de tales Juntas –local principal y accesorios conectados electrónicamente–, de la que incluso podría levantar acta el Notario, que podrá ver y escuchar los hechos que ha de reflejar en el acta. Los asistentes a través de este sistema de comunicación se considerarán, a todos los efectos legales, como asistentes a la reunión.

Una cláusula estatutaria válida sería ésta:

"La asistencia a la Junta podrá realizarse bien acudiendo al lugar en que vaya a realizarse la reunión, bien a otros lugares conectados con aquél por sistemas de videoconferencias que permitan el reconocimiento e identificación de los asistentes, la permanente comunicación entre los concurrentes, independientemente del lugar en que se encuentren, así como la intervención y emisión del voto en tiempo real. La convocatoria indicará la posibilidad de asistencia mediante videoconferencia, especificando la forma en que podrá efectuarse"<sup>17</sup>.

Más dificultades existen, como veremos, para la admisión de una junta virtual en la que se prescindiera totalmente de un lugar físico de celebración<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada*, Colegio de Registradores, cit.

<sup>18</sup> En este sentido, son interesantes las propuestas doctrinales que proponen la derogación del art. 47 LSRL. Así, VICENT CHULIA (Introducción, cit., pág. 611-612): considera válida para la sociedad limitada la junta celebrada por videoconferencia, uniendo salas o carpas, pero siempre que estén emplazadas en un mismo lugar (en cumplimiento del art. 47 LSL, pero "salvo disposición contraria de los estatutos"). Considera también que una interpretación conforme con el art. 3 Cc permitiría admitir la celebración de junta virtual y con la emisión de voto electrónico. Pero tendría que respetarse el requisito del art. 47 LSL. Por consiguiente, para la validez de la celebración de Junta virtual –a través de intranet o de Internet– entre socios situados en diversas ciudades de España o del mundo, y para el reconocimiento seguro de la validez del voto virtual, sería muy conveniente que el legislador interviniera urgentemente, derogando la exigencia del art. 47 LSL, e incluso que admitiera ambas cosas expresamente, imponiendo la obligación de establecer el sistema de seguridad que permiten las nuevas tecnologías.

## 1.2. Reuniones del órgano de administración

En cuanto a las reuniones del órgano de administración, en principio cabe considerar admisible la existencia de una reunión del consejo de administración transmitida por videoconferencia. Si, como veremos, la Ley de Sociedades Anónimas, generalmente más rígida, permite la adopción de acuerdos sin sesión, parece que los estatutos de una sociedad limitada pueden permitir la adopción de acuerdos en sesión transmitida por videoconferencia o similar, del mismo modo que, si lo estiman necesario, pueden ordenar la presencia física de los miembros del Consejo. Todo ello es admisible dentro del amplio marco de autorregulación que otorga el artículo 57.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Una cláusula admisible podría ser ésta:

"Serán válidos los acuerdos del Consejo de Administración celebrados por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple siempre que ninguno de los consejeros se oponga a este procedimiento, dispongan de los medios necesarios para ello, y se reconozcan recíprocamente, lo cual deberá expresarse en el acta del Consejo y en la certificación de los acuerdos que se expida. En tal caso, la sesión del consejo se considerará única y celebrada en el lugar del domicilio social"<sup>19</sup>.

En cuanto a la actuación y adopción de acuerdos por parte consejo de administración sin sesión y mediante el voto electrónico de los consejeros, cabe considerarlo admisible siempre que exista cláusula estatutaria al respecto. Cabe considerar que el mencionado artículo 57.1 LSRL da cobertura a este sistema de adopción de acuerdos, en el que, sin embargo, se imposibilita la fase de deliberación y debate previa a la adopción de acuerdos. Cláusula válida, en este sentido, podría ser la siguiente:

"Adopción de acuerdos sin sesión. Serán válidos los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración sin necesidad de celebrar sesión cuando ninguno de los Consejeros se oponga a este procedimiento. A estos efectos la remisión del voto electrónico de cada Consejero se hará a la dirección de correo electrónico del Secretario del Consejo o a la de la propia sociedad en el plazo de cinco días desde la petición del voto.

En estos casos la sesión del Consejo se considerará única y celebrada en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos"<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad Limitada*, Colegio de Registradores, cit.

<sup>20</sup> *Acerca de la posibilidad de utilizar las comunicaciones electrónicas en la sociedad anónima y en la de responsabilidad Limitada*, Colegio de Registradores, cit.

## **2. Sociedad anónima**

Cabe reiterar esencialmente las mismas consideraciones realizadas respecto de la sociedad de responsabilidad limitada.

### **2.1. Junta general**

Respecto de las reuniones de la Junta General, las conclusiones son básicamente las mismas que las expuestas para la sociedad limitada: debe considerarse admisible la posibilidad de celebrar una Junta cuya reunión tenga lugar físicamente en el lugar previsto en los estatutos sociales –respetando así al artículo 109 LSA–, pero que se extienda electrónicamente a asistentes alojados en locales suplementarios al del lugar del domicilio social

Respecto de la posibilidad de celebrar una Junta General de una sociedad anónima en múltiples localizaciones (algunas distintas al lugar del domicilio social), cabe considerar también admisible una cláusula estatutaria en este sentido. Como se ha dicho a propósito de la sociedad limitada, puede entenderse que la Junta tiene lugar en el domicilio social –local principal–, y que los restantes socios pueden participar en ella, debatir y ejercitar su derecho de voto. No existe tampoco ninguna dificultad para que un Notario pueda levantar acta de lo sucedido en una Junta General de esta naturaleza, y refleje en ella lo sucedido en los distintos locales en que simultáneamente tiene lugar la reunión del órgano soberano de la sociedad.

Respecto de la reunión del consejo de una sociedad anónima, en este caso no parece que deban plantearse inconvenientes a la reunión de una sesión del consejo transmitida por videoconferencia (artículo 140 de la Ley de Sociedades Anónimas), siempre que ni los estatutos lo prohíban ni los consejeros se opongan.

También sería lícita la celebración de una reunión del Consejo de Administración de una sociedad anónima sin sesión y mediante el voto electrónico de los socios o consejeros. El sistema es complejo y debe articularse con las oportunas medidas de seguridad; pero parece admisible siempre que ningún consejero se oponga a él; presenta como inconveniente la supresión de la posibilidad de debate y deliberación. Por todo ello, es posible que tenga poca difusión en la práctica, por existir hoy día alternativas más completas y cómodas (videoconferencias, servicios de mensajería electrónica instantánea con audio y video, etc.).

## **3. Las denominadas juntas virtuales**

Finalizamos este apartado relativo a la celebración de sesiones por medios electrónicos con algunas consideraciones sobre la admisibilidad de las denominadas juntas virtuales.

Las comunicaciones electrónicas pueden afectar o incidir en el funcionamiento de las juntas generales de distintas formas: p.ej., con el otorgamiento de representación por medios electrónicos; o también con el ejercicio del derecho de voto a distancia por medios electrónicos por el propio socio: en este supuesto de voto directo, los accionistas votan en su propio nombre, aunque no asisten físicamente a las juntas generales; finalmente, cabe hacer referencia a las denominadas juntas o sesiones virtuales que no implican la reunión física de los accionistas pero tienen lugar por una vía electrónica, p.ej., a través de una votación electrónica remota o través de una plataforma de voto electrónica creada por la sociedad.

Mientras la admisibilidad de las dos primeras formas no resulta problemática (especialmente, como hemos visto, dado el reconocimiento legal de las mismas), no ocurre así con la tercera forma, en la medida que se alega doctrinalmente que, en función de cómo se articule, puede suponer una imposibilidad de desarrollo de la fase de deliberación y discusión previa la adopción de acuerdos así como la rendición de cuentas directamente y cara a cara por parte de los administradores ante los accionistas. Frente a esta alegación cabe señalar que para que se cumplan tales objetivos probablemente no es necesario que la junta tenga la forma de una reunión física tradicional; así, si la sociedad tiene un reducido número de accionistas, o los accionistas se reparten entre un reducido número de lugares de celebración designados por la propia sociedad, en tales casos puede ser posible conectar los lugares por videoconferencia y desarrollar la reunión como si todos los miembros estuvieran presentes y reunidos en un único lugar. En este sentido, los tribunales ingleses admitieron ya en los años 90 del pasado s. XX la validez de una junta general de accionistas desarrollada en diferentes habitaciones conectadas por medios audiovisuales que permiten a los asistentes ver y oír lo que ocurre en cada habitación; igualmente, la *Delaware General Corporation Law* admite que las sesiones desarrolladas en múltiples lugares de celebración son válidas<sup>21</sup>.

Superadas de esta forma tales alegaciones, cabe dar un paso más y plantear la posibilidad de una junta general de accionistas sin un lugar de celebración físico; pero entonces es más difícil responder a las argumentaciones sobre la falta de confrontación, debate y deliberación en un entorno electrónico en el que exista un elevado número de accionistas y la sociedad no tenga control de su localización. De hecho, los pocos casos que existieron inicialmente en Delaware bajo la cobertura de su legislación no parece que dieran lugar a una participación a tiempo real de un elevado número de accionistas ampliamente dispersos desde el punto de vista territorial (a tal efecto se citan las experiencias de Inforte Corp. en 2001 y Cyber Inc. en 2002). El reducido número de

<sup>21</sup> Cfr., en este sentido, BOROS, E., "Virtual shareholder meetings", *Duke Law & Technology Review*, nº 8, 2004., para la jurisprudencia inglesa, cfr., *Byng v London Life Ass'n Ltd.*, 1990 Ch 170, 183 CA); y respecto de la legislación de Delaware, Del. Code Ann, tit. 8, & 211 (a) (2)).

accionistas participantes en estas dos experiencias induce a pensar que no proporcionan el marco adecuado para un foro electrónico que ofrezca la oportunidad de confrontación, debate y deliberación en una sociedad con una amplia base accionarial; para tales supuestos se sugiere doctrinalmente que no debería permitirse que las juntas virtuales sustituyan totalmente a las reuniones físicas en las sociedades con elevado número de accionistas hasta que no se articule el equivalente electrónico que permita la confrontación directa entre administradores y pequeños accionistas, y se ofrezca la oportunidad de deliberación que actualmente ofrecen las reuniones físicas. En todo caso, ha de mencionarse que tales ejemplos tampoco proporcionan una base que nos permita extraer conclusiones respecto de sus posibilidades futuras, que quizá sean mejores para el caso de sociedades con un reducido número de socios.

En el mismo sentido, se apunta que si tradicionalmente la doctrina ha asociado a la junta general las ideas de información, comunicación y voto, junto con el examen de la gestión de los administradores, las sistemas actuales de juntas electrónicas sólo proporcionan cobertura para el voto y la información en el contexto electrónico, mientras que se olvidan la idea de comunicación y el examen de la gestión. Por ello, se considera que la falta de cumplimiento de todas las funciones de la tradicional junta de accionistas es una de las razones de la falta de difusión generalizada de las juntas exclusivamente virtuales en los distintos países. Y se considera necesario un diseño de junta general virtual que cumpla todas las funciones de las juntas tradicionales. Para ello, deben eliminarse barreras legales que implican restricciones sobre el lugar y el momento de las juntas; y sustituir la rendición de cuentas tradicional de administradores ante accionistas por alternativas electrónicas<sup>22</sup>. Los claramente contrarios señalan que, aunque las nuevas tecnologías permiten sin duda una gran difusión de la información, la junta virtual (sin sesión) evita la rendición de cuentas y la exigencia de responsabilidad directa a los administradores<sup>23</sup>.

Desde el año 2000 el estado de Delaware permite desarrollar juntas generales virtuales sin un lugar de celebración a efectos de asistencia física dependiendo únicamente de la decisión discrecional de los administradores y sin el consentimiento de los accionistas. Esta posibilidad fue criticada por considerar que las juntas generales juegan un papel esencial en el buen gobierno corporativo asegurando la "responsabilización" de los administradores frente a los accionistas: las juntas son, en definitiva, el único momento del año en que los accionistas pueden comunicarse directamente con los administradores; el temor era que las juntas virtuales anuales contribuyeran al aislamiento de los administradores

22 ZETZSCHE, D. A., "Corporate Governance in Cyberspace – A Blueprint for virtual shareholder meetings", 2005, CBCRPS n° 0011, <http://papers.ssrn.com>; y también ZETZSCHE, D. A., "Corporate Governance in Cyberspace – A Blueprint for virtual shareholder meetings", 2005, CBCRPS n° 0011, <http://papers.ssrn.com>, quien considera que ofrecen oportunidades para las grandes sociedades.

23 KANE, M., "Virtual shareholder meetings flop", 2001, <http://www.news.cnet.com>.

respecto de los accionistas; asimismo, permitir a las sociedades evitar el foro físico para la interacción directa con los accionistas dará lugar a una compañía menos responsable de su gestión ante los accionistas. Es cierto que muchos accionistas ya participan en juntas generales sin asistencia directa, a través de representante o votando electrónica o telefónicamente; e incluso las sociedades pueden transmitir las sesiones por Internet; pero mientras estos mecanismos electrónicos amplían la implicación de los accionistas en el desarrollo de las juntas generales, la admisión de la posibilidad de eliminar las reuniones físicas presenciales podría tener un efecto contrario.

Igualmente, en 2001, la *Corporation Business Canada Act* (CBCA) fue reformada para dar cobertura a los avances en materia de tecnologías de la información. Siempre de acuerdo con los estatutos, la Ley canadiense permite ahora a los accionistas participar en la junta por medios electrónicos, telefónicos o de otro tipo que permitan una adecuada comunicación. La sociedad debe proporcionar los medios de comunicación para los participantes. La ley también establece finalmente que la reunión puede desarrollarse por medios enteramente electrónicos si así lo permiten los estatutos sociales.

En cualquier caso, aparte de las críticas a la admisibilidad de la junta enteramente virtual, lo que resulta indudable son las grandes posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para mejorar el desarrollo de la reunión física tradicional, proporcionan medios de bajo coste y sin limitación geográfica para conseguir la participación de un mayor número de accionistas; lo cual puede conseguirse no sólo a través de una junta completamente virtual sino también a través de la combinación de la transmisión vía web de la sesión de la reunión física junto con la posibilidad de que los observadores remotos puedan participar remitiendo cuestiones a través del correo electrónico, y/o votando en tiempo real.

Precisamente sobre estas cuestiones incide el Anteproyecto español de incorporación de la Directiva 2007/36, que, en el contenido al que hemos tenido acceso, tras consagrar el derecho de participación a distancia de los accionistas, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que participa o vota, dispone que los estatutos sociales deberán regular este derecho, en aspectos tales como la transmisión en tiempo real de la junta general, la comunicación bidireccional, también en tiempo real, para que los accionistas puedan dirigirse a la junta general desde lugar distinto a su lugar de celebración, y un mecanismo para ejercer el voto antes o durante la junta general sin necesidad de nombrar a un representante que esté físicamente presente allí<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> A la espera del acceso completo al Anteproyecto español (que debería aprobarse en 2009, pues la fecha de incorporación de la Directiva es 31 de diciembre de 2009), se ha tenido acceso a otras propuestas de implementación en otros Estados miembros (Austria, Reino Unido, ...). De entre ellas, cabe destacar algunos aspectos del Anteproyecto austriaco, en concreto, los relativos a la participación electrónica y el voto electrónico:

También en este punto cabe hacer referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Aun cuando se trata de una regulación que tendrá su aplicación principalmente en el ámbito administrativo, tiene transcendencia también a nuestros efectos, su Disposición adicional primera dedicada a la "Reunión de Órganos Colegiados por medios electrónicos", con el siguiente contenido:

"1. Los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y el 27.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. En la Administración General del Estado, lo previsto en el apartado anterior se efectuará de acuerdo con las siguientes especialidades:

a) Deberá garantizarse la realización efectiva de los principios que la legislación establece respecto de la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día, en donde se especificarán los tiempos en los que se organizarán los debates, la formulación y conocimiento de las propuestas y la adopción de acuerdos.

b) El régimen de constitución y adopción de acuerdos garantizará la participación de los miembros de acuerdo con las disposiciones propias del órgano.

c) Las actas garantizarán la constancia de las comunicaciones producidas así como el acceso de los miembros al contenido de los acuerdos adoptados".

Pues bien, estos principios reguladores pueden servir de modelo, con las adaptaciones necesarias, para la regulación de la reunión de órganos colegiados societarios por medios electrónicos, pues, pese a su distinta naturaleza (pública y privada), comparten la común naturaleza colegial.

a) Participación electrónica: la propuesta de implementación austriaca elimina los obstáculos a la participación electrónica, permitiendo las siguientes opciones: 1) juntas generales satélite: es una reunión de accionistas desarrollada de forma paralela a la actual junta general en un lugar remoto en la propia Austria o en el extranjero; esta reunión paralela debe estar conectada con la actual junta general en tiempo real y por medios de comunicación audiovisual (p.ej., video conferencia); 2) comunicación a tiempo real bidireccional (al menos acústicamente) que permite a los accionistas seguir y dirigirse a la junta general de accionistas desde un lugar distante o remoto. 3) voto electrónico desde un lugar distante, lo que elimina la necesidad de otorgar un poder de representación a alguien que esté presente en la junta 4) grabación y transmisión de la junta general de accionistas. Mientras que todas estas opciones están disponibles generalmente para todas las sociedades cotizadas o no, la transmisión pública de una junta general está todavía limitada en la propuesta a las sociedades cotizadas.

b) Votación electrónica: el voto electrónico será posible tanto por correo electrónico como a través de una forma especial disponible a través de la página web de la sociedad. En ambos casos debe asegurarse que los accionistas pueden registrar su objeción a una resolución. Los estatutos deben establecer si el voto electrónico será admisible: -sólo hasta un determinado momento antes de la junta de accionistas; -antes y durante la junta: -sólo durante la junta.

## **VI. Redacción de acta en soporte electrónico**

Conforme al art. 113 LSA y 54 LSRL, debe existir un acta de la junta, que podrá ser aprobada por la propia junta (a continuación de haberse celebrado ésta ex art. 113 LSA o al final de la reunión ex art. 54 LRL), y, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el Presidente y dos interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría.

Pues bien, no vemos inconveniente en que dicha acta se redacte en soporte electrónico, siempre que se adopten las medidas técnicas que salvaguarden la autenticación y sobre todo la integridad del contenido del documento, a efectos de evitar manipulaciones, lo que nos lleva básicamente a la firma electrónica reconocida.

Y no existe tampoco inconveniente en que como tal acta electrónica se incorpore a un libro de actas también de naturaleza electrónica, el cual puede ser objeto de legalización en soporte magnético o incluso puede ser remitido telemáticamente al Registro Mercantil a efectos de su legalización.

## **VII. Otros supuestos de utilización de las Nuevas Tecnologías en el ámbito societario**

Finalmente, cabe mencionar otros supuestos derivados del funcionamiento de las sociedades mercantiles en los que sería posible la aplicación de las nuevas tecnologías.

Así, cabría sustituir la publicidad que exige la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por una comunicación enviada por medios electrónicos en todos aquellos supuestos en que la normativa vigente admite como válida la alternativa.

P.ej., el inicio del plazo para el ejercicio del derecho de asunción preferente en caso de ampliación de capital ex artículo 75.2 LSRL; la notificación a los acreedores en caso de reducción de capital con restitución de aportaciones ex artículo 81 LSRL; o la comunicación a los socios que no hayan votado a favor de los acuerdos que den lugar al ejercicio del derecho de separación ex artículo 97 LSRL.

En las sociedades anónimas también pueden sustituirse algunas publicaciones legales por comunicaciones directas a los accionistas, que podrán realizarse por correo electrónico con total eficacia: el inicio del plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente ex artículo 158 LSA, la propuesta de compra de las acciones cuando la sociedad vaya a reducir capital por adquisición de acciones por la propia sociedad para su amortización, ex artículo 170 LSA.

E incluso cabría plantear la posibilidad de un libro registro de socios, un libro de acciones nominativas o una lista de asistentes en formato electrónico, con las debidas garantías de la autenticidad e integridad.

## **VII. Consideraciones finales**

En este trabajo se ha intentado realizar un estudio jurídico de la aplicación de las nuevas tecnologías al Derecho de sociedades, y, en particular, a la organización y funcionamiento interno de los órganos sociales a fin de conseguir una mayor seguridad en este nuevo ámbito que ofrece enormes posibilidades y ventajas para las sociedades actuales.

Consideramos que el legislador se ha centrado en la regulación del uso de medios electrónicos en las relaciones con la Administración pública en sentido amplio y no tanto en la regulación de las relaciones internas de la sociedad (y las de esta con sus socios), y en particular de la organización y funcionamiento de la sociedad por esos medios.

En este ámbito, como hemos visto, la regulación existente sobre estas materias es escasa, parcial, insuficiente y mejorable. En efecto, a título de ejemplo, existe para las sociedades anónimas regulación del ejercicio del derecho de voto a distancia o de la atribución de representación para el ejercicio de tal derecho por medios electrónicos. Y existe también una previsión que permite la convocatoria de la junta general por medios telemáticos en el supuesto de sociedad limitada nueva empresa. Pero la regulación existente es insuficiente y plantea dudas por ejemplo sobre la generalización de la votación electrónica para todo tipo de sociedades, la celebración de las denominadas "juntas electrónicas", la admisibilidad de un libro registro de acciones nominativas, o la elaboración de una lista electrónica de asistentes.

E incluso más: la falta de regulación en principio no debería ser un obstáculo insalvable para la utilización de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles; pero lo cierto es que el marco legislativo general dificulta la rápida incorporación de las nuevas tecnologías al Derecho de sociedades (piénsese en el sistema único de convocatoria por doble anuncio de la junta general de la sociedad anónima) lo que, junto con las reticencias que puede suscitar el trasfondo técnico, genera indudablemente inseguridad jurídica e impide que el Derecho de sociedades se beneficie de las enormes posibilidades y potencialidades de la denominada Sociedad de la Información

Probablemente por ello las mismas sociedades no se han mostrado especialmente interesadas en las posibilidades que ofrecen la aplicación de las nuevas tecnologías en su organización y funcionamiento

En conclusión, la aplicación de las nuevas tecnologías a la organización y funcionamiento de los órganos de las sociedades mercantil plantea problemas de seguridad, por la falta de legislación específica y completa de las distintas cuestiones y por la aplicabilidad de normativa ya existente con incidencia en la materia pero pensada para un contexto distinto. Por tanto, para conseguir la aplicación de las nuevas tecnologías en la organización y funcionamiento de los órganos societarios es necesario que tal aplicación sea segura no sólo desde el punto de vista técnico sino también jurídico, evitando las dudas que la regulación o la falta de regulación pueden generar.

# El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España

Jorge Aguilar Torres\*

---

SUMARIO: I. El voto en las sociedades anónimas. 1. Revaloración del voto en las sociedades anónimas. 2. El voto en el Gobierno Corporativo. II. El voto electrónico. 1. El voto *offline*. 2. El voto *online*. 3. El voto electrónico en la junta de accionistas. III. Marco normativo del voto electrónico en las sociedades anónimas no cotizadas. 1. Ley de Sociedades Anónimas. 2. Códigos éticos de buen gobierno societario. 3. Estatutos sociales. IV. Funcionamiento del voto electrónico. 1. Requisitos. 2. Seguridad. 3. Experiencias. 4. La página web de la sociedad anónima no cotizada. V. Conclusiones.

## Resumen

En este artículo se analizan los instrumentos y mecanismos que pueden redimensionar el ejercicio de los derechos políticos de los accionistas; análisis que se desarrolla bajo dos vértices, el buen gobierno societario y las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones aplicadas a la vida societaria; enfocándolo a las sociedades no cotizadas en bolsa, en virtud de la limitada reglamentación de estas al respecto. Se valorará la manera en la que incide el Gobierno Corporativo y los medios electrónicos en las sociedades, y en particular en el voto societario; analizando el objeto, los fines y las ventajas que ofrece el sufragio telemático.

**Palabras clave:** Medios electrónicos. Junta virtual de accionistas. Derechos de los accionistas. Voto electrónico societario. Gobierno Corporativo

---

Recibido: 28/6/2009 • Aceptado: 15/7/2009

\* Licenciado en Derecho por la Universidad por la Universidad Autónoma Nacional de México. Master Oficial en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México en las materias de Introducción al Derecho y Derecho Civil. [jorgeaguilar@hotmail.com](mailto:jorgeaguilar@hotmail.com).

### Abstract

This article analyses the instruments and mechanisms which can strengthen the exercise of political rights of shareholders through the study of two aspects: in one hand, the corporate governance and, in the other, the new information technologies and the communications applied to corporation life. The study is focused on non-publicly traded societies given their limited regulation in this respect. It will be assessed the way in which corporate governance and electronic means impact societies, particularly corporate vote, through the analysis of the object, goals and benefits of telematics suffrage.

**Key words:** Electronic means. Virtual meeting of shareholders. Rights of shareholders. Corporate e-voting. Corporate Governance.

## I. El voto en las sociedades anónimas

El voto es la herramienta deliberativa de la que se vale el accionista de una sociedad para manifestar su parecer sobre los puntos discutidos y sometidos a votación en el seno de una junta de accionistas, emitidos los votos, se procede al escrutinio en el que cada voto es ponderado cualitativa y cuantitativamente dependiendo del sentido del sufragio y del número y tipo de acciones que posea el accionista votante; del consenso de los votos que representen la mayor parte del capital social, se conforma la voluntad de la sociedad<sup>1</sup>.

En este tenor, el voto en las sociedades anónimas se define como la declaración unilateral de voluntad que cada accionista realiza en el marco de la junta de accionistas que para el efecto haya sido convocada, observando las formas y los requisitos que la legislación aplicable y los estatutos sociales determinen. El conjunto de votos del accionariado forman proporcionalmente al capital social que representan, la voluntad de la sociedad anónima. Esta facultad que dimana de la titularidad de cada acción posibilita a su tenedor a participar en la vida de la sociedad, proponiendo, aprobando, u oponiéndose a las decisiones que se tomen en la junta de accionistas<sup>2</sup>.

### 1. Revaloración del voto en las sociedades anónimas

El voto societario con el apoyo de los medios electrónicos y su acogida en el Gobierno Corporativo, se presenta como una opción que con renovada fuerza

<sup>1</sup> Véase VAZQUÉZ ARMINIO Fernando, BARRERA GRAF, Jorge. "Voto en sociedades". En *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, tomo VIII p. 423-426.

<sup>2</sup> Al respecto URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 276 y 320.

pretende una mayor participación de los socios en las juntas de accionistas, utilizando al voto como instrumento de control sobre los órganos de gestión; cabe destacar que el voto electrónico es una innovación que parte con ventaja, en virtud de ser un instrumento jurídico conocido, probado, y realizado expresamente para ello, que ahora se presenta con la variante electrónica, aprovechando las posibilidades que los avances tecnológicos ofrecen<sup>3</sup>.

En este tenor, se pretende redimensionar al máximo el voto del accionista para responder a nuevas necesidades, fortaleciendo la junta de accionistas con la participación mayoritaria del accionariado. Los vértices bajo los cuales se busca encausar esta revaloración del voto son responsabilidad y participación de los accionistas en la administración de la sociedad, pretendiendo con ello un mayor y mejor control sobre los órganos de gestión.

Esta revalorización está atendida a la participación del accionariado en la vida societaria, a la aplicación y seguimiento de las recomendaciones de los códigos de buen gobierno societario, y a la adecuación apropiada y eficaz del marco jurídico; pero sin lugar a duda, las posibilidades y soluciones que ofrecen los avances tecnológicos en favor de una gestión social correcta, transparente, equitativa y cercana al accionista han sido el principal motor de esta vigorización del voto en las sociedades<sup>4</sup>.

## **2. El voto en el Gobierno Corporativo**

El Gobierno Corporativo o “buen gobierno societario”, se define como el conjunto de mecanismos mediante los cuales una empresa es dirigida y controlada bajo los principios de transparencia, información, autorregulación, publicidad, veracidad, y oportunidad; una sociedad que se rige bajo los lineamientos del Gobierno Corporativo será aquella que su administración cumpla la normatividad aplicable y actúe bajo los principios y recomendaciones recogidos en los códigos que para el “buen gobierno societario” se han dictado; en este tenor, el Gobierno Corporativo auxiliándose de los medios electrónicos pretende revitalizar al voto y a la junta de accionistas como medio de control y supervisión en la gestión de las sociedades anónimas<sup>5</sup>.

Este movimiento generado ante la insatisfacción general del funcionamiento y la gestión de los órganos de administración de las sociedades, se ha consolidado a través de códigos éticos compuestos por un conjunto de recomendaciones no vinculantes dirigidas a las sociedades, con el objetivo de que alcancen una gestión

<sup>3</sup> Véase CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “Apuntes sobre el derecho de voto electrónico en la sociedad bursátil”. En *Revista de la Contratación Electrónica*. Octubre, 2004, no. 53, p. 43.

<sup>4</sup> Véase VICENT CHULIÀ, Francisco. “Internet y sociedades”. En *Revista de la Contratación Electrónica*. Septiembre, 2004, no. 52, p. 4.

<sup>5</sup> Véase VAÑO VAÑO, María José. “Derecho de sociedades y comunicaciones electrónicas”. En *Revista Aranzandi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2006, no. 4, p. 225.

social óptima y correcta, ante la complejidad de regular a los órganos de administración para que cumplan de manera aceptable sus fines, y sin detrimento o perjuicio tanto de accionistas minoritarios como de terceros; sin embargo, algunas recomendaciones se han ido convirtiendo en normas coactivas ante el incumplimiento de los principios del buen gobierno societario, y de sonoras administraciones fraudulentas<sup>6</sup>.

No obstante ello, esta vinculación sólo ha sido dirigida a las sociedades que cotizan en bolsa, valiéndose de los organismos de control del mercado de valores y de las normas que regulan a las sociedades anónimas cotizadas, dejando a las sociedades no cotizadas en la difícil área del cumplimiento ético puro de los principios que estos códigos enarbolan.

Cabe destacar que uno de los elementos torales del Gobierno Corporativo es el relativo al adecuado manejo y distribución de la información al accionariado, lo cual requiere que los órganos de administración mantengan una comunicación estrecha con los socios, proporcionándoles toda la información relevante de la sociedad de manera oportuna, correcta, veraz, completa, simétrica y equitativa; con el objetivo de que los votantes cuenten con la información que les permita evaluar objetivamente la situación de la sociedad y decantarse en favor de las propuestas que crean más convenientes<sup>7</sup>.

En este tenor, en los últimos años se ha dado un movimiento llamado del “buen gobierno societario” o Gobierno Corporativo, el cual ha sido desarrollado por comisiones de investigación integradas por reconocidos especialistas del Derecho Societario, que han emitido sendos códigos éticos para el “buen gobierno societario”, a los que se les ha dado en llamar “Informes”<sup>8</sup>. En España esta corriente se materializó por primera vez con el Informe Olivencia de 1998, al cual le sucedió el Informe Aldama de 2002, y el más reciente Código Conthe de 2006; tanto el voto como la junta de accionistas en estos “Informes” han tomado de manera progresiva un papel preponderante, incorporando la utilización de las tecnologías de la información en la vida interna y externa de las sociedades,

6 Sin lugar a duda el escándalo de la empresa Enron (2001), uno de los más grandes en la historia de los Estados Unidos de América, es uno de los ejemplos más negativos de gestión y gobierno societario, causando un parte aguas en el movimiento del Gobierno Corporativo y en el endurecimiento de sus recomendaciones. SANCHEZ CALERO, Fernando. “Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. 2003-1, no. 20, p. 31.

7 Véase SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. “Medios electrónicos para la comunicación y la difusión de información en las sociedades anónimas”. En *Revista Derecho de Sociedades*. Octubre, 2006, no. 26, p. 345; VAÑO VAÑO, María José. “Derecho de sociedades y comunicaciones electrónicas”. En *Revista Aranzandi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2006, no. 4, p. 242; y MUÑOZ PAREDES, José María. “Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración”. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 131-133.

8 Se ha tomado la costumbre de identificar cada informe con el apellido del director de la Comisión que lo redacta.

promoviendo con ello una participación activa de todos los accionistas en la administración societaria<sup>9</sup>.

## **II. El voto electrónico**

El voto electrónico es la manifestación de voluntad que un accionista realiza a través de medios electrónicos en el marco de una junta de accionistas, absteniéndose o pronunciándose, a favor o en contra, sobre alguno de los puntos sometidos a votación. Por tanto, es una declaración unilateral de voluntad emitida telemáticamente por un socio sobre los asuntos que se someten a votación en el seno de una asamblea de accionistas, y que para su validez, debe cubrir los requerimientos técnicos y de seguridad que la ley y los estatutos sociales determinen<sup>10</sup>.

Sin lugar a duda el voto electrónico irrumpe como un adminículo que potencia y renueva el derecho de voto del accionista, facilitando y en algunos casos posibilitando su ejercicio<sup>11</sup>. Las principales ventajas que aporta el voto electrónico son: 1) la ubicuidad del accionista, pues no importando donde se encuentre al momento de celebrarse la junta de accionistas podrá emitir el sufragio; 2) facilitar una mejor y más estrecha comunicación entre la sociedad y el accionariado, posibilitando el envío inmediato y oportuno de información útil, completa, y simétrica; 3) el ahorro en costes por la sustitución del soporte papel, y por el no desplazamiento de los accionistas al local de la empresa; y 4) la posibilidad de aplicarlo de manera fácil, práctica y segura, fomentando con ello una mayor participación en las juntas de accionistas, combatiendo con ello el abstencionismo, principalmente el de los accionistas minoritarios. Estas ventajas se encuentran sujetas a las limitaciones propias de los sistemas informáticos utilizados, a las cláusulas estatutarias que le regulen, y al tipo de voto electrónico que se utilice, como a continuación se expone<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Véase VAÑO VAÑO, María José. "Derecho de sociedades y comunicaciones electrónicas". En *Revista Aranzandi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2006, no. 4, p. 227.

<sup>10</sup> Renui lo define como "la captación del voto mediante procedimientos electrónicos en los que el uso de papel u otros sistemas físicos son opcionales y auxiliares". RENUI, Josep M. «Del papel a la red: el voto electrónico» En *La Vanguardia.es* 20 de febrero de 2005. [fecha de consulta 10/03/08] [http://www.ub.es/grepa/JMRenui/Article\\_Renui\\_LV\\_20022005.pdf](http://www.ub.es/grepa/JMRenui/Article_Renui_LV_20022005.pdf)

<sup>11</sup> Jose María Garrido considera que "para que los accionistas tengan la posibilidad de participar en la toma de decisiones deben tener la posibilidad de votar sin presencia física en la junta de accionistas (...) Otro medio de incrementar la participación de los accionistas en los procesos de información, comunicación y toma de decisiones es el de permitir a los accionistas ausentes el participar en las Juntas Generales tradicionales a través de medios electrónicos, incluyendo Internet (webcast) o vía satélite." En GARRIDO, José María. *El informe Winter ...* p. 119.

<sup>12</sup> Al respecto SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. *Medios electrónicos para la comunicación...*, p. 345.

## 1. El voto *offline*

Es el voto electrónico enviado de manera unidireccional a través de un correo electrónico, una comunicación diferida que no permite un diálogo interactivo, puesto que solo hay un canal en el cual la comunicación va en un solo sentido, en el que tanto el emisor como el receptor no cambian de lugar, y no hay posibilidad de respuesta por el mismo canal que recibe la comunicación. Se le denomina *offline* por su acepción en inglés que significa “fuera de línea”, y se refiere a aquella comunicación realizada por medios electrónicos que no permite la interacción entre el emisor y el receptor, y por ende no se realiza en tiempo real. Por sus características, el voto *offline* requiere que con prudente antelación se remita al accionista información del estatus de la empresa, los puntos a votar en la junta de accionistas, y los pormenores técnicos para la adecuada y segura emisión y recepción del voto.

Ejemplificando el escenario en el que se emite un voto electrónico *offline*, debemos tener en cuenta que los accionistas deben cumplir con las garantías de procedimiento e identificación reconocidos y aprobados para el voto electrónico, pudiendo ser enviado el sufragio mediante correo electrónico a la página web de la empresa o a la dirección electrónica que para el efecto se haya habilitado (por ejemplo: *juntadeaccionistas2008@telefonica.com*); el voto *offline* debe ser firmado electrónicamente por el accionista para acreditar su identidad y verificar la titularidad del número y tipo de acciones que representa, debiendo ser recibido dentro del plazo previsto, y el sentido del voto debe mantenerse en secreto hasta el momento del escrutinio, finalmente los votos electrónicos *offline* válidamente emitidos son computados con los demás<sup>13</sup>.

## 2. El voto *online*

Es aquel voto electrónico emitido por un accionista a través de un canal bidireccional en el marco de la junta de accionistas convocada para el efecto; por tanto, este voto se transmite mediante un canal de comunicación telemática que permite un diálogo interactivo entre los socios, los órganos de gestión, y el ente social. La comunicación bidireccional posibilita que la información viaje por el mismo canal en ambos sentidos, pudiendo alternarse los roles de emisor y receptor. Se distingue con el anglicismo *online* que significa en línea, y se refiere a la comunicación directa, simultánea e interactiva efectuada telemáticamente y en tiempo real.

El voto *online* es un instrumento dinámico con posibilidades bastas, sujeto a las características y perfeccionamiento de los programas informáticos empleados para su aplicación. En este tenor, un voto electrónico *online* podría ser emitido

<sup>13</sup> Véase VAÑO VAÑO, María José. Derecho de sociedades y comunicaciones electrónicas..., p. 242.

en el marco de una junta de accionistas transmitida por un canal bidireccional decodificado y seguro; el programa informático aplicado sería manipulado por la persona que presida la junta, controlando el acceso, la asistencia, el orden del día, las intervenciones, y la votación; por su parte, los accionistas podrían conectarse en línea desde el lugar que elijan, observando el desarrollo de la junta, y hasta intervenir en ella con mensajes de texto, audio (intervención oral), e imagen; y por ende, emitir el voto electrónico *online*.

### **3. El voto electrónico en la junta de accionistas**

Partiendo de que la junta de accionistas debe ser el órgano supremo de gobierno, administración, y fiscalización de las sociedades, en el que se deben tomar las decisiones clave para el cumplimiento del objeto social; debemos concebir al voto como una figura dependiente de la junta de accionistas, al ser contenido y continente; por tanto, con la aplicación del voto electrónico la dinámica tradicional de la junta de accionistas será modificada con nuevos conceptos como presencia virtual y junta virtual, y las respectivas consecuencias que ello conlleve<sup>14</sup>.

En este orden de ideas, dependiendo del tipo de voto electrónico que se emplee, del seguimiento que los socios hagan a la junta de accionistas, y de la infraestructura tecnológica que se utilice, la mecánica de estas asambleas paulatina e indefectiblemente se transformará; desde la contabilización de votos electrónicos *offline* recibidos con anterioridad a la junta, pasando por las múltiples variantes del voto *online*, la transmisión en línea de las juntas, la interacción telemática de los accionistas, hasta juntas virtuales en las que el local en el que se lleven a cabo sea la página web de la empresa<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Para Muñoz Paredes “*el último estadio de la participación de la junta a través de las nuevas técnicas de comunicación es la llamada «junta virtual» o «ciber-junta», es decir, aquella en la que no existe en absoluto reunión física, sino que el encuentro, deliberación y debate de los socios se desarrolla a través de un medio de comunicación simultánea.*” MUÑOZ PAREDES, José María. *Nuevas tecnologías ...*, p. 202-203.

<sup>15</sup> Para María Jose Vaño “*el derecho de asistencia relacionado directamente con el derecho de voto, es esencial para que pueda ser considerada válidamente constituida la Junta General. La unidad de tiempo y lugar que preside el régimen jurídico vigente de nuestra general, irremediablemente debe ser sustituido o al menos adaptado a la incorporación de las tecnologías de la información. La posibilidad dada a los socios de emitir sus votos por correo postal o electrónico o por cualquier otro medio que acredite la identidad del sujeto y si consideración dentro del quórum de constitución, abre la vía para la celebración de la por medios electrónicos, a pesar de que tradicionalmente no ha sido bien tratada por nuestro país. Pero lo cierto es que el concepto de «unidad de tiempo y de lugar» es perfectamente compatible con la Web/servidor corporativa y el intercambio de pareceres que habitualmente se desarrolla en el seno de la General existe igualmente si existiera la posibilidad de que algunos accionistas pudieran acceder e interactuar en la general. (...)*”. En VAÑO VAÑO, María José. *Derecho de sociedades...*, p. 244; en el mismo sentido MUÑOZ PAREDES, José María. *Nuevas tecnologías...*, p. 173; y ZUNZUNEGUI, Fernando. «¿Qué son las juntas virtuales?» En *Revista de Derecho del Mercado*

### **III. Marco normativo del voto electrónico en las sociedades anónimas no cotizadas**

El andamiaje normativo del voto electrónico en España se encuentra disgregado en diversos ordenamientos, mismos que se han reformado para la adaptación y aprovechamiento de los avances tecnológicos en el Derecho societario, dividiéndose en este punto las sociedades cotizadas en bolsa de las sociedades no cotizadas; no obstante, a las sociedades anónimas independientemente de estar cotizadas o no, les repercuten las reformas que en lo general se han hecho a la Ley de Sociedades Anónimas, posibilitando con ello la inclusión de los medios electrónicos en la administración y el gobierno de este tipo de sociedades, y en sus juntas de accionistas.

Las sociedades en general, en distinta medida recurren cada vez más a los avances tecnológicos no solo como auxiliares en el desarrollo y comercialización de bienes y servicios, sino en la propia administración societaria, confrontándose con las reticencias propias de la desconfianza de los accionistas en general, y con el conflicto de los intereses económicos de socios mayoritarios y grupos de control; pese a ello, en unos casos de manera voluntaria y en otros coaccionadamente, su aplicación empieza a permear en la práctica jurídica.

Cabe destacar que el uso del voto electrónico se ha utilizado principalmente en las sociedades cotizadas, debido a que la normativa especializada no aplicable a las sociedades no cotizadas es la que compele cada vez más exhaustivamente al cumplimiento de los principios y las recomendaciones del “buen gobierno societario”, dentro del cual el voto electrónico ha tenido su principal plataforma; no obstante, se prevé que conforme los sistemas informáticos aplicables se vuelvan más económicos y seguros, sin duda, el voto electrónico será utilizado de manera generalizada por las sociedades anónimas no cotizadas.

#### **1. Ley de Sociedades Anónimas**

La reforma que se hizo a esta Ley en el año 2003, contempló principalmente a las sociedades anónimas cotizadas en bolsa, sin embargo, las modificaciones genéricas a este ordenamiento afectan a las sociedades no cotizadas; esta reforma reconoce y regula que el voto del accionista pueda ser emitido a distancia, contemplando genéricamente al voto postal y al voto electrónico, e incluso a cualquier otro medio que garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto, y se encuentren realizados de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de cada sociedad<sup>16</sup>.

*Financiero*. 06 de diciembre de 2006 [fecha de consulta 07/01/08] <http://rdmf.files.wordpress.com/2006/12/que-son-las-s-virtuales.pdf>

<sup>16</sup> Las reformas que se hicieron a Ley de Sociedades Anónimas aplicables a las sociedades anónimas no cotizadas, en cuanto al voto electrónico quedaron plasmadas en el artículo 105, que en su apartado cuatro reconoce al correo electrónico y a cualquier otro medio de comunicación a

Otro punto relevante de la reforma fue en lo concerniente al derecho de información del accionista, y el deber de la sociedad de proporcionar toda la información necesaria para que el accionista esté al corriente de la situación que guarda la empresa, y se encuentre así en aptitud de votar, obligación que tras la reforma puede ser cumplida a través de medios electrónicos. Sin duda el empleo de medios telemáticos en el envío de información a los accionistas aporta rapidez, seguridad, ahorra costes, combate la información asimétrica entre accionistas, y mejora la reputación de las sociedades al exterior<sup>17</sup>.

## **2. Códigos éticos de buen gobierno societario**

Estos códigos se definen como el conjunto de pasos, mecanismos, principios y recomendaciones que para el “buen gobierno” de las sociedades han sido encargados en España por la Administración Pública. Estos códigos éticos también llamados “Informes”, si bien procuran gestiones sociales equitativas y legales, al no ser obligatorios para las sociedades no cotizadas resultan meros documentos orientativos, toda vez que su cumplimiento se sujeta a la autorregulación de las mismas; sin embargo, al promover la utilización de los medios electrónicos y en particular del voto electrónico y la página web, las sociedades anónimas no cotizadas que quieran aplicarlos, encontrarán lineamientos y recomendaciones útiles para ello.

El informe Olivencia de 1998 de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, fue el primer código ético de buen gobierno societario en España, este informe que se resume en 23 recomendaciones de observancia voluntaria denominadas “prácticas de buena gobernanza”, de manera general recomienda potenciar la comunicación de la sociedad con sus accionistas, y da parámetros mínimos para gestiones sociales correctas y transparentes<sup>18</sup>.

distancia como medio para emitir el voto societario, debiendo realizarse de conformidad con los estatutos sociales y garantizando la identidad del votante electrónico; y el apartado 5 autoriza la presencia virtual del accionista, al ordenar que sean considerados como presentes para los efectos de constitución de la junta de accionistas, a los socios que emitan votos a distancia. 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.

<sup>17</sup> “Para el cumplimiento de las obligaciones informativas por parte del órgano de administración, el correo electrónico es el mecanismo más adecuado para servir como medio de comunicación entre la sociedad y sus accionistas, de manera que éstos podrían formular sus solicitudes de información y obtener respuesta de la sociedad por este medio (...)”; SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. Medios electrónicos para la comunicación..., p. 333.

<sup>18</sup> LIZCANO ALVAREZ, José Luis. «Gobierno de las sociedades. Un enfoque desde la responsabilidad social» Ponencia dictada en la X Conferencia anual de ética, economía y dirección (EBEN-ESPAÑA). Madrid 13 y 14 de junio de 2002. p. 3 y 4. [fecha de consulta 20/03/08] <http://www.eticaed.org/actividades/s3.htm>

El Informe Aldama de 2003, es un compendio de recomendaciones más en forma y menos laxo que su predecesor, que incorpora los avances tecnológicos al gobierno societario, incluyendo específicamente al voto electrónico; el objeto de este informe es consolidar las recomendaciones del Informe Olivencia, abundando en la aplicación práctica de los principios del gobierno corporativo en la administración societaria de las sociedades cotizadas<sup>19</sup>.

El Código Conthe de 2006, es un compendio aún más exhaustivo e injerente en sus lineamientos, pretendiendo armonizar y actualizar las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama, y está dirigido ex profeso para las sociedades cotizadas en bolsa.

No obstante lo anterior, es deseable y se considera probable que poco a poco las sociedades anónimas no cotizadas vayan adaptándose a las pautas dictadas por estos “Informes”; puesto que aquellas empresas que cuenten con administraciones societarias transparentes resultarán más atractivas, al generar mayor confianza para sus clientes, socios, proveedores, accionistas, e inversionistas<sup>20</sup>.

### 3. Estatutos sociales

Ante la carencia de un ordenamiento jurídico que regule exhaustivamente los mecanismos de aplicación y funcionamiento, los requisitos técnicos y de seguridad, y protocolos para la solución de eventualidades; y en caso de que las sociedades anónimas no cotizadas quieran utilizar la votación telemática, deberán modificar sus estatutos sociales, aprobando y regulando la implementación del voto electrónico, abordando aspectos técnicos y jurídicos; y contemplando mecanismos que resuelvan los inconvenientes que se puedan presentar, desde la comunicación y transmisión del voto, pasando por la identidad y la legitimidad del votante, la seguridad e integridad del sufragio, hasta los procedimientos de solución en caso de fallas insuperables; por eso, el empleo de medios electrónicos en las comunicaciones societarias en general, y del voto electrónico en particular, deben ser consentidos y regulados por los estatutos sociales<sup>21</sup>.

Las reformas o inclusiones a los estatutos sociales para hacer posible y aplicable el voto telemático se resumen en:

- Tanto los socios como la sociedad, deben tener una dirección electrónica en la que puedan ser requeridos, convocados, e informados.
- Se debe facultar a los órganos de administración para que se comuniquen con los socios a través de medios electrónicos.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. «De Olivencia a Aldama» [fecha de consulta 10/03/08] <http://www.jfarmesto.com/documentos/De%20Olivencia%20a%20Aldama.pdf>

<sup>20</sup> SOLÍS, José Luis. “El Código Conthe: claves del Buen Gobierno”. En *Revista Estrategia Financiera*. 2006, no. 231, p. 50-55.

<sup>21</sup> Al respecto VAÑO VAÑO, María José. *Derecho de sociedades...*, p. 252.

- Los accionistas podrán solicitar, y los órganos de administración podrán enviar, por medios electrónicos y cumpliendo los requisitos técnicos y de seguridad, todo tipo de información sobre la sociedad que en su caso proceda.
- Autorizar que las convocatorias a las juntas de accionistas puedan hacerse telemáticamente.
- El accionariado podrá asistir y participar en las juntas de accionistas a través de medios electrónicos.
- Se deberá reconocer, consentir, y autorizar el uso del voto telemático en las juntas de accionistas.
- Se determinarán los requerimientos técnicos y de seguridad para la validez del voto telemático y el envío de comunicaciones en general.

En este tenor, las directrices principales para las modificaciones en los estatutos y en su caso, en el reglamento de la junta de accionistas y en los relativos acuerdos del órgano de administración, versan sobre el consentimiento y regulación del uso y aplicación de medios electrónicos en las comunicaciones societarias, y sobre el tipo de voto electrónico y los medios de comunicación para ello autorizados, plazos, mecanismos, y procedimientos para su emisión, recepción, revocación, modificación, computo, y validez; así como las directrices de seguridad, legitimación e identificación del accionista votante<sup>22</sup>.

#### **IV. Funcionamiento del voto electrónico**

En esta etapa de implementación resulta primordial que el voto electrónico se realice de manera clara, segura e indubitable, con procesos sencillos que faciliten la participación del accionista; los avances tecnológicos ofrecen una infinidad de variantes para el desarrollo de las juntas de accionistas y el ejercicio del voto, con la ventaja que estas variantes pueden ser adaptadas a las necesidades y a las posibilidades de cada empresa.

En este tenor, una vez que se han realizado las adecuaciones pertinentes en los estatutos sociales, el siguiente paso es la convocatoria a la junta de accionistas, la cual, además de colmar los elementos legales de toda convocatoria, deberá indicar a los accionistas que tienen la posibilidad de votar electrónicamente, y señalará los requerimientos y limitaciones que hubiere; es decir, que se especifiquen los medios de comunicación válidos, la dirección electrónica a la cual remitir el voto, los requisitos técnicos y de seguridad a cubrir, los plazos

<sup>22</sup> En COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA «Comunicaciones electrónicas intrasocietarias» [fecha de consulta 13/01/08] <http://www.registradores.org/principal/ficheros/intrasocietarias.pdf>; MUÑOZ PAREDES, José María. Nuevas tecnologías..., p.166-168; y VICENT CHULIÀ, Francisco. Internet y sociedades..., p. 5 y 8.

establecidos, la prelación de los votos emitidos por el mismo accionista por igual o diferente medio, y cualquier limitación o exclusión existente al voto electrónico.

El sufragio telemático se realizaría desde el lugar elegido por el votante a través de su ordenador, teléfono móvil, o cualquier otro dispositivo electrónico autorizado; el voto debe ser enviado a la dirección electrónica citada en la convocatoria y dentro del plazo establecido; recibido el voto, se procede a verificar la identidad y legitimidad de socio votante; y por último, los votos electrónicos que hayan sido sufragados válidamente, deben ser contados y sumados a los demás votos emitidos en la asamblea.

### **1. Requisitos**

El voto electrónico solo puede ser emitido por el tenedor de la acción societaria, por tanto se debe asegurar que el emisor del voto sea quien dice ser, identidad que es confirmada mediante una firma electrónica que debe acompañar a todo voto telemático; identificado válidamente el accionista se procede a verificar el número y tipo de acciones de las que es titular, garantizando con ello la legitimidad del voto telemático emitido y las acciones que representa<sup>23</sup>.

El voto telemático se diferencia del voto presencial por el medio en el que se transmite, por tanto debe ser emitido bajo los mismos principios, resguardando la integridad y el sentido del mismo hasta el momento del escrutinio; a la par, es imprescindible que todos los documentos electrónicos que directa e indirectamente se refieran al voto electrónico, incluyendo la convocatoria a la junta de accionistas, sean almacenados y preservados para su posible constatación, ya que toda votación electrónica debe ser auditable.

Los requisitos fácticos que facilitarán la aplicación del voto electrónico en la práctica jurídica son: veracidad, exactitud, seguridad, transparencia, e inmediatez en los procedimientos para la emisión, recepción, y escrutinio del sufragio electrónico; esto aunado al desarrollo de sistemas y mecanismos cada vez más sencillos, económicos, y seguros.

### **2. Seguridad**

La seguridad es una condición *sine qua non* con la que se deben realizar todas las comunicaciones telemáticas, no obstante hay distintos niveles de seguridad que se pueden adecuar a los presupuestos y necesidades de cada empresa; definidas las características de la sociedad, el número de accionistas,

23 Al respecto PANIZO, Luis. «Aspectos tecnológicos del voto electrónico» [fecha de consulta 08/02/08] [http://www.votobit.org.mx/ponencias/Luis\\_Panizo.pdf](http://www.votobit.org.mx/ponencias/Luis_Panizo.pdf); y PRINCE, Alejandro. «Consideraciones, aportes y experiencias para el voto electrónico en Argentina» 20 de febrero de 2005 [fecha de consulta 15/01/08] <http://www.pkrsbr.com/biblioteca/htm/LibroVotoelectronico%20Prince.PDF>

los medios de comunicación, los programas y el tipo de voto electrónico a emplear, quedará determinado el sistema de encriptación y el nivel de seguridad aplicado<sup>24</sup>.

La identidad del votante se constata mediante la firma electrónica que debe acompañar al voto electrónico, firma que puede ir desde una clave numérica, a elementos de reconocimiento biométrico, firma electrónica reconocida, certificados de clave pública, y otros complejos sistemas de autenticación y control de acceso a los programas de votación; la encriptación del documento también protegerá la integridad del voto, por lo que una vez emitido deberá llegar sin alteración alguna y de forma directa e inmediata a una urna electrónica, el sistema informático se programa para generar automáticamente al votante telemático acuse de recibo en el momento en el que la sociedad recibe el voto, que sumado a la firma electrónica garantizan que tanto la emisión como la recepción del voto electrónico no puedan desconocerse<sup>25</sup>.

### **3. Experiencias**

Algunos casos pioneros en la utilización del voto electrónico en España, permiten recoger sus experiencias para perfeccionar los procedimientos, en el caso de la sociedad UNIÓN FENOSA, su junta general de accionistas del año 2004 fue la primera en España en posibilitar a sus accionistas para que emitieran sus votos por correo electrónico, innovación que si bien despertó mucho interés, ante el desconocimiento e inexperiencia del accionariado y algunos detalles técnicos, los votos electrónicos válidamente emitidos ascendieron a un solo voto en esa junta de accionistas.

A pesar del perfeccionamiento y asesoría técnica en la materia que ha tenido esta sociedad y sus accionistas en los últimos años, el voto telemático no ha tenido la acogida esperada, no obstante ello, su implementación sentó un precedente importante para el sufragio telemático, y sobre la manera en la que una empresa puede transitar hacia el soporte electrónico y la sustitución de la presencia física del accionista en las asambleas. De estas experiencias, UNIÓN

<sup>24</sup> Actualmente las sociedades pueden contratar los servicios de empresas especializadas que dan soporte técnico y jurídico para la realización de juntas virtuales y votación electrónica, asesoran, capacitan, y resuelven las dudas del accionariado, hacen pruebas de transmisión y recepción, así como simulacros con los accionistas desde sus oficinas. Para consultar las páginas web de alguna de estas empresas véase: <http://www.interactiva.com.es/>; <http://www.firma-segura.com/pymes.asp>; <http://www.cert.fnmt.es/index.php?lang=es>.

<sup>25</sup> En los Estados Unidos de América ya se contratan los servicios de grandes empresas que remiten a los accionistas tarjetas de asistencia con formularios de delegación del voto (proxy card) con información y aclaraciones sobre la posibilidad de conferir la delegación en Internet, e incluso telefónicamente. El accionista que decida hacer uso de esta posibilidad accede a la página web indicada en la documentación remitida, e introduce los números de control que constan en su formulario (proxy card), o el número remitido por correo electrónico en su caso. En VAÑO VAÑO, María José. *Derecho de sociedades...*, p. 250.

FENOSA ha condensado un protocolo para el voto electrónico de sus accionistas con los siguientes lineamientos<sup>26</sup>:

- Pone a disposición de sus accionistas un formulario con el orden del día y los puntos a votar a través de su página web.
- El formulario debe ser cumplimentado y enviado por correo electrónico (voto *offline*) a una dirección específica de recepción de votos, ejemplo: “[juntaordinariadeaccionistas2008@unionfenosa.es](mailto:juntaordinariadeaccionistas2008@unionfenosa.es)”.
- Brinda asesoría, formación y soporte técnico a sus accionistas.
- El sistema de votación electrónica genera automáticamente al votante un acuse de recibo, el cual le es remitido por correo electrónico y confirma la recepción y el inicio de la validación del sufragio.
- La seguridad es garantizada exigiendo que los votos electrónicos sean signados mediante firma electrónica reconocida.
- Y por último anuncia que tiene como proyecto, la transmisión en línea de sus juntas de accionistas a través de su página web, y la generación de certificados propios para firma electrónica reconocida.

En este tenor, la empresa Red Eléctrica de España convocó a junta general de accionistas poniendo como bases para el ejercicio del derecho a voto a través de medios electrónicos<sup>27</sup>:

- Los votos electrónicos deben ser enviados 24 horas antes de la junta de accionistas.
- A través de la página web de la empresa se pone a disposición del accionista una sección de ayuda técnica para resolver dudas e inconvenientes técnicos para el sufragio telemático.
- Los accionistas deben firmar electrónicamente su voto, y para ello deben contar con el documento nacional de identidad electrónico, o certificado electrónico de firma expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.
- El accionista debe cumplimentar el formulario de voto firmándolo electrónicamente.
- El sistema de votación fechará el momento exacto de la recepción del voto, confirmando que se haya realizado dentro del plazo establecido.
- Recibido el voto electrónico se confirmará la condición del accionista votante.

<sup>26</sup> LECUBARRI, Javier, «Sistemas de información. Voto electrónico» [fecha de consulta 10/03/08] [http://www.interactiva.com.es/documentos/transparencia/2\\_004-transparencia-UFenosa.pdf](http://www.interactiva.com.es/documentos/transparencia/2_004-transparencia-UFenosa.pdf)

<sup>27</sup> Información disponible en la página web de la empresa: <http://www.ree.es/accionistas//convocatoria.asp>

#### 4. La página web de la sociedad anónima no cotizada

El marco normativo no obliga a las sociedades no cotizadas a la creación de páginas web a diferencia de las sociedades que sí cotizan en bolsa, no obstante, por razones comerciales muchas sociedades cuentan ya con la suya; la importancia de las páginas web para el voto electrónico estriba en que pueden utilizarse como plataforma para la aplicación del voto electrónico y la transmisión en línea de las juntas de accionistas. No obstante ello, en caso de que la empresa no cuente con su propia página web, o esta no esté disponible por alguna causa, hay empresas de asistencia telemática y votación electrónica que albergan en sus páginas web los procesos de elección de las sociedades que contratan sus servicios, ofreciendo además de su página web como plataforma para el sistema de votación, asesoría técnica y jurídica para las juntas de accionistas y los procesos de sufragio electrónico<sup>28</sup>.

Las posibilidades que brindan las páginas web a las sociedades son múltiples y variadas, en lo referente al gobierno societario puede ser de enorme utilidad, puesto que a través de ella además del voto electrónico, las sociedades pueden poner a disposición del accionariado para consulta o notificación todo tipo de información y comunicados, desde las convocatorias, funcionamiento, y orden del día de las juntas de accionistas; los procedimientos para delegar o ejercer el voto a distancia; informaciones financieras y sobre el gobierno corporativo de la sociedad; hasta los estatutos sociales, y los reglamentos internos existentes, como el de la junta general y el del consejo de administración.

Ante la falta de normativa de las páginas web de las sociedades no cotizadas, éstas pueden disponer libremente sobre su formato y contenido; sin embargo, dicho contenido deberá ser veraz, completo, y actualizado, en particular en lo referente a la gestión social, para garantizar con ello la certeza jurídica del accionista que emita su voto, o sea informado, convocado, o requerido a través de ella<sup>29</sup>.

#### V. Conclusiones

La revalorización del voto en las sociedades se debe en mucho a dos factores, la acogida y promoción del Gobierno Corporativo, y las posibilidades que las

<sup>28</sup> Véase VAÑO VAÑO, María José. Derecho de sociedades..., p. 230.

<sup>29</sup> Al respecto Muñoz Paredes considera que *“las sociedades no cotizadas pueden disponer libremente de una página web y decidir que incluir en ella. Los estatutos pueden imponer su creación y actualización, así como su contenido, que en caso de no estar regulada en los estatutos, las decisiones relativas son tomadas por la junta general o por el órgano de administración. Las páginas web de estas sociedades tampoco quedan sometidas a las especificaciones técnicas y jurídicas que se imponen a las sociedades cotizadas. Tan solo cabe requerir que la información publicada sea exacta y veraz, y que esté actualizada. La responsabilidad sobre sus contenidos recae, sobre el órgano de administración”*. MUÑOZ PAREDES, José María. Nuevas tecnologías..., p. 95.

tecnologías de la información en él aplicadas ofrecen. El objeto de esta revalorización, es fomentar, facilitar, y comprometer la participación de los accionistas en las juntas de accionistas, reivindicando el lugar de éstas como órgano máximo de la sociedad, y de control de la gestión social.

La tecnología aplicada al voto electrónico y los sistemas para el control de las votaciones indudablemente seguirá desarrollándose, por el momento se utilizan los votos *offline* y *online*, diferenciándose por las posibilidades del canal de comunicación en que se transmite, unidireccional y bidireccional respectivamente.

El voto electrónico fomenta y facilita la participación de todos los accionistas en la vida societaria, y favorece la buena reputación de la empresa. Toda vez que a través de los medios electrónicos se puede proporcionar a los socios toda la información relevante de la empresa de manera oportuna, correcta, veraz, completa, simétrica y equitativa.

Veracidad, exactitud, seguridad, transparencia, e inmediatez en los procedimientos para la emisión, recepción, y escrutinio del sufragio electrónico, son los requisitos fácticos que facilitarán la aplicación del voto electrónico en la práctica jurídica; esto aunado al desarrollo de sistemas y mecanismos cada vez más sencillos, económicos, y seguros.

Las sociedades anónimas no cotizadas no están vinculadas ni coaccionadas al cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los “Informes”, sin embargo, las comisiones redactoras han considerado posible que estas empresas voluntaria y paulatinamente se vayan adhiriendo a las recomendaciones y a los principios del gobierno corporativo.

Para la aplicación del voto electrónico en las sociedades anónimas no cotizadas, se requieren determinadas adecuaciones en los estatutos sociales, en las que se reconozca, consienta, y regule apropiadamente este instrumento, y los mecanismos empleados. Y una vez reconocido el voto telemático en los estatutos sociales, se convierte en una prerrogativa del accionista que no deberá ser negada u obstaculizada para su ejercicio.

Las sociedades en general, en distinta medida recurren cada vez más a los avances tecnológicos no solo como auxiliares en el desarrollo y comercialización de bienes y servicios, sino en la propia administración societaria, confrontándose esto con las reticencias propias de la desconfianza de los accionistas en general, y con el conflicto de los intereses económicos de socios mayoritarios y grupos de control.

En la aplicación del voto electrónico se debe considerar al accionista en lo individual, respecto a su posible desconfianza, desconocimiento, e inexperiencia en la utilización de medios electrónicos; por ello, se deberá poner énfasis en la capacitación y en la simplificación de los procedimientos.

Los avances tecnológicos ofrecen una infinidad de variantes para el desarrollo de las juntas de accionistas y el ejercicio del voto, variantes pueden ser adaptadas a las necesidades y a las posibilidades de cada empresa.

Un elemento imprescindible para la validez del voto electrónico, es que todos los documentos electrónicos que directa e indirectamente se refieran a él deben ser almacenados y preservados para su posible constatación, puesto que toda votación electrónica debe ser auditable.



# La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano

Mariana Buitrago Rodríguez\*

---

**SUMARIO:** I. La convocatoria a la asamblea de accionistas como comunicación formal. 1. Medios de difusión utilizados para convocar la asamblea de accionistas. 2. La convocatoria como documento privado en soporte papel. II. Del documento en papel al soporte electrónico. III. Comparación de las características del documento en soporte papel y en soporte electrónico. IV. La convocatoria a asambleas de accionistas por medios electrónicos. 1. Antecedentes. 2. Características. V. Los medios electrónicos utilizados en la convocatoria a las asambleas de accionistas y la noción de domicilio electrónico. 1. Domicilio electrónico tipo casilla de correo. 2. Domicilio electrónico tipo página Web. V. Consideraciones finales

## Resumen

El estudio de la convocatoria a las asambleas de accionistas por medios electrónicos es un tema novedoso en el Derecho Mercantil venezolano por la poca difusión y aceptación que se le ha dado a estos medios en la práctica societaria. En este artículo se analiza la posibilidad de emplear medios electrónicos en la convocatoria a las asambleas de accionistas a bajo los lineamientos del Derecho venezolano. Partiendo de la validez del documento electrónico y de los principios aplicables al comercio electrónico, se concluye que tal posibilidad es admisible sobre la base de la legislación venezolana vigente, siempre como un medio complementario a la convocatoria tradicional.

**Palabras clave:** Asambleas de accionistas. Convocatoria. Documento electrónico. Página Web. Correo electrónico.

---

Recibido: 18/6/2009 • Aceptado: 15/7/2009

\* Especialista en Derecho Mercantil. Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Los Andes (Venezuela) mariannabui@hotmail.com

### **Abstract**

The study of shareholder meeting call by electronic means is a novel subject in Venezuelan Commercial Law. This is due to the low coverage and acceptance given to these means in corporate practice. This article analyzes the possibility of using electronic means in the shareholder meeting call according to guidelines of Venezuelan Law. Based on the validity of the electronic document and the principles applicable to electronic commerce, we conclude that this possibility is acceptable under current Venezuelan legislation, provided as a complementary means to the traditional shareholder meeting call.

**Keywords:** Shareholder Meeting. Call. Electronic Document. Website. E-mail.

## **I. La convocatoria a la asamblea de accionistas como comunicación formal**

La convocatoria a la asamblea de accionistas es un anuncio en el que debe versar un contenido mínimo que permite a los accionistas ser llamados para participar en la deliberación y discusión de los asuntos concretamente señalados en dicha comunicación. Los autores venezolanos se han referido a la convocatoria como una comunicación, un acto, un aviso, entre otros calificativos, que de modo absoluto tiene por naturaleza hacer del conocimiento de los accionistas la futura realización de una asamblea en la sociedad de la cual forman parte.

En este tenor, la convocatoria debe reunir una serie de exigencias o formalidades que han sido previstas por el legislador, cuyo cumplimiento impide la nulidad de las asambleas. Las formalidades que debe contener la convocatoria están referidas al sujeto emisor, al tiempo, al contenido y al ámbito de difusión de la misma.

Por ende, la convocatoria debe entenderse como la comunicación formal enviada por el sujeto obligado por ley o por pacto estatutario a los accionistas para que concurran a determinada hora y en un lugar específico a tratar los puntos previamente establecidos en aquella, siempre respetando las exigencias formales previstas en la ley.

### **1. Medios de difusión utilizados para convocar la asamblea de accionistas**

Los medios de difusión empleados en la convocatoria a las asambleas de accionistas pueden variar según el mecanismo que utilice la persona investida con la autoridad para emitir la misma (el administrador, el comisario o el juez mercantil), pudiendo ser de carácter obligatorio, como el aviso público en prensa de circulación, o de carácter opcional, como el anuncio personal al accionista

por medio de carta certificada, ambos mecanismos están previstos en la legislación venezolana para la praxis de la convocatoria a la asamblea de accionistas.

El anuncio público de la asamblea de accionistas es dispuesto por el legislador en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil venezolano (CPC<sup>1</sup>). En este tenor lo que se pretende es mantener informado en primer lugar, al accionista de la pronta celebración de la asamblea y en segundo lugar, al público en general o terceros, quienes en todo caso tendrán acceso a la información de la convocatoria por haber sido difundida ésta en un medio de comunicación público como lo es la prensa.

La convocatoria como acto de comunicación personal realizado al accionista mediante carta certificada es otro mecanismo que está previsto en el artículo 279 del Código de Comercio venezolano (CCo<sup>2</sup>). La convocatoria por este medio persigue transmitir, a través de un escrito personal y directo al accionista que solicite dicha opción, la información tal cual como si se tratara de la convocatoria realizada por medio de prensa, es decir, llenando los extremos de tiempo, materia objeto de la convocatoria, así como la persona a quien corresponde hacer dicho anuncio, variando solamente el medio de notificación. El accionista que solicite la convocatoria por medio de carta certificada, debe hacer la elección de un domicilio donde se enviará la carta que contiene el anuncio de la asamblea de accionistas, además de cargar con el importe del servicio solicitado, ya que es una prestación realizada por una empresa de correo que es ajena a la sociedad mercantil.

## 2. La convocatoria como documento privado en soporte papel

La convocatoria a la asamblea de accionistas es un instrumento privado que debe estar contenido y soportado en papel para que tenga la validez jurídica señalada en la ley, por lo que es necesario hacer referencia al "documento escrito" en el cual reposa la información que servirá como anuncio a la asamblea.

La Real Academia Española define el documento como un escrito en el que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo<sup>3</sup>. De la precisión anterior se analiza al documento desde dos puntos de vista, el primero como escrito y el segundo como un medio de prueba.

La expresión "escrito" se refiere a carta documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso<sup>4</sup>. De allí que tenga importancia el soporte papel como el instrumento en el cual están contenidos los datos que representan

1 Véase Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.209 (Extraordinaria), septiembre 18 de 1990.

2 Véase Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 475 (Extraordinaria), diciembre 21 de 1955.

3 Véase Real Academia Española. *Diccionario Escolar*. Madrid: ESPASA p. 407.

4 *Idem*.

y exteriorizan a través de letras u otros signos, el pronto acaecimiento de una reunión de accionistas.

Por otro lado, se destaca la función de la convocatoria como medio de prueba del conocimiento de la futura reunión, contenida en un documento que ha sido soportado físicamente y por tradición histórica en papel, ya que es en esta superficie donde se registra por medio de signos, el mensaje que se quiere difundir, aparte de permitir su comprobación, existencia y validez bajo las reglas probatorias previstas en el CPC.

En este orden de ideas, es menester mencionar que como prueba, la convocatoria a la asamblea de accionistas es indudablemente un instrumento escrito privado que debe responder al control y valoración que la misma ley le otorga. La convocatoria a la asamblea de accionistas, elaborada bajo la forma señalada en el encabezado del artículo 277 CCo., es decir, por prensa en periódico de circulación, es un medio de prueba escrito de carácter privado, aceptado como una prueba cierta y fidedigna, por preverlo el artículo 432 CPC<sup>5</sup>.

La convocatoria a la asamblea de accionistas realizada por prensa en atención al mandato de obligatoriedad expreso en el CCo., es considerada como un instrumento privado, equiparable a los legalmente reconocidos, es decir que se tendrá como válida, salvo que se demuestre lo contrario. No sucede lo mismo con la convocatoria realizada a través de carta certificada, para que este documento tenga valor jurídico, debe ser reconocido o justificado de forma voluntaria o judicial por quien tiene el deber de convocar, que por regla general es el administrador o administradores de la sociedad y excepcionalmente el comisario o el juez mercantil en los casos arriba explicados; ya que la convocatoria realizada en esta forma, como instrumento privado que es, coexiste como obra de quién tiene el poder de convocar y para que la misma tenga eficacia jurídica, debe estar suscrita por él.

De allí que se considere que la mayoría de las convocatorias realizadas en el mundo jurídico mercantil venezolano, verbigracia las convocatorias a los acreedores en procesos concursales, convocatorias a las almonedas públicas, convocatorias para celebración de las asambleas de accionistas entre otras, han sido elaboradas y trabajadas como verdaderos documentos escritos, que requieren ser sustentados en forma física y en soporte papel para ser considerados procesalmente como un medio probatorio admitido por la ley.

## **II. Del documento en papel al soporte electrónico**

La creencia de que el papel es el único medio de registro para un documento escrito, data de los albores de la historia, específicamente doscientos años antes de Cristo, con la invención del papel realizada por el imperio chino. El predominio de los documentos en el mencionado soporte se mantuvo hasta los años 1960-

<sup>5</sup> Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 475 (Extraordinaria), diciembre 21 de 1955.

1970, es a partir de esta década cuando se produce el vuelco de esa concepción, gracias a la aparición de Internet y los primeros documentos que se transmitieron y se registraron a través de dispositivos electrónicos, variando el material en cuya superficie se registra la información, producto del avance de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y de las adaptaciones legales, ampliando los medios que soportan la información que forman parte de un documento.

La afirmación anteriormente expuesta permite aseverar que en la práctica no sólo existe el documento soportado en el papel, actualmente coexisten el documento tradicional soportado en papel y el documento en soporte electrónico, ambos instrumentos permiten registrar información con efectos jurídicos independientemente de su soporte. Es por ello que modernamente se habla del documento como una realidad corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, que no puede identificarse con el papel como soporte, ni con la escritura como unidad de significación<sup>6</sup>.

Las consideraciones planteadas en líneas anteriores sobre la posibilidad de nuevos soportes de información, hacen presuponer que el documento en papel no es el único medio de registro que puede ser utilizado para comprobar la existencia de un documento escrito. En efecto, el documento escrito no debe ser entendido de forma exclusiva ni excluyente como la información contenida en un soporte papel, si el documento refleja una realidad, la misma puede ser dada a conocer por medio de otros instrumentos creados por el hombre para facilitar la transmisión, conservación y almacenamiento de la información que acopia el documento. En este sentido, debe ser aceptable la figura del documento electrónico, puesto que la información expresada y recogida en éste es enviada, tratada, almacenada y soportada en formatos electrónicos o similares que permiten el intercambio de la información como si se tratase de un documento escrito en soporte papel.

El documento electrónico debe ser entendido como la representación idónea capaz de reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información<sup>7</sup>. En este tenor, se pretende puntualizar que el documento electrónico es la materialización de un acto volitivo del hombre, representado, plasmado y transmitido a través del conjunto de tecnologías existentes que permiten la adquisición, reproducción, acopio, tratamiento y registro de dicha información por medios electrónicos, infiriéndose que la naturaleza de aquél no es distinta a la del documento tradicional, ambos representan una realidad volitiva producida por el ser humano, pero se distinguen por la forma de creación, almacenamiento, traducción, lenguaje utilizado y el soporte en el cual cada uno de ellos es presentado.

<sup>6</sup> Véase ÁLVAREZ CIENFUEGOS citado por RICO CARRILLO, M. *Comercio electrónico Internet y Derecho*. 2da. edición. Bogotá: Legis Editores. 2005, p. 94

<sup>7</sup> Al respecto, RICO CARRILLO, M. *Comercio electrónico Internet y Derecho*, ob. Cit., p. 100

Cabe destacar que el documento electrónico es generado por y a través de un medio automatizado, que al ser almacenado en dispositivos de este tipo pueden ser leídos fácilmente. En estos casos se requiere la presencia inexorable de un ordenador que procese la información generada y almacenada por medios electrónicos para descifrarla plasmarla o registrarla en soporte electrónico y en lenguaje digital.

### **III. Comparación de las características del documento en soporte papel y en soporte electrónico**

El documento en general tiene como particularidades la finalidad representativa de un hecho o acontecimiento, con las garantías de permanencia e inmutabilidad<sup>8</sup>. Las características antes señaladas no dejan entrever las diferencias puntuales entre un documento tradicional y uno electrónico, ya que ambos tienen como propósito simbolizar un hecho o acontecimiento volitivo del hombre, además de ello presentan características de duración en el tiempo, así como las particularidades de invariabilidad o inalterabilidad del mismo.

En cuanto a la representación de un hecho o acontecimiento, se debe indicar que ambos soportes contienen símbolos o signos escritos, el documento en papel en lenguaje alfanumérico comprensible para el ojo humano y el documento electrónico en lenguaje binario, que requiere del descifrado proporcionado por la máquina. En consecuencia, ambos documentos pueden ser leídos, bien a través del lenguaje convencional (alfanumérico), siendo lo propio para el documento tradicional, o bien a través del lenguaje digital (binario), proyectado en la pantalla de un ordenador, o en su defecto, en la impresión que se haga del mismo, en caso que se trate de un documento electrónico.

Respecto de las garantías de permanencia e inmutabilidad, debe indicarse que el documento tradicional presenta un nivel de seguridad que le permite ser verosímelmente inalterable, al contrario de lo que sostiene parte de la doctrina sobre el documento electrónico, al afirmar que puede parecer de fácil alteración. Sin embargo, para echar por tierra la concepción de fácil alteración del documento electrónico, se debe indicar que si se parte de la idea de que el documento electrónico puede ser alterado, no es menos cierto que esa alteración puede ser controlada si se establecen protecciones o márgenes de seguridad, como el encriptamiento de la información contenida en el archivo<sup>9</sup>, obteniéndose esta técnica con la implementación y el uso de la firma digital, que permite además, la imputación de autoría y el control de la información dada a conocer por medio del documento electrónico.

<sup>8</sup> Véase CANELO, C. y otros. "Documento electrónico aspectos procesales". En *Revista Chilena de Derecho Informático*. 2004 no 4.p.1

<sup>9</sup> Véase CARLINO, B. *Reuniones a distancia teoría y práctica*. Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 46.

#### **IV. La convocatoria a asambleas de accionistas por medios electrónicos**

La mayoría de códigos de comercio de Latinoamérica, fueron inspirados en los modelos de los códigos de comercio francés, alemán y español del siglo XIX. La regla general del sistema continental europeo de dicha época, se basaba en la rigidez de sus actos y en la utilización de los mecanismos propios la época. Estos mecanismos se mantuvieron a lo largo del siglo XIX, iniciando su declive a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI a raíz del cambio experimentado por las normas que han ido evolucionando a través de decretos, resoluciones, leyes, es decir, de instrumentos legales que se adaptan a la nueva realidad social y a la globalización.

Legislaciones extranjeras como la española, la francesa y la alemana, entre otras, obligan al ente societario a realizar ciertas actuaciones legales-administrativas de forma telemática, comenzando de esta manera a ceder el viejo sistema continental europeo en conceptos que parecían inmodificables.

El uso de las TIC ha influido en la vida de la sociedad, muchas veces de forma obligatoria y otras tantas de modo opcional, convirtiéndose el empleo de los medios tecnológicos, en algo cotidiano en las operaciones del giro normal de la empresa, dando paso a la electrificación del Derecho societario. Recientemente se ha aceptado que la convocatoria a las juntas generales, como se conoce en las legislaciones extranjeras europeas a las asambleas de accionistas, como circunstancia esencial para la validez de las reuniones del órgano supremo de la sociedad, admita el uso de medios tecnológicos en la práctica de dicha actuación como una técnica de llamamiento a los accionistas, quienes tienen la posibilidad de recibir la información contenida en la convocatoria por medio de un procedimiento alternativo y novedoso.

##### **1. Antecedentes**

En Francia, durante el año 2002 se dictó el Decreto 2002-803 de fecha 3 de mayo, donde se estableció, según la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional, la utilización de medios electrónicos en el funcionamiento de las sociedades, como por ejemplo la modalidad de medios electrónicos de telecomunicaciones, estos medios son utilizados principalmente en la convocatoria a asambleas, los proyectos de resolución y el voto a distancia<sup>10</sup>.

En Alemania en el año 2003 destaca la redacción dada al Código Alemán de Gobierno Corporativo para las sociedades cotizadas en bolsa, que pasó a ser ley en el año 2005, en donde se plasmó la necesidad de incluir el uso de nuevas tecnologías en las relaciones intrasocietarias que surgen entre los accionistas

<sup>10</sup> Véase Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional ONPI Francia Decreto 2002-803 Medios electrónicos de telecomunicación en sociedades, p. 1.

que componen la junta general y el órgano ejecutivo de la junta directiva, al cual le establecen la obligatoriedad de publicar por medios electrónicos la información requerida por el accionista. El medio electrónico utilizado para llenar los extremos legales exigidos en cuanto a la publicidad de la convocatoria es la página Web de la compañía<sup>11</sup>.

En Europa, la importancia 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 conocido como el Informe Winter<sup>12</sup>. Con motivo de este informe, durante el año 2003 son reformadas algunas leyes en España, tal es el caso de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la Ley de Mercado de Valores, en procura de la utilización de los medios tecnológicos en las convocatorias a junta generales y en el suministro de información a los accionistas. Estas normas introducen la utilización de sistemas alternativos (correo certificado con acuse de recibo o cualquier medio telemático con indiscutible autoría del mensaje de datos), con la finalidad de hacer del conocimiento de los socios que conforman la junta general, el referido anuncio de la convocatoria.

En este orden de ideas, la Ley 26/2003 de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas, por la que se modifica la Ley 24/1988 del mercado de valores, autoriza al empleo del medio electrónico como mecanismo de información, estableciendo en el artículo 117 sobre los instrumentos de información, el uso de cualquier medio técnico, informático o telemático para el cumplimiento de las obligaciones de información que al efecto deba efectuar el ente societario en beneficio del derecho de información de los accionistas, y el deber de las sociedades anónimas cotizadas de tener un domicilio electrónico denominado página Web, para que los accionistas a través de aquél puedan obtener información relevante, verbigracia, la referida a la convocatoria a juntas generales<sup>13</sup>. El artículo 117 de la Ley 26/2003 no es muy preciso en cuanto a cuáles pueden ser las informaciones relevantes que deban darse a conocer a los accionistas por el medio electrónico –página Web-, por lo que fue tarea reglamentaria tratar de precisar el asunto en cuestión.

La Orden ECO/3722/2003 de diciembre de 2003, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades cotizadas y otras entidades, precisa la información que debe contener la página

<sup>11</sup> Véase Regierungskmission. (2005). *Código Alemán de gobierno corporativo*. Documento en Línea, p. 3

<sup>12</sup> Véase RICO CARRILLO, M. "El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general de accionistas". En *Revista de la contratación electrónica*. Número 75, octubre, 2006, pp. 80.

<sup>13</sup> Véase el Boletín Oficial de Estado número 171. (2003 julio, 18). Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que remodifica la Ley 24/1998, 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.

Web de la sociedad cotizada señalando en el apartado cuarto, literal f ) Los documentos relativos a las juntas generales ordinarias y extraordinarias, 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, dentro del período que señala la CNMV<sup>14</sup>.

Por interpretación extensiva debe concluirse que el literal f) del citado artículo hace referencia a la convocatoria a accionistas para juntas generales, sean éstas ordinarias o extraordinarias, debiendo precisarse la información del orden del día, que no es más que el contenido o materia a tratar en la junta, así como también cualquier idea o moción del órgano administrativo de la sociedad, señalando que la página Web deberá contener cualquier otra información que sea importante para los accionistas, además existe la posibilidad de acceder a los documentos adjuntos que puedan tratarse, así como a todas aquellas propuestas que se discutirán, entre otras informaciones.

Todos los accionistas, mayoritarios o minoritarios, tienen los mismos derechos, esta situación conlleva a la equiparación de las mismas oportunidades dentro del ente societario, configurándose así la razón y ser de la Ley de Transparencia.

Es importante señalar que algunos autores consideran que la Orden ECO/3722/2003 no precisa el contenido que debe publicitarse a través de la página Web, ya que la mención "información sobre el orden del día" no es una disposición que haga valer la exigencia de publicar el texto íntegro de la convocatoria<sup>15</sup>. Este error es detectado y subsanado en la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España.

## **2. Características de la convocatoria a asambleas de accionistas por medios electrónicos**

a) La convocatoria a las asambleas de accionistas por medios electrónicos es en esencia una comunicación electrónica entre la sociedad y los accionistas que puede representar al documento escrito, gracias al principio de equivalencia funcional, por lo que la primera de las características de la convocatoria por medios electrónicos es la equivalencia que existe entre ésta y la convocatoria tradicional. En principio nada obsta para que la información enviada y recibida como comunicación societaria, y puntualmente como convocatoria a la asamblea de accionistas, se haga en un formato distinto al soporte papel.

b) La convocatoria a la asamblea de accionistas por medios electrónicos al no ser una tipología nueva para convocar, sino la utilización de medios distintos

<sup>14</sup> Boletín Oficial de Estado número 7 (2004 enero, 8) 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, p.392.

<sup>15</sup> Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. "El impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación sobre la convocatoria y la información ante la junta general de las sociedades cotizadas". En *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Número 104, octubre, 2006, p 46.

a los tradicionales, debe en todo caso reunir y respetar las formalidades exigidas por la ley y los estatutos sociales para la convocatoria que se realiza por escrito y de modo tradicional, explicada en páginas anteriores.

c) La convocatoria a la asamblea de accionistas por medios electrónicos como comunicación que es, debe estar suscrita por el sujeto emisor de la misma, tal como ocurre en la convocatoria tradicional. Al no poder ser suscrita a través de firma autógrafa es necesario utilizar la firma electrónica, elemento que permite atribuir autoría al mensaje de datos así como otorgar la seguridad de que el mensaje que soporta la convocatoria no ha sido modificado, alterado o destruido desde el momento de su emisión hasta el momento de la llegada del mismo al accionista como sujeto destinatario.

d) La convocatoria a la asamblea de accionistas por medios electrónicos puede tener una difusión general o particular, tal como sucede en las convocatorias realizadas de forma tradicional; puede ser divulgada como anuncio público cuando se utilice un medio electrónico como el domicilio electrónico de la sociedad, representado por la página Web del ente societario, o puede ser divulgada por un procedimiento individual como lo es el correo electrónico, que se obtiene al llegar la comunicación en forma electrónica a la cuenta electrónica que el accionista haya proveído al ente societario.

e) La convocatoria a las asambleas de accionistas por medios electrónicos ofrece la seguridad y confianza de que el accionista reciba la información contenida, independientemente del lugar físico donde se encuentre. La utilización de los medios electrónicos para convocar permite romper la barrera geográfica entre el accionista y el lugar en donde se publica la prensa que recoge las comunicaciones societarias, haciendo con ello más efectiva y operativa la convocatoria, que en todo caso alcanzará la finalidad propuesta, que no es otra que la de comunicar al accionista la celebración de la asamblea.

f) La convocatoria a la asamblea de accionistas por medios electrónicos no es un medio sustitutivo del sistema legal establecido para la convocatoria tradicional, es un mecanismo complementario a la exigencia de convocar a la reunión de accionistas dispuesta por el legislador. En todo caso, este sistema complementario de convocatoria debe ser objeto de pacto previo entre la sociedad y los accionistas, sin que ello signifique que pueda dejar de lado el cumplimiento de las previsiones legales exigidas en cuanto a la convocatoria a las asambleas de accionistas. El deber de convocar por prensa previsto para los administradores en el artículo 277 CCo. no puede ser suplantado ni obviado por la utilización de los medios electrónicos.

g) El pacto que permite la convocatoria a las asambleas de accionistas por medios electrónicos debe estar contenido bien en el documento constitutivo de la sociedad a través de una cláusula fundacional, bien en un pacto estatutario, y debe existir antes de colocarse en funcionamiento el mecanismo electrónico. En ambos casos, se debe precisar el mecanismo y el procedimiento que se

debe seguir en la práctica de la convocatoria a la asamblea de accionistas. El acuerdo es necesario para que el medio electrónico tenga carácter obligatorio.

#### **V. Los medios electrónicos utilizados en la convocatoria a las asambleas de accionistas y la noción de domicilio electrónico**

Diversos son los medios electrónicos aportados por las TIC con la finalidad de flexibilizar las diferentes formas de trabajo en las organizaciones humanas y en los sistemas sociales. Para el desarrollo de este artículo importan sólo aquellos que han generado un verdadero impacto en el ámbito de las comunicaciones entre los accionistas y la sociedad, sin que sean considerados como los únicos medios electrónicos posibles de usar en dichas comunicaciones. Es necesario tener en cuenta que en respeto al principio de la neutralidad tecnológica no debe excluirse cualquier otro medio electrónico que pueda surgir en el futuro y cumplir la finalidad de facilitar las comunicaciones intrasocietarias. Los medios electrónicos más usados en este tipo de comunicaciones son la página Web y el correo electrónico, ambos forman parte de lo que se ha catalogado por la doctrina extranjera, como el domicilio electrónico<sup>16</sup>.

El domicilio electrónico reúne todas las condiciones de comunicaciones del domicilio físico, con la diferencia de que la dirección es electrónica y el soporte es magnético. Está localizado en un espacio del disco rígido del computador servidor del proveedor de acceso a una red o autopista informática que, según las facilidades que contenga, permite movimientos libres o restringidos en razón del propósito para la que ha sido diseñado<sup>17</sup>.

El domicilio electrónico es el género que comprende las dos especies de medios electrónicos, la página Web y el correo electrónico, debiendo reunir siempre las condiciones tecnológicas necesarias para hacer efectiva la comunicación intrasocietaria, que gracias al servicio prestado por el proveedor de acceso a la red, sea ésta Intranet (o red cerrada o privada) o Internet (red abierta o pública) permita en todo caso interconectar o vincular a quienes poseen el domicilio electrónico, es este caso, accionistas, administradores, comisarios, entre otros, admitiendo el funcionamiento de estos medios como complemento del envío de la comunicación tradicional en soporte papel que ha sido digitalizada y soportada en un documento electrónico.

El domicilio electrónico no altera de forma alguna la información que debe contener la comunicación de la convocatoria a la asamblea de accionistas. Las técnicas electrónicas sólo transforman la información analógica en información digitalizada, evitando la transmisión de elementos materiales o físicos que soportan

<sup>16</sup> CARLINO, B. *Firma digital y derecho societario electrónico*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 91

<sup>17</sup> Idem.

la convocatoria en papel, la información producida, emitida y archivada es tratada bajo los cánones del documento electrónico.

Para utilizar efectivamente estos mecanismos electrónicos deben cumplirse los requisitos de permanencia, inalterabilidad e imputación de autoría propios del mensaje de datos que presenta el sistema de seguridad de la firma electrónica, que en todo caso hacen del documento electrónico, un documento fiable.

### 1. Domicilio electrónico tipo casilla de correo

El correo electrónico o *e-mail* consiste en un proceso de ‘envío y reenvío’ de mensajes que no requiere que el destinatario esté ante su computadora para recibirlos, ni siquiera es preciso que la tenga conectada en el momento de crear o enviar el mensaje<sup>18</sup>.

En este tenor, el correo electrónico como modelo de domicilio electrónico, es un proceso mecánico y automatizado de transmisión de información por medio del envío, reenvío, almacenamiento e intercambio de mensajes de datos que como documentos electrónicos, tienen su análogo en las cartas manuscritas normales, sin necesidad de que el receptor de la información esté frente a su computador, puesto que, se considera que las operaciones realizadas a través de este mecanismo electrónico son *off line*, es decir, fuera de línea, siendo éstas almacenadas en el buzón personal del receptor, quien tendrá acceso a la información del documento electrónico una vez que revise su buzón electrónico.

La información transmitida a través del correo electrónico es codificada por medio del estándar ASCII<sup>19</sup> para intercambio de información, que además permite adjuntar imágenes, sonidos, gráficas, textos; etcétera, bajo un formato binario. Por ende el receptor del mensaje, sólo tendrá que hacer *click* sobre el adjunto y el programa en referencia se encargará de abrirlo con el software correspondiente.

El correo electrónico es un medio básico, beneficioso, productivo, útil y ventajoso para la empresa, pues permite enviar comunicaciones unilaterales e internas a sus empleados y a sus accionistas, generando una real disminución de costos que se evidencian en tiempo y papelería propia de la empresa.

El tiempo empleado para el envío de la convocatoria por medio de este tipo de domicilio electrónico, se reduce por el simple hecho de que las comunicaciones unilaterales internas están plagadas de ciertos formalismos burocráticos que necesariamente corroen la rapidez en comunicar información de carácter importante, tanto para el empleador como para el empleado. Igualmente, los gastos de papelería también se reducen ya que se deja a un lado la utilización

<sup>18</sup> Véase CARLINO, B. *Reuniones a distancia teoría y práctica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 129

<sup>19</sup> ASCII: es un estándar americano para intercambio de información, compuesto por 128 caracteres, que incluyen símbolos y caracteres de control. Brandt Graterol. *Páginas Web condiciones políticas y términos legales*. Caracas: LEGIS editores. 2001, p. 269.

de papel, tinta y sellos que son necesarios para las comunicaciones tradicionales en formato físico y soporte papel.

Otra ventaja del correo electrónico radica en el hecho de la no limitación en el número de individuos o destinatarios a los que puede enviarse el mensaje, el correo electrónico puede ser enviado bien a un sujeto receptor único y particularizado, así como a una lista de distribución de contactos, por medio del *click* que se haga a las direcciones de correo de los contactos que se requieren reciban la información.

Para la utilización del correo electrónico en la convocatoria a la asamblea de accionistas, es necesaria la existencia de un pacto estatutario previo que imponga de manera obligatoria a los administradores del ente societario el envío de la convocatoria por este medio.

De tal forma que la utilización de este medio certero y veloz, está supeditada al acuerdo entre la sociedad y los accionistas que se plasme en una cláusula estatutaria; la existencia del pacto impone además, la obligación a todos los accionistas de abrir una cuenta o dirección de correo electrónico que necesariamente debe estar activa, ya que se requiere que el accionista esté regularmente verificando su dirección de correo para comprobar si ha recibido algún mensaje de los administradores de la sociedad. Como se dejó explicado en páginas preliminares, el hecho de que el accionista no esté en línea al momento del envío del mensaje no significa que no va recibir el mismo, pues el mensaje quedará archivado en el buzón electrónico hasta tanto el usuario-accionista acceda al correo y revise el mensaje. La imposición de la obligación a los accionistas de mantener una dirección de correo activa, puede pactarse a través de una prestación accesorias. En la legislación venezolana, las prestaciones accesorias están previstas sólo para las sociedades de responsabilidad limitada, sin embargo no existe ninguna disposición legal que prohíba establecer prestaciones accesorias en las sociedades anónimas.

Con el propósito de asegurar la recepción del correo electrónico por parte del accionista y evitar que éste pueda impugnar la asamblea por falta de convocatoria, se requiere que el medio electrónico incluya el acuse de recibo que debe ser emanado del receptor del mensaje o en su defecto por un sistema que permita certificar el envío y recepción de la comunicación. Este sistema puede ser proporcionado gracias a la intervención de un prestador de servicios de certificación y debe ser establecido en el pacto que permite la convocatoria por correo electrónico<sup>20</sup>.

En Venezuela, el acuse de recibo es un mecanismo legal, que está contemplado en el Decreto-Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, específicamente en el artículo 13<sup>21</sup>, estableciendo el redactor de la norma que

20 Véase RICO CARRILLO, M. "El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general de accionistas", en *Revista de la contratación electrónica*, octubre, 2006, no. 75 (p.87).

21 Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 37.148, febrero 28 de 2001. Artículo 13 El

los efectos del mensaje de datos podrán condicionarse al acuse de recibo, que necesariamente debe emanar al ocurrir la recepción del mismo por parte del destinatario, dirigido a aquel sujeto que emitió el mensaje.

Igualmente señala el legislador que las partes (tanto emisor como receptor) acordarán los mecanismos y métodos para acusar recibo, en el supuesto de que las partes no convengan en el mecanismo, deberán en todo caso cumplir con lo establecido en el artículo 14<sup>22</sup> *ejusdem*.

## 2. Domicilio electrónico tipo página Web

La página Web es un documento electrónico que contiene información específica de un tema en particular y que es almacenado en algún sistema de cómputo que se encuentra conectado a Internet, de tal forma que este documento pueda ser consultado por cualquier persona que se conecte a esta red y cuente con los permisos apropiados para hacerlo<sup>23</sup>.

La página Web es el modelo de domicilio electrónico o virtual operativo del ente societario que permite publicar y acceder a la información de forma interactiva; una información específica puede ser presentada por su propietario para ser aprovechable en la Red a través de un contrato que efectúe éste con un proveedor de servicio, para que una vez disponible esa información, pueda ser consultada por cualquier persona, en cualquier momento a través del acceso que el usuario haga desde cualquier ordenador y desde cualquier sitio a Internet. Para que la consulta de información tenga lugar, el usuario debe contar con los permisos y las herramientas tecnológicas necesarias para enlazarse a la Web.

El acceso a la página Web es libre o de pública consulta, por lo que cualquier persona interesada en obtener una información determinada puede acceder a la información disponible siempre que esté navegando por Internet e ingrese a la página que contiene el domicilio electrónico en la Red. La página Web no

Emisor de un mensaje de datos podrá condicionar los efectos de dicho mensaje a la recepción de un acuse de recibo emitido por el destinatario. Las partes podrán determinar un plazo para la recepción del acuse de recibo. La no recepción de dicho acuse de recibo dentro del plazo convenido, dará lugar a que se tenga el Mensaje de Datos como no emitido. Cuando las partes no establezcan un plazo para la recepción del acuse de recibo, el mensaje de datos se tendrá por no emitido si el destinatario no envía su acuse de recibo en un plazo de veinticuatro (24) horas a partir de su emisión. Cuando el emisor reciba el acuse de recibo del destinatario conforme a lo establecido en el presente artículo, el mensaje de datos surtirá todos sus efectos.

22 Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas... Artículo 14. Las partes podrán acordar los mecanismos y métodos para el acuse de recibo de un mensaje de datos. Cuando las partes no hayan acordado que para el acuse de recibo se utilice un método determinado, se considerará que dicho requisito se ha cumplido cabalmente mediante: 1. Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos. 2. Todo acto del destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al emisor que ha recibido su mensaje de datos.

23 Véase *Informática Milenium*. Principales definiciones de los términos más usados en Internet.

sólo contiene un texto rígido, sino que además puede ser acompañado de imágenes, videos, música entre otros formatos; que pueden enlazarse con otros documentos a través del hipertexto.

La importancia de utilizar este domicilio electrónico es la posibilidad cierta de tener presencia en Internet y ordenar la información que se quiera dar a conocer, sin ninguna limitación en cuanto a la información que haya sido puesta allí por el propietario.

Para las sociedades mercantiles la página Web es un mecanismo que facilita el intercambio o envío de comunicaciones intrasocietarias, en especial las referidas a la convocatoria a la asamblea de accionistas, ya que a través de ese medio, se podría no sólo publicar el comunicado de la información, sino que a través de los hipertextos se puede poner a disposición de los accionistas y/o de terceros la información asamblearia que se va a discutir como el orden del día en la reunión, además de cualquier otra información que se crea necesaria para esclarecer algún punto.

La convocatoria por medio de la página Web permite al ente societario tener informado al accionista así como también a cualquier tercero interesado, que se llevará a cabo una asamblea de accionistas sea ordinaria o extraordinaria; trascendiendo de tal manera la funcionalidad del sitio Web frente a la convocatoria realizada por prensa o por carta certificada, ya que los sistemas tradicionales no pueden compilar ni dar a conocer toda la información relacionada con los puntos del orden del día sin ocasionar gastos de papelería, tiempo y costos adicionales; el soporte papel hace que el material que pueda ilustrar los puntos del orden del día deban ser emitidos como documentos anexos siendo entregados con posterioridad a la publicación del documento que contiene la convocatoria.

Por tanto, la convocatoria notificada por medio de la página Web, permite conocer no sólo el anuncio a las asambleas de accionistas, sino además los reglamentos, los balances y demás documentación a las que puede acceder el accionista o el tercero, con tan solo marcar con el mouse determinado hipertexto que le permita desplazarse de manera mecánica a la información referida.

Para utilizar este medio electrónico de difusión o notificación del anuncio de la convocatoria es necesario el acuerdo previo sobre el uso del mismo en el documento constitutivo o en pactos sociales que se recojan en los estatutos de la empresa, además de acatar el cumplimiento de los requisitos señalados por la ley para la convocatoria a las asambleas de accionistas que se realicen en forma tradicional; en caso contrario, la validez del medio no irá más allá del simple anuncio publicitario y podrá alegarse la nulidad de la reunión por falta de convocatoria.

## **V. Consideraciones finales**

La globalización y el desarrollo tecnológico han transformado las relaciones contractuales y comerciales trastocando las esferas que bordean la actividad

mercantil y societaria. En Venezuela, la evolución dramática que ha sufrido la actividad mercantil y los actores de la misma no ha sido objeto de una nueva labor legislativa, las normas del Derecho mercantil, en su mayoría, continúan enclavadas en los diferentes modos rudimentarios que conciben una visión reducida de las operaciones mercantiles, de allí que hoy en día las normas jurídicas en materia societaria, no hayan acogido expresamente la utilización de los medios electrónicos en actividades puntuales como las que se derivan de la práctica cotidiana de los órganos sociales del ente societario

Si bien es cierto que el CCo. de 1955 todavía está vigente, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico venezolano ha sufrido una transformación producto de la inclusión de los medios electrónicos en diferentes leyes y decretos aprobados con posterioridad a la Constitución de 1999 donde el Estado reconoce de interés público la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones como instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país.

Se puede pensar en una futura (más no lejana) adaptación del Derecho mercantil a los avances tecnológicos, que ya ha tenido su antecedente en leyes especiales de carácter mercantil, tales como el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y la Ley de Mercado de Capitales, entre otras, que han admitido el uso de los medios tecnológico en actos particulares de comercios.

Si se lograse implementar normativamente el uso de medios electrónicos para las actividades societarias, verbigracia, la convocatoria a la asamblea de accionistas se reforzaría la actividad intrasocietaria, ya que ésta se ejecutaría de forma más efectiva, expedita y sin dilaciones indebidas; el uso de las TIC's en la convocatoria a las asambleas de accionistas en Venezuela, permitirá exaltar el carácter expedito del Derecho mercantil y más concretamente del Derecho societario, que es eminentemente un Derecho basado en la rapidez de sus actuaciones que no puede estar atado a actuaciones que retarden y desmejoren la evolución vertiginosa de los entes societarios.

Tímidamente, la práctica societaria venezolana ha experimentado las ventajas del uso de los medios electrónicos como parte de su política de empresa, sin que ello se considere una regla jurídica sino más bien un acuerdo estatutario entre los actores principales de los órganos sociales de la empresa, sin dejar de lado el acatamiento de las disposiciones jurídicas previstas en el CCo.

Una de las actuaciones más importantes en el mundo societario es la referida a la participación de los accionistas en la asamblea, ya que como órgano social deliberante permite acatar las decisiones que van a determinar las directrices generales de la empresa, pero para que efectivamente los accionistas tengan esta participación, se hace necesario el llamado o convocatoria de los mismos a la asamblea, que básicamente se realiza a través de prensa, según se evidencia del artículo 277 del CCo., esto no excluye la posibilidad de utilizar otros medios que complementen este acto, también se permite convocar a los accionistas

por medio de carta certificada, en los términos previstos en el artículo 279 *ejusdem*.

Tomando en consideración lo antes expuesto, se puede afirmar que no existe una disposición legal que de forma expresa prohíba la utilización de los medios electrónicos en la convocatoria a la asamblea de accionistas. El CCo. no excluye la posibilidad de convocar por otros mecanismos distintos y adicionales al de la convocatoria por prensa, u opcionalmente al de carta certificada, siempre que cumplan la finalidad perseguida para dicha actuación, que no es otra que informar al accionista de la realización futura de una asamblea.

La legislación venezolana considera en los artículos 277 y 279 del CCo., como medios idóneos para difundir la convocatoria, las comunicaciones escritas en soporte papel, quizá porque estas normas fueron redactadas en un momento histórico en el que la comunicación era principalmente escrita y el canal de transmisión por excelencia era el anuncio por prensa o el postal.

Aun cuando de forma expresa el CCo y las leyes patrias no establezcan la posibilidad de convocar a las asambleas de accionistas a través medios electrónicos, no significa que deban prohibirse estas prácticas societarias, las mismas pueden acordarse a través de un pacto estatutario expreso. En este orden de ideas cabe señalar que aun cuando se acuerde el uso de los medios electrónicos para convocar las asambleas de accionistas, no existe libertad absoluta para dejar de lado la observancia de los requisitos legales previstos en el CCo., por lo que se debe acatar el cumplimiento de las formalidades requeridas para convocar y así evitar la nulidad de los acuerdos que se tomen en la asamblea.

El uso de los medios electrónicos como vía de notificación de la convocatoria a la asamblea de accionistas requerirá que el estatuto social de la empresa los contemple, amén de que los administradores cumplan con todas las exigencias de fondo y forma requeridas para los medios tradicionales; so pena de considerar nulos los acuerdos establecidos en la asamblea que no hubiesen respetado dichas exigencias.

Los medios electrónicos, como el correo electrónico y la página Web, como mecanismos de notificación de la convocatoria a las asambleas de accionistas en definitiva tienen un carácter eminentemente complementario, más nunca sustitutivo por lo que primeramente se deben cumplir los requisitos obligatorios señalados en la ley para convocar, y, conjuntamente con estos, el medio electrónico convenido en los estatutos de la sociedad.



# La electronificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela

Marjorie Mattutat Muñoz\*

---

SUMARIO: I. El contrato de sociedad en Venezuela. II. El procedimiento constitutivo de sociedades mercantiles en Venezuela. III. Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y su vinculación con el Derecho societario. 1. El Derecho del comercio electrónico. 1.1 El documento electrónico. 1.2. La firma electrónica. 2. La electronificación del Derecho de sociedades. IV. La constitución electrónica de las sociedades mercantiles 1. El procedimiento electrónico de constitución en el Derecho comparado. 2. La realización de trámites electrónicos en el proceso de constitución de la sociedad en el Derecho venezolano. 2.1. Fundamentos legales. 3. Tramitación del procedimiento electrónico. 3.1. Reserva y verificación del nombre o denominación social. 3.2. Otorgamiento del documento de constitución. 3.3. Inscripción registral. 3.4. Fijación del documento constitutivo. 3.5. Publicación por la prensa. V. Conclusiones.

## Resumen

En la actualidad, los países desarrollados han aprobado leyes encaminadas a facilitar el establecimiento de las sociedades mercantiles mediante la aplicación de nuevas tecnologías en el proceso de constitución. No obstante estos avances, en Venezuela este proceso sigue regulado por normas de vieja data que contemplan un procedimiento lleno de trámites y formalidades sustentadas en papel, que en la mayoría de los casos obstaculiza y dificulta la creación de la sociedad. En este artículo se analiza la posibilidad de transformación del procedimiento actual de constitución de sociedades mercantiles, en un procedimiento esencialmente electrónico, mediante el empleo de las herramientas que brindan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el auxilio de las normas que permiten la celebración de actos jurídicos por medios electrónicos. El análisis ha sido realizado sobre la base de la legislación venezolana vigente y las legislaciones del Derecho comparado.

---

Recibido: 6/7/2009 • Aceptado: 16/7/2009

\* Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad de Los Andes (Venezuela). Profesora de Derecho Civil I y Derecho Romano en la Universidad Católica del Táchira. marjorie\_mattutat@escritoriocyc.com

**Palabras claves:** Sociedad Mercantil. Procedimiento de constitución. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Electronificación.

**Abstract**

Nowadays, developed countries have passed legislation aimed to facilitating the set up of corporations by means of new technologies in the process of company creation. Despite this progress, in Venezuela the process to form a corporation is regulated by long-standing rules that consider a procedure full of paperwork and formalities that in most cases impedes and hinders the creation of the company. This article studies the possibility of transforming the current procedure of creation of new companies in an essentially electronic procedure, using the tools provided by Information and Communication Technologies, and the help of legislation that allows the occurrence of legal acts by electronic means. This study is based on current Venezuelan Law and Comparative law.

**Keywords:** Corporation. Process of company creation. Information and Communication Technologies. Electronification

## **I. El contrato de sociedad en Venezuela**

La sociedad ha sido conceptualizada desde el punto de vista jurídico de muchas maneras. En la actualidad, luego de tradicionales discusiones doctrinarias al respecto, tanto en el Derecho venezolano como en el comparado, es reconocida ampliamente su naturaleza contractual, concebida como un acuerdo de voluntades dirigido a la consecución de un fin lícito, pero con la particularidad de que intervienen un conjunto de personas, por esta razón el contrato de sociedad se ha ubicado entre los contratos plurilaterales.

La sociedad, concebida como contrato, puede estar regulada por las normas jurídicas del Derecho civil, se estaría hablando entonces de sociedades civiles; también puede estar contemplada y regulada en normas jurídicas del Derecho mercantil; en ese caso se trataría de las sociedades mercantiles, que tienen por objeto la realización de actos de comercio.

Dentro del marco del Derecho mercantil, la sociedad no sólo es un contrato sino que, además es un comerciante, a tenor de lo dispuesto en los artículos 10 y 200 del Código de Comercio<sup>1</sup>. En consecuencia, a las sociedades mercantiles se aplican las disposiciones del mencionado cuerpo legal referidas a los comerciantes y están sujetas al cumplimiento de las obligaciones y formalidades a ellos exigidas. Las sociedades mercantiles están sometidas a un régimen legal más exigente que las sociedades civiles.

Considerada la sociedad como un contrato, debe mencionarse que se trata de un contrato en el cual no impera, en su totalidad, el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares, pues en protección de un interés colectivo o,

incluso, en protección de los intereses de los socios, la ley ha establecido una serie de requisitos, solemnidades y menciones obligatorias, cuyo incumplimiento puede acarrear la nulidad de cláusulas del contrato, del contrato en su totalidad o la ilegalidad en la constitución de la sociedad, o lo que es lo mismo, su irregularidad y consecuente falta de personalidad jurídica.

Sobre estas exigencias legales, la doctrina ha sistematizado los elementos de la sociedad, dentro de los cuales se incluyen los elementos generales, esenciales a todo contrato -consentimiento válido, objeto lícito y causa- y los elementos especiales al contrato de sociedad, entre los cuales se distingue, a su vez, entre elementos de fondo -unión de dos o más personas, aportes, fin económico común y *affectio societatis*- y elementos de forma, los cuales constituyen las fases o pasos a cumplir para su válida constitución y puesta en marcha, es decir, su procedimiento constitutivo.

## **II. El procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela**

Básicamente los pasos para la constitución de una sociedad mercantil en Venezuela son:

1. Otorgamiento del documento de constitución, lo cual puede cumplirse a través de instrumento público o privado. Con ello queda celebrado el contrato de sociedad, pero para que ésta adquiera personalidad jurídica independiente de los socios que la conforman, deberán cumplirse las formalidades previstas en el Código de Comercio.

2. Inscripción registral del documento de constitución, lo cual requiere del ejercicio por parte del Registrador Mercantil de la llamada potestad calificadora. En la práctica, lograr esta inscripción es la parte más difícil de la tramitación del procedimiento, pues es aquí donde los particulares se enfrentan a las vicisitudes que se generan en el seno de los organismos públicos, sufriendo las consecuencias de la burocracia y la falta de una cultura de servicio al ciudadano que caracterizan a estos organismos.

El volumen de trámites procedimentales que debe atravesar el proceso de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil es bastante considerable y los recursos y el personal para atender estas solicitudes no son suficientes. Gestiones como reserva de nombre, recepción de documentos, pago de derechos registrales, revisión y el otorgamiento de la escritura pública de constitución, conllevan el empleo de gran cantidad de tiempo, trayendo como consecuencia que el plazo normalmente necesario para la inscripción registral de la sociedad llegue a extenderse a varias semanas.

3. La fijación del acta constitutiva registrada. Esta fijación es tradicionalmente hecha en carteleras que a tal efecto destinan las oficinas de los registros mercantiles. Lógicamente, con el volumen de documentos que

deben ser fijados, pues no sólo las actas de constitución de compañías deben cumplir con esta formalidad, sino también todos los actos relacionados con la vida de la sociedad, la manera como tradicionalmente se cumple con ella carece totalmente de sentido práctico y desnaturaliza su finalidad: que el público en general tenga visibilidad de estos documentos y pueda enterarse de que han sido inscritos.

Por esa razón, gran parte de la doctrina se inclina hacia su eliminación como requisito formal. Sin embargo, como quiera que es una exigencia legal, para su eliminación se requerirá una modificación de las normas del Código de Comercio o se sustituya esa fijación en soporte papel por una fijación electrónica.

4. Por último, la publicación por la prensa del documento de constitución. Esta publicación está reservada, en principio, a periódicos que circulen en la localidad donde se encuentra el domicilio de la sociedad. En algunos estados de Venezuela existen publicaciones de carácter mercantil reservadas para la publicación de este tipo de documentos que facilitan el cumplimiento de la formalidad, pero esto no es lo común. Por tanto, los socios están limitados a publicar en la prensa de circulación nacional o regional, según su preferencia, con los inconvenientes que ello puede traer consigo, ya que implica el traslado hasta las oficinas receptoras de anuncios y publicaciones y el pago del precio por la publicación, en algunos casos bastante elevado.

Posteriormente, debe consignarse ante el Registro Mercantil el ejemplar del periódico en el cual se hizo dicha publicación. Esa consignación, obviamente, debe hacerse de manera presencial ante la oficina registral, lo cual nuevamente implica el traslado hasta su sede y el tiempo empleado para la recepción y consignación en el respectivo expediente de la sociedad por parte de los funcionarios del registro de la publicación.

El cumplimiento de estas formalidades de constitución, para algunos doctrinarios acarrea la inexistencia de la sociedad como persona jurídica independiente, para otros, sólo su irregularidad. A falta de regulación expresa en el Código de Comercio, la doctrina más reconocida en la materia sugiere que el vacío legal deberá llenarse por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Código Comercio<sup>2</sup>, según el cual el ordenamiento civil es fuente de aplicación supletoria. Como quiera que el Código Civil cuenta con una disposición expresa sobre la adquisición de la personalidad jurídica por las sociedades civiles (artículo 1651) "...desde que se protocoliza el respectivo contrato..."<sup>3</sup>, la doctrina considera que por aplicación analógica de esta norma en el campo de la sociedad

1 Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 475 (Extraordinaria), diciembre 21 de 1955.

2 *Ibidem*.

3 Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2990 (Extraordinaria), julio 26 de 1982.

mercantil, la situación de las sociedades mercantiles que hayan sido constituidas y cuyo acuerdo de voluntades no haya sido inscrito y publicado conforme al Código de Comercio es la misma de las sociedades civiles que no hayan sido registradas: son sociedades sin personalidad jurídica<sup>4</sup>.

A manera de corolario puede decirse que, en la constitución de sociedades mercantiles, el cumplimiento de las formalidades previstas para su constitución es determinante para el reconocimiento por parte del Derecho de la personalidad independiente del ente social.

### **III. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación y su vinculación con el Derecho societario**

El desarrollo de la tecnología ha traído como consecuencia su aplicación en todos los ámbitos de la vida. En la actualidad puede decirse que no existe un espacio de la vida del hombre que no sea tocado por la tecnología. Es por ello que en la vida moderna se habla de una nueva revolución, la revolución tecnológica o "revolución informática".

Ese fenómeno es producto del avance de las tecnologías informáticas y de su aplicación en el tratamiento de la información y en la comunicación de esa información, contribuyendo al desarrollo de la sociedad en todos los niveles y en cualquier ámbito: cultural, educativo, económico, comercial, jurídico, entre otros. Esto ha traído como consecuencia cambios radicales en los procesos de producción, distribución, organización social, trabajo, satisfacción de necesidades mediante un fácil acceso a bienes y servicios, etcétera. Esas transformaciones sociales, producto de ese fenómeno de "revolución tecnológica", han llevado a que actualmente, se hable de un nuevo orden social, la llamada Sociedad de la Información<sup>5</sup>.

La Sociedad de la Información se caracteriza por ser un orden social basado en la tecnología, que sustituye la producción industrial por la información como la base y principal fuente de riqueza en la economía. De esta manera, la tecnología y la información vienen a aportar nuevos procesos y bienes que están al servicio de la sociedad, al punto de hablarse de un nuevo grupo de servicios, los de la Sociedad de la Información<sup>6</sup>.

La unión entre el desarrollo tecnológico y el posicionamiento de la información como pilar de la economía y del desarrollo de la sociedad, así como la necesidad

4 Véase MORLES HERNANDEZ, A. Curso de derecho mercantil las sociedades mercantiles. Publicaciones UCAB, Caracas, 1998, p. 805.

5 Véase ARRIETA ZINGUER, Miguel: «Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Derecho: algunas consideraciones epistemológicas». San Cristóbal: Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas: *Revista Tachirensis de Derecho*. Edición Año Jubilar UCAT, enero/diciembre 2007, p. 264.

6 En ese sentido, RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico internet y derecho*. Caracas: Legis Editores, Caracas, 2003, p. 6.

de transmitir esa información y, con ello, la implementación de la tecnología como facilitadora en la comunicación de la información, ha dado surgimiento a lo que en la actualidad se conoce como las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o TIC's y, ante esa nueva realidad, ha surgido un nuevo campo de estudio dentro del Derecho, denominado el Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

### 1. El Derecho del comercio electrónico

Si bien la tecnología y sus diversas manifestaciones ha llegado a todas las áreas de la sociedad, como se indicara *supra*, es en el área comercial donde se ha evidenciado más claramente su injerencia, pues se ha perfilado una nueva forma de comerciar que ha venido a sustituir las formas tradicionales y que ha roto todos los paradigmas y convencionalismos en cuanto a lo que es ejercer la actividad comercial. Es lo que se conoce en la actualidad como comercio electrónico, *e-commerce* o comercio digital o virtual.

Los avances tecnológicos de los últimos tiempos han sido utilizados por los empresarios como una herramienta para el desarrollo de su actividad empresarial, creando mecanismos que faciliten las relaciones con los clientes, acercándose cada vez más a los consumidores y mejorando la calidad de sus productos y servicios, ofreciendo mejores opciones para la satisfacción de las necesidades de las personas. Entre los avances tecnológicos que han permitido esa nueva forma de actividad empresarial, se encuentra el surgimiento de Internet (*Internacional Network*) como una red abierta de comunicación, la cual se ha convertido en un instrumento de gran importancia para el desarrollo tecnológico y comercial<sup>7</sup>.

El comercio electrónico, entonces, es una manifestación de la llamada revolución tecnológica o informática. Como tal, ha producido grandes cambios y ello ha generado un sin número de nuevas situaciones que destruyen la idea tradicional del comercio<sup>8</sup>. Esa nueva forma de comerciar produce una modificación en las pautas tradicionales fijadas por los empresarios y conocidas por los consumidores. Lo que antes se hacía en forma oral o escrita, entre partes presentes, deja de ser así, se hace ahora en forma electrónica y generalmente entre ausentes, distantes geográficamente.

Como toda situación nueva, el comercio electrónico ha traído consigo problemas y desregulación. Por tanto, se hizo necesario que el Derecho se ajustara a esa nueva realidad y se creara un nuevo orden jurídico que contemplara las normas de regulación de esa nueva actividad, sus consecuencias jurídicas.

<sup>7</sup> En ese sentido, RICO CARRILLO, M.: Comercio electrónico Internet y Derecho, *op. Cit.*, p. 10.

<sup>8</sup> ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *Derecho de la contratación electrónica*. Civitas, Madrid, 2001, p. 33.

Es por ello que dentro del área de estudio del Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones surgió el Derecho del Comercio Electrónico.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL, aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1996 y la Guía para su incorporación al Derecho interno, con la inclusión del nuevo artículo 5 bis, aprobado en 1998, ha sido el antecedente primordial en la regulación del comercio electrónico, pues los países miembros de las Naciones Unidas han adoptado en sus legislaciones particulares los principios y lineamientos contenidos en esa ley, entre los cuales se encuentra Venezuela.

Los principios que inspiran el Derecho del Comercio Electrónico han sido reconocidos y delimitados en todas las legislaciones que contemplan normas en esta área del Derecho, entre estas la venezolana, en la cual son esbozados y desarrollados en la Exposición de Motivos y en el texto de la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001 (LSMDFE)<sup>9</sup>. Estos principios son: la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, la libertad contractual y la buena fe; en ellos se encuentra el fundamento para el reconocimiento de la validez jurídica del documento electrónico y la firma electrónica, dos instituciones básicas en los procesos de electrificación.

### **1.1. Documento electrónico**

De acuerdo con la noción tradicional de documento como "cosa representativa de un hecho"<sup>10</sup>, lo representado pueden ser hechos, voluntades, palabras -escritas o habladas- imágenes y el medio para su representación puede ser de la más variada clase: piedra, papel, pergamino -como soportes físicos, tangibles- o soportes electrónicos o intangibles como los soportes informáticos, ópticos, magnéticos, óptico-magnéticos, entre otros.

Esa noción del documento como cosa representativa de un hecho es la que da cabida a la existencia del documento electrónico, pues no equipara la noción de documento al papel y a la escritura.

Es así como el documento electrónico ha sido definido como aquél generado a través de medios electrónicos y que se encuentra representado en un soporte distinto del papel, en un soporte electrónico.

Dadas las características particulares de esta clase de documentos, se ha planteado la discusión acerca de su equiparación al documento tradicional, en soporte papel. Especial preocupación representan las características de inmediatez y permanencia, presentes en todo documento en soporte papel. Sin

<sup>9</sup> Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 37.148, febrero 28 de 2001.

<sup>10</sup> Véase RENGEL ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. El procedimiento ordinario Las pruebas en particular. Editorial Arte, Caracas, 1997, p. 111 y sig.

embargo, la doctrina más especializada en la materia, se ha encargado de esclarecer la similitud -a pesar de las evidentes diferencias- entre ambos tipos de documentos al punto de encontrar satisfechos, en un documento electrónico, los requisitos exigidos y presentes en un documento tradicional<sup>11</sup>.

Pese a las incuestionables diferencias que existen entre el documento tradicional y el documento electrónico, su equiparación está contemplada en Venezuela en la LSMDFE, básicamente desde tres puntos de vista: a) en materia probatoria, pues los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos (artículo 4); b) en el cumplimiento de formalidades, ya que cuando la ley requiera el cumplimiento de solemnidades para determinados actos, éstas pueden realizarse utilizando los mecanismos previstos en la LSMDFE (artículo 6); c) en cuanto la escritura y originalidad, pues estos requisitos quedarán satisfechos en igual medida respecto de un mensaje de datos (artículos 7 y 8) y, d) en cuanto a la privacidad, pues los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan la privacidad de las comunicaciones y el acceso a la información personal (artículo 5). Esta equiparación es reflejo del principio de equivalencia funcional y de eficacia probatoria, *supra* analizados.

El mensaje de datos es definido en el artículo 2 de la LSMDFE, como "Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio". El mensaje de datos, como documento electrónico, es equiparado al documento tradicional, "escrito" o en soporte papel, por aplicación del principio de equivalencia funcional, también llamado en la legislación venezolana de eficacia probatoria. El artículo 4 de la LSMDFE contiene esta equiparación al indicar que el mensaje de datos tendrá el mismo valor probatorio que la ley atribuye a los "documentos escritos", entendiéndose por tales los documentos en soporte papel.

Especial mención merece la posibilidad de cumplimiento de formalidades respecto de un mensaje de datos, a través de medios electrónicos, a los efectos de atribuirle el carácter de documento público. Si bien, en principio, se consideró que ese tipo de actos (los solemnes) no podrían celebrarse a través de medios electrónicos, pues sería imposible cumplir con las formalidades exigidas por la ley para su formación, lo cierto es que en la actualidad, gracias al desarrollo legislativo en esta materia, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de la intervención de jueces, notarios y registradores en la formación de documentos electrónicos, mediante la utilización de técnicas informáticas y electrónicas que permiten que éstos den fe pública de su contenido y de la

<sup>11</sup> Véase SALGUEIRO, José: «La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela». *Revista Derecho y Tecnología*. Número 1, San Cristóbal, enero/diciembre, 2007, pp. 25-32.

<sup>12</sup> Véase RICO CARRILLO, M.: «La forma en la contratación electrónica». En *Derecho de los negocios*. Número 172, Madrid, enero, 2005, pp. 15-21.

identificación y capacidad de las partes, adquiriendo estos documentos el carácter de *documentos públicos electrónicos*<sup>12</sup>.

En Venezuela, la LSMDFE dispone en su artículo 6, que cuando la ley exija el cumplimiento de formalidades para la realización de actos o negocios jurídicos, éstas podrán cumplirse utilizando los mecanismos que prevé esa ley. Asimismo, la Ley de Registro Público y del Notariado (2006)<sup>13</sup> (LRPN), prevé la utilización de la firma electrónica por parte de notarios y registradores, otorgándole el mismo valor de la firma autógrafa. A tal efecto, la firma electrónica utilizada deberá reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la LSMDFE.

Con fundamento en esas disposiciones legales, puede decirse que en Venezuela es posible la existencia del "documento público electrónico" y el cumplimiento de formalidades exigidas por la ley para la celebración de actos o negocios jurídicos solemnes a través de técnicas informáticas y electrónicas.

## **1.2. Firma electrónica**

En su concepción tradicional, la firma es una representación manuscrita del nombre o identidad de una persona. Desde el punto de vista jurídico, la firma se ha utilizado como la forma de dar autenticidad al documento y de reconocer su contenido. Por ello, para que un documento produzca efectos jurídicos y éstos puedan ser atribuidos a alguien, debe estar firmado por su autor o personas intervinientes en el acto documentado.

Cuando se trata de documentos no contenidos en soporte papel, como los electrónicos, resulta necesario, en la misma medida que para los documentos tradicionales, contar con un mecanismo que cumpla la misma función de la firma manuscrita, es decir, que garantice la autenticidad del documento pero, además, tratándose de documentos que viajan libremente por la Red y que pueden ser fácilmente interceptados y modificados, se requieren mecanismos de seguridad adicionales que garanticen no sólo su autenticidad, sino también su integridad y confidencialidad.

Uno de los mecanismos creados a tales fines es la firma electrónica, especialmente la llamada firma electrónica avanzada, basada en un sistema de criptografía de clave pública, mediante el cual el mensaje firmado es encriptado y enviado a su destinatario, quien tiene la posibilidad de comprobar el origen del mensaje y que éste no ha sido alterado desde su envío.

La firma electrónica que en la actualidad ofrece las garantías de autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio del mensaje de datos, es aquella generada a través de sistemas de criptografía, especialmente de criptografía asimétrica, mediante la utilización de un par de claves, una pública y otra privada, que permiten cifrar el mensaje por el emisor con su clave privada (sólo por él conocida y generada con la utilización de datos conocidos sólo por él) encriptándolo durante

<sup>13</sup> Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y el Notariado. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.833, diciembre de 2006.

su transmisión hasta su destinatario, quien al aplicar la clave pública del emisor logra descifrar el mensaje inicialmente encriptado y lo convierte en un mensaje inteligible o en claro. Mayor seguridad ofrece la combinación de las claves privada del emisor con la pública del destinatario al momento de cifrar el mensaje para su envío y su posterior descifrado mediante la aplicación de la clave pública del emisor y la clave privada del destinatario. En todo caso, se trata de la firma electrónica generada bajo el mismo sistema de criptografía asimétrica.

El mensaje de datos asociado a una firma electrónica avanzada permite identificar con seguridad a su autor (autenticidad); garantiza que su contenido no será conocido por terceros no involucrados en la transacción (confidencialidad); asegura que la información contenida en él no será alterada, modificada o cambiada desde su envío hasta su recepción definitiva por el destinatario, es decir, que su contenido permanecerá intacto (integridad) y, al asegurar la identidad del emisor o autor del mensaje, garantiza que éste no niegue posteriormente su existencia y la veracidad de su contenido, de manera que no pueda burlar los efectos jurídicos del mensaje creado por él, así como también garantiza que el mensaje ha sido recibido por su destinatario y, por tanto, aceptado por él (no repudio).

En Venezuela, la firma electrónica es definida en el artículo 2 de la LSMDFE, el artículo 16 dicha ley dispone que la firma electrónica que permita atribuir a una persona determinada un mensaje de datos tendrá el mismo valor probatorio que la firma autógrafa o manuscrita. Es la expresión del principio de equivalencia funcional pero para que ello ocurra, la firma electrónica deberá: 1) garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse una sola vez y asegurar su confidencialidad; 2) ofrecer seguridad de no poder ser falsificada con la tecnología existente; 3) no alterar la integridad del mensaje de datos.

Por su parte, el artículo 18 ejusdem, dispone que la firma electrónica debidamente certificada por un proveedor de servicios de certificación se considera que cumple con los requisitos del citado artículo 16.

## **2. La electrificación del Derecho de sociedades**

Como quiera que la actividad comercial es la base de la economía de los países y en ella se centra el proceso productivo y el crecimiento económico de las empresas, es en esta área en donde la tecnología ha tenido mayor influencia. Ello ha traído como consecuencia que los más notables avances encaminados a la electrificación de actividades y procedimientos se hayan producido en materia comercial. Sin embargo, estos avances han servido de antecedente inmediato de procesos de electrificación en otras áreas de la actividad mercantil, como lo es el Derecho societario. Si bien en este ámbito la transformación electrónica ha sido un poco más lenta -entre otras causas por no estar en un orden netamente privado, sino caracterizado por intervención del Estado- lo cierto es que cada vez son más las áreas donde llega la tecnología y

la electrónica como instrumentos de simplificación y modernización de la vida societaria.

En los campos del Derecho societario en los cuales se ha logrado o avanzado en la electrificación de trámites y funcionamiento de las sociedades destacan la inclusión de técnicas electrónicas en el proceso de constitución de la sociedad, el ejercicio electrónico de los derechos de los socios, la asistencia a las asambleas y la convocatoria hecha por medios electrónicos, aspectos que se manifiestan a través de la celebración de asambleas por videoconferencia, manifestación del voto electrónico y la publicación de información relevante en las páginas web de las sociedades y los correos electrónicos como mecanismos para materializar el derecho a la información de los accionistas.

En materia de electrificación del Derecho de sociedades vale la pena destacar el avance tecnológico y jurídico experimentado en países más avanzados como España, donde se admite el cumplimiento de los trámites y obligaciones impuestas al empresario por medios electrónicos, por ejemplo, a través de la página web del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)). Este portal de servicios interactivos permite acceder a la información y llevar a cabo ciertas actuaciones que no requieren de identificación previa (estar registrado o abonado como usuario del sistema) tales como consulta del estado de expedientes, anuncios hechos por las diferentes oficinas registrales, presentación telemática de documentos (libros de contabilidad y cuentas anuales del comerciantes), la cual puede hacerse por la persona autorizada y capacitada legalmente para ello, mediante la utilización de su firma electrónica e incluso sin utilización de firma electrónica, obligándose el usuario a la presentación en físico (soporte papel) de estos documentos en un plazo perentorio ante la oficina de Registro respectiva.

En la actualidad, el proceso de electrificación comienza desde la constitución de la sociedad por aplicación de las normas contenidas en la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa<sup>14</sup>.

Sobre la posibilidad de asistencia telemática a la junta o asamblea general de accionistas, existe regulación legal expresa en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que contiene en sus disposiciones finales, modificaciones al texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado mediante Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre, al preverse la posibilidad de que ese mecanismo sea contemplado estatutariamente y, bajo ciertas condiciones, los socios puedan participar en la

<sup>14</sup> Boletín Oficial de Estado número 79. (2003, Abril 02). 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. [Transcripción en línea]. Disponible: [http://www.mityc.es/esES/OficinaVirtual/Oficina%20Virtual%20Legislacion/2.%20Leyes/25LEY7\\_2003.pdf](http://www.mityc.es/esES/OficinaVirtual/Oficina%20Virtual%20Legislacion/2.%20Leyes/25LEY7_2003.pdf)

junta general y ejercer sus derechos de asistencia, voto y representación a través de medios telemáticos o electrónicos.

Especial mención merece la difusión y publicidad de las resoluciones concursales a través de Internet, en el portal [www.publicidadconcurstal.es](http://www.publicidadconcurstal.es) al cual se tiene acceso a través de la página web del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y del Ministerio de Justicia español. En dicho portal cualquier persona puede tener acceso a toda la información relativa a procedimientos concursales, en especial sobre deudores concursados, administradores concursales y administradores, liquidadores y apoderados inhabilitados. La información suministrada se fundamenta en los datos incorporados al archivo informático del Registro Mercantil y contiene un resumen del procedimiento concursal consultado con inclusión de las principales decisiones, autos o sentencias emanadas del juzgado que conoce del procedimiento y del estado actual de la situación del deudor. Se trata de un servicio de información permanente, público y gratuito.

En el ámbito de las sociedades cotizadas, cabe mencionar las disposiciones sobre la publicación del folleto informativo de admisión a negociación de ofertas públicas de venta o de suscripción en materia de mercados de valores, en esta materia el ordenamiento jurídico español cuenta con regulación legal expresa que prevé la posibilidad de que esta publicación se haga a través de medios electrónicos, sin exigirse publicación complementaria en forma impresa. Con ello se logra una importante agilización del procedimiento y reducción de los costos que representa.

Todo ello son manifestaciones claras de la tendencia del ordenamiento jurídico español de lograr la electronificación del Derecho mercantil y en especial del Derecho de sociedades lo cual, junto a lo que puede considerarse la máxima expresión de esta tendencia: la electronificación del procedimiento constitutivo de sociedades, se traduce en simplificación de trámites y actuaciones que están presentes en la vida del comerciante individual y de la sociedad, con la consecuente reducción de tiempo y costes.

#### **IV. La constitución electrónica de las sociedades mercantiles**

##### **1. El procedimiento electrónico de constitución en el Derecho comparado**

La constitución de las sociedades se ha caracterizado por ser un procedimiento riguroso y obstaculizado por la burocracia presente en los organismos que intervienen en su tramitación, lo cual ha convertido el proceso en un trámite poco atractivo para quienes desean emprender una actividad económica y desarrollarla bajo esa figura.

Es por ello que en la constante búsqueda del crecimiento económico y a los fines de estimular la actividad empresarial, la tendencia mundial apunta a la simplificación de los trámites y requisitos exigidos para la constitución de las

empresas en sus diferentes formas, pero en especial de aquellas que constituyen el motor de ese crecimiento: las pequeñas y medianas empresas, también conocidas por sus siglas PYME, por tratarse de los principales elementos generadores de riqueza y empleo en la actualidad.

A tal efecto, los Estados han ajustado las normas que regulan la constitución y funcionamiento de las sociedades para crear un entorno jurídico favorecedor de la actividad empresarial, cuyo elemento fundamental es la incorporación de la tecnología como mecanismo de modernización, simplificación y disminución de tiempo y costos.

El Derecho de la Unión Europea es una de las principales manifestaciones de esta tendencia. Existen diversas iniciativas de carácter general que los ordenamientos jurídicos de los países miembros han acogido a los fines de la unificación del Derecho comunitario, lo cual se ha traducido en la reforma de las normas que regulan las sociedades, ajustándolas a la realidad tecnológica y facilitando su constitución al prever la posibilidad de que ésta se lleve cabo por vía electrónica o telemática.

Siguiendo las directrices comunitarias, el Derecho español ha reformado algunas de sus leyes, contemplando diversas formas de electrificación en el campo de las sociedades mercantiles, en especial, en cuanto al cumplimiento de obligaciones y el procedimiento de constitución. Es así como se dicta 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<sup>15</sup>, mediante la inclusión de un nuevo capítulo, el "CAPÍTULO XII Sociedad Nueva Empresa", que contempla la creación de un nuevo tipo de sociedad, adaptado al modo de operar de las pequeñas empresas, para el cual se prevé, en el artículo 134, un procedimiento telemático de constitución.

La forma de tramitación de este procedimiento es reglamentada en el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio,<sup>16</sup> (en adelante RD 682/2003). Asimismo, mediante el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre<sup>17</sup>, (en adelante RD 1332/2006) se extendió la aplicación de dicho procedimiento telemático de constitución a las demás sociedades de responsabilidad limitada.

Es importante señalar que los requisitos para la constitución de sociedades siguen siendo los mismos: otorgamiento de escritura pública e inscripción en el

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Boletín Oficial de Estado número 138. (2003, Junio 10). Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.noticias.juridicas.com/base-datos/Admin/rd682-2003.html>

<sup>17</sup> Boletín Oficial de Estado número 286. (2003, Noviembre 30). Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática. [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.noticias.juridicas.com/base-datos/Admin/rd1332-2006.html>

Registro Mercantil. La innovación se centra en la forma de cumplir esos requisitos, pues se hará mediante el uso de la tecnología, a través de la creación del denominado sistema de tramitación telemática, que incorpora la utilización del documento electrónico y de la firma electrónica de los funcionarios públicos autorizados, como los principales elementos del nuevo procedimiento constitutivo<sup>18</sup>. Ello ha transformado un procedimiento lento y anticuado, caracterizado por innumerables visitas a las oficinas de notarios y registradores y el empleo de 30 a 60 días en su tramitación, en un procedimiento moderno y simplificado que garantiza la constitución de la sociedad en sólo 48 horas. Se trata de un procedimiento nuevo, pero alternativo, no obligatorio, pues el legislador español deja abierta la posibilidad de tramitación presencial si así lo desean los socios fundadores.

Este procedimiento se fundamenta en dos elementos básicos: 1) el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) cuyos elementos integradores son: el sistema de tramitación telemática (STT), el portal PYME y la red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) y 2) el Documento Único Electrónico (DUE) como documento integrador y exclusivamente telemático.

En algunos países de Latinoamérica también existe la tendencia hacia la simplificación de trámites mediante el empleo de las TIC's en la realización de distintas clases de procedimientos, tales como: constitución de sociedades, cumplimiento de obligaciones tributarias o fiscales, entre otros. Entre éstos se encuentran Colombia, Argentina, Chile, Perú y Venezuela.

Especialmente, en Perú, dentro de la figura de "gobierno electrónico", existen diversas posibilidades para que la realización de trámites ante organismos del Estado se haga de manera electrónica. Siguiendo un proceso de modernización de su gestión, el Estado peruano cuenta con una plataforma jurídica que prevé la electrificación de procedimientos, facilitando el acceso a los organismos públicos y el cumplimiento de obligaciones de diferente naturaleza al ciudadano.

Es así como se dicta el Decreto Supremo N° 019-2007-PCM<sup>19</sup> (DS 019) con el cual pretendió crear un sistema de información e interconexión que facilitara y simplificara el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, haciendo uso de las TIC's, con la finalidad de reducir el tiempo y los costos empleados en cada trámite. En esta norma se establece el uso de la Ventanilla Única del Estado del Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas, cuyo dominio

<sup>18</sup> Véase: MARÍN, L. y GUIADO, A. (2004, marzo). La Sociedad Limitada <Nueva Empresa>: algunas consideraciones en torno a su disciplina legal. Madrid: La Ley-Actualidad, S.A.: *Derecho de los negocios*. Número 162 (pp. 5-20), p. 5.

<sup>19</sup> El Peruano Diario Oficial. (2007, Marzo 09). Decreto Supremo N° 019-2007-PCM, por el que se establece el uso de la Ventanilla Única del Estado a través del portal de servicios al ciudadano y empresas y se crea el sistema integrado de servicios públicos virtuales. [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.pcm.gob.pe/Prensa/ActividadesPCM/2007/Marzo2007/DS-019-2007-PCM.pdf>

oficial es [www.serviciosalciudadano.gob.pe](http://www.serviciosalciudadano.gob.pe), como la herramienta para cumplir con el objetivo planteado. Asimismo, se estableció la obligación para todas las entidades de la Administración Pública de prestar sus servicios a través de dicha ventanilla, para lo cual deberían establecer un vínculo desde sus respectivas páginas web.

El Sistema Integrado de Servicios Públicos Virtuales (SISEV) es creado según lo dispuesto en el artículo 2 del referido decreto, como la "...plataforma que permitirá a los ciudadanos acceder a los servicios públicos sectoriales y a los servicios públicos vinculados a éstos, que se brindan de manera virtual..."<sup>20</sup>. De conformidad con lo previsto en la disposición complementaria transitoria segunda, el primer servicio a implementarse bajo el SISEV sería la constitución de empresas, lo cual incluiría su inscripción en el Registro Público correspondiente y la obtención del número de Registro Único del Contribuyente (RUC). Asimismo, se autorizó para participar en el SISEV a el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), al Colegio de Notarios de Lima, a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), al Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION), organismos cuya intervención es indispensable en el procedimiento de constitución de empresas.

Bien puede observarse cómo el Estado peruano contempla como prioridad en el proceso de electrificación de trámites, el procedimiento para la constitución de sociedades, con la particularidad de que ese nuevo procedimiento es aplicado para la constitución de cualquier modalidad o tipo de sociedad, aún cuando se mantiene la tendencia a reservar esa posibilidad a las pequeñas empresas, pues en el Decreto Supremo N° 049-2007-PCM, se precisó el alcance de la segunda disposición complementaria transitoria del DS 019, estableciéndose que dicho procedimiento electrónico correspondería sólo en el caso de pequeñas empresas y microempresas.

## **2. La realización de trámites electrónicos en el proceso de constitución de la sociedad en el Derecho venezolano**

### **2.1. Fundamentos legales**

Aun cuando en el Derecho venezolano no existe una norma especial que regule la constitución electrónica de las sociedades mercantiles, en el estado actual de la legislación, el procedimiento de constitución de sociedades podría llegar a tramitarse electrónicamente mediante la incorporación del documento electrónico-mensaje de datos, la firma electrónica de los particulares y de los

<sup>20</sup> *Ibidem.* s/p.

funcionarios públicos y los mecanismos de publicidad electrónica de los registros mercantiles y de las notarías. La normativa básica aplicable a este proceso sería la contenida en la LSMDFE, la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>21</sup> (LOAP) y la LRPN. La LSMDFE en cuanto establece la validez del documento, la firma y la contratación por medios electrónicos; la LOAP como norma general aplicable a los organismos de la Administración Pública que permite a los funcionarios dar cumplimiento a sus funciones telemáticamente mediante el uso de documentos y firmas electrónicas; y la LRPN como norma especial que contempla la posibilidad de que los procedimientos registrales y notariales se lleven a cabo a través de medios electrónicos.

Por aplicación de los principios de equivalencia funcional y de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, los trámites y formalidades exigidos por el Código de Comercio para la celebración del contrato social y la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil para la adquisición de su personalidad jurídica serán los mismos, sólo que transformados al soporte electrónico.

### **3. Tramitación del procedimiento electrónico**

#### **3.1. Reserva y verificación del nombre o denominación social**

Este paso podrá cumplirse ya sea en forma presencial, ante alguna oficina creada especialmente para ello o ante la oficina del Registro Mercantil respectiva, como está previsto en España, ante los denominados PAIT. En aras de la celeridad y facilidad perseguidas con este nuevo procedimiento, este trámite inicial debería poder realizarse de forma electrónica, mediante la complementación de formularios que estén a disposición de los ciudadanos en el portal oficial de cada registro. En este sentido, sirve de ejemplo el caso peruano, en el cual dicha reserva puede hacerse por vía electrónica desde el Programa Mi Empresa del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, al cual se accede desde el portal de dicho ministerio.

#### **3.2. Otorgamiento del documento de constitución**

Según lo dispuesto en el artículo 211 del Código de Comercio, el contrato de sociedad se otorgará por documento público o privado. En el caso de escoger la forma de documento privado, por aplicación de los principios y normas sobre contratación electrónica previstos en la LSMDFE, la celebración de dicho contrato puede llevarse cabo entre los accionistas por medios electrónicos. Los socios podrán elaborar el documento constitutivo estatutario de acuerdo con

<sup>21</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.890, julio 31 de 2008.

sus requerimientos dando cumplimiento a los requisitos exigidos por el Código de Comercio (artículo 212 y siguientes, de acuerdo con el tipo de sociedad) y remitírselo electrónicamente entre ellos (haciendo uso del correo electrónico por ejemplo) para su revisión y aprobación.

Una vez aprobado, podrá ser firmado electrónicamente por cada uno de ellos, haciendo uso de la firma electrónica y del certificado electrónico que haya sido obtenido del prestador de servicios de certificación (PSC) autorizado legalmente para ello (por ahora ha sido autorizado por SUSCERTE como proveedor de carácter privado, la empresa "Proveedores de Certificados -PROCERT- C.A"). El documento firmado electrónicamente por todos los socios, deberá ser remitido directamente al Registrador Mercantil de la circunscripción judicial que corresponda para su calificación y posterior inscripción. Dicha remisión podrá hacerse vía correo electrónico, pudiendo tener aplicación en este caso el servicio de sellado de tiempo que suministre el PSC autorizado para dar certeza acerca de la fecha y hora en que es remitido el documento y se produzca un acuse de recibo; ello a los efectos de dar seguridad a los socios acerca de la recepción del documento por el Registro Mercantil y el cómputo de los lapsos que sean establecidos para su respuesta.

También podrá hacerse "cargando" o "adjuntando" el documento desde en sitio web oficial del Registro Mercantil que cuente con un sistema de respuesta automática confirmatoria de la recepción íntegra del documento, como es el caso peruano.

Mayor seguridad ofrecerá el otorgamiento del documento de constitución como documento público, pues con la intervención de un funcionario público que autentique la identidad de los socios y su capacidad para contratar, los inconvenientes sobre uso de la firma electrónica por quien no es su titular real y las posibilidades de vicios en la formación del contrato por estas razones, quedan eliminados. Este es el sistema acogido por el ordenamiento jurídico español y el peruano.

Tiene aplicación en este punto lo preceptuado en el artículo 69 de la LRPN, según el cual los notarios tienen la potestad de dar fe pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos, indicando en este último caso los instrumentos mediante los cuales le otorga presunción de certeza al acto.

De esta manera, podrá iniciarse el trámite de manera presencial ante un notario que intervenga haciendo uso de su función de autenticación y se encargue de remitir posteriormente al Registrador Mercantil -con el uso de su firma electrónica- el documento otorgado para su posterior inscripción<sup>22</sup>. En ese caso,

<sup>22</sup> Véase RODRIGUEZ BERRIZBEITIA, J. «La utilización de los medios electrónicos en el Registro Mercantil». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Número 145. Caracas, enero/diciembre 2007, p. 189.

podrá crearse un sistema interno de comunicación electrónica entre notarías y registros reservado especialmente para la remisión de documentos y correspondencia de carácter oficial, como es el caso del Sistema de Tramitación Telemática (STT) creado en España.

En relación con los documentos exigidos en los registros mercantiles para la inscripción de la sociedad, tales como comprobantes de pago del capital, ya sea mediante depósitos bancarios o balances de apertura e inventarios, documentos de identificación de los accionistas, carta de aceptación del comisario nombrado, entre otros, podrán presentarse en original ante el notario quien podrá certificarlos mediante la copia electrónica que se haga de los mismos a los fines de su remisión al Registrador Mercantil. Aquí, podrá hacerse uso de la técnica de *scanner* junto con la firma electrónica del notario para certificar su autenticidad.

Esa potestad de certificación de documentos podrá cumplirse por aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la LRPN sobre la equiparación de la firma electrónica de los registradores y notarios a su firma autógrafa, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 77 ejusdem que señala en su parte *in fine* que los notarios "...También podrán expedir copias de documentos originales por procedimientos electrónicos, fotostáticos u otros semejantes de reproducción."

Por último, el requisito de admisión establecido en el artículo 22 de la misma ley, sobre la redacción y visado del documento por abogado colegiado y en ejercicio libre de la profesión, en ninguna medida se verá menoscabado por el desarrollo del trámite de constitución de la sociedad en forma electrónica. La redacción igualmente podrá quedar en manos de abogado y el documento final podrá ser visado por éste haciendo uso de su firma electrónica, de la misma forma como será suscrito por todos los socios.

### 3.3. Inscripción registral

Recibido el documento y la documentación anexa exigida, el Registrador Mercantil procederá a cumplir con su potestad calificadora y, en caso de ser positivo el resultado, procederá a la inscripción registral del documento.

A partir de ese momento, se formará el expediente mercantil de la sociedad de manera electrónica, en los mismos términos que en la actualidad se forma en soporte papel. En tal virtud, los demás actos relacionados con la sociedad que se encuentran sometidos a inscripción registral según lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Comercio, también podrán inscribirse electrónicamente y formarán parte de dicho expediente<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> En ese sentido, véase RICO CARRILLO, Mariliana (2004) citada por RODRIGUEZ BERRIZBEITIA, *ob. cit.*, p.194.

A los efectos de la oponibilidad del acto, según lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Comercio, la inscripción registral electrónica cumplirá la misma función. La publicidad registral electrónica también se encuentra regulada en la LRPN, pues en su artículo 26 se dispone que: "...La publicidad registral reside en la base de datos del sistema automatizado de los registros, en la documentación archivada que de ellas emanen y en las certificaciones que se expidan.". De manera que ese sistema automatizado será público en los mismos términos del sistema actual y, por tanto, cualquier ciudadano tendrá acceso a la información en él contenida y podrá obtener copia simple o certificada de los asientos hechos, las cuales también podrán ser expedidas electrónicamente por el Registrador Mercantil.

El antiguo sistema previsto en el artículo 18 del Código de Comercio, se sustituye por un sistema automatizado que, en primer término, se constituirá por archivos que nacieron en soporte papel y fueron digitalizados y, posteriormente, con documentos electrónicos propiamente dichos.

### **3.4. Fijación del documento constitutivo**

La fijación prevista en el artículo 22 del Código de Comercio en el trámite tradicional, también deberá y podrá hacerse haciendo uso de técnicas electrónicas. Para ello cumplen una función primordial los portales o sitios web oficiales de los registros mercantiles. En ellos podrá destinarse un lugar para "fijar" los documentos inscritos en cada oficina, quedando al acceso de todos los ciudadanos, debiendo ser actualizado diariamente.

Es importante señalar que los inconvenientes que normalmente se presentan respecto del cumplimiento de esta formalidad en el procedimiento tradicional (falta de espacio físico, deterioro de la documentación fijada, poca visibilidad, etc.) se solventan mediante el sistema de fijación electrónica, pues no existen limitaciones de espacio físico y resulta ser mucho más accesible para los ciudadanos, desde la comodidad de su casa u oficina, ingresando desde un computador al portal del Registro Mercantil, aunado a la reducción de costo y tiempo que ello implica.

### **3.5. Publicación por la prensa**

La publicación por la prensa exigida en el artículo 212 del Código de Comercio como finalización del trámite de inscripción de la sociedad mercantil, también podrá realizarse mediante el empleo de técnicas electrónicas o informáticas.

Esta formalidad podrá cumplirse de manera idéntica, mediante la publicación en cualquiera de las versiones en formato electrónico de cualquiera de los periódicos de circulación no sólo regional, sino también nacional. Es importante destacar que, tratándose de una versión en formato electrónico del periódico,

todas las personas, desde cualquier lugar del mundo, podrán tener acceso a ella a través de Internet. De manera que la finalidad de esta formalidad -dar a conocer a los terceros del cumplimiento del trámite de inscripción de que se trate- queda satisfecha, aún en mayor medida, mediante una publicación en formato electrónico.

Para garantizar la autenticidad de la copia que se publique en periódico electrónico, deberá remitirse una copia certificada electrónicamente por el Registrador Mercantil, la cual, de acuerdo con la legislación *supra* comentada, surte los mismos efectos que una copia certificada expedida en soporte papel. Para acreditar ante el Registrador Mercantil el cumplimiento de la formalidad, bastará con consignar un ejemplar de la versión electrónica del periódico en el cual fue publicado el acto inscrito (podrá emplearse el sistema de sellado de tiempo que brinde un PSC para dar certeza de la fecha de publicación) y de ello se dejará constancia en el expediente electrónico de la sociedad.

También cabría la posibilidad de aplicar el contenido del artículo 54 de la LRPN y crearse un boletín oficial del Registro Mercantil en el cual se publiquen los actos sometidos a inscripción registral, boletín que podrá publicarse en formato electrónico, con lo cual se simplificaría aún más el cumplimiento de esta formalidad.

Todas estas formalidades podrán cumplirse a través de medios electrónicos, pues la misma ley es clara al establecer en su artículo 2 que en las funciones notariales y registrales y en el cumplimiento de las formalidades exigidas para los actos o negocios jurídicos, "...se aplicarán los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley".

## V. Conclusiones

La sociedad como contrato exige el cumplimiento de una serie de requisitos esenciales para su validez, algunos de fondo y otros de forma. Los requisitos de forma constituyen lo que se conoce como el procedimiento de constitución de sociedades mercantiles, compuesto los trámites que deben ser cumplidos ante un órgano del Estado, el Registro Mercantil, trámites que deberán llevarse a cabo, necesariamente de forma presencial y contenidos en documentos en soporte papel.

En la realidad práctica, el cumplimiento de esas formalidades en la manera prevista por el legislador representa innumerables inconvenientes y convierte la constitución de una sociedad mercantil en un trámite lento y poco práctico para quienes desean emprender una actividad económica bajo esa modalidad societaria. En razón de esa situación, resulta innegable la necesidad de modernizar su procedimiento de constitución.

El Derecho del comercio electrónico, a través de sus principios y normas, contempla la posibilidad de celebrar actos jurídicamente válidos, mediante la aplicación de técnicas electrónicas e informáticas. Con ello se da reconocimiento

legal al documento electrónico, al mensaje de datos y a la firma electrónica como instrumentos válidos para llevar a cabo la contratación electrónica y para dar cumplimiento a las formalidades requeridas para la celebración de determinados actos.

El procedimiento electrónico para la constitución de sociedades mercantiles se caracteriza por la simplificación de los trámites requeridos tradicionalmente, al sustituirse el trámite presencial por un trámite que puede realizarse a distancia, haciendo uso de un computador que permita transmitir información, por medio de un mensaje de datos en formato electrónico, a los organismos ante los cuales deben cumplirse las formalidades exigidas.

Mediante la utilización del documento electrónico y la firma electrónica –herramientas ofrecidas por las TIC's y el Derecho del comercio electrónico– puede darse cumplimiento, íntegramente, a las formalidades que deben llenar los ciudadanos para la puesta en marcha de la sociedad y, en igual medida, los organismos que intervienen en el procedimiento de constitución, pueden cumplir con sus funciones.

Con la entrada en vigencia de la LSMDFE, el ordenamiento jurídico venezolano contempla la validez del documento electrónico y su equiparación, en cuanto a sus efectos jurídicos, al documento tradicional en soporte papel. Asimismo, contempla como mecanismo de autenticidad y seguridad la firma electrónica, equiparándola a la firma manuscrita.

La LOAP, prevé la posibilidad de que los organismos de la Administración pública den cumplimiento a sus funciones telemáticamente, mediante la aplicación de esos instrumentos -documento electrónico y firma electrónica- y la LRPN contempla la posibilidad de que los procedimientos registrales y notariales se lleven a cabo íntegramente por medios electrónicos, previendo la posibilidad de utilización de firma electrónica por registradores y notarios.

Por aplicación de las disposiciones legales mencionadas, existe la posibilidad jurídica de transformar el procedimiento actual para la constitución de sociedades mercantiles en un procedimiento básicamente electrónico, en el cual las formalidades exigidas por el Código de Comercio no cambiarán sustancialmente, simplemente serán cumplidas telemáticamente.

La posibilidad jurídica para tramitar procedimientos administrativos en forma telemática existe en Venezuela desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y de las leyes especiales que regulan la materia, ello significa que las condiciones jurídicas están dadas para la viabilidad de la transformación del procedimiento constitutivo de la sociedad. No obstante, para evitar inconvenientes posteriores, lo más recomendable sería la promulgación de una ley especial que regule el procedimiento electrónico para constitución de sociedades mercantiles, previendo todos los pasos o trámites que deben cumplirse y la manera como se llevarán a cabo mediante el empleo de técnicas electrónicas.



# La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor\*

Nayibe Chacón Gómez\*\*

---

SUMARIO: I. Presentación. II. Concepto y características de los títulos valores. III. Influencia de las tecnologías en los títulos valores: la desmaterialización. IV. Regulación nacional y extranjera de la desmaterialización. V. Conclusiones.

## Resumen

El presente trabajo analiza desde el punto de vista técnico-jurídico la relación entre las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y los títulos valores. El propósito de este artículo es demostrar que para comprender apropiadamente el fenómeno de la desmaterialización, es fundamental conocer las principales características de los títulos valores, partiendo de la teoría clásica del maestro César Vivante, para llegar a los elementos necesarios para su transformación electrónica.

**Palabras claves:** Título valor. Títulos negociables. Desmaterialización. Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC). Comercio Electrónico.

## Abstract

The present document analyzes from a technical and juridical point of view the relation among the technology of information and communication (TICs) and the negotiable instrument. The intention of this article is to demonstrate that to understand

---

Recibido: 29/6/2009 • Aceptado: 23/7/2009

\* En esta investigación se toman ideas presentadas en mi Tesis Doctoral titulada: "*Influencia de la Sociedad de la Información en las instituciones del Derecho Mercantil*", presentada y aprobada en el Doctorado de Ciencias, Mención Derecho del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en febrero de 2009.

\*\* Universidad Central de Venezuela, Abogada. Especialista en Derecho Mercantil. Doctora en Ciencias, mención Derecho. Coordinadora de la Especialización en Derecho Mercantil. Investigadora-Docente Pre y Postgrado categoría Agregado, adscrita a la Sección de Derecho Mercantil del Instituto de Derecho Privado. Universidad Metropolitana, Profesora de Derecho Mercantil, Derecho Comparado y Derecho del Comercio Electrónico.

appropriately the phenomenon of the desmaterialización, it is fundamental to know the principal characteristics of the negotiable instruments), departing from the classic theory of the main César Vivante, to come to the elements necessary for his electronic transformation.

**Key words:** Securities. Negotiable instruments. Dematerialization. Technology of Information and Communication (TICs). E-commerce.

## I. Presentación

Abordar la temática de los títulos valores en Venezuela, requiere transportar la investigación a un escenario de antiguos conceptos jurídicos, de realidades comerciales donde reinaban las transacciones mercantiles realizadas en el tráfico marítimo, llevamos la imaginación al esplendor de las ciudades portuarias italianas y francesas del siglo XV y XVI donde surgió la letra de cambio, como instrumento idóneo para la documentación de los créditos.

Con el pasar del tiempo la creación de los títulos valores se torno en cotidiano, y su utilización se generalizó, hasta el punto que hoy asistimos al redescubrimiento de las formas cambiarias. Es el esplendor de otro tipo de ciudades, ciudades donde las tecnologías de la información y la comunicación han diseñado formas de interactuar en el tráfico comercial.

En este orden de ideas, presenciamos la transformación de la teoría clásica de los títulos valores, a una teoría "electrónica" o "digital" de los instrumentos cambiarios. A continuación revisaremos el concepto y características de los títulos valores, para luego describir el fenómeno de la "desmaterialización" de los mismos y como ha sido recogida en las legislaciones. Finalmente, presentaremos una conclusión sobre la situación de los títulos valores bajo la perspectiva de las tecnologías de la información y comunicación.

## II. Concepto y características de los títulos valores

El título valor no se encuentra definido en nuestro Código de Comercio, en este sentido existe un problema en la terminología aplicada para distinguirlo, ya que el código comercial venezolano se refiere, siguiendo la teoría italiana, a "título de crédito"<sup>1</sup>, aunque la doctrina lo llama "título valor"<sup>2</sup> o "título negociable"<sup>3</sup>.

1 **Código de Comercio, artículo 2.-** "Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:... 2º- La compra o permuta de Deuda Pública u otros títulos de crédito que circulen en el comercio, hecha con el ánimo de revenderlos o permutarlos; y la reventa o permuta de los mismos títulos..." (Destacados nuestros).

2 "A su vez esta expresión puede estar equivocada. Se utiliza en la doctrina alemana, y a veces, en la ibérica, también en relación con los documentos de legitimación, cuya presentación es

Situación que es descrita por el autor español Guillermo J. Jiménez Sánchez, en el sentido siguiente: "la doctrina ha tenido que dedicar un importante esfuerzo a la configuración de la categoría de los títulos valores, cuya misma denominación, traducción casi literal de la expresión alemana *Wertpapier*, sugiere la idea esencial de que en esta especie de documentos la existencia del título no reduce su significado a la información o reflejo de la existencia y contenido de una relación jurídica, sino que adquiere valor en sí misma, al determinar la aplicación de un régimen especial al ejercicio y a la transmisión de los derechos incorporados o materializados en el texto del instrumento o soporte documental"<sup>4</sup>. A los efectos de esta investigación utilizaremos de manera indistinta estas denominaciones.

El autor italiano César Vivante, ha dejado plasmada la importancia de esta institución dentro del Derecho Mercantil, en la siguiente anotación: "Los títulos de crédito, a los cuales dan origen los negocios, constituyen una masa superpuesta a las cosas; una masa que circula con leyes propias sobre el inmenso cúmulo de cosas muebles e inmuebles, que forman la riqueza social"<sup>5</sup>.

Esta noción de título de crédito es comentada por el profesor Alfredo Morles Hernández, advirtiendo que Vivante modifica la definición del autor alemán Brunner, más amplia, "pues la teoría general germánica de los títulos valores incluye todos los documentos cuya presentación es necesaria para el ejercicio del derecho a que se refieren. Para Brunner, título de crédito es el documento de un derecho privado que no se puede ejercitar si no se dispone del título. Las definiciones de Vivante y Brunner pueden ser caracterizadas como la noción restringida y la noción amplia, respectivamente, de título valor... Yadarola coincide con el concepto de la doctrina italiana y define el título de crédito diciendo que

necesaria para el ejercicio del derecho..." ASCARELLI, Tullio: *Teoría General de los Títulos de Créditos*. Traducción de Rene Cacheaux Sanabria. Editorial JUS. México, 1947. p. 25.

3 "El tecnicismo "título de crédito" originado en la doctrina italiana, ha sido criticado, principalmente por autores influenciados por doctrinas germánicas, aduciéndose que la connotación gramatical no concuerda con la connotación jurídica, ya que no en todos los títulos predomina como elemento fundamental el derecho de crédito... Debemos indicar, respecto a la crítica hecha al tecnicismo latino, que los tecnicismos jurídicos pueden tener acepciones no precisamente etimológicas y gramaticales, sino jurídicas, y que el término propuesto para sustituirlo, nos parece más desafortunado aún, por pretender castellanizar una no muy acertada traducción. Por otra parte, podría alegarse que tampoco dicho tecnicismo es exacto en cuanto a la significación meramente gramatical, porque hay muchos títulos que indudablemente tienen o representan valor y no están comprendidos dentro de la categoría de título de crédito; así como hay muchos títulos de créditos que en realidad no puede decirse que incorporan un valor". CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones de Crédito*. Tercera Edición. Editorial Herrero, S.A. México, 1961. p. 17.

4 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.: *Los títulos valores*. Derecho Mercantil. Tomo II. 7ª edición corregida y puesta al día. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 2002. pp. 7-8.

5 VIVANTE, César: *Tratado de Derecho Mercantil. Volumen III Las Cosas (Mercancías y Títulos de Crédito, incluida la letra de cambio)*. Traducido por Miguel Cabeza y Anido. Primera Edición. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1936. p. 135.

es el documento de un derecho literal y autónomo cuya posesión es necesaria para el ejercicio del derecho"<sup>6</sup>.

Al título valor se le reconoce como un instrumento que aporta certeza y seguridad jurídica en el tráfico comercial, "en efecto, el título de crédito obró de manera singularmente eficaz, la exigencia de certeza y seguridad jurídica, que es esencial y característica en el derecho... Es la necesidad de certeza y seguridad, de certeza en el derecho y seguridad en su realización, la que lleva a las partes a crear o perfeccionar instituciones que satisfagan tal exigencia. Derecho incierto es derecho ineficaz, elemento perturbador de las relaciones jurídicas, siendo por tanto benéficos los esfuerzos tendientes a volverlo cierto y eficaz"<sup>7</sup>.

En este sentido, la definición de los títulos de crédito recogida por la doctrina especializada indica tanto la forma y características que revisten para alcanzar esa función, a saber: "El título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo"<sup>8</sup>.

Esta noción de título de crédito deja clara la especial relación existente entre el título y el documento, la necesidad de éste para transmitirse y para el ejercicio del derecho que en él se menciona. "Aparece, de esta manera, una conexión entre la cosa corporal (el título) y la incorporeal (el derecho) que es extraordinariamente útil en un doble aspecto: para el ejercicio del derecho y para su posibilidad de transmisión"<sup>9</sup>.

Analizando los elementos de la definición anotada encontramos que como documento, el título valor puede tener establecido en la legislación que lo consagra distintos requisitos dependiendo del título de crédito de que se trate. Sin embargo, según la teoría clásica, todos los títulos de crédito tienen en común en que constituyen un documento, escrito y firmado por el deudor o conjunto de deudores, y se encuentra sometido a condiciones de forma, establecidas para indicar con exactitud el derecho contenido en él y su alcance, en este sentido, son documentos formales o solemnes.

Luego, siguiendo con la definición del maestro Vivante, es necesaria la presentación del título, que recoge las formas prescritas en las normas de derecho cambiario, para la legitimación y el ejercicio del derecho contenido en él; resulta pertinente destacar las características de los títulos valores:

**1º Incorporación:** esta característica se desprende de la definición de título de crédito dada por la doctrina; es decir, "el título de crédito es un documento que lleva incorporado un derecho, en tal forma, que el derecho va íntimamente

6 MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil. Tomo III. Títulos Valores*. Quinta Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. pp. 1585-1586.

7 ASCARELLI, Tullio: *Teoría General de los Títulos...*, *ob. cit.* pp. 4-5.

8 VIVANTE, César: *Tratado de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 136.

9 SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. MC Graw Hill. Madrid, 1999. p. 4.

unido al título y su ejercicio está condicionado por la existencia del documento; sin exhibir el título, no se puede ejercitar el derecho incorporado... La incorporación del derecho al documento es tan íntima, que el derecho se convierte en algo accesorio del documento. Generalmente, los derechos tienen existencia independiente del documento que sirve para comprobarlos, y pueden ejercitarse sin necesidad estricta del documento; pero tratándose de títulos de crédito el documento es lo principal y el derecho lo accesorio; el derecho ni existe un puede ejercitarse, si no es en función del documento y condicionado por él"<sup>10</sup>.

"Las consecuencias que se derivan de la idea de incorporación son resumidas así por Messineo: 1. se adquiere el derecho nacido del documento mediante la adquisición del derecho sobre el documento; 2. con la transferencia del documento, se transfiere necesariamente el derecho cartular; 3. sin la presentación del documento, no puede obtenerse el cumplimiento de la prestación; 4. la destrucción del documento puede comportar la pérdida del derecho cartular; 5. la prenda, el secuestro, el embargo y demás vínculos sobre el derecho, deben incluir el título"<sup>11</sup>. En este sentido, se habla del título valor como una cosa mueble, de conformidad con el contenido del artículo 794 del Código Civil venezolano<sup>12</sup>, precisando que lo importante y característico de los efectos de comercio es el papel que los contiene, es decir, el bien mueble; y el derecho que él se incorpora se presenta como un accesorio. "Vale decir, que al descomponer el título en sus dos fundamentales elementos integrativos: el documento y el derecho consignado en el mismo, se otorga la primacía al papel y el derecho incorporado pasa a ser accesorio"<sup>13</sup>.

**2° Legitimación:** se presenta como una consecuencia de la incorporación, y es entendida como la necesidad de "legitimarse" exhibiendo el título para ejercer el derecho incorporado en él.

El citado autor Raúl Cervantes Ahumada, reconoce en la legitimación dos aspectos, a saber: a) aspecto activo: "consiste en la propiedad o calidad que tiene el título de crédito de atribuir a su titular, es decir, a quien lo posee legalmente, la facultad de exigir del obligado en el título de pago de la prestación que en él se consigna. Sólo el titular del documento puede "legitimarse" como titular del derecho incorporado y exigir el cumplimiento de la obligación respectiva"<sup>14</sup>. Y

10 CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, ob. cit., pp. 18-19.

11 MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 1587.

12 **Código Civil, artículo 794.-** "Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce a favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a la universalidad de muebles. Sin embargo, quien hubiese perdido una cosa o aquel a quien la hubiese quitado, podrán reclamarla de aquel que la tenga, sin perjuicio de que este último pueda exigir indemnización a aquel de quien la haya recibido".

13 PISANI RICCI, María Auxiliadora: *Letra de cambio*. 2ª edición, revisada y completada. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. p. 12.

14 CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, ob. cit., p. 19.

b) aspecto pasivo: "consiste en que el deudor obligado en el título de crédito cumple su obligación y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento... El deudor se legitima a su vez, en el aspecto pasivo, al pagar a quien aparece activamente legitimado"<sup>15</sup>.

**3° Literalidad:** la definición de título de crédito dada por César Vivante establece que el derecho incorporado en el título es literal, lo que consiste en que tal derecho tiene su alcance por lo que literalmente se encuentra plasmado en él.

En este sentido, "todo título de crédito es el continente de un derecho literal, o,... es el documento necesario para ejercitar el derecho literal que en él se consigna"<sup>16</sup>. Pero lo que es literal en los títulos valores es "el derecho en cuanto su contenido, su alcance; sus límites están determinados exclusivamente por la letra del documento, por las palabras que en éste se escribieron"<sup>17</sup>.

**4° Autonomía:** referida al derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados, "y la expresión autonomía indica que el derecho del titular es un derecho independiente, en el sentido de que cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podría tener quien transmitió el título"<sup>18</sup>.

La relación existente entre estas características la podemos precisar en las enseñanzas de Savigny<sup>19</sup>, la incorporación del derecho al documento que contiene el título de crédito, hace que sólo sea necesario y resulte indispensable este documento para ejercitar el derecho (legitimación), además, el obligado debe pagar solamente lo que aparece escrito en este documento (literalidad), y se puede deducir que si el texto del documento es la medida de los derechos de su poseedor, si no pueden invocarse en contra de él excepciones o circunstancias que no aparezcan en dicho texto, resulta que su derecho es autónomo, y ello en una doble dirección: independiente de la relación o negocio jurídico que dio lugar a su emisión, si se trata de un título cambiario, que como tal es abstracto; e independiente de la situación jurídica en que hubiera estado cualquier anterior poseedor (autonomía).

Por su parte, el profesor Fernando Sánchez Calero recoge cuales son los aspectos más importantes de los títulos valores en tres corolarios<sup>20</sup>, a saber:

15 CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, ob. cit., p. 19.

16 MANTILLA MOLINA, Roberto: *Títulos de Crédito Cambiarios. Letra de Cambio y Pagaré*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977. pp. 38-39.

17 MANTILLA MOLINA, Roberto: *Títulos de Crédito...*, ob. cit., p. 39.

18 CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, ob. cit., pp. 20-21.

19 SAVIGNY, Frédéric Carl de: *Le droit des obligations*. Tomo I. Traducción de T. Hippert, Bruselas, Bruylant-Christophe & Cie., Éditeurs. Paris, 1873, citado por: MANTILLA MOLINA, Roberto: *Títulos de Crédito...*, ob. cit., p. 42.

20 SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pp. 6-7.

1. **El derecho que se incorpora es frecuentemente un derecho de crédito que entraña la pretensión de una prestación dineraria**<sup>21</sup>, aunque no de manera exclusiva, ya que existen títulos que pueden incorporar un conjunto de derechos de distinta naturaleza. Así, la doctrina ha dejado claro que "la terminología adoptada permite encuadrar entre los documentos comprendidos en ella, no sólo a los que contienen o contemplan obligaciones o derechos de crédito, sino también a los que (como las acciones) hacen referencia a situaciones jurídicas complejas y a los que (como los resguardos en depósito, o títulos de transporte) establecen una suerte de conexión particular con las cosas o mercancías que representan"<sup>22</sup>.

En este sentido, en algunas ocasiones, "el derecho se refiere a la propiedad u otros derechos reales, como el caso del conocimiento de embarque y de la carta de porte, que en los contratos de transporte marítimo y terrestre, respectivamente, acredita la propiedad de la mercancía despachada, o por lo menos, su derecho a poseerla. Y cuando se piensa en acciones societarias son título valor, también se sostiene la existencia de títulos participativos, que incorporarían el derecho a participar en la conducción de la empresa respectiva"<sup>23</sup>.

2. **El derecho incorporado tiene la nota de la literalidad**, lo que quiere decir que cuanto concierne al contenido de este derecho, sus límites y modalidades dependen de los términos en que está redactado el título. En el caso de la letra de cambio, la profesora María Auxiliadora Pisani Ricci, anota que "el derecho que resulte de la lectura de sus declaraciones escritas, no puede ser modificado por ningún otro medio probatorio. Doctrinariamente se afirma que la literalidad es la presunción *juris et jure* de validez de las cláusulas escritas en el documento; o dicho de otro modo, no hay posibilidad de probar lo contrario de lo escrito en el documento y por tanto, no hay posibilidad de probar lo contrario de lo escrito en el documento y por tanto, ninguna prueba podrá contrariar su sentido. Es la máxima que, sin embargo comporta, respecto de las fechas, la excepción prevista en el artículo 127 del Código de Comercio, el cual formula una presunción *juris tantum* de certeza tanto de la fecha del título a la orden como la de sus endosos y avales (con lo cual se admite la posibilidad de desvirtuar la presunción legal mediante pruebas que la contraríen)"<sup>24</sup>.

21 "La letra de cambio es el más importante de los títulos de crédito. Ella ha dado nombre a la rama del derecho que se ocupa del estudio de los títulos, o sea el derecho cambiario; en torno a ella se ha elaborado la doctrina jurídica de los títulos de crédito; alrededor de ella se ha provocado un movimiento de unificación de los principios generales de los títulos, y ella es, en las diversas legislaciones, el título de crédito fundamental". CERVANTES AHUMADA, Raúl: *Títulos y Operaciones...*, *ob. cit.*, pp. 58-59.

22 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.: *Los títulos...*, *ob. cit.*, pp. 8-9.

23 MÁRMOL MARQUÍ, Hugo: *Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos-Valores*. 4ª edición. Ediciones Liber. Caracas, 1999. p. 32.

24 PISANI RICCI, María Auxiliadora: *Letra de cambio...*, *ob. cit.*, p. 12.

3. **El derecho incorporado es autónomo** en el sentido de que cuando se transmite el título corresponde al nuevo adquirente un derecho independiente de las relaciones jurídicas de carácter personal que hubieran podido existir entre los anteriores titulares y el deudor, siempre que haya existido buena fe. Sobre el aspecto de la autonomía de los títulos valores, la citada profesora María Auxiliadora Pisani Ricci anota con singular referencia a la letra de cambio, "que la autonomía –como rasgo característico- va referida más que al título, en sí considerado, a las obligaciones y facultades que emergen de la propia letra, entre sus signatarios y tenedores... De manera que para completar el criterio referencial de la autonomía recordáramos el carácter inmune del titular frente a posibles excepciones oponibles por el deudor en relación con tenedores anteriores, destacando el sentido de la intrasmisibilidad a los otros signatarios de los vicios, incapacidades, alegatos, etc., que operen frente a cualquiera de los mismos, y buenos ejemplos de ello tenemos dentro de la normativa cambiaria de nuestro Código de Comercio: así los artículos sobre capacidad (416), representación (417), falsedades (477), prescripción (480), aval (440), que en su conjunto van orientados a la finalidad protectora del titular y al cabal cumplimiento de su función transmisora"<sup>25</sup>.

### **III. Influencia de las tecnologías en los títulos valores: la desmaterialización**

Una vez escritas las consideraciones generales sobre el concepto y las principales características de los títulos valores debemos entrar al estudio de la desmaterialización, como consecuencia de la implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación en los negocios mercantiles.

Es oportuno recordar la importancia económica que tienen los títulos valores a nivel mundial y que puede ser percibida en tres aspectos: a) los títulos valores, particularmente las acciones, representan las grandes fortunas personales a

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 10-11.

**Código de Comercio, artículo 416.-** "Si una letra de cambio lleva la firma de personas incapacitadas para obligarse, las obligaciones de los demás firmantes no son por ello menos válidas".

**Artículo 417.-** "Cualquiera que firme una letra de cambio en representación de personas que no tengan poder bastante para hacerlo, se obliga a sí mismo en virtud de la letra. Esto es aplicable al representante o mandatario que se excede de los límites de su poder".

**Artículo 440.-** "El avalista se obliga de la misma manera que aquel por el cual se ha constituido garante. Su compromiso es válido aunque la obligación que haya garantizado sea nula por cualquier causa menos por un vicio de forma. Tiene, cuando ha pagado la letra, el derecho de proceder contra el garantizado y contra los garantes del mismo".

**Artículo 477.-** "La falsificación de una firma, ya sea la del librador, ya del aceptante, en nada influye sobre la validez de las otras firmas contenidas en la letra".

**Artículo 480.-** "La interrupción de la prescripción sólo producirá efecto contra aquél respecto del cual haya tenido dicha interrupción".

través del ejercicio del control de los grupos financieros detentadores del poder económico tanto nacional como internacional y son las herramientas para la realización del mercado de capitales; b) los títulos valores, especialmente las letras de cambio, los pagarés y los cheques, han sido utilizados en el desarrollo de las operaciones bancarias, de cuya intervención y mediación en el crédito dependen en gran parte la vida económica de las naciones; y c) los títulos valores, fundamentalmente las cartas de porte y los conocimientos de embarque<sup>26</sup>, son los instrumentos jurídicos esenciales para el transporte de mercancía y son los elementos en los que se han sustentados los contratos de compra-venta internacional, las operaciones de exportación e importación, de cuya seguridad y equilibrio depende la prosperidad económica de las naciones<sup>27</sup>.

En este sentido, el profesor Manuel Broseta Pont, apunta que el inexorable éxito de los títulos valores como instrumentos jurídicos que han permitido el tráfico comercial a gran escala, y ha poblado el mundo de los negocios, especialmente el bancario, de miles de millones de títulos (acciones, obligaciones, letras de cambio, cheques, pagarés, bonos, etc.), ha conducido a la crisis de la masificación documental que ha llegado a imponer al tráfico de tales títulos valores una verdadera servidumbre y esclavitud documental, se puede enunciar que "El éxito de los títulos valores ha causado su crisis"<sup>28</sup>. Crisis que ha sido superada con el empleo de la informática, y que parece derivar en la desaparición de las características fundamentales de los títulos valores a través de la llamada desmaterialización de los títulos valores.

Esta sustitución de los títulos valores tradicionales por el empleo de los medios electrónicos, se evidencia en dos aspectos descritos por el citado profesor Manuel Broseta Pont, en primer lugar, tener que manejar, recontar y trasladar físicamente la poblada selva de títulos valores existente en el mundo de los negocios, sustituyendo la tradición de los títulos físicamente existentes por meras anotaciones informáticas de abono y cargo en cuentas corrientes que por

<sup>26</sup> "En los países de Derecho Civil, el conocimiento de embarque negociable es un título de crédito, similar a un cheque, letra de cambio o pagaré... La función del conocimiento de embarque como "título de propiedad o documento negociable" en los países de Derecho Civil es indiscutido entre expertos. Es considerado un título de crédito "causal" en oposición a los títulos de crédito "abstractos" (como cheques, títulos de crédito o pagarés), los cuales incorporan no solo el derecho de reclamar la entrega o disposición de la carga, sino también otra clase de derechos originados del contrato de transporte... Por el contrario, y de acuerdo con algunos expertos de países del Common law, el conocimiento de embarque es para esos países un instrumento no negociable como lo es una letra de cambio o un cheque, sino un documento de propiedad (Document of Title), no negociable, pero transferible por las vías ordinarias". COVA ARRIA, Luis: "La implementación de los conocimientos de embarque electrónicos en países de Derecho Civil". *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 69. Nº 139. Caracas, 2002. pp. 303-304.

<sup>27</sup> Ver la función económica y relevancia de los títulos valores en: BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*. Décima Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2000. pp. 619-620.

<sup>28</sup> BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 631.

mandato de la Ley los representan y sustituyen; y en segundo lugar, evitando mediante anotaciones en cuenta el libramiento, la creación y la emisión de los propios títulos o documentos, los cuales inexistentes como títulos, son sustituidos o representados por meras anotaciones en cuenta. En su opinión, estos fenómenos son de gran importancia porque suponen la paulatina o pausada sustitución del título valor por anotaciones informáticas o de ordenador; es decir, la llamada desmaterialización de los títulos valores<sup>29</sup>.

Debemos abordar en primer lugar los orígenes y el concepto de la desmaterialización de los títulos valores, para luego dedicarnos al análisis de su alcance.

A finales del año 1988 se realizaron en la Universidad Católica Andrés Bello las II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, que contaron con la participación de ilustres juristas dedicados a esta disciplina tanto europeos como latinoamericanos, entre los cuales se destaca en el tema que nos ocupa, la colaboración del profesor Héctor Alegría, catedrático de Derecho Comercial y de Derecho Económico en la Universidad Nacional de Buenos Aires, quien presentó una disertación titulada: *La desmaterialización de los Títulos Valores*, donde citando al profesor francés René Roblot, afirmaba que "asistimos en cien años a la grandeza y decadencia de la noción de título, pues un siglo más tarde, esta gran invento del capitalismo declina rápidamente ante el empleo de nuevas técnicas. La informática, que implica la desaparición del soporte papel provoca una nueva revolución... la desmaterialización constituye, en mi íntima convicción, una de las técnicas del futuro"<sup>30</sup>.

El autor Héctor Alegría continúa con la identificación del fenómeno que daría lugar a la desmaterialización de los títulos valores, y reconoce que esta situación es consecuencia directa de dos elementos: el primero de ellos atiende a la masificación, que ya nosotros habíamos advertido, de los títulos de créditos lo cual causó una preocupación por el desborde real que suponía su manejo, por las responsabilidades que generaban. El segundo elemento, es la explosión de la informática, ya que aun antes de la implementación de las Tecnologías de la Informática y Comunicación, la masificación de los títulos valores "obligó a ir pensando en soluciones prácticas, que sin desmejorar la utilidad del sistema de los títulos, fuera haciéndolo más adecuada y manejable frente a la expansión cuantitativa"<sup>31</sup>.

Estos elementos fraguaron importantes cuestionamientos sobre la vigencia y utilidad de las anotadas características de los títulos valores; es decir, la incorporación, la literalidad y la autonomía. Se llega, gracias a los avances en la tecnología y en la creciente utilización de ésta para la documentación de los

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> ALEGRÍA, Héctor: "La desmaterialización de los Títulos Valores". *II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1989. p. 833.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 835.

negocios mercantiles, anteriormente realizados con el empleo de los títulos de crédito, al momento calificado como "crucial": *la eliminación del título mismo en su materialidad*.

En este sentido, la informática colaboró a originar formas operativas que reemplazan con ventaja los antiguos principios de los títulos. "Es el momento en que se prescinde del documento también en el nacimiento del derecho (efecto constitutivo de creación)"<sup>32</sup>.

Se destaca que la desmaterialización es un proceso por medio del cual un documento de papel es transformado en un documento electrónico, y que tiene lugar no solo en el caso de los títulos valores sino en todos los documentos con soporte en papel.

Entonces, la desmaterialización puede ser percibida como la inexistencia de documento, de bien material, y la existencia del derecho. La desmaterialización "es la supresión físico material de los títulos, subsistiendo los derechos de cada uno de los titulares en la memoria del ordenador electrónico, comprendiendo por memoria el archivo que de constancia de los derechos correspondientes"<sup>33</sup>.

Se puede suponer que la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación en los títulos valores afecta algunas de sus características, aquellas que eran consideradas como inherentes a su esencia, como su incorporación a un documento escrito; es decir, no es necesario, en algunos casos, que dicho título repose sobre un papel. Aunque la doctrina que plantea la desmaterialización de los títulos valores, reconoce que esto no es posible en todos, ya que sólo aquellos que son emitidos en serie son sustituibles por simples anotaciones en cuenta.

La Caja Venezolana de Valores<sup>34</sup> en su glosario de términos define la desmaterialización de la siguiente forma: "Sustituir títulos valores físicos por "Anotaciones en Cuenta". Estas anotaciones en cuenta poseen la misma naturaleza y contienen en sí, todos los derechos, obligaciones, condiciones y otras disposiciones que contienen los títulos físicos"<sup>35</sup>.

Concluiremos que la definición de desmaterialización de títulos valores debe ser entendida como el "reemplazo de un objeto físico por signos electrónicos o bits en la memoria de una computadora"<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> *Ibid*, pp. 839-840.

<sup>33</sup> MENDOZA LUNA, Amílcar: "Desmaterialización de valores inmobiliarios. Algunas reflexiones a propósito de la Ley de Títulos Valores". AR: *Revista de Derecho Informático*. Editorial Alfa-Redi. No. 031 – Febrero, 2001.

<sup>34</sup> **La C.V.V. Caja Venezolana de Valores**, es una entidad privada con personalidad jurídica propia, constituida legalmente el día 23 de abril de 1992 por ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, creada por las Bolsas de Valores establecidas en el país, Entidades Financieras, Empresas de Seguros, Reaseguradoras, Empresas Emisoras e Intermediarios Bursátiles quienes tienen intereses distintos pero congruentes en cuanto a la necesidad de promover un mercado de valores eficiente.

<sup>35</sup> <https://www.cajavenezolana.com/cvvplus/indexs.asp?seccion=glo&letra=d>

<sup>36</sup> MENDOZA LUNA, Amílcar: *Desmaterialización de valores...*, *ob. cit.*

La doctrina distingue dos formas de desmaterialización de los títulos valores, una total y otra parcial<sup>37</sup>. La desmaterialización total se refiere al documento creado, circulado y negociado electrónicamente sin que el mismo sea producto de una transformación de un documento de papel a un documento electrónico. Sobre este tipo de desmaterialización existen críticas, para algunos autores no se trata de una desmaterialización propiamente dicha, ya que los documentos son creados electrónicamente sin que previamente fueran emitidos en papel, y en este sentido, solo puede desmaterializarse lo que previamente ha estado en soporte material<sup>38</sup>.

Por su parte, la desmaterialización parcial es aquella que tiene lugar cuando el documento es creado en forma física pero las transacciones sobre él se realizan electrónicamente. "En este caso usualmente el documento de papel es depositado en un Banco o en una central de registro donde es convertido en documento electrónico para realizar operaciones sobre el mismo"<sup>39</sup>.

La desmaterialización de títulos valores ha traído consigo importantes cambios en la forma de realizar las actividades del mercado de valores, entre los cuales se anotan los siguientes: los pagos o liquidaciones bursátiles se hacen en menor tiempo; en cada operación de compraventa ya no es necesaria la manipulación de títulos físicos, tener el control manual de éstos o anotar sus numeraciones en documentos de entrega, pólizas, registros, depósitos, etc.; multiplicando procesos de control y registro de cupones. Igualmente, se destaca la inexistencia del riesgo de pérdida o falsificación de certificados de acciones (títulos físicos), disminución de los costos e ineficiencias que conllevan la custodia de títulos físicos.

Se citan también las ventajas que tiene la desmaterialización para los inversionistas: comprar y vender valores en un mínimo de tiempo, evitando distorsiones de los precios generados por las demoras en la entrega de los títulos físicos. Se hace más fácil para el inversionista estar al tanto de los dividendos, entrega de derechos de suscripción preferente, gravámenes o embargos que recaigan sobre sus valores<sup>40</sup>.

El citado autor Nelson Remolina, establece que la desmaterialización requiere de tres elementos:

<sup>37</sup> REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro*. Comercio Electrónico. Legis Editores, S.A. Bogotá, 2005. p. 157.

<sup>38</sup> "Por esta razón, para los casos en que el documento ha sido previamente creado en papel y luego transformado en documento electrónico se dice que el documento fue desmaterializado, mientras que cuando el documento fue creado electrónicamente, nos encontramos frente a un documento "inmaterializado". REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento...*, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 157.

<sup>40</sup> Ver en este sentido a MENDOZA LUNA, Amílcar: *Desmaterialización de valores...*, *ob. cit.*

1. **Plataforma tecnológica:** una infraestructura tecnológica que garantice seguridad y compatibilidad técnica entre todos los eventuales sistemas electrónicos de los diferentes agentes que allí intervienen.
2. **Marco jurídico:** un marco jurídico común sobre los elementos mínimos para crear, negociar y extinguir los documentos electrónicos.
3. **Manual de proceso:** un manual sobre los procesos y condiciones que se deben efectuar en cada caso para realizar una actividad en este contexto electrónico<sup>41</sup>.

Como hemos mencionado, la desmaterialización de los títulos valores que conjugan los elementos anotados no es un situación de reciente data, ya que la doctrina apunta que los orígenes de la tendencia del reemplazo de las formas tradicionales de documentación de los títulos valores se encuentran en "Alemania a mediados del año 1937 en donde funcionaba un sistema de depósitos de títulos que aceptaba la transferencia de estos sin su entrega<sup>42</sup>, siguió en Francia en 1949 en donde se fundó la SICOVAM (Sociedad Interprofesional para la Compensación de Valores Mobiliarios) a la cual podían entregarse los títulos de modo facultativo (sistema que se ha mantenido con ciertas variantes<sup>43</sup> y en la

41 REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento..., ob. cit.*, p. 158.

42 El sistema de depósito colectivo (aquel según el cual el título se convierte en fungible, y como consecuencia de esto no se devuelve el mismo título depositado sino otro de la misma especie y calidad. Sin embargo, los títulos físicos quedan inmovilizados y su transferencia se lleva a cabo mediante asientos contables por los cuales la entidad depositaria emite certificados), se usó en la práctica bancaria alemana desde 1882 cuando se fundó el *Wiener Giro und Kassen Verein*. "Luego de la Primera Guerra Mundial se generalizó y se reguló mediante la Ley del 4 de febrero de 1937, sobre depósito y adquisición de Títulos Valores. Como los títulos quedaban inmovilizados y las transferencias se hacían con la simple anotación en el libro de Registro de Depósitos del banco no hay manipulación material de los títulos. Para prever la transferencia entre banco y banco se reguló la centralización de los depósitos en bancos colectores (un depósito de segundo grado). Los bancos perdían la posesión mediata de la cartera de depósitos y la pasaban a los bancos colectores". MENDOZA LUNA, Amílcar: *Desmaterialización de valores..., ob. cit.*

43 "La *Casse Centrale de Depots et de Virements du Tires* - CCDVT (Caja Central de Depósitos y Transferencias de Títulos) se creó mediante la Ley del 18 de junio de 1941 para aceptar en depósito las acciones al portador de las sociedades anónimas francesas por cuenta de "establecimientos afiliados" (bancos, instituciones financieras y agentes de bolsa), de esa manera se facilita la transferencia de acciones mediante transferencias de cuenta a cuenta entre estos afiliados. El trasfondo político de esta medida era que el gobierno de Vichy necesitaba el control de la actividad extranjera durante la ocupación. Teniendo en cuenta que el mercado francés tenía marcada preferencia por los títulos al portador había que vigilar las adquisiciones de alemanes, quienes podrían intentar copar las empresas francesas mediante la bolsa. Mediante la Ley del 3 de febrero de 1943 se impuso la obligatoriedad del sistema de anotaciones en cuenta a las acciones al portador. Luego de la guerra y pasada la amenaza germánica este sistema recibe críticas duras. Por tal motivo se creó la *Société Interprofessionnelle pour la Compensation de Valeurs Mobilières* - SICOVAM...el cual es un depósito facultativo. En los años 80 el porcentaje de acciones al portador que no pasaba por la SICOVAM era apenas de 5% y la emisión de títulos físicos decrecía rápidamente. Actualmente la desmaterialización en Francia es total y la SICOVAM es

actualidad el título en papel ha desaparecido definitivamente siendo sustituido por las anotaciones en cuenta) se ha ido incorporando paulatinamente en diversos países del mundo entre los que se encuentra Venezuela... concretamente en Venezuela, la aludida desmaterialización solamente es entendida en cuanto a aquellos títulos que son cotizados y negociados en los mercados de valores"<sup>44</sup>.

En este sentido, las anotaciones en cuenta son definidas como un registro electrónico a través del cual se representa un título valor. A diferencia del título valor documentado el cual se constituye en el momento en que el título se suscribe, los valores representados por medio de una anotación electrónica se constituyen en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable. Esto significa que a partir de su inscripción nace el derecho.

La transmisión de valores representados en anotaciones electrónicas tendrá lugar por la inscripción en el registro contable. Esto significa, que el traslado de la anotación de un patrimonio a otro, se representará mediante un movimiento contable en el cual se consigna el cambio de titular.

Se precisa entonces que la persona que aparezca inscrita en los asientos del registro contable de una entidad adherida se presupone propietaria del valor; es decir, legitimada, razón por la cual podrá ejercer las prestaciones inherentes al mismo, como ejemplo, el cobro de los intereses o dividendos, su transmisión o bien la constitución de un gravamen sobre el mismo.

En cuanto a los aspectos que tecnológicos que debe tener la entidad que realiza las anotaciones en cuenta, entendida como una central de registro; es decir, "un sistema o mecanismo que en el entorno electrónico facilita todos los procedimientos para (i) desmaterializar documentos de papel; (ii) crear documentos inmaterializados y (iii) realizar operaciones sobre los documentos desmaterializados electrónicamente o actuar como un tercero intermediario en los procesos de negociación de los documentos electrónicos...la central de registro se utiliza como un lugar para depositar, crear o negociar documentos"<sup>45</sup>.

Se cita como principal ejemplo de una central de registro, el *Chase Manhattam Bank*, que actuó como tal para crear, depositar y negociar conocimientos de embarques, cumpliendo conjuntamente la tarea de ser agente de todas las partes que participaban en el proceso de negociación electrónica de los conocimientos de embarque, lo que se conoció como *Proyecto SEADOC*. En este proyecto todas las negociaciones se realizaron mediante notificaciones electrónicas o mensajes de datos enviados a la central de registro, el *Chase Manhattam Bank*, donde se depositaba el conocimiento de embarque en papel

considerada la más avanzada entidad desmaterializadora". MENDOZA LUNA, Amílcar: *Desmaterialización de valores...*, ob. cit.

44 AZUAJE, Michelle y Nadiafna Rodríguez: "Implicaciones actuales del avance tecnológico en el Derecho Mercantil ¿Desmaterialización o nueva forma de documentación de los títulos valores?" *Revista de Derecho*. Tribunal Supremo de Justicia. No. 22. Caracas, 2006. pp. 15-17.

45 REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento...*, ob. cit., pp. 159-160.

y cualquier negociación sobre dicho título era notificada electrónicamente a dicho banco. Se puede concluir que una de las principales funciones de una central de registro, que se destacó en el Proyecto SEADOC fue la de mantener un archivo de todos los récords electrónicos respecto de las transacciones que involucraban el conocimiento de embarque y anotar en dicho título todos los cambios que cada transacción producía sobre el mismo<sup>46</sup>.

Así la doctrina ha enlistado las funciones de la central de registro en el contexto de la desmaterialización de los títulos valores<sup>47</sup>:

1. **Crear el documento electrónico o custodiarlo:** el documento se crea o se convierte (dependerá si se trata de desmaterialización total o parcial) en un registro digital introducido en una base de datos. Si los documentos deben ser transferidos mediante endoso, la central de registro es investida de suficientes facultades para el efecto.
2. **Negociar e implementar las operaciones instruidas por los usuarios sobre los documentos:** función de la cual se desprende la responsabilidad de la central de registro frente al usuario.
3. **Actualizar y mantener un archivo de todas las operaciones realizadas sobre el mismo:** los registro de operaciones realizadas a través de la intermediación de una central de registro, es la prueba de las negociaciones que se han realizado sobre el valor, y de esta manera se determinan los derechos y obligaciones de las partes que intervinieron en las negociaciones electrónicas sobre él.
4. **Notificar a los usuarios involucrados en la implementación de las operaciones ordenadas electrónicamente:** esta función permite eliminar las dudas sobre las transacciones electrónicas porque los usuarios siempre conocerán el resultado de sus instrucciones o de las operaciones que los involucren.
5. **Rematerializar los documentos electrónicos cuando sea necesario:** esto tiene lugar cuando hay la intervención de un tercero que no forma parte del proceso de desmaterialización. La doctrina cita por ejemplo, el caso de los jueces que no están en línea o no tienen acceso a los medios electrónicos, pueden ordenar la rematerialización del documento para presentárselo en un medio físico.
6. **Garantizar seguridad de las transacciones:** se requiere que la central de registro implemente todos los mecanismos tecnológicos y humanos con miras a evitar cualquier alteración, destrucción o pérdida de los soportes electrónicos.

<sup>46</sup> REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento...*, ob. cit., p. 160.

<sup>47</sup> Tomaremos las anotadas por el autor REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento...*, ob. cit., pp. 161-162.

Consideramos que en el caso de la desmaterialización de títulos valores en Venezuela, las Cajas de Valores son las llamadas a cumplir las funciones de las centrales de registro, ya que son las facultadas para realizar las anotaciones en cuenta, de conformidad con la Ley de Cajas de Valores y la Ley de Mercado de Capitales.

### III. Regulación nacional y extranjera de la desmaterialización

La desmaterialización de títulos valores no se encuentra expresamente regulada en la legislación venezolana; sin embargo, Ley de Caja de Valores y la Ley de Mercado de Capitales hacen expresa mención a las anotaciones en cuenta, que como ya hemos descrito es la forma de realizar en la práctica la desmaterialización.

- **Ley de Caja de Valores:** Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.020 de fecha 13 de agosto de 1996.

Establece la posibilidad de transmitir un título dado en depósito a la respectiva Caja de Valores, por medio de una orden del depositante que no se identifica de manera alguna con las formas de traspaso tradicionales.

La Caja de Valores, creada por la Comisión Nacional de Valores se encuentra "encargada de prestar servicios de depósitos, custodia, transferencia, compensación y liquidación, los cuales únicamente podrán versar sobre valores susceptibles de oferta pública, bien sea porque dicha oferta se encuentre autorizada por la Comisión Nacional de Valores o bien por tratarse de títulos exceptuados del régimen de autorización según lo establecido en la Ley de Mercado de Capitales y en otras leyes venezolanas"<sup>48</sup>.

Cualquier Caja de Valores puede ser autorizada a recibir valores mediante el sistema de anotaciones en cuenta que sea llevado en ella, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley:

"La Comisión Nacional de Valores podrá autorizar que emisiones de Valores que entren en circulación a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, sean depositadas por las entidades emisoras en alguna caja de valores mediante el sistema de anotación en cuenta que llevará la caja de valores en los términos que se indiquen en las normas que al efecto dicte la Comisión Nacional de Valores".

La doctrina<sup>49</sup> que ha estudiado el contenido de la Ley de Caja de Valores, describe el sistema de anotaciones en cuenta a través de las siguientes características:

<sup>48</sup> AZUAJE, Michelle y Nadiamna Rodríguez: *Implicaciones actuales...*, ob. cit., p. 28.

<sup>49</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Tendencias Actuales sobre la Desmaterialización de los Títulos Valores*. Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolano. IV Jornadas

1. Es un sistema de depósito, transferencia, compensación y liquidación de valores<sup>50</sup> mobiliarios representados en títulos o anotaciones en cuenta.
2. Se basa en un contrato de depósito de títulos o de anotaciones en cuenta suscrito entre cada depositante y la caja.
3. El contrato de depósito asume ciertas peculiaridades: no es un depósito irregular, pues el depositante sigue siendo el dueño de las cosas depositadas. No obstante, el depositario debe aparecer como titular en el Libro de Accionistas y puede disponer de la cosa, a tenor del contrato de depósito.
4. Es un sistema principalmente referido a títulos cotizados en la bolsa. La Ley se refiere a los títulos de los cuales se haga oferta pública, proceso que puede incluir títulos no inscritos en bolsas de valores.
5. Es un sistema facultativo de los titulares de valores y eventualmente, de los sujetos emisores.
6. Es un sistema de registro vinculado a una bolsa de valores. La Caja abre cuentas separadas para cada depositante y subcuentas a nombre de terceros por quienes aquél actúe.
7. En ciertos casos la inscripción en la cuenta de la Caja no es eficaz si no es precedida de acto auténtico.
8. Es un registro parcial. En cada ciudad donde funcione una bolsa de valores se podrá establecer una Caja de Valores.

• **Ley de Mercado de Capitales:** Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.565 de fecha 22 de octubre de 1998.

Según anota el Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI), el objeto de la Ley de Mercado de Capitales es regular la oferta pública de valores, cualesquiera que éstos sean, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, las normas rectoras de la actividad, de cuántos sujetos y entidades intervienen en ellos y su régimen de control. No obstante, han sido exceptuados de la aplicación de la Ley los títulos de la Deuda Pública y los de Crédito, emitidos conforme a la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

De acuerdo con la Ley de Mercado de Capitales, las sociedades que estén inscritas en el Registro Nacional de Valores, sólo podrán adquirir, a título oneroso, sus propias acciones o las emitidas por su sociedad dominante u otros valores que confieran derechos sobre las mismas o cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 55.

Adicionalmente, en lo que respecta a las anotaciones en cuenta, el artículo 24 de la ley establece la posibilidad de elegir entre la emisión de los títulos o su

Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1998. AZUAJE, Michelle y Nadiafna Rodríguez: *Implicaciones actuales...*, ob. cit., pp. 28-29.

<sup>50</sup> La Ley de Mercado de Capitales establece que son valores, las acciones de sociedades, las obligaciones y los demás emitidos en masa que posean iguales características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase.

representación por medio de las anotaciones en cuenta; en otras palabras, los certificados ya no necesitan ser emitidos y en su lugar podrán ser representados por medio de entradas contables lo cual acelerará las operaciones del mercado de capitales.

**Artículo 24.-** "Los valores objeto de oferta pública, podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos. La modalidad de representación elegida habrá de aplicarse a todos los valores integrados en una misma emisión.

La representación de los valores por medio de anotaciones en cuenta será irreversible, caso en el cual, serán depositados en una Caja de Valores, de acuerdo con las modalidades previstas en la Ley de Caja de Valores.

La representación por medio de títulos será reversible. El paso al sistema de anotaciones en cuenta podrá hacerse, no obstante lo dispuesto en el párrafo primero, a medida que los titulares vayan dando su consentimiento a la transformación.

La Comisión Nacional de Valores podrá establecer, para determinadas categorías de valores, que su representación, por medio de anotaciones en cuenta sea condición necesaria para la admisión a negociación en el mercado secundario oficial de valores. La Comisión Nacional de Valores determinará los supuestos excepcionales a los cuales no se aplicará lo dispuesto en el párrafo segundo de este artículo. La desmaterialización de los valores se realizará de acuerdo con los procedimientos establecidos en las normas que al efecto dicte la Comisión Nacional de Valores, teniendo por objeto tanto la celeridad de las transacciones como la seguridad jurídica".

En cuanto a la regulación extranjera de la desmaterialización de los títulos valores, a continuación se presentan algunos países que cuentan con una legislación sobre anotaciones en cuenta.

**1. Costa Rica: Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732, 27/03/1998. Artículo 115.** "Medidas de representación: Las emisiones de valores inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, podrán representarse por medio de anotaciones electrónicas o mediante títulos. La modalidad de representación elegida deberá hacerse constar en el propio acuerdo de emisión y aplicarse a todos los títulos valores integrados en una misma emisión. La representación por medio de anotaciones electrónicas en cuenta será irreversible. La Superintendencia podrá establecer, con carácter general o para determinadas categorías de valores, que su representación por medio de anotaciones electrónicas en cuenta constituya una condición necesaria para la autorización de oferta pública".

**2. El Salvador: Decreto No. 742, Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta, 21/02/2002.**

**Artículo 1.-** "Las anotaciones electrónicas en cuenta representan valores negociables mobiliarios, incorporados a un registro electrónico y no a un documento. Su creación, administración y los demás actos que recaen sobre las mismas y su extinción se regirán en su orden por esta Ley y, en su defecto, por la Ley de Mercado de Valores, por las demás leyes mercantiles en lo que esté de acuerdo con la naturaleza que es propia de las anotaciones electrónicas en cuenta u por los usos y costumbres bursátiles.

Los valores desmaterializados o anotados, al igual que los títulos valores, son una especie de valor. La representación por medio de anotaciones electrónicas en cuenta es obligatoria para los valores negociables en bolsa..."

**Artículo 2.-** "Se entenderá por: a) Valor desmaterializado o valor anotado, especie de valor representado por medio de una anotación en cuenta... c) Anotación Electrónica de Valores en Cuenta; nota contable efectuada en un Registro Electrónico de Cuentas de Valores llevado por una institución Depositaria. Es constitutiva de la existencia de valores desmaterializados, así como de las obligaciones de su emisor y de los derechos de su legítimo propietario. En adelante se llamará "anotación en cuenta"... f) Registro Electrónico de Cuentas de Valores: compilación de asientos contables relativos a la existencia de valores anotados y de los actos que los afecten. g) Registro Electrónico de Depósito de Emisiones: compilación de emisiones entregadas a la Depositaria en depósito y administración. Documenta electrónicamente los actos que crean, modifican o extinguen una emisión de valores desmaterializados; y los actos que gravan o afecten las anotaciones en cuenta que integran cada emisión. El registro de una emisión tiene como efecto habilitar a la Depositaria para crear las anotaciones en cuenta que integran cada emisión. El registro de una emisión tiene como efecto habilitar a la Depositaria para crear las anotaciones en cuenta correspondientes. h) Desmaterialización o desincorporación de títulos valores: proceso que tiene como resultado la transformación jurídica de títulos valores en anotaciones en cuenta. i) Materialización o incorporación de valores: proceso que consiste en la transformación jurídica de anotaciones en cuenta en títulos valores".

**3. Perú: Ley No. 27287, de Títulos Valores, 19/06/2000.**

**Artículo 1°.- Título Valor** "1.1 Los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley,

les corresponda según su naturaleza. Las cláusulas que restrinjan o limiten su circulación o el hecho de no haber circulado no afectan su calidad de título valor.

1.2 Si le faltare alguno de los requisitos formales esenciales que le corresponda, el documento no tendrá carácter de título valor, quedando a salvo los efectos del acto jurídico a los que hubiere dado origen su emisión o transferencia."

**Artículo 2°.- Valor Representado por Anotación en Cuenta** "2.1 Los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los Títulos Valores señalados en el artículo 1°, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores. 2.2 La creación, emisión, transmisión y registro de los valores con representación por anotación en cuenta, así como su transformación a valores en título y viceversa, se rigen por la ley de la materia; y por la presente Ley, en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza. 2.3 La representación por anotación en cuenta comprende a la totalidad de los valores integrantes de la misma emisión, clase o serie, sea que se traten de nuevos valores o valores existentes, con excepción de los casos que señale la ley de la materia. 2.4 La forma de representación de valores, sea en título o por anotación en cuenta, es una decisión voluntaria del emisor y constituye una condición de la emisión, susceptible de modificación conforme a ley".

**4. Panamá:** Decreto Ley 1 del 8 de julio de 1999 que regula el mercado de valores. **Artículo 163.- Desmaterialización** "Los valores negociados en plaza, y las acciones y los valores emitidos por emisores constituidos o formados de conformidad con las leyes de la República de Panamá, podrán ser emitidos en forma desmaterializada y estar representados tan sólo por medio de anotaciones en cuenta con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo".

**Artículo 164.- Registro** "Las anotaciones en cuenta se harán en un registro que podrá ser llevado por medios físicos, mecánicos o electrónicos u otros autorizados por la Comisión. El registro podrá ser llevado por el propio emisor del valor o por un representante de éste. El registro deberá ser llevado en forma clara y precisa, que permita la inequívoca identificación de los derechos dimanantes del mismo. La Comisión podrá dictar normas que regulen la forma en que deban ser llevados los registros y los controles que se deban observar con respecto a éstos, cuando se trate de valores sujetos a este Decreto-Ley".

**Artículo 165.- La anotación crea y extingue derechos** "La constitución y la extinción de derechos patrimoniales sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta, incluyendo los derechos de propiedad y de prenda, tendrán lugar mediante la anotación que haga el emisor o su

representante en el correspondiente registro, con sujeción a lo establecido en este Título. Las anotaciones indicarán la extensión y el alcance de los derechos conferidos o extinguidos".

**Artículo 166.- Titularidad** "La persona que aparezca anotada en el registro como tenedor registrado se presumirá titular legítimo y, en consecuencia, podrá ejercer los derechos que le correspondan, y podrá exigir del emisor que realice a su favor las prestaciones a que tenga derecho, sobre los valores representados por medio de anotaciones en cuenta".

**Artículo 167.- Fungibilidad** "Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta correspondientes a una misma emisión que tengan las mismas características tienen carácter fungible. En consecuencia, el tenedor registrado será el titular de una cantidad determinada de dichos valores mas no así de un valor específico".

**Artículo 168.- Emisión de valores desmaterializados** "Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se crearán y se emitirán en virtud de la correspondiente anotación que haga en el registro el emisor o un representante de éste debidamente autorizado. Los valores representados por certificados o documentos físicos en circulación en la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto-Ley podrán ser desmaterializados por el emisor sin requerir el consentimiento de los tenedores registrados de dichos valores. No obstante, para esta desmaterialización, el emisor tendrá que rescatar los valores físicos que van a ser desmaterializado. Dicha desmaterialización no afectará los derechos que el tenedor registrado tenga según los términos del certificado o documento físico".

**Artículo 169.- Traspaso de valores desmaterializados** "El traspaso de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar mediante la anotación que haga el emisor o su representante en el correspondiente registro. La anotación del traspaso que se haga en el registro a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los valores. El traspaso tendrá fecha cierta y será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la anotación. La persona que adquiera valores representados por medio de anotaciones en cuenta, o derechos sobre dichos valores, adquiere todos los derechos que sobre dichos valores tenga la persona de quien éstos fueron adquiridos. No obstante lo anterior, una persona que adquiera derechos limitados sólo adquirirá los derechos que sean objeto de dicho traspaso limitado".

## **V. Conclusiones**

En la Sociedad de la Información convergen personas, que pertenecen a distintos tipos de agentes económicos y sociales, capaces de producir y

descodificar la información. El poder integrar a un país en la Sociedad de la Información no es exclusivamente un problema de tipo tecnológico, tiene que ver con las condiciones económicas, políticas y jurídicas, ya que no se participa de esta sociedad teniendo computadoras conectadas en red.

Se hace necesaria la evaluación del régimen jurídico de los servicios relacionados con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ya que se debe perseguir la competencia y la eficiencia, reconociendo los derechos de los usuarios en las relaciones de consumo que se den por medio de la utilización de estas tecnologías, y sobre todo debe proponer un catálogo de instrumentos jurídicos que permitan hacer efectivos esos derechos. La incorporación de las Tecnologías de Información y Comunicación, y el desarrollo de los aspectos económicos, sociales y políticos de la Sociedad de la Información suponen una transformación en el contenido y los métodos empleados por las disciplinas jurídicas.

Dentro del conjunto de los instrumentos más utilizados en las transacciones mercantiles desde incluso anteriores a la aparición del comercio electrónico, son los títulos valores, los cuales también han sido modificados en cuanto a sus características básicas, particularmente la incorporación, que ha sido sustituida por la dematerialización.

La doctrina distingue dos formas de desmaterialización de los títulos valores, una total y otra parcial<sup>51</sup>. La desmaterialización total se refiere al documento creado, circulado y negociado electrónicamente sin que el mismo sea producto de una transformación de un documento de papel a un documento electrónico. Sobre este tipo de desmaterialización existen críticas, para algunos autores no se trata de una desmaterialización propiamente dicha, ya que los documentos son creados electrónicamente sin que previamente fueran emitidos en papel, y en este sentido, solo puede desmaterializarse lo que previamente ha estado en soporte material<sup>52</sup>. Por su parte, la desmaterialización parcial es aquella que tiene lugar cuando el documento es creado en forma física pero las transacciones sobre él se realizan electrónicamente. "En este caso usualmente el documento de papel es depositado en un Banco o en una central de registro donde es convertido en documento electrónico para realizar operaciones sobre el mismo"<sup>53</sup>.

La desmaterialización de títulos valores ha traído consigo importantes cambios en la forma de realizar las actividades del mercado de valores, entre los cuales se anotan los siguientes: los pagos o liquidaciones bursátiles se hacen en menor

<sup>51</sup> REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro*. Comercio Electrónico. Legis Editores, S.A. Bogotá, 2005. p. 157.

<sup>52</sup> "Por esta razón, para los casos en que el documento ha sido previamente creado en papel y luego transformado en documento electrónico se dice que el documento fue desmaterializado, mientras que cuando el documento fue creado electrónicamente, nos encontramos frente a un documento "inmaterializado". REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Desmaterialización, documento...*, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 157.

tiempo; en cada operación de compraventa ya no es necesaria la manipulación de títulos físicos, tener el control manual de éstos o anotar sus numeraciones en documentos de entrega, pólizas, registros, depósitos, etc.; multiplicando procesos de control y registro de cupones. Igualmente, se destaca la inexistencia del riesgo de pérdida o falsificación de certificados de acciones (títulos físicos), disminución de los costos e ineficiencias que conllevan la custodia de títulos físicos.

Todo lo manifestado, nos permite concluir que en la actualidad la práctica comercial en nuestro país no puede ser concebida sin la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación, lo cual ha hecho necesario que el ordenamiento jurídico venezolano haya incorporado estas tecnologías.



# Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano

Karlith Monsalve González\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios que rigen la firma electrónica. 1. Principio de equivalencia funcional. 2. Principio de neutralidad tecnológica. III. Características de la firma electrónica. IV. Valor jurídico de la firma electrónica. Consideraciones generales. V. Requisitos para la validez de la firma electrónica. 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez, y asegurar razonablemente su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad de mensaje de datos. VI. Valor jurídico de la firma electrónica. VII. Fuerza probatoria de la firma electrónica. VIII. Valor jurídico de la firma electrónica simple o sin la debida certificación. IX. Análisis comparativo de las firmas electrónicas. X. Análisis comparativo de la firma electrónica y los documentos públicos y privados. XI. Conclusiones.

## Resumen

En este artículo se estudia el valor jurídico, la eficacia probatoria y las características de la firma electrónica en el Derecho venezolano. Para determinar el valor que ha de atribuirse a la firma electrónica se analizan los principios del Derecho del comercio electrónico y los requisitos establecidos en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. La vinculación de la firma electrónica a un mensaje de datos y el cumplimiento de los requisitos legales determinan las reglas que debe aplicar el juez para establecer su valor probatorio.

**Palabras clave:** Firma electrónica. Documento electrónico. Valor jurídico

---

Recibido: 20/3/2009 • Aceptado: 8/5/2009

\* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira. Actualmente cursando Especialización en Derecho Laboral en la Universidad Católica del Táchira. karlithmonsalve18@hotmail.com

### Abstract

This article examines the legal value of electronic signatures, its value as evidence, and its characteristics in Venezuelan Law. To determine the value of electronic signature, the principles of Electronic Commerce Law and legal requirements established in the Data Messages and Electronic Signatures Law are analyzed. The linking of electronic signature to its data message and the compliance with legal requirements will determine the rules to be enforced by courts to establish its value as evidence.

**Key words:** Electronic signature. Electronic document. Legal Value

## I. Introducción

En las últimas décadas, el mundo de los negocios se ha visto en la necesidad de evolucionar, de crear e innovar formas o medios de intercambio de información que faciliten las comunicaciones entre los diferentes sectores de la sociedad con el objeto de lograr mayores y mejores niveles de competencia.

Los novedosos desarrollos tecnológicos en materia de información y comunicación han favorecido al avance e invención de nuevos medios de negociación entre las distintas personas que conforman el conglomerado social.

La llamada firma electrónica representa uno de esos avances y constituye una nueva modalidad que facilita el establecimiento de interrelaciones entre los distintos individuos, independientemente de su ubicación geográfica; constituye por tanto, un dispositivo destinado no sólo a facilitar las comunicaciones, sino a incrementar la seguridad de la información que se pretenda enviar y recibir, por una parte, y por la otra, a fomentar confianza entre sus usuarios.

La firma electrónica permite entre otras cosas, la identificación de las partes que realicen cualquier tipo de negocio jurídico vía electrónica que involucre un intercambio de información a través de soporte electrónicos, es decir, aparece un requisito bien importante, que es la autenticidad de las partes que envían y reciben recíprocamente la información, proporciona además protección de la misma, contenida en el documento electrónico para la conservación íntegra de dicho instrumento, con la asistencia para ello de diferentes sistemas de seguridad (criptografía biométrica, asimétrica, entre otros).

En otro orden de ideas, es conveniente señalar que la firma electrónica siendo un medio telemático de negociación, puede llegar a constituirse como elemento de prueba, por tanto puede ser promovida y evacuada de acuerdo con las reglas del Código de Procedimiento Civil (CPC) para la promoción y evacuación de pruebas, con la finalidad de demostrar hechos como negocios jurídicos realizados a través de Internet o contrataciones vía electrónica entre otras cosas. Sin embargo, se presenta el inconveniente de la estimación del valor jurídico de la firma electrónica lo cual representa un problema, sobre todo

para la parte que promueve este medio como elemento de prueba, porque puede llegar a ver menoscabado su derecho a la defensa.

## II. Principios que rigen la firma electrónica

Varios son los principios aceptados a nivel mundial destinados a regular el comercio electrónico, en opinión de la autora, sólo dos, son los que principalmente se aplican a la firma electrónica como herramienta de negociación, en este tipo de comercio; a saber: el principio de equivalencia funcional y el principio de neutralidad tecnológica. Cada uno de ellos tiene su propia razón de existencia y sus consecuencias jurídicas están previstas en los correspondientes textos normativos.

### 1. Principio de equivalencia funcional

Tiene como finalidad primordial otorgar los efectos jurídicos de la firma autógrafa a la firma electrónica, equiparándolas desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, aun cuando en esencia sean disímiles. La distinción entre uno y otro tipo de firma viene dada en función de la forma de manifestación, pues la primera es una expresión de la personalidad, es de puño y letra de su autor, mientras que la segunda se genera a través de medios electrónicos especializados para tal fin, sin embargo y a pesar de ello ambos instrumentos tienen una consecuencia similar y es la de otorgar a un individuo la autoría de un documento y la aceptación del contenido del mismo, sea en papel o en forma de mensaje de datos<sup>1</sup>.

En Venezuela, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (en adelante LSMDFE) contiene implícitamente el principio de equivalencia funcional al señalar que la firma electrónica que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir autoría a éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa<sup>2</sup>.

El principio de equivalencia funcional puede ser estudiado desde dos vertientes: desde un punto de vista positivo que sería la propia equivalencia de funciones, y desde un punto de vista negativo integrado por lo que sería la no discriminación de un acto electrónico en relación con su homólogo tradicional, vale decir la firma manuscrita.

El principio *in comento*, es una manifestación legal de equivalencia entre la voluntad emitida por escrito y la emitida electrónicamente y asegura a quienes usan ésta última, la certidumbre de que los efectos jurídicos deseados se van a

<sup>1</sup> Así lo expresa SALGUEIRO, JOSÉ O. En “La ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas”, *Revista de Derecho y Tecnología* San Cristóbal; Estado Táchira, 2002, pág. 28.

<sup>2</sup> LSMDFE, art. 16.

generar y a consentir por la ley aun cuando no haya sido empleado ninguno de los medios tradicionales admitidos para su declaración<sup>3</sup>.

Vale acotar el hecho que no pueden permitirse distinciones de ningún tipo respecto de los efectos jurídicos que producen los medios tradicionales y los efectos jurídicos que generan los medios electrónicos, especialmente la firma electrónica, (si éstos ya cumplieron con las condiciones previstas en la ley) por el sólo hecho de estar contenida la información en un soporte distinto al papel, como en el caso del soporte electrónico.

## 2. Principio de neutralidad tecnológica

Implica el no favorecimiento por parte del Estado de unas tecnologías sobre otras. Con la no adopción de dicho principio en los nuevos sistemas legales, se estaría obligando de manera indirecta a los usuarios a utilizar una tecnología determinada (la del momento) sin dar posibilidad de elección, lo que traería como consecuencia la violación de los derechos de consumo de los particulares y la pronta pérdida de vigencia de la norma que regula dicha tecnología en particular.

De acuerdo con este enfoque, al favorecer el uso de una tecnología con respecto a otras (presentes o futuras) a través de una norma legal, se estaría incurriendo en un grave error, ya que como todos saben, la tecnología es uno de los campos del conocimiento que avanza de manera vertiginosa por lo que al ser superada dicha tecnología habría necesariamente que dictarse una nueva ley que regule las novedades tecnológicas de ese momento determinado, lo que constituye a su vez un error de técnica legislativa, ya que el tiempo empleado en la creación y sanción de la ley acabaría en esfuerzos inútiles porque habría que regular nuevamente aquello que la ley anterior no pudo cubrir.

La idea básica que se quiere transmitir acerca del significado real de este principio, es la permanencia de la ley en el tiempo, con ello se deja la puerta abierta para incluir allí las tecnologías de hoy día y aquellas que aún están por crearse. Cuando la realidad social exija un cambio habrá que reflejarlo en la legislación porque tampoco podemos pretender que la ley sea perpetua, algún día surgirá una nueva tecnología de la cual hoy no podemos ni siquiera pensar que superará a todo lo hoy existente, ese día tendremos que reorganizar todo el sistema legal para adaptarnos a esa tecnología, incluyendo la LSMDFE o redactar una que se adapte a esa nueva realidad social<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Así lo señala ILLESCAS, RAFAEL en “La equivalencia funcional como principio del derecho del comercio electrónico” *Revista de Derecho y tecnología* N° 1 San Cristóbal; Estado Táchira, 2002, pág. 12.

<sup>4</sup> Así lo expresa SALGUEIRO, JOSÉ O. En “La ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas”, *ob. Cit*, pág. 26.

### III. Características de la firma electrónica

La firma electrónica presenta los siguientes rasgos característicos:

**Es identificadora** ya que permite conocer al suscriptor del documento o mensaje de datos que autoriza o se obliga a lo expresado en dicho documento.

**Es única** respecto de un documento, esto se puede evidenciar en la LSMDFE cuando hace mención a *garantizar que los datos empleados para su generación puedan producirse solo una vez* y asegurar razonablemente su confidencialidad<sup>5</sup> (cursiva propia). La información generada y asociada a un mensaje de datos relaciona ese documento en forma exclusiva e individual (de allí que la ley ordene la protección confidencial de la firma electrónica junto con el respectivo sistema de claves ya que es de uso exclusivo), la vinculación de la firma con el mensaje de datos se va a producir una única vez.

**Es personal** en el sentido de que cada firma que se genere, va tener un solo titular, que la va usar de manera personal y exclusiva, no podrán existir entonces dos usuarios de una firma electrónica idéntica.

La LSMDFE establece entre las obligaciones del signatario de una firma electrónica la de actuar con la debida diligencia a fin de no permitir el uso no autorizado de su firma; en caso de tener conocimiento de que ha sido utilizada, deberá notificarlo inmediatamente a su Proveedor de Servicios de Certificación (PSC) que terceros extraños no autorizados controlan el uso de su firma, so pena de asumir la responsabilidad por el mal uso. Si el signatario no cumple las obligaciones que le impone la ley, deberá asumir las consecuencias que acarree el incumplimiento de tales deberes<sup>6</sup>.

**La firma electrónica de un mensaje de datos es fiable** con respecto a la firma autógrafa o firma tradicional porque se dificulta su falsificación, (delito común en la firma manuscrita), pero desde el punto de vista de los diversos tipos de firmas electrónicas esto pudiera ser relativo, ya que la fiabilidad va a depender del sistema de protección empleado puesto que unos serán más avanzados y seguros que otros.

Sin embargo y a pesar de las objeciones realizadas, hay sistemas como los criptográficos, los cuales proporcionan un alto grado de seguridad y protección de mensajes de datos, dichos complejos informáticos ofrecen técnicas precisas para establecer “científicamente” la veracidad de la firma electrónica, lo cual hace altamente confiable el procedimiento de automatización; significaría entonces, que en lugar de nombrar expertos grafotécnicos se nombrarían expertos en Informática, de esta manera se verificaría la autenticidad o falsedad

<sup>5</sup> LSMDFE art. 16.

<sup>6</sup> LSMDFE art. 16.

de la firma electrónica asociada al documento electrónico dentro de los procesos judiciales<sup>7</sup>.

En la actualidad los sistemas más usados son los digitales, la base de su funcionamiento radica en circuitos donde la corriente sólo tiene dos alternativas pasar o no pasar, trayendo como consecuencia que cada una de esas señales se convierta en un dígito, que opcionalmente puede ser un uno (1) o un cero (0), esto en resumidas cuentas conforma lo que se conoce por los científicos en Informática como lenguaje binario, lo que se traduce en complejos sistemas informáticos que ofrecen más seguridad que la que proporcionan el sistemas de llaves.

**Respecto de la forma de la firma electrónica**, un mensaje de datos se considera que ha sido firmado, en acatamiento de la exigencia legal de suscripción, si la firma electrónica previamente ha cumplido con una serie de requisitos para que la misma tenga validez, como por ejemplo: autenticación y seguridad<sup>8</sup>.

Particularmente en el caso venezolano, la LSMDFE establece las condiciones específicas que debe llenar la firma electrónica para que pueda ser considerada como tal ante la ley y en consecuencia produzca los mismos efectos jurídicos que el ordenamiento otorga a la firma tradicional. El artículo 16 establece que salvo que las partes dispongan otra cosa, la firma electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: a) garantizar que los datos puedan producirse solo una vez, y asegurar, razonablemente su confidencialidad; b) ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; c) no alterar la integridad del mensaje de datos<sup>9</sup>.

Por otra parte, la LSMDFE establece una especie de presunción *iuris tantum* en relación con los requisitos a los que está sometida la firma electrónica; al indicar que la firma debidamente certificada por un PSC se considera que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16<sup>10</sup>.

De acuerdo con el enfoque anterior, se presume que una firma debidamente certificada ha cumplido previamente los requisitos del artículo 16 mientras no se demuestre lo contrario, de ser así, no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuye a la firma autógrafa, sin embargo puede constituir un elemento valorable de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>11</sup>.

En definitiva, la firma electrónica deberá cumplir las condiciones exigidas por ley para que pueda considerarse como tal y pueda generar los mismos efectos jurídicos de una firma tradicional.

7 Así lo expresa ARIAS DE RINCÓN, María Inés “El valor probatorio de los documentos suscritos electrónicamente” en *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 11. Enero-Diciembre San Cristóbal; Estado Táchira, 1999, pág. 53.

8 *Ibid.*, pág. 56.

9 LSMDFE art. 16.

10 LSMDFE art. 18.

11 LSMDFE art. 17.

#### **IV. Valor jurídico de la firma electrónica. Consideraciones generales**

Se debe partir del hecho de que la LSMDFE señala como objeto de regulación *otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica*<sup>12</sup>. Resulta oportuno afirmar que efectivamente la ley otorga valor jurídico a la firma electrónica, tanto que se la ha llegado a igualar en cuanto a efectos legales con su correlativa, la firma manuscrita, todo esto gracias a la labor de los legisladores al incluir en la ley los principios rectores, pilares fundamentales del nuevo comercio, de los cuales dos son el fundamento de la firma electrónica: el principio de equivalencia funcional y principio de neutralidad tecnológica.

El primero de ellos, de radical importancia para el presente estudio, tiene implicaciones bastante considerables en el mundo del Derecho, entre otras cosas, porque gracias a él las figuras electrónicas en principio, van generar los mismos efectos jurídicos que sus análogas tradicionales, así la firma electrónica se va a considerar equivalente frente a una firma manuscrita, y un mensaje de datos se va a considerar semejante a uno en soporte en papel. Se trata instituciones totalmente antagónicas en esencia, más no, en cuanto a las consecuencias que de ellas se derivan.

La LSMDFE señala que la firma electrónica, puede ser vinculada a personas naturales, jurídicas, públicas o privadas<sup>13</sup>. En este sentido, la información que se genere a través de cualquier procedimiento informático, tiene la particularidad de poder atribuírsele a determinada persona, que puede ser pública, privada natural o jurídica, lo que implica que el ámbito subjetivo de aplicación de la norma es bastante amplio y engloba a casi todas las categorías de sujetos de derecho.

En este orden de ideas, a pesar de que el legislador ha reconocido que debe dársele el mismo tratamiento jurídico de la firma autógrafa a la firma electrónica, en cuanto a eficacia y fuerza probatoria, se incluyeron de manera particular una serie de condiciones que debe reunir toda firma electrónica a los fines de que pueda gozar a plenitud de la fuerza y eficacia probatoria que la ley le concede. Estos requisitos están establecidos en el artículo 16 de la LSMDFE y se analizan a continuación.

#### **V. Requisitos para la validez de la firma electrónica**

##### **1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez, y asegurar razonablemente su confidencialidad**

Este aspecto guarda estrecha relación con la obligación de los PSC de garantizar la adopción de medidas necesarias para evitar la falsificación de

<sup>12</sup> LSMDFE art. 1.

<sup>13</sup> LSMDFE art. 1.

certificados electrónicos y de las propias firmas electrónicas que ellos proporcionan<sup>14</sup>.

En este orden de ideas, la autora considera que el legislador ha acertado al establecer que la información que sea utilizada en los procesos de generación de firmas electrónicas debe ser única para cada una las firmas creadas, ya que como se había mencionado antes, una de sus características es precisamente su carácter personal y exclusivo en cuanto al titular y la información usada para su generación. Además, proporciona seguridad y confianza a los usuarios ya que sólo ellos van a tener acceso a su firma, y garantiza que los datos empleados para crearla no se van a usar para producir nuevos instrumentos; es por tanto obligación de los PSC la custodia de este tipo de información.

La propia LMDFE refuerza lo previsto en el ordinal primero del artículo 16, y ordena a los PSC adoptar medidas mínimas necesarias para evitar que terceros no autorizados tengan acceso a los datos de creación de firmas y de los correspondientes certificados, con el objeto de evitar falsificaciones y la utilización indiscriminada de los mismos, a fin de salvaguardar la eventual responsabilidad tanto de los titulares como de los PSC<sup>15</sup>.

En este sentido, y más allá de los posibles problemas que se pudieran presentar, se busca incentivar la implementación de nuevas formas de interrelación social, incluyendo para ello normas de seguridad como la del numeral primero del artículo 16 de la LSMDFE y la imposición de obligaciones a personas autorizadas para generar firmas electrónicas, en este caso, los PSC, a objeto de evitar posteriores complicaciones de tipo delictual (falsificación de firmas, clonación de firmas, usurpación de titulares, entre otros) y de tipo legal (aquí entraría el desconocimiento de la firma, tal como ocurre con la tradicional, situación en la que el sujeto niega la autoría de una firma determinada, en estos casos el procedimiento para resolver el conflicto no sería el cotejo, sino una experticia a los instrumentos informáticos y telemáticos, a través de los cuales fue creada la firma, a efecto de comprobar la responsabilidad de cada uno de los sujetos implicados, pero esto es otra historia).

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, se deduce que se debe prohibir expresamente la existencia de duplicidad de firmas electrónicas idénticas, ya que éstas son creadas para el uso de un único usuario, de lo contrario se producirían inconvenientes de todo tipo, desde falsificaciones hasta la imposición de sanciones a personas que no tienen responsabilidad, entre otros aspectos.

<sup>14</sup> LSMDFE art. 35.

<sup>15</sup> LSMDFE art. 35.

**2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.**

El artículo 35, ordinal 8 de la LSMDFE tiene afinidad con el numeral 2 del artículo 16, al establecer el deber para los PSC de asegurar la confidencialidad de los datos de generación de la firma electrónica, es decir, proteger dichos datos para evitar todos estos inconvenientes de los que ya se ha hecho mención, mediante la utilización de sistemas informáticos del momento<sup>16</sup>, ya que el campo tecnológico es el que más precipitadamente avanza y las tecnologías tarde o temprano son remplazadas progresivamente por otras más nuevas y eficientes. El legislador sabiamente ha previsto todas estas situaciones, de ahí la inclusión del principio de la neutralidad tecnológica, ya ampliamente agotado.

En opinión de la autora, ambos ordinales se complementan estableciendo en definitiva, la necesidad de resguardar toda información relativa a la creación de firmas electrónicas contra posibles fraudes cometidos mediante el uso de las tecnologías que vayan apareciendo en cada escenario, con la finalidad, entre otras cosas, de salvaguardar la responsabilidad del titular de la firma y de los propios PSC.

**3. No alterar la integridad de mensaje de datos**

Significa que la firma electrónica al ser creada no puede alterar, en forma alguna, la pureza del mensaje de datos, ya que ésta es sólo para identificar la autoría de dicho documento electrónico, y no puede bajo ninguna circunstancia modificarlo en el fondo, en el contenido. Al respecto, la LSMDFE establece la obligación de los PSC de garantizar la integridad, disponibilidad y accesibilidad de la información y documentación relacionada con los servicios que proporcionen, debiendo mantener un respaldo seguro y confiable de dicha información<sup>17</sup>.

Por otra parte, La LSMDFE, establece que la firma electrónica puede estar integrada en el mensaje de datos, o estar vinculada al mismo de manera inequívoca, o puede ser enviada junto con él o de manera separada<sup>18</sup>. Sobre este aspecto, la autora considera que la ley no es tan exigente, ya que ofrece una diversidad de formas de envío o vinculación de la firma electrónica con el mensaje de datos.

La doctrina se ha encargado de distinguir en categorías las condiciones requeridas para otorgar validez y eficacia probatoria a la firma electrónica, y

<sup>16</sup> LSMDFE art. 35 N° 8.

<sup>17</sup> LSMDFE art. 35 N° 7.

<sup>18</sup> LSMDFE art. 1.

señala que existen dos tipos de requisitos exigidos por el legislador europeo, y que a pesar de su especificidad resultan aplicables al Derecho venezolano<sup>19</sup>. Así las cosas, se tiene un primer grupo denominado:

### **1. Requisitos relativos a los certificados que contienen el par de claves:**

Referidos exclusivamente al certificado electrónico. En opinión de la autora, el cumplimiento de los requisitos que se exigen para estos documentos es una condición *sine qua non* para dar validez y eficacia probatoria a la firma electrónica, tomando en cuenta que el certificado electrónico es un mensaje de datos proporcionado por un PSC que atribuye certeza a la firma, su función básica es la de adjudicar un par de claves a una determinada persona<sup>20</sup>.

Sobre este último comentario, hay que agregar que aunque el legislador venezolano no mencionó expresamente el sistema criptográfico asimétrico (par de claves), se entiende que hace referencia a ellos, ya que éste es el sistema que actualmente predomina en el mercado, no sólo a nivel nacional sino también internacional, y de esta forma se logra interoperatividad e interconexión entre los distintos sistemas. La LSMDFE sustenta el comentario anterior al establecer que los PSC deben garantizar el uso de herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales (par de claves hoy día)<sup>21</sup>.

Sobre el particular, la autora considera que la esencia de la norma no es la de atarse a una determinada tecnología, sino la de dejar la puerta abierta para el uso de tecnologías más avanzadas y el acceso a las nuevas tendencias en materia informática, todo ello en función del principio de neutralidad tecnológica, ya que como dicen los doctrinarios, los estándares deben ser impuestos por el mercado y no por la ley.

Finalmente una segunda categoría de requisitos referida a:

### **2. Condiciones respecto del dispositivo de creación de firmas:**

El Derecho europeo, además de solicitar la expedición del certificado correspondiente a los fines de otorgar validez a las firmas, requiere la aplicación de un dispositivo técnico de seguridad que avale el resultado de la firma electrónica.

En Venezuela, la LSMDFE no contempla estos dispositivos técnicos de seguridad, sin embargo, las condiciones exigidas por el legislador europeo para calificar un dispositivo técnico de creación como seguro, son bastante similares a las condiciones exigidas para otorgar valor jurídico a la firma electrónica, eventos que en definitiva correspondería a los PSC verificar.

<sup>19</sup> RICO, Mariliana, “Comercio Electrónico, Internet y Derecho”. Legis. Bogotá, 2005, pp. 215.

<sup>20</sup> LSMDFE art. 2.

<sup>21</sup> LSMDFE art 35, numeral 5.

La autora comparte la opinión de Rico Carrillo, al señalar que debe plantearse a mediano plazo la inclusión de los denominados dispositivos técnicos en la ley, y quienes deban velar por el debido cumplimiento sean los mismos PSC, que serían los sujetos más indicados para el ejercicio de tal función<sup>22</sup>. En este sentido, la autora considera que tal inclusión vendría a llenar algunas lagunas legales las cuales serían eventualmente: los parámetros para determinar cuándo se está en presencia de una firma electrónica segura y cuándo no; y además a quién corresponde tal decisión.

Es necesario acotar que los requisitos que prevé la LMDFE en su artículo 16, se van a exigir sólo de manera supletoria, ya que son las partes quienes van a imponer las condiciones de contratación, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y donde exista silencio, la ley va a entrar a regular sobre aquello que las partes no regularon; de ahí el carácter supletorio.

## **VI. Valor jurídico de la firma electrónica**

Se debe partir del hecho de que las firmas, cualquiera que sea el método empleado para originarlas, gozan de reconocimiento legal y por tanto son admisibles en juicio como medios de prueba, así está dispuesto en la mayoría de las legislaciones.

Sobre la base del principio del equivalente funcional, a través del cual se concede la igualdad de consecuencias jurídicas de la firma electrónica respecto de su homóloga, se puede establecer que efectivamente tiene valor y eficacia probatoria por lo que puede ser promovida y admitida como un elemento de convicción en los procesos judiciales. Sobre este aspecto se debe hacer una salvedad, y es que para que dicho principio se cristalice en toda su plenitud, la firma electrónica ha de cumplir con todos los requisitos del artículo 16 de la LSMDFE anteriormente indicados, de tal manera que pueda surtir plenos efectos, los mismos que genera su similar, la firma tradicional.

En este sentido y para reforzar aún más lo formulado, la LSMDFE, establece que si los requisitos no son satisfechos totalmente, la firma no surtirá los efectos deseados y solo será valorable conforme a las reglas de la sana crítica<sup>23</sup>. Existe, por lo tanto, una duplicidad de firmas electrónicas, distinción que hace el propio legislador en función del cumplimiento o no de los requisitos del artículo 16, ya que las consecuencias jurídicas que pueda producir dependerán de la observancia de las condiciones que exige la ley y su valoración plena como medio de prueba igualmente estará condicionada a dicho cumplimiento, de lo contrario solo será valorable bajo las reglas de la sana crítica<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> RICO, Mariliana, “Comercio Electrónico, Internet y Derecho”, ob Cit., pp. 211.

<sup>23</sup> LSMDFE art. 17.

<sup>24</sup> LSMDFE art. 17.

Se reafirma entonces la existencia de dos especies de firmas electrónicas: una debidamente acreditada o propiamente dicha y una simple o sin la debida acreditación; la primera cumple todos los parámetros legales mientras que la segunda carece de uno o varios de los requisitos de validez del artículo 16 de la LSMDFE. Dicha duplicidad en un futuro no muy lejano puede llegar a requerir regulación para evitar posteriores inconvenientes.

Cada una de estas firmas va a ser distinta, y dependiendo de que se cumplan o no con todos los requerimientos, se van a producir efectos jurídicos diferentes y por tanto su valoración en juicio también va a diferir. El estudio de ambos tipos se va a realizar por separado para poder observar mejor en qué consisten tales disidencias.

### **1. Valor jurídico de la firma electrónica propiamente dicha o debidamente acreditada**

Viene a ser el deber ser, por lo menos en Venezuela, en materia de firmas electrónicas, es la firma por excelencia, aquella que ha sido creada en cumplimiento de todas las exigencias legales y por tanto, la única capaz de generar iguales efectos jurídicos que una firma autógrafa; en otras palabras, va a cumplir las mismas funciones que una firma manuscrita previo acatamiento de todas las condiciones exigidas por la ley, es la manifestación o materialización del principio del equivalente funcional.

Esta firma puede ser presentada como elemento de prueba y por consiguiente valorada de conformidad con las reglas de valoración de una firma autógrafa, en este sentido, el operador jurídico no podrá discriminar aquella firma que se encuentre en soporte electrónico, ni preferir la del soporte en papel, porque si bien es cierto que hay poca cultura en ese aspecto, no es menos cierto que la firma electrónica resulta ser mucho más segura y confiable que la firma tradicional, y está regulada por ley especial.

Actualmente, en el régimen probatorio venezolano la firma en soporte electrónico solo es promovible bajo la categoría de prueba libre, tipología ubicada en el artículo 395 del CPC, lo que en opinión de la autora no debería ser, porque ya se ha señalado que ambos tipos de firmas son iguales en cuanto a su funcionalidad.

Una firma electrónica por sí sola no ofrece ningún hecho, ningún elemento de convicción; solo al estar asociada a un mensaje de datos puede llegar a considerarse la existencia de algún tipo de prueba. Así las cosas, y para efectos de estudio cuando se haga referencia a documento electrónico se entenderá que el mismo ha sido suscrito electrónicamente, porque sólo en conjunto pueden tener eficacia para efectos de prueba.

En este orden de ideas, los instrumentos electrónicos son considerados el equivalente de los documentos en soporte papel, pero no van a tener carácter de instrumento público, sino privado, así lo señala la LSMDFE, al establecer

que el certificado electrónico sólo garantiza la existencia de la firma electrónica del remitente y la integridad del mensaje, más no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorgan los funcionarios públicos<sup>25</sup>, de lo que se puede deducir que dicho instrumento debe ser tratado como documento privado.

Así las cosas, la doctrina en materia de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) está conteste en que los documentos electrónicos han de ser valorados según las reglas de valoración de los documentos en soporte en papel, ya que su naturaleza es la de un documento privado, sólo que ahora se encuentra en un soporte distinto del papel común.

La ley no contiene una definición de documento privado, aunque por descarte pudiera señalarse. Instrumento privado es todo aquel que no sea público, pero esta definición resulta un poco escueta para lo que se pretende. Rivera Morales indica que de acuerdo con el artículo 1358 del Código Civil, el legislador califica como privado a aquél que no reúne las condiciones para ser documento público, y que también es documento privado no sólo aquel tiene origen particular, sino aquel que a pesar de originarse de una actividad pública, su expedición ocurre por parte de un funcionario público que no tiene competencia para ello, entonces debe señalarse que no todo instrumento autorizado por funcionario público en ejercicio de sus funciones tiene carácter de público, tal es el caso del juez que interviene para efectos del reconocimiento de documentos privados, ello sólo reviste carácter de autenticidad al documento, sin perder su naturaleza privada<sup>26</sup>.

La jurisprudencia ha conceptualizado el documento privado como aquél donde se comprenden todos los actos o escritos que emanan de las partes sin intervención del registrador, el juez o de otro funcionario competente y que se refieren a hechos jurídicos los cuales pueden servir de prueba<sup>27</sup>. Esta definición parece ser la más acertada, ya que como bien lo comenta Rivera, presenta todas las condiciones materiales y formales de un documento, destacándose por demás la ausencia de funcionario público que lo autorice<sup>28</sup>.

Sin embargo y a pesar de todas estas consideraciones, existe la posibilidad, como lo afirma Arias de Rincón, y con esto la autora se encuentra en consonancia, que se pudiera calificar con carácter público al instrumento electrónico bajo la premisa de instaurar en el país la autorización informática por parte de funcionarios públicos competentes, esto es, los mismos jueces, notarios, registradores y cualquier otro funcionario que esté en capacidad de hacerlo<sup>29</sup>.

25 LSMDFE art.38.

26 Así lo expresa RIVERA MORALES, Rodrigo: “*Las Pruebas en el Derecho Venezolano*”. San Cristóbal-Venezuela 2004, pp. 494.

27 Corte Federal. Sentencia 26/05/1952 tomo XL1ª edic. p. 362 citado por Rivera, Rodrigo “*Las Pruebas en el Derecho Venezolano*” 2004. cit. pp. 483.

28 Así lo expresa RIVERA MORALES, Rodrigo: “*Las Pruebas en el Derecho Venezolano*”, Ob. cit. pp. 489.

29 ARIAS DE RINCÓN, María Inés, “El valor probatorio de los documentos suscritos electrónicamente”, *Ob cit.*, pág. 49.

Siguiendo en este orden de ideas, se tiene entonces que al documento electrónico en materia probatoria deben aplicársele las reglas de valoración de los documentos privados, aunque el procedimiento para ingresarlos al acervo probatorio sea distinto al de las pruebas documentales, ello, en virtud del principio de equivalencia funcional.

Así las cosas, todo instrumento suscrito electrónicamente entendido como documento privado, además de llenar los requisitos que exige la LSMDFE debe cumplir con las exigencias de existencia, validez y eficacia probatoria del documento privado, que a juicio de Rivera Morales son<sup>30</sup>:

#### **A. Condiciones de existencia jurídica**

a) Que represente un hecho cualquiera, es decir, el soporte debe representar un hecho o acto de la voluntad humana, cuestiones de hecho o de derecho.

b) Que esté firmado por la persona a quien se opone. En opinión de la autora, en el caso de los documentos electrónicos, este siempre será un requisito *sine qua non*, pues con la firma se certifica electrónicamente la autoría del documento. Vale también lo dispuesto en el artículo 1368 CC. que establece que el documento debe estar firmado por el obligado.

#### **B. Condiciones de validez probatoria**

La validez probatoria de los instrumentos firmados electrónicamente viene dada por el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo que le sean aplicables, y su eficacia va a depender de la cualidad que tengan para reproducir con la mayor exactitud lo que el medio representa. A este efecto Arias de Rincón enuncia:

##### **a) Requisitos de forma**

**1. Que el medio sea admisible.** La admisibilidad se refiere a la licitud y a la pertinencia de la prueba, condiciones que ha de verificar el juez para admitirlos en el proceso. En este sentido, el CPC no prohíbe la presentación de instrumentos electrónicos como elementos de convicción.

**2. Formalidades prescritas por la ley procesal para su admisión promoción, admisión y recepción.** El CPC en su artículo 396 establece que las partes tienen 15 días para presentar todas las pruebas que ellas consideren necesarias; el juez por su parte deberá admitirlas o rechazarlas pero siempre motivando su decisión, así lo prevé el artículo 398 del CPC.

<sup>30</sup> Así lo expresa RIVERA MORALES, Rodrigo: “Las Pruebas en el Derecho Venezolano”, ob. Cit. pp. 484.

En el caso de promoción de los documentos informáticos suscritos de igual forma, considera la autora, que éstos deben ser promovidos bajo la modalidad de instrumento privado, en virtud del principio de equivalencia funcional, y simultáneamente debe promoverse una experticia para proteger el hardware (equipos físicos) para la reproducción exacta del documento en presencia del funcionario competente.

La autora considera que el operador jurídico está en la obligación de aplicar las reglas de valoración de los documentos privados a los instrumentos electrónicos, y que el silencio de la parte contra quien se opondría por reconocidos, por lo que en caso de impugnación habría que recurrir a una nueva experticia y examinar en detalle la presunta responsabilidad de los PSC a fin de corroborar la autenticidad del mismo y de la firma que lo acompaña.

## **b) Requisitos de fondo**

**1. Autenticidad y sinceridad.** Implica que el documento en soporte informático sea fiable y de difícil manipulación por parte de terceros. La falta de conocimiento sobre estos novedosos procedimientos crea una especie de miedo e inseguridad sobre la originalidad del documento, ello puede ser disipado si se llega a entender que los procesos telemáticos son mucho más confiables que los tradicionales, y que ellos no son puestos en el mercado al azar, sino sobre la base de medidas de garantía y protección de la información para que los usuarios confíen en tales métodos. Una de las plataformas básicas de estas herramientas son el principio de la autonomía de la voluntad y la buena fe al momento de contratación vía electrónica.

**2. Exactitud y verosimilitud.** Se refiere a la fidelidad en la reproducción del hecho que se quiere probar. Los medios telemáticos no son infalibles porque fueron creados por hombres que pueden equivocarse, pero debe admitirse que el margen de error de dichos medios es mucho menor en comparación con otros procedimientos diseñados por el hombre.

En cuanto a la verosimilitud, en el sentido de que el documento electrónico debe arrojar hechos que sean creíbles no sólo por las partes, sino por el juez para que se puedan validar como prueba en el proceso. Henríquez La Roche señala que la prevalencia de los documentos electrónicos sobre los documentos privados por reconocer debe llevar a concederle un valor pleno hasta tanto no sea desvirtuado, si el origen de dichos documentos es creíble<sup>31</sup>.

Es entonces una presunción *iuris tantum* de veracidad del contenido que surte efectos de la misma manera que el instrumento reconocido produce plenos efectos probatorios frente a terceros.

<sup>31</sup> Así lo expresa HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: “Código de Procedimiento Civil Comentado”. Venezuela 1996. Cit. pp. 228.

Rivera Morales señala, además de las anteriores condiciones, las siguientes:

- a) Que el documento sea elaborado con consentimiento de las partes, lo cual se debe a la autonomía que tienen las partes para celebrar negocios jurídicos.
- b) Que sea aportado al proceso de forma legítima, lo que significa que debe ser lícita la prueba obtenida y aportada bajo los procedimientos legales.
- c) Que se cumplan con las formalidades exigidas por la ley para el reconocimiento del documento, ya que los documentos por sí mismos no valen nada si no son reconocidos por la parte a quien se oponen. Sobre este aspecto, la autora considera que en el caso de desconocimiento de un documento electrónico basta con verificar mediante una experticia la firma de los autores para tenerlos legalmente por reconocidos y puedan de esta forma tener plenos efectos.
- d) La licitud del objeto o de la causa del acto documentado se refiere a que el acto que se forma sobre la base de una causa ilícita es nulo. No ocurre lo mismo con el documento pues éste sirve precisamente para probar la ilicitud y de ahí que tenga valor probatorio, pero también puede suceder que el acto sea válido, mas la forma del documento sea nula<sup>32</sup>.

### C. Condiciones para la eficacia probatoria

- a) Que esté establecida o presumida su autenticidad, esto es que el operador debe estar seguro de la originalidad del documento para que pueda considerarlo como elemento de prueba, dicha autenticidad debe además estar tasada en la ley, así el artículo 1363 establece que el documento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido hace plena fe mientras no sea declarado falso. Se presume entonces la autenticidad.
- b) Que el contenido mismo del documento sea convincente o verosímil. El contenido del instrumento debe ser claro y preciso y debe guardar relación con lo que se pretende probar.
- c) Que no haya prueba legalmente válida en contra.
- d) Que esté completo y sin alteraciones ni mutilaciones que modifiquen en forma alguna su contenido. A pesar de tener carácter particular y no estar acompañado de formalidades rigurosas, el documento electrónico no puede estar modificado de manera que haga impreciso su contenido, esto es verificable a través de la prueba de la experticia.

<sup>32</sup> Así lo expresa RIVERA MORALES, Rodrigo: “*Las Pruebas en el Derecho Venezolano*”, ob. Cit. pp.495.

## VII. Fuerza probatoria de la firma electrónica

Dentro del concepto de prueba documental ha quedado por sentado que deben incluirse los documentos electrónicos contenidos en cualquier tipo de soporte, y que dentro del concepto de firma debe añadirse la firma electrónica como equivalente de la tradicional. Dichos instrumentos son promovibles bajo la categoría de prueba libre aun cuando son valorados según las reglas aplicables a los documentos privados.

El CC. establece que el instrumento privado debe estar suscrito por el obligado<sup>33</sup>, eso significa que cuando la firma se encuentra vinculada al documento electrónico esos actos han alcanzado la eficacia de la escritura privada. Al referirnos a la fuerza probatoria de la firma electrónica necesariamente se debe entender que se trata de un todo llamado documento electrónico, que ha sido además, suscrito electrónicamente, ya que como se indicó anteriormente, la firma por sí misma no produce efectos jurídicos.

De lo expuesto se puede inferir que el alcance jurídico de los documentos privados en general, incluso los electrónicos, dependerá de la originalidad y autenticidad de los mismos. Si tales documentos carecen de esa autenticidad no tendrán eficacia probatoria, de ahí que en el CPC se señale que la firma, se reconoce o se desconoce<sup>34</sup>.

Hay que destacar que los instrumentos privados no valen por sí solos si no son reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, aunque siempre gozan de presunción de buena fe, por lo que al ser opuestos, éstos deben reconocerse o desconocerse en la oportunidad legal, de lo contrario el juez podrá declararlos por reconocidos, lo que resulta aplicable también a los instrumentos electrónicos.

En este sentido, Rivera Morales indica que el instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido tiene la misma fuerza probatoria que el instrumento público, entre las partes y frente a terceros, solamente en lo que se refiere a los hechos materiales de las declaraciones y hace fe hasta tanto no sea desvirtuado con prueba en contrario<sup>35</sup>, es decir, se deja constancia que la parte a quien se le opone lo reconoce por medio de una declaración firmada; en el caso del instrumento electrónico, en opinión de la autora, el reconocimiento puede ser voluntario, de lo contrario habrá que practicar una experticia a fin de determinar la autenticidad de la firma

De acuerdo con los señalamientos expresados por Arias de Rincón, compartidos por la autora, un documento electrónico suscrito por las partes que ha sido promovido en juicio como elemento de prueba será considerado

<sup>33</sup> Código Civil art.1368.

<sup>34</sup> Código de Procedimiento Civil art. 445.

<sup>35</sup> Así lo expresa RIVERA MORALES, Rodrigo: “*Las Pruebas en el Derecho Venezolano*”, ob. Cit. pp.496

instrumento privado y como tal debe valorarse<sup>36</sup>, ha de ser sometido a reconocimiento de la parte contraria, si es reconocido adquirirá plena fe y su valor probatorio se perfeccionará, si la firma es desconocida habrá que seguir no un procedimiento de cotejo sino uno de experticia por la naturaleza *sui generis* del documento y lo que resulte de dicho procedimiento puede que valga o no como prueba, el valor jurídico dependerá del comportamiento de la parte contra quien se opone.

Finalmente, y a modo de resumen, la autora considera que tanto la firma como el documento en soporte electrónico son análogos a sus similares tradicionales, por lo cual deberían ser promovidos bajo la categoría de documentos privados y ser valorados como tal, pero la realidad indica que éstos sólo pueden promoverse bajo la categoría de pruebas libres (categoría de prueba que no está regulada, pero tampoco está prohibida) por no tener un capítulo dedicado a estos instrumentos informáticos en el correspondiente CPC, sin embargo, su valoración ha de ser la misma que emplea el operador jurídico para los documentos en soporte en papel con carácter privado, ello en atención del principio del equivalente funcional.

Dicha valoración se encuentra tasada en el CPC en los artículos 1358, 1359, 1360 y 1363, todo esto será posible siempre que se de fiel cumplimiento de los requisitos de validez probatoria tanto de la firma como del documento electrónico.

En otro orden de ideas, el legislador ha dispuesto que toda firma electrónica debidamente certificada por un PSC se presumirá que ha cumplido con los requisitos de validez del artículo 16 de la LMDFE, es decir el legislador presume la buena fe tanto del PSC como del usuario y señala que toda firma electrónica producida se ha hecho en cumplimiento de todos los parámetros legales.

### **VIII. Valor jurídico de la firma electrónica simple o sin la debida certificación**

Se trata de aquella firma que no ha cumplido con uno o varios requisitos de validez del artículo 16 de la LSDMFE y que por tanto no puede producir los mismos efectos jurídicos que una firma manuscrita, aun así la ley le concede valor y éste se determinará por el sistema de la sana crítica, es decir, un sistema intermedio entre la tarifa legal y la libre convicción, que aplica la lógica y las reglas de la experiencia a las pruebas aportadas al proceso, examinándolas conjuntamente con las pretensiones y actuaciones de las partes.

Las reglas de experiencia son instituciones básicas para esclarecer el fenómeno de la credibilidad y la certeza, son elementos integrantes del sistema de la sana crítica. El CPC establece, que a no ser exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de

<sup>36</sup> ARIAS DE RINCÓN, María Inés, “El valor probatorio de los documentos suscritos electrónicamente”, *Ob cit.*, pág. 55.

la sana crítica<sup>37</sup>, esto es claro y además se le señala al juez el deber de valorar toda prueba ingresada al acervo probatorio y describir en la sentencia paso a paso las operaciones intelectuales dando cuenta de su proceso de convicción para llegar a tomar una decisión.

En definitiva, en el caso que alguna de las partes alegue algún defecto en la constitución de la firma debe probarlo, ya que hay sobre ella presunción de cumplimiento de los requisitos de validez. De existir dicho defecto en cuanto al cumplimiento de las condiciones de validez de la firma, el operador jurídico no podrá desecharla por ese solo hecho, sino que deberá examinarla de conformidad con la sana crítica, indicando los motivos de la admisión o rechazo de la misma.

#### **IX. Análisis comparativo de las firmas electrónicas**

El contraste de las firmas está dado en función del valor jurídico que pueden llegar a poseer en determinado momento.

Desde el punto de vista del valor jurídico atribuido quedó por sentado que aquella firma que ha cumplido a cabalidad con todas las condiciones exigidas por el legislador, es decir, la firma debidamente acreditada, resulta mucho más fiable y segura, por tanto su valor probatorio hará fe hasta tanto no sea desvirtuada por otra prueba y su valoración será aquella que la ley ha dispuesto para los documentos de naturaleza privada, esto es, un sistema tasado por la ley, es la que representa, en cierta forma, el principio de la equivalencia funcional, es la materialización del mismo.

La firma electrónica que no llena todos los requisitos para adquirir valor jurídico, esto es la firma que no tiene la debida acreditación, será menos favorable y segura en el sentido de la eficacia y fuerza probatoria, será menos contundente y su valoración va a ser examinada bajo el sistema de la sana crítica. A este tipo de firma no se le podrá aplicar en todo el concepto del principio del equivalente funcional, sin embargo es valorable bajo la óptica de la sana crítica.

#### **X. Análisis comparativo de la firma electrónica y los documentos públicos y privados**

Se ha dejado por sentado que la firma electrónica por sí misma no es capaz de producir ningún elemento de convicción mientras no esté asociada a un mensaje de datos, y que sólo cuando ambos se vinculan es que se debe hablar de documento privado; su valor va a depender del cumplimiento de todos los requisitos de forma y fondo para su validez, además del reconocimiento de la parte contra quien en algún momento es opuesto el documento, llegando a producir los efectos deseados que son, en el caso de la firma electrónica el

<sup>37</sup> Código de Procedimiento Civil art. 507.

mismo valor de la firma autógrafa; en el caso del documento, los efectos son los atribuidos por ley a los documentos privados.

Esto es así porque para la formación de los documentos privados no hace falta la presencia de un funcionario público que lo autorice (los PSC no son, como acertadamente dice la doctrina, cybernotarios, ni funcionarios públicos), basta la voluntad de las partes de cristalizar su voluntad, un acto de hecho o de derecho y la suscripción del documento para surta efectos entre las partes, el valor probatorio del mismo será el de hacer fe en caso de ser reconocido o tenido legalmente por reconocido, valor jurídico equiparable al que se le otorga al documento con carácter de público pero sólo en lo que se refiere al hecho material del reconocimiento.

Mientras que el valor jurídico que la ley otorga a los documentos públicos, está, como lo señala Rivera Morales, vinculado a dos aspectos fundamentales: a) con relación al funcionario público competente en ejercicio de sus funciones, ya que a él corresponde dar fe pública, por lo que goza de valor probatorio pleno y *erga omnes* y b) con relación a los hechos que se amparan bajo ese valor probatorio pleno y *erga omnes*, como por ejemplo, identidad de las partes intervinientes, la fecha, el otorgamiento, entre otros<sup>38</sup>.

En definitiva, el valor probatorio de los documentos públicos reposa básicamente sobre una doble presunción: que el instrumento promovido como elemento de prueba ha sido autorizado por funcionario público competente y que la afirmación que efectúe dicho funcionario es verdadera, y si se quiere de buena fe, por tanto el valor probatorio de este tipo de documento será *erga omnes* y hará plena fe entre las partes y frente a terceros hasta tanto no sea desvirtuado el documento por el correspondiente procedimiento de tacha.

De lo anteriormente expuesto se puede observar claramente el antagonismo entre uno y otro tipo de instrumento y se afianzan los motivos para considerar a los documentos electrónicos como instrumentos privados.

## XI. Conclusiones

La firma electrónica por sí sola no ofrece ningún elemento de convicción hasta tanto no esté vinculada a un mensaje de datos, sea reconocido o tenido legalmente por reconocido y cumpla previamente todos los requisitos de forma y fondo para que pueda adquirir existencia en el mundo jurídico. Al cumplir con todos los requerimientos gozará de pleno valor.

Los documentos suscritos electrónicamente al carecer de la presencia de un funcionario público que los autorice, prevaleciendo sólo la autonomía de la voluntad para ser creados, se entienden que son documentos privados sólo que se encuentra en un soporte distinto al papel.

<sup>38</sup> Así lo expresa RIVERA MORALES, Rodrigo: “Las Pruebas en el Derecho Venezolano”, ob. Cit. pp. 489.

Los documentos electrónicos al ser considerados documentos privados han de ser tratados y valorados como tal, según las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, aunque la forma de promoverlos sea bajo la categoría de prueba libre.

El valor probatorio y el sistema de valoración de la firma electrónica va a diferir según se cumplan o no con los requisitos del artículo 16 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

El deber ser, en cuanto a la promoción de los instrumentos suscritos electrónicamente es bajo la óptica de prueba documental y no bajo la forma de prueba libre, ello en atención al principio de equivalencia funcional.



---

## **LEGISLACIÓN**



LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA  
REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Decreta

la siguiente,

**LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO, DÉBITO, PREPAGADAS  
Y DEMÁS TARJETAS DE FINANCIAMIENTO O PAGO  
ELECTRÓNICO**

**Título I**

Disposiciones y Conceptos Fundamentales

**Objeto**

**Artículo 1:** La presente Ley tiene por objeto regular todos los aspectos vinculados con el sistema y operadores de Tarjetas de Crédito, Débito, prepagadas, y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, así como su financiamiento y las relaciones entre el emisor, el tarjetahabiente y los negocios afiliados al sistema, con el fin de garantizar el respeto y protección de los derechos de los usuarios de dichos instrumentos de pago, obligando al emisor de tales instrumentos a otorgar información **adecuada y no engañosa** a los tarjetahabientes; asimismo a resolver las controversias que se puedan presentar por su uso, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley.

**Definiciones**

**Artículo 2:** A los efectos de esta Ley se entenderá por:

**Emisor:** Las empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito, el banco o institución financiera que emite u otorga tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, de uso nacional, internacional o en ambas modalidades en la República Bolivariana de Venezuela, autorizados por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

**Negocio afiliado:** el establecimiento comercial, expendedor de bienes o prestador de servicio autorizado por una institución emisora de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, para procesar los consumos del tarjetahabiente en los puntos

de pago que se encuentren instalados en dichos establecimientos.

**Tarjetahabiente:** es la persona natural o jurídica, que previo contrato con el emisor es habilitado para el uso de un crédito, línea de crédito o cargo en cuenta, a través de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

**Tarjeta de crédito:** el instrumento magnético, electrónico o de cualquier otra tecnología de identificación del tarjetahabiente que acredita una relación contractual entre el emisor y el tarjetahabiente, en virtud del otorgamiento de un crédito a corto plazo o línea de crédito a favor del segundo, el cual podrá ser utilizado para la compra de bienes, servicios, cargos automáticos en cuenta u obtención de avances de dinero en efectivo, entre otros consumos.

**Tarjeta de débito:** el instrumento magnético, electrónico u otra tecnología que permite al tarjetahabiente realizar consumos o hacer retiros de dinero en efectivo con cargo automático a los haberes de su cuenta bancaria y que es emitida previa solicitud de parte del titular de la cuenta bancaria.

**Tarjeta prepagada:** el instrumento magnético, electrónico u otra tecnología en la que el tarjetahabiente o un tercero ha provisto al emisor el monto hasta el cual puede realizar consumos con la misma. Este instrumento no se considera tarjeta de crédito independientemente de la marca que lo respalde.

**Tarjetas de financiamiento o pago electrónico:** a todas aquellas tarjetas

que como medio magnético, electrónico u otra tecnología permiten al tarjetahabiente realizar consumos o pagos en el país o en el exterior.

**Tarjeta suplementaria:** es aquella emitida, previa autorización del titular a favor de terceras personas, quienes están facultadas para girar contra la línea de crédito del titular o contra la provisión de fondos, en el caso de una tarjeta de débito.

**Contrato de afiliación de tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de Financiamiento o pago electrónico:** es el contrato tipo elaborado por los bancos e instituciones financieras y autorizado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, mediante el cual se regulan las condiciones generales de la utilización de las provisiones de fondos por parte del tarjetahabiente, además de los créditos en moneda nacional, también los créditos que se originen por consumo en el exterior en moneda extranjera y que luego son transformados en moneda nacional, para ser utilizados a través de la tarjeta de crédito, por parte del tarjetahabiente.

**La tasa de interés moratoria:** es la tasa a pagar por el tarjetahabiente de la tarjeta de crédito por concepto de retraso en sus pagos. Será fijada por el Banco Central de Venezuela. Su cálculo se basará en los términos que indique la legislación vigente. Este cargo se debe calcular solamente sobre el capital remanente y no sobre todo el capital originario.

**El saldo total:** es el monto adeudado por el tarjetahabiente de una tarjeta de crédito a la fecha de corte; si se tratase de una tarjeta de débito o prepagada, saldo total es el monto disponible en las cuentas del tarjetahabiente a la fecha de corte.

**La fecha de corte:** es la fecha límite programada para el cierre de la relación de los consumos efectuados por el tarjetahabiente en un período determinado.

**Los cargos bonificables:** son los montos de los intereses financieros o corrientes calculados desde la fecha de compra hasta la fecha de corte, los cuales se calculan sobre cada uno de los consumos de un período. Estos cargos no son imputables al pago de contado y deben calcularse solamente sobre el capital remanente y no sobre todo el capital original.

**La fecha límite de pago:** es la fecha antes de la cual el tarjetahabiente debe pagar la totalidad, parte o el pago mínimo indicado por el emisor de la tarjeta de crédito para no constituirse en mora.

**El estado de cuenta:** es el documento elaborado por el emisor, contentivo de la descripción de las distintas operaciones en las que se ha utilizado la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, el cual será entregado al tarjetahabiente y deberá contener la información a que se contrae el artículo 12 de esta Ley.

**La tasa de interés financiera o corriente:** es la tasa máxima establecida por el Banco Central de Venezuela como

interés anual financiero o corriente para el cálculo sobre el saldo adeudado.

**Límite de Crédito:** es el monto máximo en moneda nacional, que el emisor se compromete a prestar al tarjetahabiente mediante las condiciones estipuladas en el contrato de afiliación.

**Sobregiro:** el monto utilizado en exceso sobre el límite de crédito autorizado en el contrato originario en las tarjetas de crédito. Las cantidades, porcentajes e interés a aplicar al sobregiro deberán ser expresadas en el contrato de afiliación para que el tarjetahabiente pueda tener conocimiento del mismo. Al sobregiro debe aplicársele la misma tasa de interés financiero o corriente que establezca el Banco Central de Venezuela para el cálculo sobre el saldo adeudado, sin ningún cargo adicional por concepto de interés o comisiones.

**El pago mínimo:** es la mensualidad expresada en moneda nacional que cubre la amortización del saldo principal, según plazo de financiamiento, intereses a la tasa pactada que el tarjetahabiente de la tarjeta de crédito paga al emisor por el uso del crédito.

**La Cobertura:** es el ámbito geográfico o el sector de mercado en el cual puede ser utilizada la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

**Tasa de descuento o Comisión del Comercio:** Es la tarifa pagada por el negocio afiliado al emisor con el cual

mantiene contratos o convenios suscritos para la aceptación y realización de transacciones u operaciones de venta a través de los terminales punto de venta (TPV) por la aceptación en el comercio de otras formas de pago, como la admisión de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

#### **Ámbito de aplicación de la Ley**

**Artículo 3:** La presente Ley será aplicable en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, a los tarjetahabientes, los emisores y los negocios afiliados.

#### **Estipulaciones contractuales**

**Artículo 4:** Las cláusulas de los contratos de afiliación de tarjeta de crédito, débito y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, serán elaboradas y apegadas a la legalidad y la justicia, del modo más favorable al tarjetahabiente, deberán cumplir con los parámetros establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y ser aprobados por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN).

#### **Cargos por servicios o cargos por intereses financieros**

**Artículo 5:** Se establece que los montos de los intereses corrientes por financiamiento no podrán ser sumados, en ningún caso, al capital adeudado sin que pueda cobrarse intereses sobre intereses. La violación a esta disposición será sancionada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN). En ningún caso, el pago de la multa exonera al emisor de su obligación a devolver al tarjetahabiente el monto cobrado en exceso.

#### **Comisiones**

**Artículo 6:** Queda prohibido cobrar a cargo del tarjetahabiente, los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta independientemente de su clasificación y los de emisión de los estados de cuenta.

#### **Del Orden Público**

**Artículo 7:** La materia regulada en la presente Ley es de orden público e interés social, por lo tanto los derechos aquí establecidos no pueden ser objeto de renunciaciones por convenios particulares.

## **Título II** De las Obligaciones de las Partes

### **Capítulo I** De las obligaciones del Emisor

#### **Folleto explicativo**

**Artículo 8:** El emisor de la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás

tarjetas de financiamiento o pago electrónico, debe poner a disposición del público en general un folleto

explicativo del servicio que ofrece y de los beneficios de la marca de la tarjeta para que los interesados en solicitar este servicio puedan tener información adecuada y no engañosa, suficiente y oportuna para la toma de decisión al momento de contratarlo. Una vez suscrito el contrato, el emisor debe entregar el folleto separado del documento, dejándose constancia de ello en el recibo suscrito por el tarjetahabiente. La Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras dictará la normativa Prudencial que contenga la forma de presentación y el contenido del folleto.

#### **Cálculo del interés**

**Artículo 9:** El emisor debe explicar el mecanismo para determinar el monto de los intereses, los saldos sujetos a interés, la fórmula para calcularlos, los supuestos en los cuales se pagará dicho interés y el procedimiento detallado para el cálculo del pago mínimo. Debe indicar el tiempo del financiamiento y las cantidades que se imputan a capital e intereses. Todo de conformidad con lo establecido en la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

#### **Estado de Cuenta**

**Artículo 10:** Las empresas emisoras de tarjetas de crédito están obligadas a enviar a sus tarjetahabientes, todos los meses y en los cinco (05) días hábiles siguientes a la fecha de corte, un estado de cuenta que podrá ser enviado a través de la utilización de medios electrónicos, previa aproba-

ción escrita del tarjetahabiente y deberá contener la información mínima que establecerá la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras mediante Normativa Prudencial.

#### **Conformación de los estados de cuenta**

**Artículo 11:** Cuando el tarjetahabiente no hubiere recibido el respectivo estado de cuenta dentro de los quince (15) días continuos al vencimiento del plazo establecido en el artículo anterior, éste podrá reclamar por escrito su respectivo estado de cuenta, dentro de los quince (15) días continuos siguientes al vencimiento del plazo dentro del cual debió recibirlo y el emisor estará obligado a entregárselo de inmediato. Vencido este último plazo sin que el tarjetahabiente haya reclamado por escrito o por cualquier otro medio que el emisor disponga para efectuar los reclamos, sobre su respectivo estado de cuenta, se entenderá que el tarjetahabiente recibió del emisor el correspondiente estado de cuenta.

#### **Información sobre modificaciones al contrato**

**Artículo 12:** El emisor está obligado a presentar al tarjetahabiente, por escrito, el aviso de modificación del contrato de afiliación de la tarjeta. En el mismo se deberá prevenir al tarjetahabiente que puede rechazar la modificación, si lo comunica al emisor por escrito en el plazo de treinta (30) días continuos, contado a partir de la fecha de corte de la tarjeta. Para ello deberá señalarse el vencimiento del plazo e indicarse la dirección, apartado postal, número de fax y dirección

electrónica del emisor, donde el tarjetahabiente podrá enviar la comunicación. El emisor está obligado a dar al tarjetahabiente el correspondiente acuse de recibo a la dirección indicada por el mismo.

#### **Aceptación de las modificaciones**

**Artículo 13:** En caso de no ser aceptadas las modificaciones por el tarjetahabiente, el emisor dará la opción al tarjetahabiente de renovar el contrato bajo las condiciones vigentes, antes de la variación introducida. En caso de que el tarjetahabiente no acepte la renovación, el emisor procederá a liquidar la línea de crédito o cancelar la cuenta correspondiente en lo que respecta al uso de la tarjeta. Cuando en el contrato, se haga mención a otras disposiciones adicionales que afecten directamente al tarjetahabiente, dicha información debe estar a disposición de éste.

#### **Premios y promociones.**

**Artículo 14:** Los premios y promociones que pretendan promover los emisores en beneficio del tarjetahabiente deberán ser debidamente autorizados por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, tomando en consideración lo que al respecto dispone el **Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios**, para lo cual el ente Supervisor del Sistema Bancario Nacional, emitirá la normativa respectiva que contendrá las restricciones, plazos, naturaleza y cumplimiento de los beneficios adicionales. Asimismo, el emisor una

vez obtenida la autorización de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, deberá comunicar por escrito a los tarjetahabientes, el medio de comunicación y fecha en que se publicó dicha promoción y condiciones.

#### **Registro de Robo, hurto, clonación, pérdida de la tarjeta y/o reclamos**

**Artículo 15:** El emisor deberá dar al tarjetahabiente el número de registro o de gestión bajo el cual quedó registrada la denuncia de robo, hurto, clonación, pérdida de la tarjeta o cualesquier reclamo. Asimismo, deberá indicar el lapso de espera para responder la denuncia realizada y sus efectos.

#### **Dotación de equipos**

**Artículo 16:** Es obligación del emisor la dotación, en calidad de préstamo de uso, de los equipos electrónicos que constituyen los puntos de ventas en los negocios afiliados para la prestación del servicio de cobro por tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, a los fines de promover el uso de este producto.

#### **Débitos en cuentas bancarias y cargos en tarjetas de crédito**

**Artículo 17:** Los bancos e instituciones financieras no podrán debitar directamente de las cuentas bancarias de nómina que el usuario o usuaria tenga en cualquier entidad financiera, montos por concepto de pago de deudas adquiridas mediante operaciones de tarjetas de créditos, salvo que éste

dé su autorización por escrito, la cual siempre podrá ser revocable.

Igualmente los bancos e instituciones financieras, no podrán descontar de las cuentas bancarias y tarjetas de crédito que el cliente mantenga con la institución, ningún monto por concepto de servicios que el cliente no haya solicitado.

En los casos en que los titulares de cuentas bancarias o tarjetahabientes notifiquen la resolución del contrato de domiciliación de pago, los bancos o instituciones financieras atenderán la notificación de manera inmediata, so pena de asumir los débitos o cargos indebidos.

#### **Prohibición de cobro de Intereses sobre Intereses**

**Artículo 18:** Se prohíbe el cobro de intereses sobre intereses y la capitalización de los mismos en las líneas de créditos que se otorguen a los tarjetahabientes. En el entendido de que a los consumos del mes en curso no le serán aplicables intereses financieros o corrientes; estos serán aplicables solo a partir del mes siguiente si el tarjetahabiente opta por el financiamiento. Los intereses a cobrar se deberán calcular solamente sobre el capital remanente y no sobre todo el capital inicialmente adeudado.

#### **Información a suministrar por el Emisor**

**Artículo 19:** El emisor debe aportar para todas las tarjetas que emita, la siguiente información:

1. Nombre legal completo del emisor o emisores.

2. Nombre y marca comercial de las tarjetas y beneficios de la marca.

3. Tasas de interés financieras o corrientes aplicadas en el mes respectivo de acuerdo al tipo de tarjeta.

4. Tasas de interés moratorias aplicadas a las tarjetas de crédito y los rubros sobre los que recaen.

5. Beneficios adicionales otorgados sin costo adicional para el tarjetahabiente.

6. Plazo de pago de contado (días a partir del corte) de acuerdo al tipo de tarjeta.

7. Plazo de financiamiento (meses).

8. Cobertura: ámbito geográfico o sector del mercado donde puede ser utilizada la tarjeta de crédito.

9. Grado de aceptación de cada una de las tarjetas: Número de puntos de transacción disponible.

10. Requisitos y restricciones de las ofertas, promociones y premios.

11. Cualquier otra información relacionada con las características del producto y la marca de interés para el usuario en el uso del servicio nacional e internacional.

La información indicada en este artículo corresponde a los parámetros aplicados por los emisores de tarjetas durante el mes anterior. Los emisores deben aportar únicamente la información que haya sufrido modificaciones en relación con la información reportada en el período anterior.

#### **Sistemas de alerta**

**Artículo 20:** Los emisores de los medios de pago electrónicos deben contar con sistemas de alerta temprana con

el fin de evitar, en tiempo real, la comisión de fraudes. Dichos sistemas deben generar reportes que serán remitidos y analizados por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, con la

finalidad que ésta emita la normativa prudencial que considere pertinente para cada una de acuerdo a su objeto, para prevenir la emisión de actos fraudulentos que puedan convertirse en prácticas reiteradas.

## Capítulo II

### De las Obligaciones de los Bancos e Instituciones Financieras

#### Sistemas de Cajeros Automáticos o Electrónicos

##### **Adecuación de cajeros automáticos ó electrónicos para usuarios o usuarias con impedimentos físicos**

**Artículo 21:** Los bancos e instituciones financieras emitirán tarjetas y colocarán dispensadores de dinero o también denominados cajeros automáticos o electrónicos, a la disposición de las personas que tengan impedimentos visuales y físicos. Los dispensadores deberán ser de fácil acceso y utilización para estas personas.

La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras emitirá la normativa prudencial para la adaptación de los dispensadores automáticos o electrónicos para lo cual consultará con la comunidad organizada o las asociaciones que agrupen tanto a las personas con impedimentos visuales y físicos como a los bancos e instituciones financieras.

##### **Sistemas de seguridad**

**Artículo 22:** Los bancos e instituciones financieras deberán colocar en los dispensadores de dinero o también denominados cajeros automáticos o electrónicos, sistemas operativos tales como, sistema de identificación biométrica, video o fotografía del rostro, o cualquier otro medio tecnológico,

que registren las operaciones que los tarjetahabientes realicen en los mismos, sin que se vea el teclado. La información e imágenes registradas estarán sólo a disposición del tarjetahabiente y las autoridades competentes autorizadas por ley.

##### **Identificación de dispensadores o cajeros**

**Artículo 23:** Los bancos e instituciones financieras y demás empresas que coloquen a la disposición del tarjetahabiente dispensadores de dinero o también denominados cajeros automáticos o electrónicos que permitan realizar cualquier otra operación electrónica, deberán identificar el espacio en el cual éste se encuentre ubicado, el nombre del Banco o de la empresa propietaria y su logo, en sitios claramente visibles del citado equipo; asimismo, deberá indicar el servicio de Red de Cajeros al cual está interconectado o pertenece. Igualmente, es de carácter obligatorio que cada dispensador de dinero o cajero automático o electrónico tenga en sitio claramente visible y de fácil acceso, un serial de identificación que además deberá estar disponible para personas con impedimentos visuales.

**Recibo de operación**

**Artículo 24:** En cada transacción que el tarjetahabiente realice, el banco o institución financiera, propietaria del cajero automático o electrónico, está en la obligación de señalar en el recibo de la operación, el monto de la transacción, retiro o transferencia realizada y el saldo disponible, restando y especificando el cobro de comisiones, impuestos, en caso de que los hubiere.

Previa a la realización de la operación deberá darse la opción para

que el usuario solicite un recibo, el cual deberá ser emitido por el Cajero en cuestión; en caso de no ser posible por haberse agotado el material para la emisión del recibo, deberá informarse al tarjetahabiente dándole la posibilidad de continuar o cancelar la transacción ante tal imposibilidad. Lo dispuesto en este artículo aplica igualmente para los tarjetahabientes con impedimentos físicos, que utilicen este tipo de equipos.

**Capítulo III**

**Obligaciones del Negocio Afiliado**

**Del negocio afiliado**

**Artículo 25:** El negocio afiliado, está obligado a respetar los términos de la contratación entre el tarjetahabiente y el emisor, así como a dar fiel cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, además debe cumplir con lo siguiente:

1. Identificar en un lugar visible las marcas de tarjetas que acepta.
2. Exigir en todo caso la identificación de tarjetahabiente a los fines de resguardar la seguridad del uso al titular o autorizado.
3. Aceptar las tarjetas de créditos, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, identificadas en su negocio, según el numeral anterior.
4. No podrá establecer recargos, para el uso de la tarjeta de crédito,

debito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

5. No podrá establecer mínimos de compras, ni eliminar descuentos por el uso de la tarjeta de crédito o débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

6. No podrá adoptar cualquier medida que genere una desigualdad o discriminación entre los consumidores o consumidoras y usuarios o usuarias.

7. No podrá excluir las ofertas existentes en su negocio por el pago con tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento y pago electrónico.

8. Entregar el comprobante de las operaciones realizadas en todos los casos.

9. Resguardar los puntos de pago electrónico que mantenga en su negocio y garantizar el buen uso de los mismos por parte del personal encargado de manipularlos.

## Capítulo IV

### Deberes y Derechos del Tarjetahabiente y Usuario

#### Deberes del tarjetahabiente

**Artículo 26:** Serán deberes del Tarjetahabiente los siguientes:

1. Resguardar la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, con la debida diligencia.
2. Realizar puntualmente el pago de la tarjeta de crédito, si ha realizado alguna compra o ha hecho uso de ella.
3. Identificarse y usar en forma personal la tarjeta y no mostrar o confiar a nadie las claves de acceso a los cajeros y otros sistemas electrónicos.
4. Antes de firmar los comprobantes de pago, verificar el importe y la veracidad de la información.
5. Solicitar y guardar los comprobantes de pago y demás documentos de compra de bienes y utilización de servicios, hasta recibir el estado de cuenta y estar conforme con el mismo.
6. Velar por el correcto uso de la(s) tarjeta(s) suplementaria(s) que solicite.
7. Velar por el mantenimiento de su capacidad de pago y conservación o ampliación del límite de crédito concedido por el banco o institución financiera.
8. Indicar al banco o institución financiera el domicilio a efectos de que éste le remita los estados de cuenta o cualquier otra información pertinente.
9. Reportar al banco o institución financiera cuando no reciba los estados de cuenta en el plazo que se haya establecido, salvo que otras leyes o

normativas especiales establezcan plazos mayores, en cuyo caso se aplicará siempre el plazo mayor.

10. Verificar las tasas de interés y otros cargos que le efectúe el emisor, así como los procedimientos para plantear a tiempo sus reclamos sobre los productos y servicios que adquiera por medio de la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.
11. Efectuar los reclamos en el plazo establecido en el contrato, salvo que la ley u otros reglamentos establezcan plazos mayores, en cuyo caso se aplicará siempre el plazo mayor.
12. Reportar de manera inmediata al banco o institución financiera el robo, hurto o pérdida de la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.
13. Informar oportunamente al banco o institución sobre la resolución de los contratos de domiciliación de pago, a los fines de evitar cargos no autorizados.

#### Corrección de la información en el Sistema de Información Central de Riesgos

**Artículo 27:** El tarjetahabiente tiene derecho a solicitar al banco o institución financiera que se corrija la información que no sea correcta en el reporte de crédito del Sistema de Información Central de Riesgos, mediante reclamo formal que presente al banco o institución financiera que reportó la información. El banco o institución financiera está obligado a tramitar el reclamo y

notificar por escrito, las resultas de las gestiones al tarjetahabiente.

**Información a suministrar por los tarjetahabientes**

**Artículo 28:** A los tarjetahabientes no se les debe requerir datos adicionales a los que en atención a la emisión de facturas exija el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria; lo cual debe ser informado por los bancos o instituciones financieras a los comercios afiliados al sistema de pago electrónico de que se trate.

**Modalidades de pago**

**Artículo 29:** Ningún establecimiento comercial podrá exigir para la cancelación de productos, consumos o servicios, el uso de las tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico. El usuario tendrá la opción de pagar en dinero efectivo o cualquier otra forma de pago.

**Cuentas en mora**

**Artículo 30:** El Emisor no podrá en el futuro excusarse de otorgar tarjetas de créditos a la persona que lo solicite, por el solo hecho de haber mantenido en el pasado cuentas en mora. No obstante, el emisor podrá para el otorgamiento del crédito, previo estudio del caso y del riesgo financiero, solicitar las garantías necesarias que respalden el crédito a otorgarse. Estas garantías en ningún caso podrán ser de tipo hipotecario.

**Negativa de entrega de tarjeta o aumento de límite**

**Artículo 31:** El emisor está obligado a suministrar por escrito al solicitante de una tarjeta de crédito o al tarjetahabiente, cuando éste lo requiera, las razones por las cuales negaron una solicitud de tarjetas de crédito o ampliación del límite de crédito en particular.

**Cargos por inmovilización**

**Artículo 32:** Las tarjetas de crédito que no sean movilizadas por el tarjetahabiente, no serán objeto de cargos de ninguna índole, en el supuesto de que el tarjetahabiente en un período de un año no utilice el instrumento, se le puede instar a cancelar el contrato con el emisor del instrumento de pago, sin que esto genere perjuicios para el reinicio de una relación crediticia futura.

**Reparación del daño. Acciones civiles**

**Artículo 33:** El tarjetahabiente víctima o afectado por cualquier delito previsto en esta Ley, podrá ejercer las acciones civiles correspondientes para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados por el proveedor o prestador del servicio penalmente responsable.

**Protección de Prestaciones Sociales**

**Artículo 34:** En ningún caso las prestaciones sociales deben servir de garantía para el pago de aquellas deudas originadas por tarjetas de crédito. Las prestaciones sociales, así como, las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, no podrán ser objeto de débito automáticos por

concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.

**No Discriminación**

**Artículo 35:** El otorgamiento de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y

demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico se efectuará sin discriminación de edad, sexo, raza o religión a personas civilmente hábiles.

**Título III**  
De la participación ciudadana

**Capítulo I**

Del Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico

**Organización y Participación Ciudadana**

**Artículo 36:** Los tarjetahabientes, con el objeto de vigilar el cumplimiento de esta Ley, promover y defender sus intereses y derechos, podrán organizarse de cualquier forma lícita, entre otras, en organizaciones de tarjetahabientes. **Las organizaciones de participación popular que se constituyan para estos fines y los tarjetahabientes en forma individual**, pueden participar activamente en el Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

**Inscripción de Organizaciones**

**Artículo 37:** Todas las organizaciones de participación popular que se constituyan para la defensa de los derechos de los tarjetahabientes, deben inscribirse en el registro automatizado que llevará la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), a los fines de estar incluidos en la data que maneja en el

ente supervisor de todos los tarjetahabientes y organizaciones de estos, que cumplan las formalidades que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y en la presente ley.

**Requisitos de las Organizaciones**

**Artículo 38:** Las organizaciones de participación popular que se constituyan para la defensa de los tarjetahabientes, además de cumplir con los parámetros exigidos en el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, deben cumplir con los requisitos siguientes: no tener fines de lucro, estar integradas por un mínimo de veinticinco personas naturales que no tengan participación accionaría ni sean directores, gerentes, administradores o representantes legales de instituciones financieras, banco universal, comercial o entidad de ahorro y préstamo, prestadores de servicios de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de

financiamiento o pago electrónico; no deben ser financiadas ni recibir bienes, aportes, ayudas o subvenciones de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que puedan condicionar o inhibir sus actividades en promoción y defensa de los derechos e intereses de los usuarios y usuarias de tarjetas de crédito y débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

Se eximen del pago de impuesto, tasas y contribuciones especiales, el registro de las organizaciones de tarjetahabientes previstas en este artículo.

#### **Silencio Administrativo Positivo**

**Artículo 39:** La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, facilitará en todo momento la inscripción de las organizaciones a las que se refiere el artículo anterior. Cuando una organización haya solicitado su registro, habiendo cumplido con todos los requisitos exigidos, y éste no se le haya otorgado dentro del lapso de **treinta (30)** días hábiles siguientes a la solicitud, se entenderá que dicha solicitud ha sido resuelta positivamente y se procederá al registro y otorgamiento del certificado de inscripción correspondiente, salvo que con posterioridad se verifique el incumplimiento de los mismos, caso en cual la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras podrá revocar dicha inscripción. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Sudeban), establecerá los procedimientos y demás recaudos que deban acompañar la solicitud de registro, además de

establecer mediante normativa prudencial la regulación de los mecanismos por los cuales se regirán las relaciones con las organizaciones de participación popular que se conformen de conformidad con la Ley.

#### **Defensa de Intereses**

**Artículo 40.** Los tarjetahabientes podrán ejercer y defender libremente sus derechos sin tener la obligación de inscribirse en las organizaciones de participación popular que se constituyan para su defensa. Las organizaciones de tarjetahabientes podrán promover y defender los derechos e intereses de estos de forma, colectiva o difusa ante las instancias administrativas y judiciales correspondientes, y de forma individual cuando hayan sido autorizados previamente por escrito por el tarjetahabiente.

#### **Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico**

**Artículo 41:** Se crea el Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, que será conformado por las organizaciones de participación popular que se constituyan para su defensa, tendrá un Director por cada Región, los cuales representarán a los tarjetahabientes, en las actuaciones que se realicen con la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) y el Consejo Bancario Nacional, y el Ejecutivo Nacional, sin menos cabo del derecho que tienen los tarjetaha-

bientes, de formular reclamos o planteamientos individualmente ante los entes señalados en este artículo.

#### **Directores del Consejo**

**Artículo 42:** Los Directores del Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, serán elegidos en asamblea de tarjetahabientes y de las organizaciones de participación popular que estén debidamente inscritos e inscritas en el registro automatizado que llevará la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN); durarán un año en su gestión, debiendo presentar un informe semestral de sus actuaciones a la Junta Directiva del Consejo Nacional de Usuarios y Usuaris de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

#### **Junta Directiva del Consejo**

**Artículo 43:** El Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, contará con una Junta Directiva que será integrada por los Presidentes de dos de las Organizaciones de participación popular que se constituyan, un tarjetahabiente, un representante del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que será designado por su Presidente; estos representantes serán elegidos cada año en asamblea general por los tarjetahabientes y los miembros de todas las organizaciones que estén registradas

en el registro de usuarios que llevará la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN).

#### **Atribuciones del Consejo**

**Artículo 44:** Son atribuciones del Consejo Nacional de Usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, la representación de los tarjetahabientes en todas las actuaciones relacionadas con la toma de decisiones que involucre un cambio en las condiciones contractuales o de financiamiento entre los tarjetahabientes y las Instituciones Bancarias, asegurando en todo momento la controloría social en todas las actuaciones; además son atribuciones del Consejo Nacional de Usuarios las siguientes:

1. Participar en el proceso de formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas o privadas destinadas a la educación protección y mejoramiento del uso de tarjetas.
2. Dirigir quejas, reclamos por desacatos de los objetivos generales de esta Ley, o de cualquier instrumento legal al Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), al Banco Central de Venezuela (BCV), la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) y a los Emisores de tarjetas.
3. Obtener de los prestadores de servicios de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, información acerca de los programas de productos nuevos que puedan

mejorar las condiciones de los ya pautados.

4. Participar en las consultas públicas para la elaboración de los instrumentos normativos sobre las materias previstas en esta Ley y en cualquier instrumento legal que afecte los intereses de los tarjetahabientes.

5. Promover espacios de diálogo e intercambio entre el Emisor, el Consejo Bancario Nacional, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), el Estado y los tarjetahabientes, a fin de mejorar las prácticas relacionadas con el uso del servicio de las tarjetas.

6. Vigilar las prácticas de los medios afiliados, del emisor y velar por la observancia de esta ley, a los fines de que se brinde un servicio óptimo al tarjetahabiente.

7. Acceder a espacios gratuitos en los servicios de atención al usuario en las instalaciones de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), de conformidad con los lineamientos que establezca la Superintendencia.

8. Las relaciones entre el Ejecutivo Nacional y el tarjetahabiente deben efectuarse a través del Consejo Nacional de Usuarios de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

#### **Título IV** Entes Reguladores

##### **El Banco Central de Venezuela (BCV)**

**Artículo 45:** El Banco Central de Venezuela (BCV), fijará la tasa de interés financiera y moratoria máxima para el financiamiento de tarjetas de crédito, y publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, sin menoscabo de la utilización de otros medios de difusión de la información alternativa, la tasa máxima a aplicar por las Instituciones, así como un estudio comparativo de las tasas de financiamiento en tarjetas de crédito que incluya como mínimo lo siguiente: tasas de interés financieras, moratorias y beneficios adicionales que no impliquen costo adicional para el tarjetahabiente, cobertura, plazos de pago y el grado de aceptación.

Corresponderá al Banco Central de Venezuela, fijar las comisiones, tarifas o recargos por servicios que genere el uso de tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, además de fijar la tasa de descuento o comisión del comercio.

##### **Información a suministrar al BCV**

**Artículo 46:** Los emisores de tarjetas de crédito están obligados a entregar al Banco Central de Venezuela, con carácter de declaración jurada y durante los cinco (05) primeros días de cada mes, la información necesaria para realizar el análisis comparativo de tarjetas de crédito y débito, sin necesidad de que se requiera en

forma expresa para cada periodo. El incumplimiento de esta obligación será sancionada, de conformidad a lo previsto en la Ley del Banco Central de Venezuela.

**Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN)**

**Artículo 47:** Le corresponderá a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, velar por el cumplimiento de esta Ley, pudiendo aplicar los correctivos que fueren necesarios para su correcta observancia de conformidad con esta Ley, la Ley

que la Rige y la Normativa Prudencial que dicte al efecto.

**Finalidad y uso del SICRI**

**Artículo 48:** El Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI), sirve para consultar la situación crediticia de los distintos usuarios de los Bancos y demás Instituciones Financieras, con la finalidad de precisar cuáles son los niveles de riesgo del Sistema Financiero Nacional. Es deber de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras regular y supervisar su correcto uso por parte de los emisores.

**Título V**

De las Relaciones del Tarjetahabiente con el Emisor

**Capítulo I**

De las Disputas y de los Reparos

**Reclamo por retiro o adelanto de efectivo no consumado por parte de un cajero automático**

**Artículo 49:** En caso de reclamo del tarjetahabiente por retiro o adelanto de efectivo no consumado por parte de un cajero automático, el tarjetahabiente se dirigirá al banco emisor informando la identificación del cajero, fecha y hora de la transacción. El banco emisor debe recibir la denuncia, darle una constancia por escrito y responder de manera expresa en un lapso máximo de quince días hábiles. Corresponderá al emisor la carga de la prueba, estando obligado a demostrar fehacientemente si se dispensó dinero o no, al tarjetahabiente.

Efectuado el reclamo el banco depositará en la cuenta del cliente el

monto debitado, colocándolo en diferido, al concluir el lapso de 15 días hábiles el dinero pasará como efectivo en la cuenta del tarjetahabiente con los respectivos intereses devengados. Si el reclamo no procede el emisor debitará de la cuenta del tarjetahabiente el monto diferido.

Cuando el reclamo sea por adelanto de efectivo no consumado en una tarjeta de crédito el emisor no cargará intereses de ningún tipo por el monto del reclamo.

**Investigación del robo, hurto, clonación o pérdida de la tarjeta**

**Artículo 50:** En aquellos casos en los cuales se produzca robo, hurto, clonación o pérdida del medio de pago

electrónico, el emisor del instrumento, a solicitud del tarjetahabiente, deberá iniciar la investigación del caso, sin crear perjuicios a éste, debiendo el emisor notificar inmediatamente al Ministerio Público y a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, a los fines pertinentes. En caso de que se determine la responsabilidad o negligencia del emisor, le serán aplicables las sanciones previstas en la presente Ley.

**Reclamo por errores en el Estado de Cuenta**

**Artículo 51:** El Tarjetahabiente puede reclamar de los datos contenidos en el estado de cuenta, tales como, consumos o retiros de efectivos no realizados, cargos no autorizados, cargos con errores en la fecha o en el monto, cargos por bienes o servicios que no fueron recibidos o aceptados, pagos y devoluciones no reflejados, entre otros, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo del estado de cuenta. Corresponderá al emisor la carga de la prueba.

**Obligación de darse por notificado**

**Artículo 52:** El Emisor está obligado a darse por notificado del reparo, en forma escrita, inmediatamente después de recibir el reclamo y a dar respuesta al mismo en un plazo no mayor de quince días hábiles.

**No inclusión en el Sistema de Información Central de Riesgo (SICRI). Suspensión de cobro de intereses**

**Artículo 53:** Mientras exista la controversia el Emisor no podrá enviar información negativa al registro de

crédito interno, al Sistema de Información Central de Riesgo (SICRI), hasta que se esclarezcan los hechos. Asimismo, se paralizará el cobro del interés correspondiente si el reclamo es con ocasión a robo, hurto clonación, sustracción de dinero de tarjeta, entre otros. En caso de que los hechos esclarecidos reflejen que el reclamo intentado por el tarjetahabiente no es procedente, se computarán los intereses correspondientes que sean paralizados.

**Procedimiento por clonación o uso ilícito de la tarjeta**

**Artículo 54:** El procedimiento descrito en los artículo 49 y 53 de este Capítulo aplicará igualmente para el caso en que el tarjetahabiente reporte la clonación de su tarjeta o el uso ilícito de la misma, por terceras personas no autorizadas, cualquiera que fuere el medio fraudulento utilizado, en cualquier momento en que el tarjetahabiente conozca de la sustracción, consumo, cobro o débito indebido.

**Seguimiento de reclamos por el CNUUTC**

**Artículo 55:** El Consejo Nacional de Usuarios y Usuarías de Tarjetas de Crédito y Débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamientos o pago electrónico, deberá conocer cada uno de los pasos a seguir en el reclamo interpuesto por el tarjetahabiente, si así lo solicitare el tarjetahabiente, a fin de intervenir en los casos en que se presenten irregularidades en los procesos.

## Capítulo II

### De las Prácticas en el Cobro de Deudas

#### Calendario y horario de cobranzas

**Artículo 56:** Las instituciones Financieras, abogados, gestores de cobranza o agencias de recuperaciones y servicios automatizados de cobranza, sólo podrán contactar al tarjetahabiente entre las ocho de la mañana (07:00 a.m.) y las seis de la tarde (06:00 p.m.), de lunes a viernes, a menos que el tarjetahabiente acepte un horario distinto. La aceptación dada por el tarjetahabiente podrá ser revocada y regresar a los días y horarios establecidos en este artículo.

#### Cobranzas por terceros o publicidad de la misma

**Artículo 57:** Las instituciones Financieras, abogados, gestores de cobranza o agencias de recuperaciones, no podrán contactar o realizar cobranzas a través de familiares, jefes inmediatos, supervisores, gerentes, compañeros de trabajo, o anunciar la deuda a terceras personas distintas al tarjetahabiente.

#### Prácticas abusivas

**Artículo 58:** Las instituciones Financieras, abogados, gestores de cobranza o agencias de recuperaciones, no podrán utilizar prácticas abusivas, hostigamiento o acoso para el cobro de las acreencias, quedando igualmente prohibido el uso de avisos electrónicos o pre-grabados enviados por vía telefónica o cualquier medio en horario distinto al establecido en esta Ley; tampoco podrán ejercer cobranzas mediante publicaciones

impresas en medios de circulación, excepto notificaciones judiciales.

#### Atraso en el pago regular de las cuotas.

**Artículo 59:** En caso de atraso en el pago regular de las cuotas correspondientes a las tarjetas de crédito, una vez que el tarjetahabiente ponga al día su respectiva cuenta, ya fuese por pago voluntario o mediante cobranza efectuada por el emisor o abogados, gestores de cobranza o agencias de recuperaciones y servicios automatizados de cobranza, el emisor queda obligado a lo siguiente:

1. Entregar al tarjetahabiente en un plazo no mayor de cinco días hábiles, un finiquito detallado de la cuenta cancelada o puesta al día, aún cuando el tarjetahabiente tuviera otras cuentas en atraso con la misma Institución emisora.
2. Una vez canceladas o puestas al día las obligaciones del tarjetahabiente, el emisor debe en un lapso máximo de quince días continuos, reportar tales hechos al Sistema de Información Central de Riesgo (SICRI) y debe retirarlo del registro interno.

**Título VI**  
De las Sanciones

**Sanción por incumplimiento de Instituciones Financieras**

**Artículo 60:** El emisor que infrinja por acción, hecho u omisión lo dispuesto en los artículos 5, 6, 8, 9, 17, 30, 32, 34, 49, 50, 53, de la presente Ley, será sancionado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, siguiendo el procedimiento especial establecido en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, con multa desde el cero coma uno por ciento (0,1%) hasta el cero coma cinco por ciento (0,5%) de su capital pagado, sin menoscabo de la aplicación de medidas e instrucciones que el mencionado Organismo, en atención a sus atribuciones y competencias, imponga para corregir la situación infringida.

**Inobservancia en la tarifa por tasa de descuento o comisión de servicio**

**Artículo 61:** El Emisor que efectuó por el cobro de tasa de descuento o comisión de servicio al negocio afiliado una tarifa superior a la establecida por el Banco Central de Venezuela podrá ser sancionado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.

El afectado deberá interponer la denuncia ante el ente supervisor bancario, a los fines de iniciar el procedimiento.

**Prohibición de informar**

**Artículo 62:** El emisor de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, debe respetar el derecho constitucional a la información sobre los datos del tarjetahabiente, y tiene prohibido informar los antecedentes financieros personales de los tarjetahabientes titulares, suplementarios o extensiones de las tarjetas de crédito a cualquier empresa o Institución exceptuando al mismo tarjetahabiente, a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), al Banco Central de Venezuela (BCV) y demás entes autorizados por ley. Salvo que el tarjetahabiente de su autorización por escrito la cual podrá ser revocable. En caso de incumplimiento el ente supervisor bancario sancionará con multa desde el cero coma uno por ciento (0,1%) hasta el cero coma cinco por ciento (0,5%) de su capital pagado, sin menoscabo de la aplicación de medidas e instrucciones que el mencionado organismo, en atención a sus atribuciones y competencias, imponga para corregir la situación infringida.

**Responsabilidad solidaria**

**Artículo 63:** El emisor y el negocio afiliado serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los tarjetahabientes titulares o suplementarios de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas

de financiamiento o pago electrónico, por las consecuencias del uso de la tarjeta o de la información provista.

#### **Campaña Contra la Usura**

**Artículo 64:** En caso de que el emisor incumpla lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley, estará obligado a realizar una campaña educativa en beneficio de los tarjetahabientes y en contra de la usura, ante los medios de comunicación masiva, esto sin perjuicio de las sanciones establecidas en las demás leyes. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras establecerá los parámetros de la campaña publicitaria y vigilará el cumplimiento de la misma por parte del emisor.

En ningún caso, la realización de la campaña a que se refiere este

artículo, así como el cumplimiento de las sanciones establecidas en otras leyes, exonera al emisor de su obligación a devolver al tarjetahabiente el monto cobrado en exceso.

#### **Principios Sancionadores**

**Artículo 65:** Las sanciones establecidas en el presente título deberán ser aplicadas por los órganos competentes conforme a los principios de proporcionalidad, racionalidad, adecuación, ponderación e irretroactividad, así como los demás establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

La aplicación y liquidación de las multas seguirán los procedimientos establecidos en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y en la Ley del Banco Central de Venezuela, según sea el caso.

### **Disposiciones Transitorias**

**Primera.** Dentro de los noventa días continuos siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras deberá publicar las normativas prudenciales establecidas en los artículos, 8, 9, 10, 14, 21, 39, de la presente Ley.

**Segunda.** Dentro de los noventa días continuos siguientes a la publicación de la normativa prudencial que emita la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de conformidad con el artículo 8 de la presente Ley, los emisores deberán poner a disposición de los tarjetahabientes el folleto explicativo a que se refiere dicho artículo.

**Tercera.** Dentro de los noventa días continuos siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, los emisores de tarjetas de crédito, deben tener ajustados los 29 sistemas de cómputo para el cumplimiento de los requisitos exigidos en la presentación de sus respectivos estados de cuenta.

**Cuarta.** Dentro de los noventa días hábiles y siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, los emisores deberán cumplir con lo establecido en el artículo 22. El lapso establecido en esta Transitoria podrá ser prorrogado por única vez por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por un lapso que no podrá ser mayor a noventa días hábiles.

**Quinta.** Dentro de los noventa días continuos y siguientes a la publicación de la normativa prudencial emitida por la Superintendencia de Bancos de conformidad a lo establecido en el artículo 21. Los emisores deben dar cumplimiento a lo estipulado en el referido artículo. El lapso establecido en esta Transitoria podrá ser prorrogado por única vez por noventa días continuos.

**Sexta.** Dentro de los noventa días hábiles y siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras deberá crear el sistema de registro para las Organizaciones de participación popular que se constituyan en defensa de los usuarios y usuarias de tarjetas de créditos, débitos, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

### Disposición Final

**Disposición Final Única:** Esta Ley de la República Bolivariana de Venezuela entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los cuatro días del mes de septiembre de dos mil ocho. Año 198° de la Independencia y 149° de la Federación.

*Cilia Flores*  
Presidenta de la Asamblea Nacional

*Saul Ortega Campos*  
Primer Vice Presidente

*José Albornoz Urbano*  
Segundo Vicepresidente

*Iván Zerpa Guerrero*  
Secretario

Cúmplase,  
(L.S.)

*Hugo Chávez Frías*

Refrendado  
El Vicepresidente Ejecutivo  
*Ramón Alonzo Carrizalez Rengifo*

El Ministro del Poder Popular del  
Despacho de la Presidencia  
*Héctor Vicente Rodríguez Castro*

El Ministro del Poder Popular para  
Relaciones Internas y Justicia  
*Tarek El Aissami*

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores <i>Nicolás Maduro Moros</i>	La Ministra del Poder Popular para el Ambiente <i>Yuviri Ortega Lovera</i>
El Ministro del Poder Popular para Economía y Finanzas <i>Alí Rodríguez Araque</i>	El Ministro del Poder Popular la Planificación y Desarrollo <i>Haiman El Troudi</i>
El Ministro del Poder Popular para la Defensa <i>Gustavo Reyes Rangel Briceño</i>	La Ministra del Poder Popular para Ciencia y Tecnología <i>Nuris Orihuela Guevara</i>
El Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio <i>Willian Antonio Contreras</i>	El Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información <i>Andrés Guillermo Izarra García</i>
El Ministro del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería <i>Rodolgo Eduardo Sanz</i>	El Ministro del Poder Popular para la Economía Comunal <i>Pedro Morejon Carrillo</i>
El Ministro del Poder Popular el Turismo <i>Olga Cecilia Azuaje</i>	El Ministro del Poder Popular para la Alimentación <i>Felix Ramón Osorio Guzmán</i>
El Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras <i>Élias Jaua Milano</i>	El Ministro del Poder Popular para la Cultura <i>Héctor Enrique Soto Castellanos</i>
El Ministro del Poder Popular para la Educación Superior <i>Luis Acuña Cedeño</i>	El Ministro del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat <i>Francisco de Asis Sexto Novas</i>
El Ministro del Poder Popular para la Educación <i>Héctor Navarro</i>	La Ministra del Poder Popular para la Participación y Protección Social <i>Erika del Valle Farias Peña</i>
El Ministro del Poder Popular la Salud <i>Jesús María Mantilla Oliveros</i>	La Ministra del Poder Popular para el Deporte <i>Victoria Mercedes Mata García</i>
El Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social <i>Roberto Manuel Hernández</i>	La Ministra del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática <i>Socorro Elizabeth Hernández</i>
El Encargado del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura <i>Isidro Ubaldo Rondón Torres</i>	La Ministra del Poder Popular los Pueblos Indígenas <i>Nicia Maldonado Maldonado</i>
El Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo <i>Rafael Dario Ramírez Carreño</i>	La Ministra del Poder Popular para Asuntos de la Mujer <i>María León</i>

Resolución por la cual se dictan las «Normas que Regulan los Procesos Administrativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico»

MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA ECONOMÍA Y FINANZAS

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

### **RESOLUCIÓN**

FECHA: 18 de diciembre de 2008

NÚMERO: 339.08

Visto que mediante Sentencia N° 1419 de fecha 10 de julio de 2007, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró parcialmente con lugar la acción intentada por la asociación civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO), relativa a los financiamientos otorgados por las Instituciones Financieras bajo la modalidad de tarjetas de crédito, en la cual se expuso que entre los usuarios de dichas tarjetas hay quienes no se encuentran conformes con la metodología de cálculo utilizada por algunas Instituciones Financieras, por cuanto consideran que éstas aplican fórmulas presuntamente anatocistas, poco transparentes y difíciles para el usuario, que sumadas a las altas tasas de interés, generan incrementos acelerados de los saldos deudores, traducidos en deudas impagables y posiblemente usurarias.

Visto que la referida Sentencia ordena a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras unificar la metodología del cálculo y la fórmula de los intereses de cualquier tipo a ser aplicadas al sistema de crédito por tarjetas de crédito, por parte de las diversas entidades bancarias; así como, velar porque se remitan en tiempo oportuno a los usuarios de tarjetas de crédito, los estados de cuenta mensuales, a los fines que éstos se informen sobre sus saldos, sean pendientes o actuales, y efectúen los pagos que deban al emisor de dichas tarjetas.

Visto que dicha Sentencia exigió a este Ente Regulador emitir la normativa correspondiente en materia de contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de crédito y a poner a la orden de los usuarios por parte de las entidades bancarias el texto de los referidos contratos. Visto que en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.021 de fecha 22 de septiembre de 2008, fue publicada la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

Visto que el artículo 4 de la citada Ley, otorga a esta Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la facultad de aprobar los contratos de afiliación de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

Visto que la disposición transitoria primera de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagada y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, establece la Obligación de este Organismo de emitir en noventa (90) días continuos contados a partir de la publicación de la Citada Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela la normativa prudencial relativa a los aspectos contenidos en los artículos 8, 9, 10, 14, 21 y 39 de la referida Ley.

Este Organismo de conformidad con lo establecido en el numeral 9 del artículo 235 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en concordancia con lo establecido en la Sentencia N° 1419, resuelve emitir las presentes:

**"NORMAS QUE REGULAN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS A LA EMISIÓN Y USO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO, DÉBITO, PREPAGADAS Y DEMÁS TARJETAS DE FINANCIAMIENTO O PAGO ELECTRONICO"**

**Capítulo I**

*De las Obligaciones de los Emisores*

**Artículo 1** Las presentes Normas están dirigidas a todas aquellas Instituciones financieras que tengan en su diversidad de productos financieros el relativo a tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

**Artículo 2** El objeto de esta Resolución es regular de conformidad con la obligación impuesta a este Organismo, prevista en la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico; así como, en la Sentencia N° 1419 de fecha 10 de julio de 2007, emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aquellos aspectos vinculados a las tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, con el fin de fomentar el respeto y la protección de los derechos de los usuarios de dichos instrumentos de pago.

**Artículo 3** Los términos y conceptos utilizados en la presente normativa, se corresponden con los definidos en la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de financiamiento o Pago Electrónico.

**Artículo 4** La solicitud de las tarjetas, cualquiera de ellas, no genera responsabilidad alguna para el solicitante, hasta tanto no sea perfeccionada la firma del contrato.

**Artículo 5** Todos los contratos que se celebren o se renueven desde la entrada en vigencia de esta Resolución deberán sujetarse a sus prescripciones. Los contratos en curso deberán ser ajustados a las previsiones establecidas en la presente Normativa, manteniendo la misma naturaleza de contratos de afiliación o de adhesión a través de la cual se ha venido regulando la relación entre la Institución Financiera y el tarjetahabiente y que deberá cumplir igualmente con los parámetros establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios.

**Artículo 6** El contrato suscrito entre el tarjetahabiente y la Institución Emisora deberá contemplar las siguientes características:

- 1) Estar redactado en forma clara y con tipografía fácilmente legible a simple vista, en ejemplares de un mismo tenor para la Institución Financiera, el tarjetahabiente, y para el tarjetahabiente adicional.
- 2) Cláusulas que generen responsabilidad para el titular, redactadas mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados y con un tamaño de letra superior al resto de las cláusulas.
- 3) Se debe suministrar a los tarjetahabientes informaciones relativas a otras disposiciones legales, cuando éstas influyan en la relación contractual.

**Artículo 7** El contrato que formaliza legalmente la relación jurídica entre el emisor y el tarjetahabiente, debe proveer información clara, veraz, suficiente y de fácil comprensión, que permita el pleno conocimiento de los deberes y derechos del emisor y del tarjetahabiente; así como, las particularidades del producto. El contrato contendrá como mínimo, lo siguiente:

- 1) Nombre legal completo de la Institución financiera emisora de la tarjeta.
- 2) Denominación y marca comercial de la tarjeta.
- 3) Identificación del representante legal de la Institución financiera o persona previamente autorizada para tal fin, indicando el carácter con el cual actúa y a quién representa.

- 4) Identificación del tarjetahabiente, para ello se indicará el nombre y apellido, número de cédula de identidad o pasaporte, número de Registro de Información Fiscal (RIF) y dirección de habitación para todos los efectos legales, el cual será obligatoriamente la ciudad domicilio del tarjetahabiente.
- 5) Para el caso de tarjetas de crédito: a) Monto del crédito al consumo otorgado a través de la línea de crédito, expresado en letras y números; b) Plazos sobre los cuales se aplicarán los intereses, incluyendo los moratorios; c) Tasas de interés a pagar por cargos del mes, mora y financiación; d) Descripción de los casos cuyo saldo total adeudado pueda ser considerado como de plazo vencido y requerido el pago de la totalidad de la deuda al tarjetahabiente; y, e) Tasa de interés a pagar por los montos abonados en exceso al saldo total adeudado en la tarjeta de crédito o por las sumas que estén registradas a favor del tarjetahabiente.
- 6) Importes o tasas por coberturas de consumo en caso de pérdida, extravío o sustracción de cualquiera de las tarjetas.
- 7) Especificación y delimitación de las causales de suspensión, resolución y/o anulación del contrato de la tarjeta.
- 8) Plazo de vigencia del contrato y la condición de prórroga automática, de ser el caso.
- 9) Periodicidad con la que se entregará el estado de cuenta, de ser el caso.
- 10) Procedimiento y plazos para presentar las observaciones de los cargos no reconocidos y otros reclamos o denuncias, el cual no deberá ser menor a seis (6) meses desde la fecha de la recepción del estado de cuenta.
- 11) Fecha de corte de las operaciones.
- 12) Tipos de cargos administrativos que generen comisión, de acuerdo a lo pautado en la legislación vigente.
- 13) Beneficios otorgados sin costo adicional para el tarjetahabiente.
- 14) Procedimientos y responsabilidades de las partes en caso de extravío, robo o hurto, deterioro, fraude y clonación de la tarjeta.
- 15) Derechos y obligaciones del tarjetahabiente.
- 16) Cualquier información relacionada con las características y/o restricciones del producto; así como, cualquier otra explicación que sea de utilidad e importancia para el tarjetahabiente.
- 17) Firma del titular y del representante legal de la Institución Financiera o de la persona autorizada para tal fin.

**Artículo 8**

Las cláusulas establecidas en los contratos de afiliación o adhesión entre el tarjetahabiente y el emisor, deberán ser aprobadas

previamente por esta Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y deberán cumplir con los parámetros establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios.

El contrato de afiliación o adhesión de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, no podrá establecer cláusulas que limiten el acceso o exclusión de los usuarios al resto del sistema bancario nacional.

**Artículo 9** Para el inicio de la relación contractual será necesaria la existencia previa de una solicitud formal por escrito por parte del futuro tarjetahabiente del instrumento que desee utilizar, la cual se efectuará a través de los formatos que al respecto el Emisor prevea para ello.

**Artículo 10** En caso que el contrato suscrito entre el emisor y el tarjetahabiente, presente variaciones distintas al aumento del límite de crédito, las modificaciones deben ser aprobadas previamente por esta Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, todo ello sin menoscabo de la obligación prevista en el artículo 12 de Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

**Artículo 11** Si se hubiese pactado la renovación automática, el tarjetahabiente podrá dejarla sin efecto comunicando su decisión por escrito con por lo menos treinta (30) días continuos de antelación; para ello, el emisor notificará al tarjetahabiente en los tres (3) últimos estados de cuenta anteriores al vencimiento de la relación contractual, la fecha en que opera la prórroga automática.

**Artículo 12** En el contrato se debe señalar expresamente que los cargos producto de la utilización de la tarjeta de crédito por personas diferentes al tarjetahabiente, no se cobrarán a éste, por ser indebidos, a menos que se compruebe su culpabilidad en el hecho. Los emisores deben asumir la tenencia de todos los sistemas de seguridad que impidan estos ilícitos, pues dichos riesgos no pueden trasladarse al tarjetahabiente, quien no tiene ningún control sobre los sistemas de seguridad de los bancos y los establecimientos; todo ello de conformidad con lo establecido en el punto N° 8 de la Sentencia N° 1419 de fecha 10 de julio de 2007 emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 13

Al momento de la suscripción de los contratos de afiliación o adhesión el emisor entregará al tarjetahabiente un folleto explicativo, de lo cual se deberá dejar constancia en el citado contrato. En el supuesto que el tarjetahabiente haya suscrito los contratos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, y de las presentes Normas, el emisor enviará el folleto explicativo adjunto al estado de cuenta, o lo entregará personalmente al tarjetahabiente que acuda para la actualización de datos o la firma del nuevo contrato.

El folleto explicativo debe contener información sobre las características principales del producto financiero que el tarjetahabiente está adquiriendo; procedimiento para el reporte de pérdida, clonación, robo o hurto de la tarjeta de crédito, el número telefónico disponible las veinticuatro (24) horas del día a nivel nacional o internacional; los procedimientos de reclamos por cargos no autorizados y cobros indebidos, entre otros, ante la unidad o departamento del emisor encargado para la resolución de controversias.

Dicho folleto estará expresado en: idioma castellano y mediante una tipografía clara y fácilmente legible.

Igualmente, los emisores exhibirán en carteleras o pantallas electrónicas, ubicadas en lugares donde el público en general tenga fácil acceso, como mínimo la información actualizada referida en el artículo 19 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

Artículo 14

El emisor tiene la obligación de informar al tarjetahabiente sobre las distintas operaciones en las que ha utilizado o empleado la tarjeta de crédito, para ello deberá enviar un estado de cuenta mensual dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de corte, al domicilio señalado por el tarjetahabiente o en su defecto al correo electrónico indicado por éste, siempre que conste la autorización expresa y por escrito en el expediente del tarjetahabiente. (Véase anexos marcados A y B).

Dicho estado de cuenta debe contener como mínimo la siguiente información:

- 1) Identificación del emisor de la tarjeta de crédito.
- 2) Nombre, apellido y dirección del tarjetahabiente.
- 3) Fecha de emisión del estado de cuenta.
- 4) Fecha de corte y plazo de pago.
- 5) Período a facturar.

- 6) Límite de crédito y monto disponible a la fecha de emisión del estado de cuenta.
- 7) Relación explícita de cada uno de los débitos o créditos, detallando:
  - a) Fecha efectiva de los cargos y/o transacciones u operaciones nacionales e internacionales.
  - b) Número de referencia o autorización del cargo, transacción u operación.
  - c) Descripción de las transacciones u operaciones distintas a cargos.
  - d) Identificación del negocio afiliado donde se realizó el cargo.
  - e) Monto de la transacción en bolívares.
  - f) Monto de la transacción en divisas con el tipo de cambio vigente a la fecha de la operación, de ser el caso.
  - g) Fecha efectiva y monto de los pagos recibidos.
  - h) Fecha efectiva, monto y descripción de cualquier otro débito o crédito.
  - i) Tasa de interés aplicada.
  - j) Importe del capital, sobre el cual fueron calculados los intereses de financiamiento.
  - k) Importe de los intereses sobre los montos abonados en exceso, al total adeudado en la tarjeta de crédito o por las sumas que estén registradas a favor del tarjetahabiente.
  - l) Tasa de interés de mora.
- 8) Monto de los intereses moratorios indicando el capital de la cuota sobre el cual se calculó.
- 9) Pago mínimo especificando detalladamente los importes que lo conforman, tales como capital, intereses y comisiones, de ser el caso.
- 10) Monto del pago de contado.
- 11) Detalle del saldo anterior señalando el capital, intereses moratorios y el financiamiento; así como, comisiones y cuotas de otros créditos adeudados, de ser el caso.
- 12) Detalle del pago mínimo no cancelado a la fecha, segregado en capital, intereses, comisiones y cuota de otros créditos, de ser el caso.
- 13) Saldo total adeudado, discriminando capital, todos los intereses causados, comisiones y cuotas de otros créditos, de ser el caso. 14) Detalle de los montos aplicados a capital, intereses, comisiones y cuota de otros créditos, producto de los pagos efectuados.
- 15) Las líneas de crédito relacionadas a tarjetas de crédito deben reflejarse de manera separada e individual y deben contener

el detalle de: plazo, cuotas canceladas, cuotas pendientes por cancelar, capital, intereses y comisiones, en caso de existir.

- 16) Identificar de manera separada e individual el monto en divisas autorizado por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) para el cupo de Internet, viajero y efectivo; así como, el monto utilizado y disponible a la fecha de corte del estado de cuenta.
- 17) Información relativa a las actividades promocionales y sus resultados.
- 18) Nombre y lugares de las agencias donde los tarjetahabientes pueden realizar los pagos correspondientes.
- 19) Números telefónicos de servicio al cliente para consultas en general, reporte de extravío, fraudes, clonación, robos o hurtos y otras denuncias.

**Artículo 15**       Queda prohibido reflejar en los estados de cuenta como fecha de las transacciones (nacionales o internacionales), una fecha distinta al día en que fueron efectivos los consumos y/o pagos realizados por el usuario.

**Artículo 16**       El emisor no podrá bajo ningún concepto cobrar intereses sobre intereses, ni suscribir convenios o cláusulas especiales que se lo permitan. Por tanto, no podrá establecer formas para refinanciar deudas atrasadas, donde el tarjetahabiente y el emisor acuerden capitalizar parte o la totalidad de los intereses devengados y no pagados de la tarjeta de crédito.

En consecuencia, lo debido por intereses, comisiones y cualesquiera otros importes distintos a capital no puede ser convertido por el acuerdo de las partes en deuda de capital. Los saldos por intereses y comisiones, así como cualquier otro saldo distinto a capital, deben mantenerse en forma separada del capital adeudado. Dichos saldos no podrán ser documentados a través de instrumentos financieros, tales como: pagarés, líneas de créditos y letras de cambio, entre otros.

**Artículo 17**       Queda prohibido calcular intereses al monto cargado por concepto de comisiones permitidas por la legislación vigente, independientemente del motivo que las genere; así como, a las cuotas de otros créditos que se reflejen en los estados de cuenta, por cuanto estas cuotas ya incluyen intereses.

**Artículo 18**       De conformidad a lo pautado en el artículo 9 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de

Financiamiento o Pago Electrónico, en concordancia con la dispositiva N° 4 de la Sentencia N° 1419 de fecha 10 de julio de 2007, emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se establece la fórmula única para el cálculo de los intereses para el financiamiento de las operaciones realizadas a través de tarjetas de crédito, mediante la fórmula de interés simple sobre la base de 360 días que se detalla a continuación:

$$I = \left[ c \times i \left( \frac{t}{360} \right) \right]$$

Donde:

I = Interés a pagar

c = Capital adeudado (cargos; exceptuando comisiones, intereses generados y cuotas de otros créditos)

i = Tasa de interés vigente establecida para estas operaciones por el Banco Central de Venezuela

t = Días transcurridos en el financiamiento o mora, según corresponda

**Artículo 19** El orden de prelación de los pagos realizados se aplicará de la forma siguiente:

- 1) Intereses por financiamiento.
- 2) Intereses moratorios.
- 3) Cuota de otros créditos, de ser el caso.
- 4) Comisiones permitidas por la legislación vigente.
- 5) Capital.

**Artículo 20** El emisor que a la fecha de entrada en vigencia de esta Resolución, financie operaciones derivadas del uso de tarjetas de crédito, a través de créditos al consumo bajo la figura de línea de crédito, deberá aplicar a dicho crédito la metodología que a continuación se indica:

- 1) Intereses de financiamiento:
  - a) Los cargos realizados en el mes a facturar, generan intereses de financiamiento a partir del mes siguiente de su ocurrencia, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico; por

consiguiente, en la referida facturación no se deben incluir intereses de financiamiento por dichos cargos.

- b) Al capital adeudado (incluido en el saldo anterior del estado de cuenta del mes a facturar) se le calcularán los intereses de la forma siguiente:
  - Para el capital adeudado que corresponda a cargos de la facturación anterior, se considerará cada cargo por la tasa de interés que se establezca dentro de los parámetros fijados por el Banco Central de Venezuela para estas operaciones, por el cociente de los días transcurridos a partir de la fecha en la cual se cumpla el plazo indicado en el literal precedente, y hasta la fecha de corte del mes que se está facturando o la fecha de pago, según corresponda, entre el factor trescientos sesenta (360). Es de acotar que el lapso transcurrido para el cálculo de los intereses adeudados no debe superar los treinta (30) días, y deberán estar reflejados por cada uno de los cargos.
  - Para calcular los intereses de financiamiento al resto del capital adeudado se multiplicará éste por la tasa de interés que se establezca dentro de los parámetros fijados por el Banco Central de Venezuela para estas operaciones, por el cociente de los días contados a partir de la fecha de corte anterior hasta la fecha efectiva en: que se realice el pago, entre el factor trescientos sesenta (360). Se calcularán los intereses por financiamiento de la nueva porción del saldo de capital adeudado, producto de la aplicación del pago desde la fecha efectiva de éste, hasta la fecha de un próximo pago, siempre y cuando se efectúe dentro del mismo período a facturar o hasta la fecha de corte del mes actual, en caso de no existir pagos adicionales.
- c) Se suman los intereses causados para totalizarlos en el estado de cuenta, en virtud de ser calculados sobre saldos de capital deudores.

2) Intereses moratorios:

- a) Los intereses moratorios se determinan considerando únicamente el capital contenido en el pago mínimo no satisfecho, multiplicado por la respectiva tasa de interés de mora, por el cociente de los días contados a partir de la fecha límite de pago hasta la fecha de corte del estado de cuenta, entre el factor trescientos sesenta (360). Los

intereses de mora se calcularán sobre saldos de capital deudores; en tal sentido en caso de recibir algún pago y éste no cubra la totalidad del capital requerido, el cálculo se realizará sobre el saldo de capital en mora remanente. (Véase anexo B)

- b) Se suman los intereses causados para totalizarlos en el estado de cuenta, en virtud de ser calculados sobre saldos de capital en estado de atraso.
- 3) Pago mínimo:
- a) Se determina el pago mínimo sumando obligatoriamente el monto correspondiente a: los intereses de financiamiento, de ser el caso; los intereses de mora, de ser el caso; el monto de la cuota producto de otros créditos, de ser el caso; las comisiones de existir y la porción de capital correspondiente. b) Se calcula la porción de capital a cancelar en el pago mínimo dividiendo el saldo total adeudado sin incluir los intereses de financiamiento, en el caso que los hubiere, los intereses de mora, de existir; el monto de la cuota de otro crédito de ser el caso; las comisiones, de ser el caso; entre el plazo concedido por el emisor para el financiamiento.
- 4) Otros:
- a) Todos los débitos y créditos efectuados en el mes se reflejarán en orden cronológico de acuerdo a la fecha efectiva en que se causen, con su correspondiente sumatoria, es decir, debe existir un desglose de los cargos, comisiones, intereses, cuota de otros créditos, pagos y cualesquiera otros débitos o créditos, debidamente detallados y totalizados. (Véase anexo A)
  - b) Cuando el tarjetahabiente cancele fuera del horario hábil o realice transacciones de pago por medios electrónicos, no se aceptará que éstos se imputen en fechas posteriores, sino el día en que el tarjetahabiente realice el pago, independientemente de que no sea hábil bancario.
  - c) A las cuotas de otros créditos no se les podrá aplicar ni cobrar nuevamente intereses al reflejarlas en el estado de cuenta, toda vez que están conformadas por un capital más intereses; en consecuencia, sólo podrá generar intereses de mora la porción de capital contenida en la cuota, en caso que ésta no sea pagada en su oportunidad, los cuales serán calculados de conformidad con el numeral 2 de este artículo.

**Artículo 21** El emisor debe diseñar, establecer y hacer seguimiento del correcto funcionamiento de mecanismos informativos que permitan al tarjetahabiente, conocer la metodología aplicada al cálculo de intereses producto del financiamiento de los cargos generados por el uso de la tarjeta de crédito, incluyendo los de mora.

Igualmente, deberá informar a los tarjetahabientes las operaciones o cargos realizados, que estarán afectos al cobro de intereses. Así mismo, el emisor a través de las unidades, departamentos o gerencias de atención al cliente, informará y aclarará a sus tarjetahabientes las interrogantes que pudieran surgir sobre el cálculo en cuestión.

**Artículo 22** Las tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico son intransferibles, por cuanto deben emitirse a nombre del respectivo titular, y deberán presentar en su cuerpo como mínimo, la siguiente información:

- 1) Nombre y apellido del tarjetahabiente.
- 2) Número de identificación de la tarjeta en relieve.
- 3) Fecha de emisión y/o afiliación según el caso.
- 4) Fecha de vencimiento.
- 5) Medios que aseguren la inviolabilidad de la tarjeta de crédito.
- 6) Identificación del emisor de las tarjetas.
- 7) Nombre de la franquicia que emite u opera la tarjeta.
- 8) Números de teléfonos de atención permanente al tarjetahabiente.

**Artículo 23** De conformidad con lo pautado en el artículo 14 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pagos Electrónicos, los emisores que pretendan realizar ofertas de premios y promociones para tarjetahabientes, deberán remitir a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en un plazo de sesenta (60) días continuos de anticipación a la fecha estimada de inicio de tales actividades, a los fines de su autorización, la siguiente información:

- 1) Comunicación a través de la cual se realiza la solicitud del premio y/o promoción que se desea ofrecer indicando detalladamente los clientes a quienes va dirigido y en que consiste.
- 2) Discriminación exacta de los premios y/o promociones que se ofrecerán a los tarjetahabientes.
- 3) Plazo de duración de la promoción o premio.

- 4) Condiciones y/o requisitos exigidos a los tarjetahabientes para participar u optar a los premios y promociones.
- 5) Explicación detallada de los mecanismos que utiliza el emisor para:
  - a) Adjudicar el premio o el beneficio de la promoción a los tarjetahabientes (sorteos, selección aleatoria, entre otros).
  - b) Cuantificación total de los premios o beneficios promocionales que se ofertarán a los tarjetahabientes.
  - c) Mecanismos a través del cual se informará y certificará a los tarjetahabientes la adjudicación de los premios o los beneficios promocionales.
- 6) Proyecto de aviso publicitario o notificación a los tarjetahabientes acerca de las características y condiciones de los premios y promociones a realizar, el cual debe ser objetiva y expresada en términos comprensibles y claramente legibles.
- 7) Copia de la autorización relativa al premio y/o promoción que el emisor desea ofrecer, emitida por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

**Artículo 24**

La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras podrá negar o suspender la autorización para otorgar premios y actividades de promociones a tarjetahabientes, cuando:

- 1) No discriminen claramente las condiciones que deberán acreditar los tarjetahabientes para optar a tales beneficios.
- 2) Los mecanismos de adjudicación no sean suficientemente objetivos o transparentes.
- 3) Los tarjetahabientes deban incurrir en pagos o cargos adicionales a su cuenta para optar a tales beneficios.
- 4) Que de forma integral los premios y/o promociones no signifiquen un efectivo beneficio para los tarjetahabientes que opten a los mismos.
- 5) Este Organismo considere que la naturaleza de los premios y/o promociones puedan afectar los derechos de los tarjetahabientes.

**Artículo 25**

Queda prohibido ofrecer a los tarjetahabientes premios y/o promociones sin la previa autorización de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

## Capítulo II

### *De los Mecanismos Mínimos de Seguridad para la Prevención de Fraudes en Cajeros Automáticos y Puntos de Venta*

**Artículo 26** A los efectos del presente Capítulo de estas normas, se entenderá por:

- a. Información Sensible: Es el nombre que recibe la información personal privada de un individuo, tales como: número de cuenta; número de identificación personal (PIN); clave del cliente; clave de validación, número de tarjeta física; información sobre depósitos o inversiones de cualquier tipo, créditos, saldos, cupos y movimientos de cuenta, siempre que vayan acompañados del nombre o número de identificación del cliente.
- b. Clave maestra: Clave usada por los emisores para configurar los cajeros automáticos (ATM).
- c. Clave de trabajo: Clave utilizada para la comunicación entre los cajeros automáticos, Instituciones Financieras y redes interbancarias.
- d. Cifrado Robusto: Clave de cifrado de 128 o más bits y que su fortaleza se mantenga en consecuencia a los avances tecnológicos en cuanto a capacidad de los procesamientos.

**Artículo 27** Los emisores deben fortalecer los mecanismos de seguridad de los cajeros automáticos; así como, el área perimetral de éstos; todo ello, con el objeto de prevenir que sean vulnerados y en consecuencia utilizados para cometer fraudes bancarios.

Entre las medidas de seguridad a implementar, se encuentran las detalladas a continuación:

- a) cajeros automáticos que se encuentran ubicados en una estructura cerrada, deberán disponer como mínimo de: vidrios de seguridad, dispositivos magnéticos en la puerta que impidan el acceso de terceros al interior del recinto y salida de forma manual en caso de fallas eléctricas.
- b) El uso de cámaras de vigilancia en el perímetro de los cajeros automáticos (cerrados, abiertos y remotos), dispuestas de tal manera que no visualicen la contraseña del cliente y que permitan la grabación continua de las actividades que se ejecutan en el área. Así mismo, informar a los usuarios que están siendo grabados.

- c) Mantener respaldos en formato digital de las filmaciones registradas en los sistemas de video y vigilancia de los cajeros automáticos, por un periodo no menor a un (1) año.
- d) Establecer procedimientos formales que permitan garantizar que sólo el personal autorizado por el emisor, accede a los cajeros automáticos para efectuar la carga de efectivo y el mantenimiento del equipo.
- e) Los cajeros automáticos deben reflejar el logotipo del emisor, las redes interbancarias afiliadas y los teléfonos de atención al cliente, para casos de emergencia.
- f) Formalizar los procedimientos de revisión y mantenimiento continuo de los recintos en los cuales se encuentran instalados los cajeros automáticos.

**Artículo 28**

Los emisores deben fortalecer los mecanismos de seguridad para salvaguardar la información sensible asociada a las transacciones de los clientes que son registradas y transmitidas por los cajeros automáticos.

Entre las medidas de seguridad a implementar, se encuentran las detalladas a continuación:

- a) Utilizar teclados de encriptación robustos y actualizados.
- b) Mantener una continua actualización tecnológica del software instalado en los cajeros automáticos (v.g: sistema operativo, aplicativos, parches).
- c) Emplear algoritmos de cifrado robustos en el medio de transmisión de la información desde el cajero automático hasta el emisor y viceversa; así como evaluar con regularidad la efectividad y vigencia del mecanismo de cifrado adoptado.
- d) Establecer una clave maestra por cada cajero automático, de carácter secreto y confidencial, para ello los emisores establecerán mecanismos para su generación, custodia, distribución, uso y destrucción
- e) Las claves de trabajo utilizadas entre los cajeros automáticos y la red interbancaria (incluyendo el propio emisor, deben ser generadas de manera aleatoria y de forma dinámica a fin de dotar de seguridad a las operaciones realizadas.
- f) Implementar autenticación para confirmar que el cajero es un equipo autorizado dentro de la red del emisor.
- g) Deshabilitar el acceso a los dispositivos y puertos externos, al escritorio del computador que controla al cajero automático; así como, a los servicios de protocolo de transferencia de archivo (FTP), Internet y/o cualquier otro de red.

- h) Especificar en los mensajes de intercambio de transacciones electrónicas la localización del cajero automático o punto de venta.

**Artículo 29** Dentro de los mecanismos mínimos de seguridad que debe implementar el emisor para evitar los fraudes en los puntos de venta, autoservicios u otros dispositivos similares se indican los siguientes:

- a) Utilizar algoritmos de cifrado robusto en el proceso de transmisión de la información, incluyendo las comunicaciones inalámbricas.
- b) Requerir a los comercios que los puntos de venta sean instalados a la vista del cliente y en aquéllos donde las condiciones no lo permitan, emplear la tecnología inalámbrica.
- c) Asegurar que los establecimientos que posean servicios de puntos de ventas, cumplan las normas de seguridad adheridas a dicho servicio a los fines de proteger y garantizar el secreto y confidencialidad de la información sensible. Las estrategias adoptadas en este sentido deberán documentarse y reportarse a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
- d) Identificar el punto de venta con el nombre o denominación del emisor al cual pertenezca.

**Artículo 30** Los emisores deben implementar un sistema antifraude que permita la evaluación de tendencias transaccionales y active alertas tempranas cuando el comportamiento del cliente no se corresponda al habitual. Adicionalmente, deberán implementar tecnología como mensajería de texto instantánea, llamadas telefónicas, entre otras, que permitan informar a los clientes la presunta operación inusual de sus cuentas.

Asimismo, la atención al titular en caso de emergencias deberá ser en forma gratuita las 24 horas del día y los 365 días del año, en forma directa y sin distracción publicitaria.

**Artículo 31** Los emisores deben implantar mecanismos de contingencia a los fines de no interrumpir el funcionamiento de todos y cada uno de los puntos de venta y cajeros automáticos instalados, previendo situaciones como:

- a) Fallas en cajeros automáticos y puntos de ventas.
- b) Fallas en las comunicaciones.

- c) Cajeros automáticos sin efectivo.
- d) Cajeros automáticos sin recibo.
- e) Cajeros automáticos y puntos de venta dañados.
- f) Cualquier otra, que mantenga inoperante los cajeros automáticos o los puntos de venta.

Los emisores deben implementar, sistemas automatizados que permitan medir la gestión asociada al cumplimiento del presente artículo.

**Artículo 32** La administración de seguridad, contingencia y comunicaciones deberán ser consistentes con lo establecido en la Circular No SBIF-DSB-IO-GGT-GRT-01907 de fecha 30 de enero de 2008, contentiva de la Normativa de Tecnología de la Información, Servicios Financieros Desmaterializados, Banca Electrónica, Virtual y en Línea para los Entes Sometidos al Control, Regulación y Supervisión de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

**Artículo 33** Con respecto al almacenamiento de la información en puntos de ventas y cajeros automáticos, los emisores deberán:

- a) Velar porque la información sensible de los clientes no sea almacenada o retenida en el lugar en donde los puntos de venta estén siendo utilizados, así como, en los cajeros automáticos.
- b) Proteger los datos de los clientes y asegurar que como mínimo el número de cuenta primario (PAN), sea ilegible en cualquier lugar donde esté guardado.
- c) No almacenar los datos de autenticación confidenciales después de la autorización.
- d) En caso de utilizar la información cifrada, proteger las llaves de encriptación contra la divulgación y el uso indebido.

**Artículo 34** Los emisores deberán cumplir con los procedimientos, controles y medidas de seguridad efectivas para la creación, asignación y entrega de las claves a los clientes.

**Artículo 35** Los emisores deberán ampliar las campañas publicitarias que proporcionen a los usuarios de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagada y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, la información necesaria para reforzar la seguridad de sus transacciones.

### **Capítulo III**

#### *De la Adecuación de Cajeros Automáticos o Electrónicos para Usuarios y Usuarías con Discapacidad Física*

**Artículo 36** A los fines de cumplir con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, los emisores deben contar con los elementos de Tecnología de la Información (TI) que permitan el uso de cajeros automáticos o electrónicos, a los clientes que presenten discapacidad visual y física, para lo cual deberán adecuarlos de la siguiente manera:

- Incorporación de identificares táctiles para el cajero.
- Permitir el acercamiento frontal y lateral mediante un adecuado diseño externo del terminal, de manera que el cajero pueda ser usado por personas que utilizan sillas de rueda o que requieran sentarse para operar.
- Diseñar las bocas de entrada y salida de tarjetas y dinero, para que sean fácilmente localizables visual y táctilmente, a su vez que sean cómodamente manipulables.
- Dotar de software que permita modificar el contraste de los caracteres, aumentarlos, combinar mayúsculas y minúsculas, a través del teclado.
- Instalar un software que contemple: pocas y claras instrucciones, gráficos e íconos sencillos, lenguaje fácilmente comprensible, pantalla táctil en macrocaracteres, instrucciones en Braille, emisión de avisos auditivos y visuales de desarrollo del proceso como respuesta del cajero.
- Añadir la opción de reproducción por voz con control del volumen de los mensajes necesarios para utilizar el cajero, asegurando la confidencialidad y seguridad en la operativa, eliminando la utilidad de la pantalla al conectar el auricular.
- Estandarizar el teclado en cuanto a su tamaño, distribución espacial y color. Incorporar a las teclas confirmación sonora de pulsación y señalización Braille.

### **Capítulo IV**

#### *Registro Automatizado de las Organizaciones de Participación Ciudadana*

**Artículo 37** El presente capítulo está dirigido a todas aquellas Organizaciones de Participación Popular en sus diversas modalidades, legalmente establecidas, avocadas a la protección y

al ejercicio de los derechos que amparan a los usuarios y usuarias de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o pago Electrónico, que deseen inscribirse en el Registro Automatizado que mantiene la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

**Artículo 38**

A los efectos de las presentes Normas y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios en concordancia con la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico se entenderá por:

**Organización de Participación Popular:** Cualquier forma de organización lícita, sin fines de lucro, la cual no participe en la promoción de causas comerciales, conformadas por un mínimo de veinticinco (25) personas naturales, que tienen por objeto la promoción y defensa de los derechos e intereses de los y las tarjetahabientes en forma colectiva o difusa y de forma individual cuando hayan sido previamente autorizados por escrito por él o la tarjetahabiente.

**Registro Automatizado:** Base de datos manejada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras contentiva de la información referente a las Organizaciones de Participación Popular que se constituyan para la defensa de los derechos de los y las tarjetahabientes que cumplan con las formalidades establecidas.

**Artículo 39**

Las Organizaciones de Participación Popular tendrán como objeto la defensa de los derechos de los y las tarjetahabientes, en los términos señalados en la Ley. Sólo aquellas Organizaciones inscritas en el Registro Automatizado de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras están facultadas para ejercer tal actividad.

**Artículo 40**

A los fines de se inscripción en el Registro Automatizado, las Organizaciones deberán llenar la planilla de solicitud emitida por este Organismo, la cual contendrá entre otros, los requisitos que a continuación se señalan:

1. Original y dos (2) copias simples de la comunicación; dirigida a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, solicitando la inscripción en el Registro

Automatizado, donde indique el nombre de la Organización, nombres y apellidos, dirección, correo electrónico, números de teléfonos y/o fax de los representantes legales, así como de los demás integrantes.

2. Copia de la cédula de identidad ampliada y legible de los representantes legales y de cada uno de los integrantes.
3. Copia simple y legible del Acta Constitutiva, Registro de Asociación y/o documento de creación, incluyendo sus posteriores modificaciones; así como, la documentación donde se evidencian las personas que integran la junta directiva de la persona jurídica.
4. Copia del Registro de Información Fiscal (RIF) de la persona jurídica.
5. Declaración jurada en la que conste que todos los datos suministrados en la solicitud de registro son verdaderos, y que el declarante autoriza a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, la verificación de los mismos, cuando lo considere necesario.
6. Copia simple de la Declaración del Impuesto sobre la Renta de los últimos dos ejercicios fiscales, de ser el caso.
7. Proyecto Social de la Organización, con indicación de las metas a cumplir con la comunidad, relativas a la razón de su creación, tendientes a la promoción y defensa los intereses y derechos de los y las tarjetahabientes; charlas de prevención y Responsabilidad Social, así como su participación en el Consejo Nacional de Usuarios y demás de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.
8. Cualquier otra información o documentos que a juicio de este Organismo deba ser suministrada con carácter obligatorio.

**Artículo 41**

La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras una vez recibida la solicitud de inscripción en el Registro, así como los recaudos correspondientes tendrá treinta (30) días hábiles siguientes para notificar al interesado sobre la aprobación o no de la respectiva inscripción. El registro de las Organizaciones de Participación Popular se publicará en la página web de este Organismo y otros medios que considere necesarios; así como, los datos correspondientes.

El respectivo certificado y número de registro asignado, deberá ser retirado ante la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras por el representante legal debidamente

autorizado por las Organizaciones de Participación Popular que hayan sido aprobadas.

Cuando la Organización de Participación Popular haya sido rechazada, podrá ejercer los recursos previstos en el artículo 451 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

**Artículo 42** Las personas integrantes de las Organizaciones de Participación Popular que se constituyan para la promoción y defensa de los derechos e intereses de los y las tarjetahabientes se encontrarán sujetos a las siguientes condiciones:

1. No deberán tener participación accionaria, ni ser directores o directoras, gerentes, administradores o administradoras, o representantes legales de instituciones financieras u otras empresas sometidas a la supervisión de esta Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
2. No deberán promover causas comerciales con Instituciones sometidas a la supervisión de este Ente Supervisor.
3. Se les prohíbe recibir bienes, aportes, ayudas o subvenciones de personas naturales y/o jurídicas, públicas y/o privadas, que puedan condicionar o inhibir, sus actividades en promoción y defensa de los derechos e intereses de los usuarios y las usuarias.
4. No podrán estar inscritos en más de una Organización de Participación Popular de la registradas en este Organismo, de ser el caso, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras tomará en cuenta la primera Organización en que se le otorgó el registro correspondiente, excluyéndose automáticamente de la otra o las otras.

**Artículo 43** Las Organizaciones de Participación Popular se encontrarán sujetas a las siguientes condiciones:

1. No podrán ser financiadas, recibir bienes, aportes, ayudas o subvenciones de personas naturales y/o jurídicas, públicas y/o privadas, que puedan condicionar o inhibir sus actividades en promoción y defensa de los derechos e intereses de los usuarios y las usuarias de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.
2. Se les prohíbe aceptar anuncios de carácter comercial en sus publicaciones.
3. Se les prohíbe promover causas comerciales.

4. Se les prohíbe realizar publicidad comercial sobre Instituciones sometidas a la supervisión de esta Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

**Artículo 44** El certificado de registro emitido por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, tendrá una validez de dos (2) años.

Las Organizaciones de Participación Popular de tarjetahabientes, están obligadas a renovarlo para lo cual deberán cumplir con los requisitos señalados en el artículo siguiente dentro de un lapso de treinta (30) días continuos, con anterioridad a la fecha del vencimiento.

**Artículo 45** Para la renovación del Certificado de Registro, las Organizaciones de Participación Popular de Tarjetahabientes deberán hacer entrega de la siguiente documentación:

1. Última Declaración de Impuesto Sobre la Renta, de ser el caso.
2. Copia del Acta de Asamblea Ordinaria celebrada por la Organización, la cual deberá estar inscrita ante el Registro correspondiente.
3. Copia del Acta de Asamblea Extraordinaria celebrada por la Organización, en el caso de que se haya realizado cambio de la Junta Directiva o Representantes.
4. Listado de actualización de datos de los ciudadanos y ciudadanas que conformen la Organización de Participación Popular de Tarjetahabientes, el cual podrá ser presentado de manera impresa o digital.
5. Listado de nuevos integrantes de la Organización de Participación Popular de Tarjetahabientes, de los cuales deberá consignar los requisitos que le sean aplicables conforme a lo señalado en el artículo 40 de las presentes normas.
6. Síntesis de objetivos de metas alcanzadas durante el año, la cual debe indicar los logros obtenidos según el Proyecto Social presentado ante esta Superintendencia.
7. Proyecto Social referente a las nuevas metas previstas.

**Artículo 46** Las Organizaciones de Participación Popular de Tarjetahabientes, podrán incorporar o desincorporar, aquellos ciudadanos y ciudadanas que manifiesten su voluntad de pertenecer o retirarse de las mismas.

Las Organizaciones de Participación Popular de Tarjetahabientes, los primeros cinco (5) días hábiles bancarios de

cada mes, deberán remitir una lista en la cual señale las incorporaciones y desincorporaciones de los ciudadanos y ciudadanas e integrantes de esa Organización, en el que se indique la respectiva fecha de ingreso o egreso de ser el caso, el cual podrá ser presentado de manera impresa o digital.

En el caso de las incorporaciones, adicionalmente deberá anexar copia ampliada y legible de la cédula de identidad, domicilio, teléfonos y dirección de correo electrónico.

**Artículo 47** En el supuesto que una Organización de Participación Popular de Tarjetahabientes, haya incurrido en algún incumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Resolución, este Organismo podrá revocar dicha inscripción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

## **Capítulo V**

### *Disposiciones Finales*

**Artículo 48** La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, dentro de las competencias atribuidas conforme a lo previsto en la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, podrá actualizar o ampliar las disposiciones de esta Resolución, a través de normativas prudenciales de obligatorio cumplimiento según lo establecido en el numeral 9 del artículo 235 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

**Artículo 49** Los emisores deberán dar estricto cumplimiento al texto de las presentes Normas; todo ello sin perjuicio de las sanciones y medidas a que haya lugar de conformidad con lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

**Artículo 49** La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, derogando:

1. Las Normas que Regulan los Aspectos Mínimos que deberán contener los Contratos de Apertura de Crédito, Especie Tarjeta de Crédito; así como, la metodología y la Fórmula del Cálculo de Intereses contentiva en la Resolución N° 129.08 de fecha 6 de Junio de 2008, publicada en la Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 38.952 del 13 de junio de 2008.
2. La Circular N° SBIF-DSB-GGCJ-GALE-17657 del 8 de septiembre de 2008. Comuníquese y Publíquese,

*María Elena Fumero Mesa*  
Superintendente

**I**  
*(Actos adoptados en aplicación de los Tratados CE/Euratom cuya publicación es obligatoria)*

DIRECTIVAS

**DIRECTIVA 2007/64/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO**

**de 13 de noviembre de 2007**

**sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE**

**(Texto pertinente a efectos del EEE)**

EL PARLAMENTO EUROPEO Y  
EL CONSEJO DE LA UNIÓN  
EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 47, apartado 2, frases primera y tercera, y su artículo 95,

Vista la propuesta de la Comisión,  
Consultado el Comité Económico y Social Europeo,

Visto el dictamen del Banco Central Europeo<sup>1</sup>,

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado<sup>2</sup>,

Considerando lo siguiente:

(1) Es fundamental, para el establecimiento del mercado interior, que desaparezcan todas las fronteras internas de la Comunidad, a fin de

permitir la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Para ello es vital el correcto funcionamiento del mercado único de los servicios de pago. Sin embargo, en la actualidad, la falta de armonización en este ámbito impide el funcionamiento de dicho mercado.

(2) Hoy en día, los mercados de servicios de pago de los Estados miembros están organizados de manera independiente, según criterios nacionales, y el marco jurídico de los servicios de pago se encuentra fragmentado en 27 regímenes nacionales.

(3) Las diferentes disposiciones comunitarias ya adoptadas en este ámbito, a saber, la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas<sup>3</sup>, y el Reglamento (CE) no 2560/2001

<sup>1</sup> DO C 109 de 9.5.2006, p. 10.

<sup>2</sup> Dictamen del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2007 (no publicado aún en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007.

<sup>3</sup> DO L 43 de 14.2.1997, p. 25.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros<sup>4</sup>, no han remediado suficientemente esta situación, como tampoco lo ha hecho la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre financieros, comerciantes-organismos prestadores de servicios y consumidores)<sup>5</sup>, la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas<sup>6</sup>, o la Recomendación 97/489/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos<sup>7</sup>. Estas medidas siguen siendo insuficientes. Además, la coexistencia de disposiciones nacionales y un marco comunitario incompleto da lugar a confusiones y a la ausencia de seguridad jurídica.

(4) Es, por lo tanto, de importancia vital establecer a escala comunitaria un marco jurídico moderno y coherente para los servicios de pago, sean o no compatibles dichos servicios con el sistema que resulte de la iniciativa del sector financiero a favor de una zona única de pagos en euros, que sea neutra y garantice la igualdad

de condiciones para todos los sistemas de pago, con el fin de preservar la elección del consumidor, y que debe suponer para el consumidor un avance considerable en términos de coste, seguridad y eficiencia en comparación con los sistemas nacionales existentes en la actualidad.

(5) Dicho marco jurídico debe garantizar la coordinación de las disposiciones nacionales en materia de requisitos prudenciales, acceso al mercado de los nuevos proveedores de servicios de pago, requisitos de información y derechos y obligaciones respectivos de los usuarios y proveedores de estos servicios. Dentro de este marco deben mantenerse las disposiciones del Reglamento (CE) no 2560/2001, en virtud del cual se creó un mercado único de pagos en euros en lo relativo a los precios. Las disposiciones contempladas en la Directiva 97/5/CE y las recomendaciones formuladas en las Recomendaciones 87/598/CEE, 88/590/CEE y 97/489/CE deben integrarse en un único texto de carácter vinculante.

(6) Sin embargo, no es conveniente que este marco jurídico sea exhaustivo. Su aplicación debe limitarse a los proveedores de servicios de pago cuya actividad principal sea la prestación de servicios de pago a los usuarios de dichos servicios. Tampoco procede hacerlo aplicable a aquellos servicios en los cuales la

4 DO L 344 de 28.12.2001, p. 13.

5 DO L 365 de 24.12.1987, p. 72.

6 DO L 317 de 24.11.1988, p. 55.

7 DO L 208 de 2.8.1997, p. 52.

transferencia o el transporte de fondos del ordenante al beneficiario se efectúan exclusivamente por medio de billetes de banco y monedas, o cuando la transferencia se realiza mediante cheques en papel, letras, pagarés u otro instrumento, vales en papel o tarjetas extendidas por un proveedor de servicios de pago o por otras partes a fin de poner fondos a disposición del beneficiario. Además, debe establecerse una diferencia en el caso de medios ofrecidos por operadores de telecomunicaciones, de tecnologías de la información y de redes para facilitar la adquisición de bienes o servicios digitales, tales como tonos de llamada, música o prensa digital, además de los servicios vocales tradicionales y su distribución a dispositivos digitales. El contenido de dichos bienes o servicios puede haber sido producido por un tercero o por el operador, que puede haberle añadido valor intrínseco en forma de facilidades de acceso, distribución o búsqueda. En este último caso, si los bienes o servicios son distribuidos por uno de estos operadores o, por motivos técnicos, por un tercero, y cuando solo pueden utilizarse mediante dispositivos digitales tales como teléfonos móviles u ordenadores, no se aplicará el citado marco jurídico, habida cuenta de que la actividad del operador va más allá de una simple operación de pago. Procede, sin embargo, aplicar dicho marco jurídico a los casos en los que el operador se limita a actuar como intermediario que simplemente

se encarga de que se realice el pago a un tercero, el proveedor.

(7) El envío de dinero constituye un sencillo servicio de pago que se basa, por lo general, en el efectivo entregado por un ordenante a un prestador de servicios de pago, que remite la cantidad correspondiente, por ejemplo, mediante redes de comunicación, a un beneficiario o a otro prestador de servicios de pago que actúe por cuenta del beneficiario. En algunos Estados miembros existen supermercados, comerciantes y otros minoristas que prestan al público un servicio correspondiente que permite pagar servicios y otras facturas domésticas periódicas. Estos servicios de pago de facturas deben considerarse como servicio de envío de dinero, tal como se define en la presente Directiva, salvo que las autoridades competentes consideren la actividad como correspondiente a otro tipo de servicio de pago de los recogidos en el anexo.

(8) Es preciso especificar las categorías de proveedores de servicios de pago que pueden legítimamente prestar servicios de pago en toda la Comunidad, a saber, las entidades de crédito que acepten depósitos de los usuarios a fin de financiar operaciones de pago, las cuales deben seguir sometidas a los requisitos prudenciales contemplados en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio<sup>8</sup>,

<sup>8</sup> DO L 177 de 30.6.2006, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2007/44/CE (DO L 247 de 21.9.2007, p. 1).

las entidades de dinero electrónico que emiten dinero electrónico a fin de financiar operaciones de pago, las cuales deben seguir sometidas a los requisitos prudenciales contemplados en la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades<sup>9</sup>, y las instituciones de giro postal con derecho a prestar servicios de pago conforme a la legislación nacional.

(9) La presente Directiva debe establecer las normas de ejecución de las operaciones de pago cuando los fondos sean dinero electrónico, tal como establece el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2000/46/CE. La presente Directiva no debe regular, sin embargo, la emisión de dinero electrónico ni modificar la reglamentación en materia de supervisión cautelar de las entidades de dinero electrónico, establecida mediante la Directiva 2000/46/CE. Por consiguiente, las entidades de pago no deben estar autorizadas a emitir dinero electrónico.

(10) Sin embargo, y a fin de eliminar los obstáculos jurídicos a la entrada en el mercado, es preciso establecer una licencia única para todos los proveedores de servicios de pago que no ejerzan actividades de aceptación de depósitos o de emisión de dinero electrónico. Es, por tanto, conveniente introducir una nueva

categoría de proveedores de servicios de pago, «las entidades de pago», que contemple la autorización, sujeta a una serie de requisitos estrictos y generales, de personas jurídicas no pertenecientes a las categorías existentes a prestar servicios de pago en toda la Comunidad. De este modo se aplicarán en toda la Comunidad los mismos requisitos a este tipo de servicios.

(11) Entre las condiciones para la concesión y conservación de autorizaciones a las entidades de pago deben figurar requisitos prudenciales que sean proporcionados con respecto a los riesgos operativos y financieros que afrontan este tipo de entidades en el ejercicio de sus actividades. En este contexto, debe garantizarse un sólido régimen de capital inicial combinado con un capital permanente que pueda elaborarse de manera más compleja a su debido tiempo, dependiendo de las necesidades del mercado. Debido a la amplia gama de los diversos servicios de pago, la presente Directiva debe ofrecer margen para emplear varios métodos, junto con una cierta amplitud en la discrecionalidad en el ejercicio de la supervisión, a fin de garantizar que, a igualdad de riesgo, reciban el mismo trato todos los proveedores de servicios de pago. Los requisitos para las entidades de pago deben reflejar el hecho de que ejercen actividades más especializadas y limitadas, tales que generan riesgos más limitados y de más fácil supervisión y control que los que se plantean en toda la gama más amplia de

9 DO L 275 de 27.10.2000, p. 39.

actividades propias de las entidades de crédito. En particular, debe prohibirse a las entidades de pago la aceptación de depósitos de usuarios, y debe autorizárseles la utilización de fondos recibidos de los usuarios únicamente a efectos de prestación de servicios de pago. Debe establecerse que los fondos de los clientes se mantengan separados de los fondos de las entidades de pago destinados a otras actividades comerciales. Las entidades de pago deben asimismo ser objeto de requisitos eficaces en materia de lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

(12) Las entidades de pago deben elaborar sus cuentas anuales y consolidadas de conformidad con la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedades<sup>10</sup>, y, cuando proceda, con la Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas<sup>11</sup>, y la Directiva 86/635/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1986, sobre las cuentas anuales y las cuentas consolidadas de los bancos y de otras entidades financieras<sup>12</sup>. Las cuentas anuales y las cuentas consolidadas deben ser sometidas a auditoría, a menos que la entidad de pago haya

quedado exenta de esta obligación, en virtud de la Directiva 78/660/CEE y, cuando proceda, de las Directivas 83/349/CEE y 86/635/CEE.

(13) La presente Directiva debe regular la concesión de créditos por las entidades de pago, es decir, la concesión de líneas de crédito y expedición de tarjetas de crédito, solamente en la medida en que esté estrechamente ligada a servicios de pago. Solo si el crédito se concede por la entidad de pago para facilitar servicios de pago y si son créditos a corto plazo y concedidos por un período no superior a doce meses, inclusive de modo rotativo, procede permitir a las entidades de pago que concedan dichos créditos para las actividades transfronterizas con la condición de que se refinancien principalmente utilizando los fondos propios de la entidad de pago, y otros fondos procedentes de mercados de capitales, pero no los fondos depositados por los clientes para operaciones de pago. Lo anteriormente expuesto se entiende sin perjuicio de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo<sup>13</sup>, u otra normativa pertinente a nivel nacional

<sup>10</sup> DO L 222 de 14.8.1978, p. 11. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2006/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 224 de 16.8.2006, p. 1).

<sup>11</sup> DO L 193 de 18.7.1983, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2006/99/CE (DO L 363 de 20.12.2006, p. 137).

<sup>12</sup> DO L 372 de 31.12.1986, p. 1. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2006/46/CE.

<sup>13</sup> DO L 42 de 12.2.1987, p. 48. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 101 de 1.4.1998, p. 17).

o comunitario por lo que respecta a condiciones de concesión de créditos a los consumidores no armonizadas por la presente Directiva.

(14) Es preciso que los Estados miembros designen a las autoridades responsables de conceder autorizaciones a las entidades de pago, efectuar controles y decidir sobre la posible retirada de dichas autorizaciones. A fin de garantizar la igualdad de trato, los Estados miembros no deben aplicar a las entidades de pago requisito alguno adicional a los contemplados en la presente Directiva. Sin embargo, todas las decisiones adoptadas por las autoridades competentes deben poder ser objeto de recurso ante los tribunales. Por otra parte, las tareas de las autoridades competentes no deben ir en perjuicio de la vigilancia de los sistemas de pago, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, apartado 2, cuarto guión, del Tratado, es tarea que incumbe al Sistema Europeo de Bancos Centrales.

(15) Dada la conveniencia de registrar la identidad y paradero de todas las personas que presten servicios de envío de dinero y de conceder a todas cierto grado de reconocimiento, con independencia de su capacidad de cumplir íntegramente los requisitos para su autorización como entidades de pago, de modo que no se vean obligadas a pasar a la economía sumergida y de que todas las personas que presten servicios de envío de dinero entren dentro de un marco dotado con un mínimo de requisitos legales y reglamentarios, es

conveniente y se atiene a la lógica de la Recomendación especial VI del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales (GAFI), establecer un mecanismo que permita tratar como entidades de pago a aquellos proveedores de servicios de pago que no puedan cumplir todos los requisitos a tal fin. Para ello, los Estados miembros deben incluir a dichas personas en un registro de entidades de pago sin por ello aplicarles todos o parte de los requisitos para su autorización. No obstante, es fundamental que la posibilidad de conceder excepciones se supedita a requisitos estrictos sobre el volumen de las operaciones de pago. Las entidades de pago que se beneficien de una excepción no deben disponer del derecho de establecimiento ni de la libre prestación de servicios, ni deben ejercer indirectamente estos derechos en tanto en cuanto sean miembros de un sistema de pago.

(16) Para los proveedores de servicios de pago resulta fundamental poder acceder a servicios de infraestructuras técnicas de sistemas de pago. No obstante, el acceso debe estar supeditado al cumplimiento de los requisitos pertinentes con el fin de garantizar la integridad y estabilidad de dichos sistemas. Todo proveedor de servicios de pago que solicite su inclusión en un sistema de pago debe demostrar a los participantes en el sistema de pago que sus procedimientos internos son tan sólidos como para enfrentarse a todo tipo de riesgo. Estos sistemas de pago incluyen normalmente, por ejemplo, el sistema cuatri-

partito de las tarjetas así como los principales sistemas de tratamiento de las transferencias y de adeudos domiciliados. A fin de garantizar en toda la Comunidad la igualdad de trato entre las diferentes categorías de proveedores autorizados de servicios de pago con arreglo a las condiciones contempladas en su licencia, es preciso clarificar las normas que rigen el acceso a la actividad de prestación de servicios de pago y el acceso a los sistemas de pago. Conviene establecer disposiciones en materia de trato no discriminatorio de las entidades de pago autorizadas y las entidades de crédito, de tal forma que todo proveedor de servicios de pago que opere en el mercado interior pueda recurrir a los servicios de las infraestructuras técnicas de dichos sistemas de pago en igualdad de condiciones. Es preciso establecer diferencias de trato entre los proveedores autorizados de servicios de pago y los que se benefician de una excepción de conformidad con la presente Directiva, así como de las excepciones contempladas en el artículo 8 de la Directiva 2000/46/CE, debido a las diferencias entre ellos en el marco de la supervisión prudencial. En cualquier caso, deben permitirse diferencias en las condiciones de precio solo cuando estén motivadas por diferencias de costes inducidas por los proveedores de servicios de pago. Dichas disposiciones se entienden sin perjuicio de las prerrogativas de los Estados miembros en la limitación del acceso a sistemas de pago de importancia

sistémica, con arreglo a la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores<sup>14</sup>, y sin perjuicio de las competencias del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), tal como establece el artículo 105, apartado 2, del Tratado y los artículos 3.1 y 22 del Estatuto del SEBC, relativos al acceso a sistemas de pago.

(17) Las disposiciones relativas al acceso a los sistemas de pago no deben aplicarse a los sistemas que han sido creados y son utilizados por un único proveedor de servicios de pago. Estos sistemas de pago pueden utilizarse, bien compitiendo directamente con los sistemas de pago, bien, más frecuentemente, en un sector de mercado que no esté cubierto de forma adecuada por sistemas de pago. Estos sistemas de pago incluyen normalmente sistemas tripartitos, tales como los sistemas tripartitos de tarjeta, servicios de pago ofrecidos por proveedores de telecomunicaciones o servicios de envío de dinero en los que el operador del sistema es el proveedor de servicios de pago tanto para el ordenante como para el beneficiario, así como sistemas internos de grupos bancarios. Con el fin de estimular la competencia que puedan introducir tales sistemas de pago con respecto a los sistemas de pago mayoritarios establecidos, no procede en principio conceder acceso a terceros a dichos sistemas de pago. No obstante, dichos

<sup>14</sup> DO L 166 de 11.6.1998, p. 45.

sistemas deben estar siempre sujetos a las normas comunitarias y nacionales de defensa de la competencia, que pueden requerir que se permita el acceso a esos sistemas con el fin de mantener una competencia efectiva en los mercados de servicios de pago.

(18) Es preciso establecer un conjunto de normas que garanticen la transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

(19) La presente Directiva no debe aplicarse ni a las operaciones de pago efectuadas en efectivo, dado que existe ya un mercado único para los servicios de pago en efectivo, ni a las operaciones de pago efectuadas por medio de cheques en papel, toda vez que dichas operaciones, por su propia naturaleza, no pueden procesarse con la eficiencia de otros medios de pago. Sería conveniente, no obstante, que las buenas prácticas en la materia se inspiraran en los principios enunciados en la presente Directiva.

(20) Dado que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, no deben disponer del mismo nivel de protección. Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no pueden establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar a las empresas y organizaciones que convengan lo que estimen conveniente. No obstante, los Estados miembros deben disponer de la facultad de establecer que las microempresas, según la definición

recogida en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas<sup>15</sup>, reciban el mismo trato que los consumidores. Determinadas disposiciones esenciales de la presente Directiva deben aplicarse en todos los casos, sea cual fuere el tipo de usuario.

(21) La presente Directiva debe especificar las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de pago al facilitar información a los usuarios de dichos servicios, los cuales deben recibir información de un mismo nivel de claridad sobre los servicios de pago a fin de poder elegir con información suficiente y comparar precios dentro de la UE. En interés de la transparencia, la presente Directiva debe establecer los requisitos armonizados necesarios para garantizar el suministro de la información necesaria y suficiente a los usuarios de servicios de pago en relación con el contrato de servicio de pago y con las operaciones de pago. Para promover un funcionamiento correcto del mercado interior de los servicios de pago, los Estados miembros no deben poder adoptar disposiciones en materia de información que difieran de las establecidas en la presente Directiva.

(22) Procede proteger a los consumidores contra prácticas comerciales engañosas y desleales, tal como establece la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las

<sup>15</sup> DO L 124 de 20.5.2003, p. 36.

prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior<sup>16</sup>, así como 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 (Directiva sobre el comercio electrónico)<sup>17</sup>, y 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<sup>18</sup> (5). Las disposiciones adicionales de esas Directivas siguen siendo aplicables. No obstante, conviene aclarar la relación entre la presente Directiva y la Directiva 2002/65/CE por lo que se refiere a los requisitos de información precontractual.

(23) La información requerida debe ser proporcionada a las necesidades de los usuarios y comunicarse de modo normalizado. Sin embargo, los requisitos en materia de información aplicables a una operación de pago individual deben ser diferentes de los aplicables a un contrato marco que contemple una sucesión de operaciones de pago.

(24) En la práctica, los contratos marco y las operaciones de pago en el marco de dichos contratos son mucho más frecuentes y tienen mayor importancia económica que las operaciones de pago individual. Si existe una

cuenta de pago o un instrumento de pago específico, se requiere un contrato marco. Por lo tanto, los requisitos en materia de información previa sobre contratos marco deben ser bastante exhaustivos y la información debe facilitarse por escrito o a través de otros soportes duraderos, tales como impresos obtenidos mediante impresoras de extractos, disquetes, CD-ROM, DVD y discos duros de ordenadores personales en los que se almacenen correos electrónicos y sitios de internet, en la medida en que para futuras referencias se pueda acceder a dichos sitios durante un período de tiempo adecuado a efectos de información, y que permitan la reproducción sin cambios de la información archivada. No obstante, el contrato marco entre el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago puede estipular la forma en que se ofrece la información ulterior correspondiente a las operaciones de pago ejecutadas, por ejemplo que, por lo que respecta a las operaciones bancarias por internet, toda la información sobre cuentas de pago esté disponible en línea.

(25) Por lo que se refiere a las operaciones de pago individual, solo se ofrecerá la información esencial sobre la base de la propia iniciativa del proveedor del servicio de pago. Habida cuenta de que el ordenante está normalmente presente cuando da la orden de pago, no es necesario disponer que la información deba

<sup>16</sup> DO L 149 de 11.6.2005, p. 22.

<sup>17</sup> DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

<sup>18</sup> DO L 271 de 9.10.2002, p. 16. Directiva modificada por la Directiva 2005/29/CE.

facilitarse en cada caso por escrito o mediante otro soporte duradero. El proveedor del servicio de pago podría ofrecer información oral *in situ* o hacer que la información esté fácilmente disponible, por ejemplo mediante difusión de las condiciones en un tablón de anuncios en el edificio. También debe informarse sobre si se puede acceder a información adicional más detallada (por ejemplo, direcciones de sitios de internet). No obstante, si así lo solicita el consumidor, la información esencial debe proporcionarse por escrito o mediante otro soporte duradero.

(26) La presente Directiva debe disponer el derecho de los consumidores a recibir información pertinente gratuita antes de comprometerse mediante un contrato de servicios de pago. El consumidor también debe poder solicitar que se le facilite por escrito gratuitamente la información previa y el contrato marco en cualquier momento a lo largo de la relación contractual, de forma que pueda comparar los servicios y las condiciones ofrecidas por los proveedores de servicios de pago y, en caso de litigio, comprobar sus derechos y obligaciones contractuales. Estas disposiciones deben ser compatibles con la Directiva 2002/65/CE. Lo dispuesto explícitamente en la presente Directiva en materia de información gratuita no debe tener como consecuencia que se permita imponer tasas por facilitar información a los consumidores con arreglo a otras Directivas aplicables.

(27) La forma en que el proveedor de servicios de pago facilite la

información necesaria al usuario del servicio de pago debe tener en cuenta las necesidades de este último, así como aspectos técnicos de carácter práctico y de coste-beneficio en función de la situación con respecto al acuerdo del contrato respectivo de servicio de pago. Así pues, la presente Directiva debe distinguir entre las dos formas en las que el proveedor de servicios de pago debe facilitar la información, es decir, que o bien el proveedor de servicios de pago debe comunicarla de forma activa en el momento adecuado, tal como establece la presente Directiva, sin que el usuario del servicio de pago tenga que tomar ninguna iniciativa, o bien la información se debe poner a disposición del usuario de servicio de pago, tomando en consideración toda posible solicitud presentada en el sentido de obtener información adicional. En este último caso, el usuario del servicio de pago debe adoptar alguna medida activa para obtener la información, tales como solicitarla explícitamente del proveedor de servicios de pago, entrar en la cuenta de correo electrónico de la cuenta bancaria o introducir su tarjeta bancaria en una impresora de extractos de cuenta. A estos efectos, el proveedor de servicios de pago debe garantizar la posibilidad de acceso a la información y que la información esté a disposición del usuario del servicio de pago.

(28) Además, el consumidor debe recibir información básica sobre las operaciones de pago efectuadas sin gastos suplementarios. Por lo que respecta a las operaciones de pago individual, el proveedor de servicios

de pago no debe facturar separadamente esta información. De la misma forma, debe ofrecerse gratuitamente la información mensual ulterior sobre operaciones de pago con arreglo al contrato marco. No obstante, habida cuenta de la importancia de la transparencia en el establecimiento de precios y de las distintas exigencias de los clientes, las partes deben poder convenir la facturación de gastos si se trata de información adicional o proporcionada con mayor frecuencia. Para tener en cuenta las diferentes prácticas nacionales, los Estados miembros deben estar autorizados a establecer normas por las cuales los extractos mensuales de las cuentas de pago en papel deban ofrecerse siempre gratuitamente.

(29) A fin de facilitar la movilidad de los clientes, los consumidores deben tener la posibilidad de rescindir un contrato marco después de un año de vigencia sin incurrir en gastos. Por lo que respecta a los consumidores, no debe convenirse un plazo de notificación previa superior a un mes y, por lo que respecta a los proveedores de servicios de pago, dicho plazo no puede ser inferior a dos meses. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la obligación del proveedor de servicios de pago de cancelar el contrato de servicios de pago en circunstancias excepcionales, con arreglo a otra normativa nacional o comunitaria pertinente, tales como la normativa en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, cualquier acción que tenga por objetivo la congelación de fondos o cualquier otra

medida específica en relación con la prevención e investigación de delitos.

(30) Los instrumentos de pagos de escasa cuantía deben constituir una alternativa barata y fácilmente accesible en el caso de los bienes y servicios de precio reducido, y no deben someterse a requisitos excesivos. Los requisitos y normas pertinentes de información sobre su ejecución deben limitarse, por consiguiente, a la información esencial, habida cuenta de las características técnicas que pueden razonablemente esperarse de instrumentos dedicados a pagos de escasa cuantía. A pesar de ser un régimen más ligero, los usuarios de servicios de pago deben beneficiarse de la protección adecuada habida cuenta de los riesgos limitados que plantea dicho tipo de instrumentos de pago, en particular cuando se trata de instrumentos de prepago.

(31) Para reducir los riesgos y las consecuencias de operaciones de pago no autorizadas o que hayan sido ejecutadas incorrectamente, el usuario del servicio de pago debe informar al proveedor de servicios de pago lo antes posible sobre sus posibles reclamaciones en relación con las supuestas operaciones de pago no autorizadas o que hayan sido ejecutadas incorrectamente, siempre y cuando el proveedor de servicios de pago haya respetado sus obligaciones de información con arreglo a la presente Directiva. Si el usuario del servicio de pago respeta el plazo de la notificación, debe tener la posibilidad de presentar esa reclamación respetando los plazos de prescripción

aplicables con arreglo al Derecho nacional. La presente Directiva no debe afectar a otras reclamaciones entre usuarios de servicios de pago y proveedores de servicios de pago.

(32) A fin de ofrecer incentivos para que el usuario de servicios de pago comunique sin demora a su proveedor toda pérdida o robo de un instrumento de pago y reducir así el riesgo de operaciones de pago no autorizadas, el usuario solo debe ser responsable por un importe limitado, salvo en caso de fraude o grave negligencia por parte del usuario del servicio de pago. Asimismo, una vez que el usuario haya comunicado al proveedor de servicios de pago que su instrumento de pago puede haber sido objeto de uso fraudulento, no deben exigírsele responsabilidades por las ulteriores pérdidas que pueda ocasionar el uso no autorizado del instrumento. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los proveedores de servicios de pago por la seguridad técnica de sus propios productos.

(33) A la hora de evaluar las posibles negligencias del usuario de servicios de pagos, deben tomarse en consideración todas las circunstancias. Las pruebas y el grado de presunta negligencia deben ser evaluados con arreglo a la normativa nacional. Se deben considerar nulas las cláusulas contractuales y las condiciones de prestación y utilización de instrumentos de pago mediante las cuales aumente la carga de la prueba sobre el consumidor o se reduzca la carga de la prueba sobre el emisor.

(34) No obstante, los Estados miembros deben poder establecer normas menos estrictas que las anteriormente mencionadas, con el fin de mantener los niveles existentes de protección de los consumidores y promover la confianza en la utilización segura de los instrumentos electrónicos de pago. Debe tomarse en consideración de forma adecuada el hecho de que los diferentes instrumentos de pago impliquen diferentes riesgos, y de esta forma promover la creación de instrumentos más seguros. Los Estados miembros deben poder reducir o suprimir totalmente la responsabilidad del ordenante, a menos que el ordenante haya actuado de forma fraudulenta.

(35) Deben adoptarse las disposiciones oportunas para proceder a una asignación de pérdidas en caso de operaciones de pago no autorizadas. Disposiciones distintas pueden aplicarse a los usuarios de servicios de pago que no sean consumidores, pues estos usuarios, por lo general, se hallan en mejores condiciones de evaluar el riesgo de fraude y adoptar las medidas correspondientes.

(36) La presente Directiva debe establecer normas de devolución, con el fin de proteger al consumidor en caso de que la operación de pago ejecutada sea superior a la cantidad que razonablemente puede esperarse. Los proveedores de servicios de pago deben poder establecer incluso condiciones más favorables para sus clientes y, por ejemplo, devolver las cantidades correspondientes a posibles operaciones de pago objeto

de litigio. En aquellos casos en que el usuario reclame la devolución de una operación de pago, los derechos de devolución no deben afectar a la responsabilidad del ordenante frente al beneficiario, derivada de la relación subyacente, por ejemplo, por los bienes y servicios solicitados, consumidos o legítimamente facturados, o el derecho del usuario a revocar una orden de pago.

(37) A efectos de la planificación financiera y del cumplimiento de las obligaciones de pago a su debido tiempo, los consumidores y las empresas deben disponer de garantías sobre los plazos de ejecución de las órdenes de pago. Por consiguiente, la presente Directiva debe establecer el momento a partir del cual comienzan a surtir efecto los derechos y obligaciones, a saber, cuando el proveedor de servicios de pago recibe la orden de pago, incluso cuando haya tenido la oportunidad de recibirla por los medios de comunicación convenidos en el contrato de servicio de pago, a pesar de que haya podido participar previamente en el proceso de creación y transmisión de la orden de pago, por ejemplo, en las comprobaciones de seguridad y de disponibilidad de los fondos, en la información sobre el uso del número de identidad personal o en la emisión de promesas de pago. Por otra parte, la recepción de una orden de pago debe producirse en el momento en que el proveedor del servicio de pago del ordenante recibe la orden de pago que debe cargarse a la cuenta del ordenante. No deben ser pertinentes a estos efectos el día o el momento en que el beneficiario

transmite a su proveedor de servicios las órdenes de pago para su cobro, por ejemplo de pagos con tarjeta o de adeudos domiciliados, ni aquellos en que el beneficiario obtiene de su proveedor de servicios de pago una financiación previa de las cantidades afectadas (mediante un crédito contingente a su cuenta). Los usuarios deben poder confiar en la correcta ejecución de la orden de pago, completa y válida, si el proveedor de servicio de pago no tiene motivos de denegación de carácter contractual o reglamentario. En caso de que el proveedor de servicios de pago rechace una orden de pago, debe comunicárselo al usuario del servicio de pago junto con los motivos en que se basa en cuanto se presente la primera ocasión, respetando las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria y nacional.

(38) Dada la rapidez de procesamiento de las operaciones que permiten los sistemas de pago modernos y completamente automatizados, debido a la cual no es posible, transcurrido un determinado plazo, revocar las órdenes de pago sin afrontar elevados costes de intervención manual, es preciso especificar, para la revocación de pagos, un plazo claro. Sin embargo, en función del tipo de servicio de pago y de la orden de pago, el momento preciso puede variar si así lo acuerdan las partes. La revocación en este contexto solamente se puede aplicar a la relación entre el usuario del servicio de pago y el proveedor del servicio de pago, sin perjuicio del carácter irrevocable y de la firmeza

de las operaciones de pago en los sistemas de pago.

(39) Según el ordenamiento nacional de algunos Estados miembros, esta irrevocabilidad no debe afectar al derecho u obligación del proveedor de servicios de pago, a tenor del contrato marco del ordenante o de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas o directrices nacionales, de reembolsar al ordenante el importe de la operación de pago ejecutada en caso de litigio entre el ordenante y el beneficiario. Dicho reembolso debe considerarse una nueva operación de pago. Excepto en esos casos, los litigios que surjan en la relación que subyace a la orden de pago deben resolverse exclusivamente entre el ordenante y el beneficiario.

(40) Para el tratamiento integrado y automatizado de los pagos y la seguridad jurídica con respecto al cumplimiento de cualquier obligación subyacente entre usuarios de servicios de pago, es fundamental que se deba abonar en la cuenta del beneficiario el importe íntegro transferido por el ordenante. Por consiguiente, no debe existir posibilidad de deducciones sobre el importe transferido por parte de ninguno de los intermediarios que intervengan en la ejecución de las operaciones de pago. No obstante, el beneficiario debe poder celebrar un acuerdo con su proveedor de servicios de pago tal que permita a este último deducir sus propios gastos. Sin embargo, para que el beneficiario pueda comprobar que se le ha abonado correctamente la cantidad debida, la

información ulterior facilitada sobre la operación de pago debe indicar no solo la cantidad total de fondos transferidos sino también las posibles comisiones.

(41) En relación con los gastos, la experiencia demuestra que compartirlos entre el ordenante y el beneficiario es el sistema más eficaz, pues facilita un tratamiento completamente automatizado de los pagos. Por tanto, debe establecerse que, en circunstancias normales, los proveedores de servicios de pago respectivos cobren directamente los gastos al ordenante y al beneficiario. No obstante, esta disposición solo debe aplicarse en caso de que la operación de pago no requiera cambio de divisas. También puede ocurrir que no se cobre ningún gasto, ya que la presente Directiva no afecta a los casos en los que el proveedor de servicio de pago no cobra comisiones a los consumidores por los abonos en cuenta. Igualmente, en función de los términos del contrato, un proveedor de servicios de pago puede cobrar comisión únicamente al beneficiario (el comerciante) por la utilización del servicio de pago, lo que significa que no se cargan comisiones al ordenante. Las comisiones abonadas a los sistemas de pago pueden adoptar la forma de una cuota de suscripción. Las disposiciones relativas a la cantidad transferida o las posibles comisiones aplicadas no tendrán efectos sobre la fijación de precios entre proveedores de servicios de pago o intermediarios.

(42) Para promover la transparencia y la competitividad, el proveedor

de servicios de pago no debe impedir al beneficiario que exija un canon al ordenante por la utilización de instrumentos específicos de pago. Aunque el beneficiario debe ser libre de cobrar un canon por el uso de determinado instrumento de pago, los Estados miembros pueden decidir prohibir o limitar dicha práctica cuando, a su juicio, ello esté justificado por la fijación de precios abusivos o de precios que puedan tener un efecto negativo en el uso de un determinado instrumento de pago, habida cuenta de la necesidad de fomentar la competencia y el uso de instrumentos eficientes de pago.

(43) Para mayor eficiencia de los pagos en toda la Comunidad, todos los pagos iniciados por el ordenante y denominados en euros o en otra moneda de un Estado miembro fuera de la zona del euro, incluidas las transferencias y los servicios de envío de dinero, deben respetar un plazo máximo de ejecución de un día. En todos los demás pagos, tales como los iniciados por el beneficiario o a través del mismo, incluido el adeudo domiciliado y el pago con tarjeta, a falta de acuerdo explícito entre el proveedor y el ordenante que prevea un plazo de ejecución más prolongado, debe aplicarse la misma norma del plazo máximo de ejecución de un día. El mencionado plazo podría prorrogarse un día hábil adicional si la orden de pago se presenta en papel. De esta forma se permite mantener la prestación de servicios de pago a los consumidores que solo utilizan normalmente documentos en papel. Cuando se utilice un régimen de

adeudo domiciliario, el proveedor de servicios de pago del ordenante debe transmitir la orden en los plazos acordados entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, a fin de permitir la liquidación en la fecha convenida. Habida cuenta de la gran eficiencia que a menudo caracteriza a las infraestructuras nacionales de pago y a fin de evitar cualquier deterioro de los niveles de servicio actuales, debe permitirse a los Estados miembros mantener o establecer normas, según proceda, que especifiquen un plazo de ejecución más corto que un día hábil.

(44) Las disposiciones sobre ejecución por el importe íntegro y plazo de ejecución deben constituir buenas prácticas cuando uno de los proveedores de servicios de pago no esté situado en la Comunidad.

(45) Es de fundamental importancia que los usuarios de los servicios de pago estén informados de los costes reales y comisiones de los servicios de pago a fin de elegir la opción que les interese. Por ello, no debe permitirse el uso de métodos de fijación de precios no transparentes, pues dificultan extremadamente al usuario la determinación del precio real del servicio de pago. En concreto, no debe permitirse el uso en perjuicio del usuario de la fecha de valor.

(46) Para el funcionamiento eficaz y ordenado de los sistemas de pago es imprescindible que el usuario pueda confiar en que el proveedor de servicios de pago ejecute la operación correctamente y en el plazo acordado. Normalmente, el proveedor se halla

en condiciones de evaluar los riesgos de la operación de pago. Le corresponde al proveedor proporcionar el sistema de pago, tomar medidas para reclamar los fondos asignados erróneamente y, en la mayoría de los casos, decidir qué intermediarios intervienen en la ejecución de una operación de pago. Por todos estos motivos, es del todo procedente, excepto cuando se trate de circunstancias excepcionales e imprevisibles, hacer al proveedor de servicios de pago responsable de la ejecución de las operaciones de pago que acepte del usuario, salvo en lo que respecta a los actos y omisiones del proveedor de servicios de pago del ordenante de cuya selección solo sea responsable el ordenante. No obstante, a fin de no dejar desprotegido al ordenante en improbables circunstancias anómalas en que no sea posible dilucidar (*non liquet*) si el proveedor de los servicios de pago del ordenante recibió o no a su debido tiempo el importe del pago, la correspondiente carga de la prueba recaerá en dicho proveedor. Como regla general, cabe esperar que la entidad intermediaria (normalmente un organismo «neutral», tal como un banco central o una cámara de compensación) que transfiera el importe del pago del proveedor de servicios remitente al receptor conservará los datos de la cuenta y podrá presentarlos cuando sea necesario. Siempre que el importe del pago se haya ingresado en la cuenta del proveedor de servicios de pago receptor, el ordenante debe poder invocar inmediatamente frente al proveedor de servicios de pago su

derecho a fin de que se ingrese el importe en su cuenta.

(47) El proveedor de servicios de pago del ordenante debe asumir la responsabilidad de la correcta ejecución del pago, incluida, en particular, la cantidad total correspondiente a la operación de pago y el plazo de ejecución, así como la plena responsabilidad por los posibles incumplimientos de otras partes en la cadena de pago hasta llegar a la cuenta del beneficiario. Como resultado de esa responsabilidad, en caso de que no se abone al proveedor de servicios de pago del beneficiario la totalidad de la cantidad, el proveedor de servicio de pago del ordenante debe corregir la operación de pago o devolver al ordenante sin demora injustificada la cantidad correspondiente de dicha operación, sin perjuicio de que pueda reclamarle ulteriormente otra cantidad con arreglo a la normativa nacional. La presente Directiva debe referirse únicamente a las obligaciones y responsabilidades contractuales entre el usuario del servicio de pago y su proveedor de servicios de pago. Sin embargo, para un funcionamiento correcto de las transferencias y demás servicios de pago es preciso que los proveedores de servicios de pago y sus intermediarios, por ejemplo, los encargados del tratamiento de la operación, dispongan de contratos que estipulen sus derechos y obligaciones mutuos. Las cuestiones relacionadas con las responsabilidades constituyen una parte esencial de dichos contratos uniformes. Para garantizar la fiabilidad de los proveedores de servicios de pago y de los intermediarios que

participan en una operación de pago, es necesaria seguridad jurídica en cuanto a que un proveedor de servicios de pago que no sea responsable será compensado por las pérdidas que sufra o por las sumas que abone en cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva sobre responsabilidad. Debe dejarse para que se establezcan en disposiciones contractuales cuestiones sobre otros derechos y el contenido detallado del derecho de recurso, así como las modalidades del tratamiento de reclamaciones al proveedor de servicios de pago o al intermediario por motivos de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente.

(48) El proveedor de servicios de pago debe tener la posibilidad de especificar sin ambigüedad la información requerida para ejecutar una orden de pago correctamente. Ahora bien, por otra parte, a fin de evitar la fragmentación y el riesgo de que se vea comprometido el establecimiento de sistemas integrados de pago en la Comunidad, no debe autorizarse a los Estados miembros a exigir que se emplee un determinado identificador para las operaciones de pago. Sin embargo, esto no debe impedir a los Estados miembros exigir al proveedor de servicios de pago del ordenante actuar con la debida diligencia y comprobar, cuando sea técnicamente posible y sin que ello requiera intervención manual, la coherencia del identificador único y que, cuando resulte que el identificador único es

incoherente, rechace la orden de pago e informe de ello al ordenante. La responsabilidad del proveedor de servicios de pago debe limitarse a la ejecución correcta de la operación de pago conforme a la orden del usuario de servicios de pago.

(49) A fin de facilitar la efectiva prevención del fraude y lucha contra el fraude en toda la Comunidad, debe propiciarse un intercambio eficaz de datos entre los proveedores de servicios de pago, a los cuales debe permitirse la recogida, tratamiento e intercambio de los datos personales de toda persona implicada en fraudes de este tipo. Todas estas actividades deben realizarse con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>19</sup>.

(50) Es preciso garantizar el cumplimiento efectivo de las disposiciones de derecho nacional adoptadas en aplicación de la presente Directiva. Por consiguiente, deben establecerse procedimientos adecuados que permitan tramitar las quejas contra aquellos proveedores de servicios de pago que no cumplan dichas disposiciones, y, en su caso, garantizar la imposición de sanciones adecuadas, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

(51) Sin perjuicio del derecho de los clientes a emprender acciones ante

<sup>19</sup> DO L 281 de 23.11.1995, p. 31. Directiva modificada por el Reglamento (CE) no 1882/2003 (DO L 284 de 31.10.2003, p. 1).

los tribunales, los Estados miembros deben garantizar que existan medios extrajudiciales fácilmente accesibles y de coste razonable para la resolución de aquellos conflictos entre proveedores de servicios de pago y consumidores derivados de los derechos y obligaciones contemplados en la presente Directiva. El artículo 5, apartado 2, del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>20</sup>, establece que las posibles disposiciones contractuales sobre la legislación aplicable no podrán producir el resultado de debilitar la protección al consumidor que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual.

(52) Los Estados miembros deben determinar si las autoridades competentes designadas para conceder autorización a las entidades de pago pueden ser asimismo autoridades competentes en relación con los procedimientos de reclamación y de recurso extrajudicial.

(53) La presente Directiva no debe ir en perjuicio de las disposiciones de derecho nacional que regulen las responsabilidades derivadas de las inexactitudes a la hora de formular o transmitir declaraciones.

(54) Dada la necesidad de examinar el eficaz funcionamiento de la presente Directiva y supervisar los avances hacia el establecimiento de un mercado único de los pagos, debe

instarse a la Comisión a presentar un informe en un plazo de tres años a partir del final del período de transposición de la presente Directiva. Por lo que respecta a la integración global de los servicios financieros y a una protección armonizada del consumidor también más allá del eficaz funcionamiento de la presente Directiva, entre los puntos centrales de dicho examen debe figurar la eventual necesidad de ampliar su ámbito de aplicación con respecto a las monedas que no sean las de la UE y a las operaciones de pago en las que solo un proveedor de los servicios de pago de que se trate esté situado en la Comunidad.

(55) Dado que las disposiciones de la presente Directiva sustituyen las de la Directiva 97/5/CE, esta debe derogarse.

(56) Es preciso establecer normas más detalladas sobre el uso fraudulento de las tarjetas de pago, ámbito que actualmente regulan 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<sup>21</sup>, y la Directiva 2002/65/CE. Dichas Directivas deben, pues, modificarse en consecuencia.

(57) Toda vez que, con arreglo a la Directiva 2006/48/CE, las entidades financieras no están sometidas a las normas aplicables a las entidades de crédito, deben aplicárseles los mismos

<sup>20</sup> DO C 27 de 26.1.1998, p. 34.

<sup>21</sup> DO L 144 de 4.6.1997, p. 19. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2005/29/CE.

requisitos que a las entidades de pago, de modo que puedan prestar servicios de pago en toda la Comunidad. Por consiguiente, debe procederse a la adaptación de la Directiva 2006/48/CE de forma correspondiente.

(58) Habida cuenta de que el servicio de envío de dinero se define en la presente Directiva como un servicio de pago que requiere una autorización de una entidad de pago o un registro para determinadas personas físicas o jurídicas que se benefician de una cláusula de excepción en determinadas circunstancias establecidas en la presente Directiva, procede modificar en este sentido la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo<sup>22</sup>.

(59) Por motivos de seguridad jurídica, es conveniente establecer disposiciones transitorias con arreglo a las cuales aquellas personas que hayan iniciado actividades de entidades de pago con arreglo a la normativa nacional vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Directiva puedan proseguir dichas actividades en el Estado miembro de que se trata durante un período determinado.

(60) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de un mercado único de ser-

vicios de pago, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, pues requieren la armonización de la multitud de normativas diferentes que en la actualidad existen en los regímenes jurídicos de los distintos Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor a escala comunitaria, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(61) Las medidas necesarias para la ejecución de la presente Directiva deben aprobarse con arreglo a la Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión<sup>23</sup>.

(62) Conviene, en particular, conferir competencias a la Comisión para que adopte medidas de ejecución con objeto de tener en cuenta la evolución tecnológica y del mercado. Dado que estas medidas son de alcance general, y están destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva, deben adoptarse con arreglo al procedimiento de reglamentación con control previsto en el artículo 5 *bis* de la Decisión 1999/468/CE.

<sup>22</sup> DO L 309 de 25.11.2005, p. 15.

<sup>23</sup> DO L 184 de 17.7.1999, p. 23. Decisión modificada por la Decisión 2006/512/CE (DO L 200 de 22.7.2006, p. 11).

(63) De conformidad con el punto 34 del Acuerdo interinstitucional «Legislar mejor»<sup>24</sup>, se alienta a los Estados miembros a establecer, en su propio interés y en el de la Comunidad,

sus propios cuadros que muestren, en la medida de lo posible, la concordancia entre la presente Directiva y las medidas de transposición, y a hacerlos públicos.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

## TÍTULO I OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

### *Artículo 1*

#### **Objeto**

1. La presente Directiva establece las normas con arreglo a las cuales los Estados miembros distinguirán las seis categorías siguientes de proveedores de servicios de pago:

- a) entidades de crédito, a efectos del artículo 4, punto 1, letra a), de la Directiva 2006/48/CE;
- b) entidades de dinero electrónico, a efectos del artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 2000/46/CE;
- c) instituciones de giro postal facultadas en virtud de la legislación nacional para prestar servicios de pago;
- d) entidades de pago en el sentido de la presente Directiva;
- e) el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales, cuando no actúen en su condición de autoridad monetaria u otras autoridades públicas;
- f) los Estados miembros y sus autoridades regionales y locales, cuando

no actúen en su condición de autoridades públicas.

2. La presente Directiva establece asimismo normas en materia de requisitos de transparencia y requisitos de información para los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivos de los usuarios de servicios de pago y de los proveedores de servicios de pago en relación con la prestación de dichos servicios con carácter de profesión u ocupación habitual.

### *Artículo 2*

#### **Ámbito de aplicación**

1. La presente Directiva se aplicará a los servicios de pago dentro de la Comunidad. No obstante, con excepción de lo dispuesto en el artículo 73, los títulos III y IV se aplican solamente cuando tanto el proveedor de los servicios de pago del ordenante como el proveedor de los servicios de pago del beneficiario, o el único proveedor de servicio de pago en una operación de pago, estén situados en la Comunidad.

<sup>24</sup> DO C 321 de 31.12.2003, p. 1.

2. Los títulos III y IV se aplicarán a los servicios de pago efectuados en euros o en la moneda de un Estado miembro fuera de la zona del euro.

3. Los Estados miembros también podrán eximir de la aplicación total o parcial de las disposiciones de la presente Directiva a las entidades mencionadas en el artículo 2 de la Directiva 2006/48/CE, excepto aquellas a que se refieren los guiones primero y segundo de dicho artículo.

### *Artículo 3* **Exenciones**

La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

- a) las operaciones de pago efectuadas exclusivamente en efectivo y directamente del ordenante al beneficiario, sin intervención de ningún intermediario;
- b) las operaciones de pago del ordenante al beneficiario a través de un agente comercial autorizado para negociar o concluir la compra o venta de bienes o servicios por cuenta del ordenante o del beneficiario;
- c) el transporte físico, como actividad profesional, de billetes y monedas, incluidos la recogida, tratamiento y entrega;
- d) las operaciones de pago consistentes en la recogida y entrega no profesionales de dinero en efectivo realizadas con motivo de actividades no lucrativas o caritativas;
- e) los servicios en los que el beneficiario proporciona dinero en efectivo al ordenante como parte de una operación de pago, a instancia expresa del usuario del servicio de pago inmediatamente antes de la ejecución de una operación de pago mediante pago destinado a la compra de bienes o servicios;
- f) el negocio de cambio de divisas, esto es, las operaciones de «efectivo por efectivo», cuando los fondos no se mantengan en cuentas de pago;
- g) las operaciones de pago realizadas por medio de cualquiera de los siguientes documentos extendidos por un proveedor de servicios de pago a fin de poner fondos a disposición del beneficiario:
  - i) cheques en papel con arreglo al Convenio de Ginebra de 19 de marzo de 1931 que establece una ley uniforme sobre cheques,
  - ii) cheques en papel similares a los contemplados en el inciso i) y regulados por el Derecho de Estados miembros que no sean partes en el Convenio de Ginebra de 19 de marzo de 1931 que establece una ley uniforme sobre cheques,
  - iii) efectos en papel con arreglo al Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930 que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés,
  - iv) efectos en papel similares a los que se refiere el inciso iii) y regulados por el Derecho de los Estados miembros que no sean partes en el Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930 que establece una ley uniforme

- sobre letras de cambio y pagarés,
- v) vales en papel,
  - vi) cheques de viaje en papel, o
  - vii) giros postales en papel, según la definición de la Unión Postal Universal;
- h) las operaciones de pago realizadas por medio de un sistema de liquidación de pagos o valores o entre agentes de liquidación, contrapartes centrales, cámaras de compensación y/o bancos centrales y otros participantes en el sistema, y proveedores de servicios de pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28;
  - i) las operaciones de pago relacionadas con la gestión de carteras, con inclusión de dividendos, réditos u otras distribuciones, o con amortizaciones o ventas, realizadas por personas mencionadas en la letra h) o por sociedades de inversión, entidades de crédito, organismos de inversión colectiva o empresas de gestión de activos que presten servicios de inversión y cualquier otra entidad autorizada a custodiar instrumentos financieros;
  - j) los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse, incluidos el tratamiento y almacenamiento de datos, servicios de confianza y de protección de la intimidad, autenticación de datos y entidades, la tecnología de la información y el suministro de redes de comunicación, suministro y mantenimiento de terminales y dispositivos empleados para los servicios de pago;
  - k) los servicios que se basen en instrumentos que puedan utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o para un conjunto limitado de bienes o servicios;
  - l) las operaciones de pago ejecutadas por medio de dispositivos de telecomunicación, digitales o de tecnologías de la información, cuando los bienes o servicios adquiridos se entregan y utilizan mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o de tecnologías de la información, siempre y cuando el operador de servicios de telecomunicación, digitales o de tecnologías de la información no actúe únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el proveedor de los bienes y servicios;
  - m) las operaciones de pago efectuadas por cuenta propia entre proveedores de servicios de pago y entre agentes o sucursales por cuenta propia;
  - n) las operaciones de pago entre una empresa matriz y su filial o entre filiales de la misma empresa matriz, sin intervención de intermediarios, a través de un proveedor de servicios de pago que no sea una empresa del mismo grupo, o
  - o) los servicios de proveedores de retirada de dinero en cajeros auto-

máticos que actúen en nombre de uno o varios expedidores de tarjetas, que no sean parte del contrato marco con el consumidor que retire dinero de una cuenta de pago, siempre y cuando dichos proveedores no realicen otros servicios de pago contemplados en el anexo.

*Artículo 4*  
**Definiciones**

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) «Estado miembro de origen»: uno de los siguientes:
  - i) el Estado miembro en el que el proveedor de servicio de pago tenga fijado su domicilio social, o
  - ii) si el proveedor de servicio de pago no posee domicilio social con arreglo a la legislación nacional, el Estado miembro en el que tenga fijada su administración central;
- 2) «Estado miembro de acogida»: el Estado miembro distinto del Estado miembro de origen en el cual el proveedor de servicio de pago tiene un agente o una sucursal o presta servicios de pago;
- 3) «servicio de pago»: cualquiera de las actividades comerciales contempladas en el anexo;
- 4) «entidad de pago»: una persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, de conformidad con el artículo 10, para prestar y ejecutar servicios de pago en toda la Comunidad;
- 5) «operación de pago»: una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, de situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos;
- 6) «sistema de pago»: un sistema de transferencia de fondos regulado por disposiciones formales y normalizadas y dotado de normas comunes para el tratamiento, liquidación o compensación de operaciones de pago;
- 7) «ordenante»: una persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta o, en caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que da una orden de pago;
- 8) «beneficiario»: una persona física o jurídica que sea el destinatario previsto de los fondos que hayan sido objeto de una operación de pago;
- 9) «proveedor de servicios de pago»: las empresas contempladas en el artículo 1, apartado 1, y las personas físicas y jurídicas que se acogen a las excepciones previstas en el artículo 26;
- 10) «usuario de servicios de pago»: una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos;

- 11) «consumidor»: una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Directiva, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional;
- 12) «contrato marco»: un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones;
- 13) «servicio de envío de dinero»: un servicio de pago que permite bien recibir fondos de un ordenante sin que se cree ninguna cuenta de pago en nombre del ordenante o del beneficiario, con el único fin de transferir una cantidad equivalente a un beneficiario o a otro proveedor de servicios de pago que actúe por cuenta del beneficiario, y/o bien recibir fondos por cuenta del beneficiario y ponerlos a disposición de este;
- 14) «cuenta de pago»: una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago y utilizada para la ejecución de operaciones de pago;
- 15) «fondos»: billetes y monedas, dinero escritural y dinero electrónico con arreglo al artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2000/46/CE;
- 16) «orden de pago»: toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago;
- 17) «fecha de valor»: momento utilizado por un proveedor de servicios de pago como referencia para el cálculo del interés sobre los fondos abonados o cargados a una cuenta de pago;
- 18) «tipo de cambio de referencia»: tipo de cambio empleado como base para calcular cualquier cambio de divisas y que facilita el proveedor de servicio de pago o procede de una fuente disponible públicamente;
- 19) «autenticación»: un procedimiento que permita al proveedor de servicios de pago comprobar la utilización de un instrumento de pago específico, incluyendo sus características de seguridad personalizadas;
- 20) «tipo de interés de referencia»: tipo de interés empleado como base para calcular cualquier interés que deba aplicarse y procedente de una fuente disponible públicamente que pueda ser verificada por las dos partes en un contrato de servicios de pago;
- 21) «identificador único»: una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago y/o su cuenta de pago en una operación de pago;

- 22) «agente»: una persona física o jurídica que presta servicios de pago en nombre de una entidad de pago;
- 23) «instrumento de pago»: cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, y/o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago y utilizado por el usuario del servicio de pago para iniciar una orden de pago;
- 24) «medio de comunicación a distancia»: cualquier medio que, sin la presencia física simultánea del proveedor de servicios de pago y del usuario de servicios de pago, pueda emplearse para la celebración de un contrato de servicios de pago;
- 25) «soporte duradero»: cualquier instrumento que permita al usuario de servicios de pago almacenar la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera fácilmente accesible para su futura consulta, durante un período de tiempo adecuado para los fines de dicha información, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada;
- 26) «microempresa»: una empresa que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago, cumpla las condiciones definidas en el artículo 1 y en el artículo 2, apartados 1 y 3, del anexo de la Recomendación 2003/ 361/CE;
- 27) «día hábil»: día de apertura comercial, a los efectos necesarios para la ejecución de una operación de pago, de los proveedores de servicios de pago del ordenante o del beneficiario que intervienen en la ejecución de la operación de pago;
- 28) «adeudo domiciliado»: servicio de pago destinado a efectuar un cargo en la cuenta de pago del ordenante, por el que la operación de pago es iniciada por el beneficiario sobre la base del consentimiento dado por el ordenante al beneficiario, al proveedor de servicios de pago del beneficiario o al proveedor de servicios de pago del propio ordenante;
- 29) «sucursal»: un centro de actividad, distinto de la administración central, que constituye una parte de una entidad de pago, desprovisto de personalidad jurídica, y que efectúa directamente todas o algunas de las operaciones inherentes a la actividad de la entidad de pago; todos los centros de actividad establecidos en un mismo Estado miembro por una entidad de pago con la administración central en otro Estado miembro, se considerarán una única sucursal;
- 30) «grupo»: un grupo de empresas compuesto por una empresa matriz, sus filiales y las entidades en las que la empresa matriz o sus filiales tienen participación,

así como las empresas vinculadas entre sí por una relación en el

sentido del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 83/349/CEE.

## TÍTULO II PROVEEDORES DE SERVICIOS DE PAGO

### CAPÍTULO 1 *Entidades de pago*

#### Sección 1 Normas generales

##### *Artículo 5* Solicitudes de autorización

Para obtener autorización como entidad de pago, se remitirá a las autoridades competentes del Estado miembro de origen una solicitud acompañada de los elementos siguientes:

- a) un programa de actividades en el que se indique, en particular, el tipo de servicio de pago que se pretende prestar;
- b) un plan de negocios que incluya un cálculo de las previsiones presupuestarias para los tres primeros ejercicios, del que quepa deducir que el solicitante podrá emplear sistemas, recursos y procedimientos adecuados y proporcionados para operar correctamente;
- c) pruebas de que la entidad de pago dispone del capital inicial mencionado en el artículo 6;
- d) por lo que respecta a las entidades de pago contempladas en el artículo

lo 9, apartado 1, una descripción de las medidas adoptadas para proteger los fondos del usuario de los servicios de pago con arreglo al artículo 9;

- e) una descripción de los métodos de gestión empresarial del solicitante y de los mecanismos de control interno, incluidos procedimientos administrativos, de gestión de riesgo y contables, que demuestre que dichos métodos de gestión empresarial, mecanismos de control y procedimientos son proporcionados, apropiados, sólidos y adecuados;
- f) una descripción de los mecanismos de control interno introducidos por el solicitante a fin de cumplir las obligaciones que establece la Directiva 2005/60/CE y el Reglamento (CE) no 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos<sup>25</sup>;
- g) una descripción de la organización estructural del solicitante, incluida,

<sup>25</sup> DO L 345 de 8.12.2006, p. 1.

- cuando proceda, una descripción de la utilización que se pretenda hacer de agentes y sucursales y una descripción de las disposiciones en materia de externalización, así como de su participación en un sistema de pago nacional o internacional;
- h) la identidad de las personas que posean, directa o indirectamente, participaciones cualificadas en el sentido del artículo 4, punto 11, de la Directiva 2006/48/CE, con indicación de la cuantía de su participación efectiva y pruebas de su idoneidad, atendiendo a la necesidad de garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de pago;
  - i) la identidad de los directores y gestores de la entidad de pago y, en su caso, de los gestores de los servicios de pago de la entidad de pago, así como pruebas de su honorabilidad y de que tienen la experiencia y poseen los conocimientos necesarios para la prestación de servicios de pago, según determine el Estado miembro de origen de la entidad de pago;
  - j) en su caso, la identidad de los auditores legales y empresas de auditoría, tal como establece la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas<sup>26</sup>;
  - k) el estatuto jurídico y los estatutos sociales del solicitante;
  - l) la dirección de la administración central del solicitante.
- A efectos de las letras d), e) y g), el solicitante facilitará una descripción de sus procedimientos de auditoría y de las disposiciones organizativas que haya establecido a fin de adoptar todas las medidas razonables para proteger los intereses de sus usuarios y garantizar la continuidad y fiabilidad de la prestación de servicios de pago.

#### Artículo 6

#### Capital inicial

Los Estados miembros establecerán que, en el momento de la autorización, las entidades de pago posean un capital inicial que incluya los elementos definidos en el artículo 57, letras a) y b), de la Directiva 2006/48/CE, de la forma siguiente:

- a) en caso de que la entidad de pago solo preste el servicio de pago que figura en el punto 6 del anexo, su capital no será en ningún momento inferior a 20 000 EUR;
- b) en caso de que la entidad de pago preste el servicio de pago que figura en el punto 7 del anexo, su capital no será en ningún momento inferior a 50 000 EUR, y
- c) en caso de que la entidad de pago preste cualquiera de los servicios de pago que figuran en los puntos 1 a 5 del anexo, su capital no será en ningún momento inferior a 125 000 EUR.

<sup>26</sup> DO L 157 de 9.6.2006, p. 87.

*Artículo 7*

**Fondos propios**

1. Los fondos propios de la entidad de pago, tal como se definen en los artículos 57 a 61, 63, 64 y 66 de la Directiva 2006/48/CE, no podrán ser inferiores a la cantidad mayor de las contempladas en los artículos 6 y 8.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir el uso múltiple de elementos que puedan considerarse como fondos propios cuando la entidad de pago pertenezca al mismo grupo de otra entidad de pago, entidad de crédito, empresa de inversión, empresa de gestión de activos o empresa de seguros. El presente apartado se aplicará también cuando una entidad de pago tiene carácter híbrido y realiza actividades distintas de las establecidas en el anexo.

3. Cuando se satisfagan las condiciones establecidas en el artículo 69 de la Directiva 2006/48/CE, los Estados miembros o sus autoridades competentes podrán optar por no aplicar el artículo 8 a aquellas entidades de pago que estén incluidas en la supervisión consolidada de entidades de créditos matrices con arreglo a la Directiva 2006/48/CE.

*Artículo 8*

**Cálculo de los fondos propios**

1. Sin perjuicio de los requisitos de capital inicial establecidos en el artículo 6, los Estados miembros establecerán que las entidades de pago posean permanentemente

fondos propios calculados con arreglo a uno de los tres métodos siguientes, según determinen las autoridades competentes de acuerdo con la legislación nacional:

**Método A**

Los fondos propios de las entidades de pago serán, como mínimo, igual al 10 % de sus gastos generales del año anterior. Las autoridades competentes podrán ajustar dicha exigencia en caso de que los negocios de una entidad de pago registren un cambio sustancial desde el año anterior. Cuando una entidad de pago no haya completado todavía un año de actividad en la fecha de cálculo, los fondos propios serán igual al 10 % de los correspondientes gastos generales previstos en su plan de negocios, a menos que las autoridades competentes exijan la modificación de dicho plan.

**Método B**

Los fondos propios de las entidades de pago serán, como mínimo, igual a la suma de los siguientes elementos multiplicados por el factor de escala k, establecido en el apartado 2, en el que el volumen de pagos (VP) representa una duodécima parte de la cuantía total de las operaciones de pago ejecutadas por la entidad de pago durante el año anterior:

- a) 4,0 % del tramo de VP hasta los 5 millones EUR,  
más
- b) 2,5 % del tramo de VP entre 5 millones EUR y 10 millones EUR,  
más

- c) 1 % del tramo de VP entre 10 millones EUR y 100 millones EUR, más
- d) 0,5 % del tramo de VP entre 100 millones EUR y 250 millones EUR, más
- e) 0,25 % del tramo de VP por encima de 250 millones EUR.

#### Método C

Los fondos propios de la entidad de pago serán, como mínimo, igual al indicador pertinente, definido en la letra a), multiplicado por el factor de multiplicación establecido en la letra b), y multiplicado a su vez por el factor de escala k, establecido en el apartado 2:

- a) el indicador pertinente es la suma de los elementos siguientes:
  - ingresos por intereses,
  - gastos por intereses,
  - comisiones y tasas recibidas, y
  - otros ingresos de explotación.

Cada elemento se incluirá en la suma con su signo positivo o negativo. Los ingresos en concepto de partidas extraordinarias o irregulares no podrán incluirse en el cálculo del indicador pertinente. Los gastos ocasionados por la externalización de servicios prestados por terceros podrán reducir el indicador pertinente si el gasto es contraído por una empresa sujeta a supervisión con arreglo a la presente Directiva. El indicador pertinente se calcula sobre la base de las doce últimas observaciones mensuales a finales del último ejercicio financiero. El indicador pertinente se calculará

sobre el último ejercicio financiero. No obstante, los fondos propios, calculados según el método C, no podrán ser inferiores al 80 % de la media de los últimos tres ejercicios para el indicador pertinente. Cuando no se disponga de cifras auditadas, podrán utilizarse estimaciones de negocio;

- b) el factor de multiplicación será:
  - i) 10 % del tramo de indicador pertinente hasta los 2,5 millones EUR,
  - ii) 8 % del tramo de indicador pertinente entre 2,5 millones EUR y 5 millones EUR,
  - iii) 6 % del tramo de indicador pertinente entre 5 millones EUR y 25 millones EUR,
  - iv) 3 % del tramo de indicador pertinente entre 25 millones EUR y 50 millones EUR,
  - v) 1,5 % por encima de 50 millones EUR.

2. El factor de escala k, que se utilizará en los métodos B y C del apartado 1, será el siguiente:

- a) 0,5 en caso de que la entidad de pago solo preste el servicio de pago que figura en el punto 6 del anexo;
- b) 0,8 en caso de que la entidad de pago preste el servicio de pago que figura en el punto 7 del anexo;
- c) 1 en caso de que la entidad de pago preste cualquiera de los servicios de pago que figuran en los puntos 1 a 5 del anexo.

3. Las autoridades competentes, sobre la base de una evaluación de los procesos de la gestión del riesgo, de la base de datos de los riesgos de pérdidas y de los mecanismos de

control internos de la entidad de pago, podrán exigir que la entidad de pago posea una cifra de fondos propios hasta un 20 % superior a la que resultaría de la aplicación del método elegido con arreglo al apartado 1, o permitir que la entidad de pago posea una cifra de fondos propios hasta un 20 % inferior a la que resultaría de la aplicación del método elegido con arreglo al apartado 1.

#### *Artículo 9*

#### **Requisitos de garantía**

1. Los Estados miembros o las autoridades competentes establecerán que la entidad de pago que preste alguno de los servicios de pago contemplados en el anexo y realice al mismo tiempo otras actividades empresariales mencionadas en el artículo 16, apartado 1, letra c), salvaguardará los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago para la ejecución de las operaciones de pago, de la forma siguiente:

Según convenga:

- a) no se mezclarán en ningún momento con los fondos de ninguna persona física o jurídica que no sean los usuarios de servicios de pago en cuyo nombre se dispone de los fondos y, en caso de que todavía estén en posesión de la entidad de pago y aún no se hayan entregado al beneficiario o transferido a otro proveedor de servicios de pago al final del día hábil siguiente al día en que se recibie-

ron los fondos, se depositarán en una cuenta separada en una entidad de crédito o se invertirán en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo, tal como hayan establecido las autoridades competentes del Estado miembro de origen, y

- b) quedarán aislados, de conformidad con la normativa nacional, en beneficio de los usuarios de servicios de pago, con respecto a posibles reclamaciones de otros acreedores de la entidad de pago, en particular en caso de insolvencia, o
- c) estarán cubiertos por una póliza de seguro u otra garantía comparable de una compañía de seguros o de una entidad de crédito, que no pertenezca al mismo grupo que la propia entidad de pago, por una cantidad equivalente a la que habría sido separada en caso de no existir la póliza de seguro u otra garantía comparable, que se hará efectiva en caso de que la entidad de pago sea incapaz de hacer frente a sus obligaciones financieras.

2. En caso de que una entidad de pago tenga que salvaguardar fondos con arreglo al apartado 1 y de que una fracción de dichos fondos se destine a operaciones de pago futuras y el resto se utilice para servicios distintos de los servicios de pago, esa fracción de los fondos destinados a operaciones de pago futuras también estará sujeta a los requisitos establecidos en el apartado 1. En caso de que dicha fracción sea variable o no se conozca con antelación, los Estados

miembros podrán permitir a las entidades de pago que apliquen el presente apartado sobre la base de una hipótesis acerca de la fracción representativa que se destinará a servicios de pago, siempre que esa fracción representativa pueda ser objeto, a satisfacción de las autoridades competentes, de una estimación razonable a partir de datos históricos.

3. Los Estados miembros o las autoridades competentes podrán establecer que las entidades de pago que no lleven a cabo otras actividades empresariales mencionadas en el artículo 16, apartado 1, letra c), cumplan asimismo los requisitos de salvaguardia establecidos en el apartado 1 del presente artículo.

4. Los Estados miembros o las autoridades competentes también podrán limitar la exigencia de dichos requisitos de salvaguardia a los fondos de usuarios de servicios de pago que superen, a título individual, un umbral de 600 EUR.

#### *Artículo 10*

#### **Concesión de autorización**

1. Los Estados miembros dispondrán que empresas distintas a aquellas a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letras a) a c), e) y f), y distintas de las personas físicas o jurídicas que se acojan a la excepción del artículo 26, que pretendan prestar servicios de pago, obtengan autorización como entidades de pago antes de poder comenzar a prestar tales servicios de pago. Solo se concederá autorización

a las personas jurídicas establecidas en un Estado miembro.

2. Se concederá una autorización siempre y cuando la información y las pruebas que acompañen a la solicitud cumplan todos los requisitos indicados en el artículo 5 y si, una vez examinada la solicitud, las autoridades competentes han llegado a una evaluación favorable. Antes de conceder una autorización, las autoridades competentes podrán consultar, cuando proceda, al banco central nacional o a otras autoridades públicas pertinentes.

3. Las entidades de pago que, con arreglo a la legislación nacional de su Estado miembro de origen, estén obligadas a disponer de un domicilio social, deberán tener su administración central en el mismo Estado miembro que su domicilio social.

4. Las autoridades competentes únicamente concederán una autorización en caso de que, habida cuenta de la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de las entidades de pago, la entidad de que se trate disponga de sólidos procedimientos de gobierno corporativo, incluida una estructura organizativa clara, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, así como procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que esté o pueda estar expuesta, junto con mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables adecuados; tales métodos, procedimientos y mecanismos serán exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala

y complejidad de los servicios de pago prestados por dicha entidad.

5. Cuando una entidad de pago preste alguno de los servicios de pago contemplados en el anexo y realice simultáneamente otras actividades, las autoridades competentes podrán exigirle que constituya una entidad separada para la actividad de los servicios de pago, en caso de que las actividades de la entidad de pago en relación con servicios distintos de los de pago perjudiquen o puedan perjudicar, bien la solidez financiera de la entidad de pago, bien la capacidad de las autoridades competentes para supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente Directiva por parte de la entidad de pago.

6. Las autoridades competentes denegarán la autorización si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente por parte de la entidad de pago, no están convencidas de la idoneidad de los accionistas o socios que posean participaciones significativas.

7. Cuando existan vínculos estrechos, según se definen en el artículo 4, punto 46, de la Directiva 2006/48/CE, entre la entidad de pago y otras personas físicas o jurídicas, las autoridades competentes concederán una autorización únicamente si dichos vínculos no obstaculizan el ejercicio efectivo de sus funciones de supervisión.

8. Las autoridades competentes únicamente concederán una autorización cuando el buen ejercicio de su

misión de supervisión no se vea obstaculizado por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del Derecho de un tercer país, aplicables a una o varias de las personas físicas o jurídicas con las que la entidad de pago mantenga vínculos estrechos, o por problemas relacionados con la aplicación de dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.

9. Una autorización será válida en todos los Estados miembros y permitirá a la entidad de pago interesada prestar servicios de pago en toda la Comunidad, ya sea en virtud de la libre prestación de servicios, ya de la libertad de establecimiento, siempre que dichos servicios estén cubiertos por la autorización.

#### *Artículo 11*

#### **Comunicación de la decisión**

En el plazo de tres meses desde la recepción de una solicitud o, en caso de que esté incompleta, de toda la información necesaria para adoptar la decisión, la autoridad competente informará al solicitante de la aceptación o denegación de la solicitud. Toda denegación de autorización deberá motivarse.

#### *Artículo 12*

#### **Revocación de la autorización**

1. Las autoridades competentes podrán revocar la autorización a una entidad de pago únicamente cuando la entidad:

- a) no haga uso de la autorización en un plazo de doce meses, renuncie a la autorización expresamente y haya cesado de ejercer su actividad durante un período superior a seis meses, a menos que el Estado miembro afectado no haya previsto, en este caso, que la autorización caduque;
- b) haya obtenido la autorización por medio de falsas declaraciones o por cualquier otro medio irregular;
- c) no reúna ya las condiciones para conceder la autorización;
- d) pueda constituir una amenaza para la estabilidad del sistema de pagos en caso de seguir prestando servicios de pago, o
- e) corresponda a uno de los casos de revocación de una autorización previstos por la legislación nacional.

2. Toda revocación de la autorización se justificará y comunicará a los interesados.

3. Se hará pública la revocación de una autorización.

#### *Artículo 13* **Registro**

Los Estados miembros establecerán un registro público en el que figuren las entidades de pago autorizadas y sus agentes y sucursales, así como las personas físicas o jurídicas y sus agentes y sucursales que se beneficien de una excepción con arreglo al artículo 26, y aquellas entidades mencionadas en el artículo 2, apartado

3, a las que su legislación nacional autorice a prestar servicios de pago. Constarán en el registro público del Estado miembro de origen.

En dicho registro se harán constar los servicios de pago para los que se haya habilitado a la entidad de pago o para los que esté registrada la persona física o jurídica. Las entidades de pago autorizadas constarán en el registro en una lista aparte de las personas físicas o jurídicas que hayan sido registradas con arreglo al artículo 26. El registro estará a disposición pública para su consulta, será accesible en línea y se actualizará periódicamente.

#### *Artículo 14*

##### **Mantenimiento de la autorización**

En caso de que se produzca cualquier cambio que afecte a la exactitud de la información y las pruebas facilitadas de conformidad con el artículo 5, la entidad de pago informará de ello sin demora a las autoridades competentes de su Estado miembro de origen.

#### *Artículo 15*

##### **Contabilidad y auditoría legal**

1. La Directiva 78/660/CEE y, en su caso, la Directiva 83/349/CEE, la Directiva 86/635/CEE y el Reglamento (CE) no 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad<sup>27</sup>, se aplicarán *mutatis mutandis* a las entidades de pago.

27 DO L 243 de 11.9.2002, p. 1.

2. A menos que estén exentas con arreglo a la Directiva 78/660/CEE y, en su caso, la Directiva 83/349/CEE y la Directiva 86/635/CEE, las cuentas anuales y las cuentas consolidadas de las entidades de pago serán objeto de auditoría por parte de auditores legales o de empresas de auditoría con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2006/43/CE.

3. A efectos de la supervisión, los Estados miembros establecerán que las entidades de pago presenten por separado la contabilidad relativa a los servicios de pago incluidos en el anexo y la relativa a las actividades mencionadas en el artículo 16, apartado 1, que serán objeto de un informe de auditoría. En su caso, elaborarán este informe los auditores legales o una empresa de auditoría.

4. Las obligaciones establecidas en el artículo 53 de la Directiva 2006/48/CE se aplicarán *mutatis mutandis* a los auditores legales o empresas de auditoría de las entidades de pago con respecto a las actividades de servicio de pago.

#### Artículo 16

##### Actividades

1. Aparte de la prestación de los servicios de pago que se contemplan en el anexo, las entidades de pago estarán habilitadas para llevar a cabo las siguientes actividades:

- a) prestación de servicios operativos o servicios auxiliares estrechamente relacionados, tales como la garantía de la ejecución de operaciones de pago, servicios de cambio de divisas, actividades de

custodia y almacenamiento y tratamiento de datos;

- b) la gestión de sistemas de pago, sin perjuicio del artículo 28;
- c) actividades económicas distintas de la prestación de servicios de pago, con arreglo a la legislación comunitaria y nacional aplicable.

2. Cuando las entidades de pago se dediquen a la prestación de uno o más de los servicios de pago que figuran en el anexo, únicamente podrán mantener cuentas de pago cuyo uso exclusivo se limite a operaciones de pago. Los fondos recibidos por las entidades de pago de los usuarios de servicios de pago con vistas a la prestación de servicios de pago no constituirán depósitos u otros fondos reembolsables a efectos del artículo 5 de la Directiva 2006/48/CE, ni dinero electrónico a efectos del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2000/46/CE.

3. Las entidades de pago podrán conceder créditos en relación con los servicios de pago contemplados en los puntos 4, 5 y 7 del anexo únicamente si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) se tratará de un crédito subordinado concedido exclusivamente en relación con la ejecución de una operación de pago;
- b) sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa nacional en materia de concesión de créditos mediante tarjetas de crédito, el crédito concedido en relación con el pago, ejecutado con arreglo al artículo 10, apartado 9, y al artículo 25, será reembolsado dentro de un plazo

- corto que, en ningún caso, será superior a doce meses;
- c) dicho crédito no se concederá con cargo a los fondos recibidos o en posesión a efectos de la ejecución de una operación de pago, y
  - d) los fondos propios de la entidad de pago serán en todo momento adecuados a criterio de las autoridades de supervisión y teniendo en cuenta la cuantía total de los créditos concedidos.

4. Las entidades de pago no podrán llevar a cabo actividades de

constitución de depósitos u otros fondos reembolsables en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2006/48/CE.

5. La presente Directiva no prejuzgará las medidas nacionales de aplicación de la Directiva 87/102/CEE. La presente Directiva no prejuzgará tampoco ninguna otra normativa comunitaria o nacional respecto de las condiciones para conceder créditos a los consumidores no armonizadas por la presente Directiva, que sean conformes con el Derecho comunitario.

## Sección 2 Otros requisitos

### *Artículo 17*

#### **Utilización de agentes, sucursales o entidades mediante actividades externalizadas**

1. Las entidades de pago que tengan el propósito de prestar servicios de pago a través de un agente deberán comunicar la siguiente información a las autoridades competentes de su Estado miembro de origen:

- a) nombre y domicilio del agente;
- b) una descripción de los mecanismos de control interno que vayan a utilizar los agentes a fin de cumplir las obligaciones que establece la Directiva 2005/60/CE con respecto al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo, y
- c) la identidad de los directores y personas responsables de la gestión del agente que vaya a utilizarse en la prestación de servicios de

pago, así como la prueba de que se trata de personas con los conocimientos y capacidades necesarios.

2. Cuando las autoridades competentes reciban la información de conformidad con el apartado 1, podrán entonces incluir al agente de que se trate en el registro contemplado en el artículo 13.

3. Antes de incluir al agente en el registro, las autoridades competentes podrán, en caso de que consideren que la información facilitada es incorrecta, proceder a ulteriores averiguaciones para comprobar dicha información.

4. Si, de resultas de dichas averiguaciones adicionales, las autoridades competentes siguen dudando de que la información que se les ha proporcionado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 sea correcta, se negarán

a incluir al agente de que se trate en el registro contemplado en el artículo 13.

5. Si la entidad de pago desea prestar servicios de pago en otro Estado miembro mediante la contratación de un agente, deberá seguir los procedimientos establecidos en el artículo 25. En este caso, antes de que pueda registrarse al agente con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, las autoridades competentes del Estado miembro de origen informarán a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida de su intención de registrar a dicho agente y tener en cuenta su parecer.

6. En caso de que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida tengan motivos razonables para sospechar que, en relación con la contratación del agente o el establecimiento de la sucursal previstos, se están perpetrando o ya se han perpetrado o intentado actividades de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2005/60/CE, o que la contratación de dicho agente o el establecimiento de dicha sucursal podrían aumentar el riesgo de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo, informarán a las autoridades competentes del Estado miembro de origen, las cuales podrán negarse a registrar al agente o sucursal, o podrán revocar la inscripción en caso de haberse ya realizado.

7. Cuando una entidad de pago pretenda externalizar funciones operativas relacionadas con los servicios de pago, deberá informar de ello a las

autoridades competentes de su Estado miembro de origen.

La externalización de funciones operativas importantes deberá realizarse de modo tal que no afecte significativamente ni a la calidad del control interno de dichas funciones por parte de la entidad de pago ni a la capacidad de las autoridades competentes para controlar que la entidad de pago cumple todas las obligaciones que establece la presente Directiva.

A efectos del párrafo segundo, una función operativa se considerará importante si una anomalía o deficiencia en su ejecución puede afectar de manera sustancial a la capacidad de la entidad de pago para cumplir permanentemente las condiciones que se derivan de su autorización en virtud del presente título, o sus demás obligaciones en el marco de la presente Directiva, o afectar a los resultados financieros, a la solidez o a la continuidad de sus servicios de pago. Los Estados miembros se asegurarán de que, cuando las entidades de pago externalicen funciones operativas importantes, cumplan con las siguientes condiciones:

- a) la externalización no dará lugar a la delegación de responsabilidad por parte de la alta dirección;
- b) no alterará las relaciones y obligaciones de la entidad de pago con respecto a sus usuarios de conformidad con la presente Directiva;
- c) no irá en menoscabo de las condiciones que debe cumplir la entidad de pago para recibir la autorización de conformidad con el presente título, y para conservarla, y

d) no dará lugar a la supresión o modificación de ninguna de las restantes condiciones a las que se haya supeditado la autorización de la entidad de pago.

8. Las entidades de pago se asegurarán de que los agentes o sucursales que actúen en su nombre informen de ello a los usuarios de servicios de pago.

*Artículo 18*  
**Responsabilidad**

1. Los Estados miembros velarán por que, cuando las entidades de pago que recurran a terceros para la realización de funciones operativas, dichas entidades adopten medidas razonables para garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Directiva.

2. Los Estados miembros exigirán que las entidades de pago sean plenamente responsables de los actos de sus empleados y de cualesquiera agentes, sucursales o instituciones a las que se hayan externalizado sus actividades.

*Artículo 19*  
**Mantenimiento de registros**

Los Estados miembros exigirán a las entidades de pago que conserven todos los documentos necesarios a efectos del presente título durante cinco años como mínimo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/60/CE y de otras disposiciones de la legislación comunitaria o nacional pertinente.

Sección 3  
**Autoridades competentes y supervisión**

*Artículo 20*  
**Designación de las autoridades competentes**

1. Los Estados miembros designarán como autoridades competentes responsables de la autorización y supervisión prudencial de las entidades de pago que tengan que llevar a cabo las funciones establecidas a tenor del presente título a autoridades públicas o a organismos reconocidos por el derecho nacional o por autoridades públicas expresamente facultadas a tal fin en virtud del derecho nacional,

incluidos los bancos centrales nacionales.

Las autoridades competentes garantizarán su independencia con respecto a los organismos económicos y evitarán conflictos de intereses. Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, no podrán ser designadas autoridades competentes las entidades de pago, las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico ni las instituciones de giro postal.

Los Estados miembros informarán al respecto a la Comisión.

2. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes designadas en virtud del apartado 1 posean todas las facultades necesarias para el desempeño de su cometido.

3. Cuando exista en su territorio más de una autoridad competente en los asuntos indicados en el presente título, los Estados miembros garantizarán que dichas autoridades colaboren estrechamente entre sí a fin de poder cumplir con eficacia sus cometidos respectivos. Los Estados miembros harán lo propio cuando las autoridades competentes en asuntos recogidos en el presente título no sean las autoridades competentes responsables de la supervisión de las entidades de crédito.

4. Las funciones de las autoridades competentes designadas en virtud del apartado 1 serán responsabilidad de las autoridades competentes del Estado miembro de origen.

5. El apartado 1 no implicará que las autoridades competentes hayan de supervisar actividades empresariales de las entidades de pago distintas de la prestación de servicios de pago, incluidos en el anexo, y de las actividades enumeradas en el artículo 16, apartado 1, letra a).

#### *Artículo 21*

#### **Supervisión**

1. Los Estados miembros velarán por que los controles efectuados por las autoridades competentes a fin de comprobar que se mantenga el cumplimiento de lo dispuesto en el presente título sean proporcionados,

suficientes y adecuados para los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades de pago.

A fin de comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente título, las autoridades competentes estarán facultadas para adoptar las medidas siguientes, en particular:

- a) exigir a la entidad de pago que facilite toda la información necesaria para supervisar el cumplimiento;
- b) efectuar inspecciones *in situ* de la entidad de pago, en cualesquiera agentes o sucursales que presten servicios de pago bajo la responsabilidad de la entidad de pago o en las entidades que realicen las actividades relacionadas con servicios de pago que se hayan externalizado;
- c) emitir recomendaciones y directrices y, cuando proceda, medidas administrativas de obligado cumplimiento, y
- e) suspender o revocar la autorización en los casos indicados en el artículo 12.

2. Sin perjuicio de los procedimientos de revocación de la autorización y de la responsabilidad penal, los Estados miembros establecerán que sus respectivas autoridades competentes puedan adoptar sanciones contra las entidades de pago o sus directivos responsables, por infracción de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en materia de supervisión o de ejercicio de la actividad, o adoptar a su respecto sanciones o medidas cuya aplicación tenga por

objeto poner fin a las infracciones comprobadas o a sus causas.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, en el artículo 7, apartados 1 y 2, y en el artículo 8, los Estados miembros garantizarán que las autoridades competentes estén habilitadas para adoptar las medidas contempladas en el apartado 1 del presente artículo para garantizar la existencia de capital suficiente para los servicios de pago, en particular cuando las actividades de la entidad de pago en relación con servicios distintos de los pagos perjudiquen o puedan perjudicar a la solidez financiera de la entidad de pago.

#### Artículo 22

##### **Secreto profesional**

1. Los Estados miembros velarán por que todas las personas que trabajen o hayan trabajado para las autoridades competentes, así como los expertos que actúen por cuenta de las autoridades competentes, estén sometidos a la obligación de secreto profesional, sin perjuicio de los asuntos cubiertos por el Derecho penal.

2. A fin de garantizar la protección de los derechos individuales y comerciales, se observará estricto secreto profesional en relación con el intercambio de información indicado en el artículo 24.

3. Los Estados miembros podrán aplicar el presente artículo teniendo en cuenta, *mutatis mutandis*, los artículos 44 a 52 de la Directiva 2006/48/CE.

#### Artículo 23

##### **Derecho de recurso judicial**

1. Los Estados miembros dispondrán que las decisiones tomadas por las autoridades competentes con respecto a una entidad de pago en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adoptadas conforme a la presente Directiva puedan ser objeto de recurso judicial.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 será también de aplicación en caso de omisión.

#### Artículo 24

##### **Intercambio de información**

1. Las autoridades competentes de los distintos Estados miembros cooperarán entre sí y, cuando corresponda, con el Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales de los Estados miembros y las demás autoridades competentes designadas en virtud de la legislación comunitaria o nacional aplicable a los proveedores de servicios de pago.

2. Asimismo, los Estados miembros permitirán el intercambio de información entre sus autoridades competentes y:

- a) las autoridades competentes de otros Estados miembros responsables de la autorización y supervisión de las entidades de pago;
- b) el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros, en su calidad de autoridades monetarias y de supervisión, y, en su caso, otras

- autoridades públicas responsables de la vigilancia de los sistemas de pago y liquidación;
- c) otras autoridades pertinentes designadas en virtud de la presente Directiva, de la Directiva 95/46/CE, de la Directiva 2005/60/CE y de otras disposiciones de derecho comunitario aplicables a los proveedores de servicios de pago, como la legislación aplicable en materia de protección de las personas en relación con el tratamiento de datos personales, así como de blanqueo de dinero y de financiación del terrorismo.

*Artículo 25*

**Ejercicio del derecho de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios**

1. Toda entidad de pago autorizada que desee prestar servicios de pago por primera vez en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen en virtud del derecho de establecimiento o libre prestación de servicios lo comunicará a las autoridades competentes de su Estado miembro de origen.

En el plazo de un mes desde la recepción de dicha información, las autoridades competentes del Estado miembro de origen comunicarán a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida el nombre y la dirección de la entidad de pago, los nombres de las personas responsables de la gestión de la sucursal, su estructura organizativa y el tipo de servicios de pago que pretende prestar en el

territorio del Estado miembro de acogida.

2. A fin de poder llevar a cabo los controles y aplicar las medidas necesarias que establece el artículo 21 con respecto a un agente, una sucursal o una entidad a la que se han externalizado actividades de una entidad de pago situada en territorio de otro Estado miembro, la autoridad competente del Estado miembro de origen cooperará con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida.

3. A efectos de la cooperación a que se refieren los apartados 1 y 2, las autoridades competentes del Estado miembro de origen deberán informar a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida siempre que deseen efectuar inspecciones *in situ* en el territorio de este último.

No obstante, cuando así lo deseen, las autoridades competentes del Estado miembro de origen podrán delegar en las autoridades competentes del Estado miembro de acogida la tarea de realizar inspecciones *in situ* en la entidad de que se trate.

4. Las autoridades competentes se facilitarán mutuamente toda la información esencial y/o pertinente, en particular en caso de infracciones o presuntas infracciones cometidas por un agente, una sucursal o por una entidad a la que se han externalizado actividades. A este respecto, las autoridades competentes comunicarán toda la información pertinente que

se les solicite y, por iniciativa propia, toda la información esencial.

5. Los apartados 1 a 4 se entenderán sin perjuicio de las obligaciones de las autoridades competentes en aplicación de la Directiva 2005/60/CE y el Reglamento (CE) no 1781/2006,

en particular con arreglo al artículo 37, apartado 1, de la Directiva 2005/60/CE y el artículo 15, apartado 3, del Reglamento (CE) no 1781/2006, en materia de supervisión del cumplimiento de los requisitos establecidos en esos instrumentos.

#### Sección 4 Excepción

##### *Artículo 26*

##### **Requisitos**

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 13, los Estados miembros podrán no aplicar o autorizar a sus autoridades competentes a no aplicar total o parcialmente el procedimiento y las condiciones establecidos en las secciones 1 a 3, excepto los artículos 20, 22, 23 y 24, y permitir la inclusión de personas físicas o jurídicas en el registro contemplado en el artículo 13, cuando:

- a) la media de los 12 meses precedentes de la cuantía total de las operaciones de pago ejecutadas por la persona de que se trate, incluidos los posibles agentes con respecto a los cuales asume plena responsabilidad, no sea superior a 3 millones EUR mensuales. Esta obligación se evaluará con respecto a la cuantía total de las operaciones de pago prevista en su plan de negocios, a menos que las autoridades competentes exijan la modificación de dicho plan, y
- b) ninguna de las personas jurídicas responsables de la gestión o explo-

tación de las actividades empresariales haya sido condenada por delitos de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo u otros delitos de carácter financiero.

2. Toda persona física o jurídica registrada de conformidad con el apartado 1 estará obligada a fijar su administración central o lugar de residencia en el Estado miembro en que ejerza efectivamente sus actividades.

3. Las personas indicadas en el apartado 1 serán tratadas como entidades de pago. No obstante, no se les aplicarán el artículo 10, apartado 9, ni el artículo 25.

4. Los Estados miembros podrán también estipular que las personas físicas o jurídicas inscritas con arreglo al apartado 1 puedan ejercer únicamente algunas de las actividades enumeradas en el artículo 16.

5. Las personas indicadas en el apartado 1 comunicarán a las autoridades competentes todo cambio de su situación que ataña a la condición especificada en dicho apartado. Los Estados miembros adoptarán las

medidas necesarias para garantizar que cuando no se cumplan ya las condiciones establecidas en los apartados 1, 2 y 4, la persona de que se trate solicite autorización dentro de los 30 días naturales, de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 10.

6. El presente artículo no se aplicará con respecto a las disposiciones establecidas en la Directiva 2005/60/CE o con respecto a la normativa nacional en materia de blanqueo de dinero.

#### *Artículo 27*

#### **Notificación e información**

El Estado miembro que se acoja a la excepción prevista en el artículo 26 deberá informar de ello a la Comisión a más tardar el 1 de noviembre de 2009 y comunicarle sin demora cualquier cambio ulterior. Asimismo, el Estado miembro informará a la Comisión del número de personas físicas y jurídicas de que se trata y le comunicará anualmente la cantidad total de operaciones de pago ejecutadas a 31 de diciembre de cada año natural, tal como se indica en el artículo 26, apartado 1, letra a).

### CAPÍTULO 2

#### **Disposiciones comunes**

#### *Artículo 28*

#### **Acceso a sistemas de pago**

1. Los Estados miembros velarán por que las normas de acceso de los proveedores de servicios de pago autorizados o registrados que sean personas jurídicas a los sistemas de pago sean objetivas, no discriminatorias y proporcionadas y por que dichas normas no dificulten el acceso más de lo que sea necesario para prevenir riesgos específicos, tales como riesgos de liquidación, riesgos operativos y riesgos de explotación, y garantizar la estabilidad operativa y financiera del sistema de pago.

Los sistemas de pago no podrán imponer a los proveedores de servicios de pago, usuarios de servicios de pago u otros sistemas de pago ninguno de los requisitos siguientes:

- a) normas que restrinjan la participación efectiva en otros sistemas de pago;
- b) normas que discriminen entre los proveedores de servicios de pago autorizados o entre proveedores de servicios de pago registrados en relación con los derechos, obligaciones y facultades de los participantes, o
- c) cualquier restricción basada en el estatuto institucional.

2. El apartado 1 no será aplicable a:

- a) sistemas de pago designados con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 98/26/CE;
- b) sistemas de pago compuestos exclusivamente de proveedores de servicios de pago que pertenezcan a un grupo compuesto de entidades

- vinculadas por su capital cuando una de ellas posea un control efectivo sobre las demás, o
- c) sistemas de pago en que un único proveedor de servicios de pago (ya sea como entidad única o como grupo):
- actúe o pueda actuar como proveedor del servicio de pago del ordenante y del beneficiario y sea responsable exclusivo de la gestión del sistema, y
  - autorice a otros proveedores de servicios de pago a participar en el sistema y estos últimos no estén habilitados para negociar las comisiones entre ellos mismos en

relación con el sistema de pago, aunque puedan establecer su propia tarifa en relación con el ordenante y el beneficiario.

*Artículo 29*

**Prohibición a toda persona que no sea proveedor de servicios de pago de realizar tal actividad**

Los Estados miembros prohibirán a toda persona física o jurídica que no sea proveedor de servicios de pago o que esté explícitamente excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva, prestar servicios de pago enumerados en el anexo.

TÍTULO III  
**TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES Y REQUISITOS DE INFORMACIÓN APLICABLES A LOS SERVICIOS DE PAGO**

CAPÍTULO 1  
***Disposiciones generales***

*Artículo 30*  
**Ámbito de aplicación**

1. El presente título se aplicará a las operaciones de pago de carácter aislado, a los contratos marco y a las operaciones de pago reguladas por dichos contratos. Las partes podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, en caso de que el usuario del servicio de pago no sea un consumidor.

2. Los Estados miembros podrán disponer que las disposiciones del presente título se apliquen a las micro-

empresas de la misma forma que a los consumidores.

3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas nacionales de aplicación de la Directiva 87/102/CEE. La presente Directiva se entenderá también sin perjuicio del resto de la legislación comunitaria o nacional pertinente en relación con las condiciones para la concesión de créditos a los consumidores no armonizadas por la presente Directiva, que sean conformes con el Derecho comunitario.

*Artículo 31*

**Otras disposiciones de la legislación comunitaria**

Las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de las disposiciones de la legislación comunitaria que establezcan requisitos adicionales en materia de información previa.

No obstante, cuando sea de aplicación también la Directiva 2002/65/CE, las disposiciones en materia de información recogidas en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, a excepción del punto 2, letras c) a g), del punto 3, letras a), d) y e), y del punto 4, letra b), de dicho apartado, se sustituirán por los artículos 36, 37, 41 y 42 de la presente Directiva.

*Artículo 32*

**Gastos de información**

1. El proveedor de servicios de pago no podrá cobrar al usuario del servicio de pago por el suministro de información indicada en el presente título.

2. El proveedor y el usuario de servicios de pago podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de esta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago.

3. Cuando el proveedor de servicios de pago pueda cobrar los gastos en concepto de información con

arreglo a lo dispuesto en el apartado 2, esos gastos serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.

*Artículo 33*

**Carga de la prueba sobre los requisitos de información**

Los Estados miembros podrán estipular que corresponda al proveedor de servicios de pago la carga de la prueba de que ha cumplido los requisitos en materia de información establecidos en el presente título.

*Artículo 34*

**Excepción respecto de los requisitos de información para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico**

1. En caso de instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, solo afectan a operaciones de pago individuales no superiores a 30 EUR o que, o bien tienen un límite de gasto de 150 EUR, o bien permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 EUR:

a) no obstante lo dispuesto en los artículos 41, 42 y 46, el proveedor del servicio de pago solo facilitará al ordenante la información sobre las características principales del servicio de pago, incluida la forma de utilizar el instrumento de pago, la responsabilidad, los gastos cobrados y demás información práctica necesaria para adoptar una decisión con conocimiento de

- causa, e indicará en qué lugar puede acceder fácilmente a la información y condiciones contenidas en el artículo 42;
- b) no obstante lo dispuesto en el artículo 44, podrá convenirse que el proveedor de servicios de pago no tenga la obligación de proponer los cambios de las condiciones del contrato marco de la misma forma que establece el artículo 41, apartado 1;
- c) podrá convenirse que, no obstante lo dispuesto en los artículos 47 y 48, después de la ejecución de una operación de pago:
- i) el proveedor del servicio de pago facilitará o pondrá a disposición únicamente una referencia que permita al usuario del servicio de pago identificar la operación de pago, el importe de la operación de pago, gastos y, en caso de varias operaciones de pago de la misma naturaleza al mismo beneficiario, la información sobre la cantidad total y los gastos correspondientes a dichas operaciones de pago,
  - ii) no se obligará al proveedor del servicio de pago a proporcionar o poner a disposición la información contemplada en el inciso i) si el instrumento de pago se utiliza de forma anónima o si el proveedor del servicio de pago no dispone de los recursos técnicos necesarios para facilitarla. No obstante, el proveedor del servicio de pago facilitará al ordenante la posibilidad de comprobar el importe de los fondos almacenados.
2. Para las operaciones de pago a nivel nacional, los Estados miembros o sus autoridades competentes podrán reducir o duplicar las cantidades contempladas en el apartado 1. Para los instrumentos de prepago, los Estados miembros podrán incrementar dichas cantidades hasta 500 EUR.

## CAPÍTULO 2

### *Operaciones de pago único*

#### *Artículo 35*

#### **Ámbito de aplicación**

1. El presente capítulo se aplicará a aquellas operaciones de pago único no cubiertas por un contrato marco.
2. Cuando una orden de pago correspondiente a una operación de pago único se transmita mediante un

instrumento de pago regulado por un contrato marco, el proveedor de servicios de pago no estará obligado a proporcionar ni a poner a disposición del usuario información que ya se le haya facilitado en virtud del contrato marco con otro proveedor de servicios de pago, o que vaya a facilitársele en el futuro en virtud de dicho contrato.

*Artículo 36*  
**Información general previa**

1. Los Estados miembros dispondrán que el proveedor de servicios de pago esté obligado a facilitar al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, la información y las condiciones establecidas en el artículo 37, antes de que el usuario quede vinculado por cualquier otro contrato u oferta relativos a una operación de pago de carácter único. Si el usuario del servicio de pago lo solicita, el proveedor de servicios de pago le facilitará la información y las condiciones mencionadas en papel u otro soporte duradero. La información y las condiciones estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en una lengua oficial del Estado miembro en el que se ofrezca el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.

2. Si el contrato de servicio de pago único se ha celebrado a instancias del usuario del servicio de pago a través de un medio de comunicación a distancia que no permita al proveedor de servicios de pago cumplir lo dispuesto en el apartado 1, dicho proveedor cumplirá las obligaciones impuestas por dicho apartado inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago.

3. Las obligaciones impuestas por el apartado 1 podrán asimismo cumplirse proporcionando una copia del borrador del contrato de servicio de pago único o del borrador de la orden de pago que incluyan la

información y condiciones contenidas en el artículo 37.

*Artículo 37*  
**Información y condiciones**

1. Los Estados miembros velarán por que se facilite al usuario de servicios de pago o se ponga a su disposición la información y las condiciones siguientes:

- a) la especificación de la información o del identificador único que el usuario de servicios de pago debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago;
- b) el plazo máximo de ejecución del servicio de pago que debe prestarse;
- c) todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los gastos;
- d) cuando proceda, el tipo de cambio efectivo o el de referencia, que se aplicará a la operación de pago.

2. En su caso, toda la demás información pertinente y condiciones contenidas en el artículo 42 se pondrá a disposición del usuario del servicio de pago de un modo fácilmente accesible.

*Artículo 38*  
**Información para el ordenante tras la recepción de la orden de pago**

Inmediatamente después de la recepción de la orden de pago, el proveedor de servicios de pago del ordenante le facilitará o pondrá a su

disposición, de modo idéntico al indicado en el artículo 36, apartado 1, la información siguiente:

- a) una referencia que permita al ordenante identificar la operación de pago y, en su caso, la información relativa al beneficiario;
- b) el importe de la operación de pago en la moneda utilizada en la orden de pago;
- c) la cantidad total correspondiente a los gastos de la operación de pago que deba abonar el ordenante y, en su caso, un desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos;
- d) en su caso, el tipo de cambio utilizado en la operación de pago por el proveedor de servicios de pago del ordenante, o una referencia de este, cuando sea distinto del tipo facilitado de conformidad con el artículo 37, apartado 1, letra d), y el importe de la transacción tras la conversión de moneda, y
- e) la fecha de recepción de la orden de pago.

*Artículo 39*

**Información para el beneficiario tras la ejecución**

Inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago, el proveedor de servicios de pago del beneficiario le facilitará o pondrá a su disposición, de modo idéntico al indicado en el artículo 36, apartado 1, la información siguiente:

- a) una referencia que permita al beneficiario identificar la operación de pago y, en su caso, al ordenante, así como cualquier información comunicada junto con la operación de pago;
- b) el importe de la operación de pago en la moneda en que los fondos sean abonados al beneficiario;
- c) la cantidad total correspondiente a los gastos de la operación de pago que deba abonar el beneficiario y, en su caso, un desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos;
- d) cuando proceda, el tipo de cambio utilizado en la operación de pago por el proveedor de servicios de pago del beneficiario y el importe de la operación de pago antes de la conversión de moneda, y
- e) la fecha de valor del abono.

### CAPÍTULO 3 *Contratos marco*

#### *Artículo 40* **Ámbito de aplicación**

El presente capítulo se aplicará a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco.

#### *Artículo 41* **Información general previa**

1. Los Estados miembros dispondrán que el proveedor de servicios de pago esté obligado a facilitar al usuario de servicios de pago, en papel u otro soporte duradero, la información y las condiciones contenidas en el artículo 42, con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta. La información y las condiciones estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en una lengua oficial del Estado miembro en el que se ofrezca el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.

2. Si el contrato marco se ha celebrado a instancias del usuario del servicio de pago a través de un medio de comunicación a distancia que no permita al proveedor de servicios de pago cumplir lo dispuesto en el apartado 1, el proveedor cumplirá las obligaciones que le impone dicho apartado inmediatamente después de la celebración del contrato marco.

3. Las obligaciones dispuestas en el apartado 1 podrán asimismo cumplirse proporcionando una copia

del borrador del contrato marco que incluya la información y condiciones contenidas en el artículo 42.

#### *Artículo 42* **Información y condiciones**

Los Estados miembros velarán por que se proporcionen al usuario de servicios de pago la información y condiciones siguientes:

- 1) sobre el proveedor de servicios de pago:
  - a) el nombre del proveedor de servicios de pago, el domicilio de su administración central y, cuando proceda, el de su sucursal o agente establecido en el Estado miembro en el que se ofrece el servicio de pago, junto con cualquier otra dirección, incluida la de correo electrónico, que sea de utilidad para la comunicación con el proveedor de servicios de pago, y
  - b) los datos de las autoridades de supervisión pertinentes y del registro contemplado en el artículo 13 o de cualquier otro registro público pertinente que autorice el proveedor de servicios de pago y el número de registro, o un medio equivalente de identificación en dicho registro;
- 2) sobre la utilización del servicio de pago:

- a) una descripción de las principales características del servicio de pago que vaya a prestarse;
  - b) especificación de la información o del identificador único que el usuario de servicios de pago debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago;
  - c) la forma y el procedimiento por el que han de comunicarse el consentimiento para la ejecución de una operación de pago y la retirada de dicho consentimiento, de conformidad con los artículos 54 y 66;
  - d) una referencia al momento de recepción de una orden de pago, conforme a la definición del artículo 64, y, en su caso, a la hora límite establecida por el proveedor de servicios de pago;
  - e) el plazo máximo de ejecución de los servicios de pago que deban prestarse, y
  - f) si existe la posibilidad de ponerse de acuerdo sobre la cuantía máxima de los gastos por la utilización del instrumento de pago, de conformidad con el artículo 55, apartado 1;
- 3) sobre los gastos y tipos de interés y de cambio:
- a) todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a los gastos;
  - b) en su caso, los tipos de interés y de cambio que se aplicarán o, si van a utilizarse los tipos de interés y de cambio de referencia, el método de cálculo del interés efectivo y la fecha correspondiente y el índice o referencia para determinar dicho tipo de interés o de cambio, y
  - c) de haberse convenido así, la aplicación inmediata de las variaciones de los tipos de interés o de cambio de referencia, y los requisitos de información en relación con dichas variaciones, de conformidad con el artículo 44, apartado 2;
- 4) sobre la comunicación:
- a) cuando proceda, los medios de comunicación, incluidos los requisitos técnicos aplicables al equipo del usuario de servicios de pago, convenidos entre las partes para la transmisión de información o notificaciones con arreglo a la presente Directiva;
  - b) la forma en que debe facilitarse o ponerse a disposición la información prevista en la presente Directiva y la frecuencia de esa información;
  - c) la lengua o lenguas de celebración del contrato marco y de comunicación durante esta relación contractual, y
  - d) el derecho del usuario del servicio de pago a recibir las condiciones contractuales del contrato marco y la información y las condiciones, de conformidad con el artículo 43;
- 5) sobre salvaguardias y medidas correctivas:

- a) cuando proceda, una descripción de las medidas que el usuario de servicios de pago deberá adoptar para preservar la seguridad de un instrumento de pago y de la forma en que debe realizarse la notificación al proveedor de servicios de pago a efectos del artículo 56, apartado 1, letra b);
  - b) de haberse convenido así, las condiciones en las que el proveedor de servicios de pago se reserva el derecho de bloquear un instrumento de pago de conformidad con el artículo 55;
  - c) la responsabilidad del ordenante de conformidad con el artículo 61, con información sobre el importe correspondiente;
  - d) la forma y el plazo dentro del cual el usuario del servicio de pago debe notificar al proveedor de servicios de pago cualquier operación de pago no autorizada o ejecutada de forma incorrecta de conformidad con el artículo 58, así como la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas de conformidad con el artículo 60;
  - e) la responsabilidad del proveedor de servicios de pago por la ejecución de operaciones de pago de conformidad con el artículo 75, y
  - f) los requisitos necesarios para la devolución, en virtud de los artículos 62 y 63;
- 6) sobre modificaciones y rescisión del contrato marco:
- a) de haberse convenido así, la advertencia de que se considerará que el usuario de servicios de pago acepta modificaciones de las condiciones establecidas con arreglo al artículo 44, a menos que notifique lo contrario al proveedor de servicios de pago con anterioridad a la fecha propuesta para la entrada en vigor de las modificaciones;
  - b) la duración del contrato, y
  - c) el derecho del usuario de servicios de pago a rescindir un contrato marco y cualesquiera acuerdos relativos a la rescisión de conformidad con el artículo 44, apartado 1, y el artículo 45;
- 7) sobre el recurso:
- a) las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato marco y/ o al órgano jurisdiccional competente, y
  - b) los procedimientos de reclamación y de recurso extrajudicial a disposición del usuario de servicios de pago con arreglo a los artículos 80 a 83.

*Artículo 43*

**Accesibilidad de la información y de las condiciones del contrato marco**

En cualquier momento de la relación contractual, el usuario de servicios de pago que así lo solicite tendrá derecho a recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales del contrato marco, así como la información y las condiciones contempladas en el artículo 42.

*Artículo 44*

**Modificación de las condiciones del contrato marco**

1. El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones especificadas en el artículo 42, de modo idéntico al indicado en el artículo 41, apartado 1, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha de aplicación propuesta.

Cuando proceda según el artículo 42, punto 6, letra a), el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a rescindir el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de los cambios.

2. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato marco y que las variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados de conformidad con el artículo 42, punto 3, letras b) y c). El usuario de servicios de pago será informado de toda modificación del tipo de interés

lo antes posible de modo idéntico al indicado en el artículo 41, apartado 1, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información. No obstante, los cambios en los tipos de interés o de cambio que sean más favorables para los usuarios de servicios de pago podrán aplicarse sin previo aviso.

3. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio utilizados en las operaciones de pago se aplicarán y calcularán de una forma neutra que no resulte discriminatoria con respecto a los usuarios de servicios de pago.

*Artículo 45*

**Rescisión**

1. El usuario del servicio de pago podrá rescindir el contrato marco en cualquier momento a menos que las partes hayan convenido en un preaviso. El plazo de preaviso no podrá exceder de un mes.

2. La rescisión de un contrato marco que se haya celebrado por un período superior a 12 meses o indefinido será gratuita para el usuario de servicios de pago si se efectúa una vez transcurridos 12 meses. En todos los demás casos, los gastos derivados de la rescisión serán apropiados y estarán en consonancia con los costes.

3. De acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá rescindir un contrato marco celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses, tal como se

establece en el artículo 41, apartado 1.

4. De los gastos que se cobren periódicamente por los servicios de pago, el usuario de servicios de pago solo abonará la parte proporcional adeudada hasta la rescisión del contrato. Cuando dichas comisiones se hayan pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

5. Las disposiciones del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las leyes y reglamentos de los Estados miembros que traten sobre los derechos de las partes a declarar inválido o nulo el contrato marco.

6. Los Estados miembros podrán prever disposiciones que resulten más favorables a los usuarios de servicios de pago.

#### *Artículo 46*

##### **Información previa a la ejecución de operaciones de pago concretas**

En caso de tratarse de una operación de pago concreta con arreglo a un contrato marco iniciada por el ordenante, el proveedor de servicios de pago deberá facilitar, a instancias del ordenante en relación con esa operación concreta, información explícita sobre el plazo máximo de ejecución y sobre los gastos que debe abonar el ordenante y, en su caso, del desglose de las cantidades correspondientes a los posibles gastos.

#### *Artículo 47*

##### **Información para el ordenante sobre operaciones de pago concretas**

1. Una vez que el importe de una operación de pago concreta se haya cargado en la cuenta del ordenante, o cuando el ordenante no utilice una cuenta de pago tras recibir la orden de pago, el proveedor de servicios de pago del ordenante le facilitará sin demoras injustificadas, de modo idéntico al estipulado en el artículo 41, apartado 1, la siguiente información:

- a) una referencia que permita al ordenante identificar cada operación de pago y, en su caso, la información relativa al beneficiario;
- b) el importe de la operación de pago en la moneda en que se haya cargado en la cuenta de pago del ordenante o en la moneda utilizada para la orden de pago;
- c) el importe de cualesquiera gastos de la operación de pago y, en su caso, el correspondiente desglose de gastos o los intereses que deba abonar el ordenante;
- d) en su caso, el tipo de cambio utilizado en la operación de pago por el proveedor de servicios de pago del ordenante, y el importe de la operación de pago tras dicha conversión de moneda, y
- e) la fecha de valor del adeudo o la fecha de recepción de la orden de pago.

2. Los contratos marco podrán contener una cláusula que disponga que la información a que se refiere el apartado 1 se facilite o haga accesible de manera periódica, al menos una vez

al mes, y de un modo convenido que permita al ordenante almacenar la información y reproducirla sin cambios.

3. No obstante, los Estados miembros podrán exigir que el proveedor de servicios de pago facilite gratuitamente información en papel con una periodicidad mensual.

*Artículo 48*

**Información para el beneficiario sobre operaciones de pago concretas**

1. Después de la ejecución de cada operación de pago concreta, el proveedor de servicios de pago del beneficiario le facilitará sin demoras injustificadas, de modo idéntico al estipulado en el artículo 41, apartado 1, la información siguiente:

- a) una referencia que permita al beneficiario identificar la operación de pago y, en su caso, al ordenante, así como cualquier información comunicada junto con la operación de pago;
- b) el importe de la operación de pago en la moneda en que se haya

cargado en la cuenta de pago del beneficiario;

- c) el importe de cualesquiera gastos de la operación de pago y, en su caso, el correspondiente desglose de gastos o los intereses que deba abonar el beneficiario;
- d) cuando proceda, el tipo de cambio utilizado en la operación de pago por el proveedor de servicios de pago del beneficiario y el importe de la operación de pago antes de la conversión de moneda, y
- e) la fecha de valor del abono.

2. Los contratos marco podrán contener una cláusula que disponga que la información a que se refiere el apartado 1 se facilite o haga accesible de manera periódica, al menos una vez al mes, y de un modo convenido que permita al beneficiario almacenar la información y reproducirla sin cambios.

3. No obstante, los Estados miembros podrán exigir que el proveedor de servicios de pago facilite gratuitamente información en papel con una periodicidad mensual.

**CAPÍTULO 4**  
***Disposiciones comunes***

*Artículo 49*

**Divisa de las operaciones y cambio de divisa**

1. Los pagos se efectuarán en la divisa que las partes hayan acordado.

2. Cuando se ofrezca un servicio de cambio de divisa con anterioridad al comienzo de la operación de pago

y dicho servicio de cambio de divisa sea ofrecido en el punto de venta o por el beneficiario, la parte que ofrezca el servicio de cambio de divisa al ordenante deberá informar a este de todos los gastos, así como del tipo de cambio que se empleará para la conversión de la operación de pago.

El ordenante aceptará el servicio de cambio de divisa bajo estas condiciones.

*Artículo 50*

**Información acerca de los gastos adicionales o de las reducciones**

1. Cuando, a efectos de la utilización de un instrumento de pago determinado, el beneficiario exija el

pago de un gasto adicional u ofrezca una reducción, informará de ello al ordenante antes de iniciarse la operación de pago.

2. Cuando, a efectos de la utilización de un instrumento de pago determinado, el proveedor de servicios de pago o un tercero exija el pago de un gasto adicional, informará de ello al usuario de servicios de pago antes de iniciarse la operación de pago.

TÍTULO IV  
**DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN  
Y UTILIZACIÓN DE SERVICIOS DE PAGO**

CAPÍTULO 1

*Disposiciones comunes*

*Artículo 51*

**Ámbito de aplicación**

1. Si el usuario de servicios de pago no es un consumidor, las partes podrán convenir en que no se apliquen, total o parcialmente, el artículo 52, apartado 1, el artículo 54, apartado 2, párrafo segundo, y los artículos 59, 61, 62, 63, 66 y 75. Las partes también podrán convenir un plazo distinto del que se establece en el artículo 58.

2. Los Estados miembros podrán disponer que el artículo 83 no se aplique si el usuario de servicios de pago no es un consumidor.

3. Los Estados miembros podrán disponer que las disposiciones del presente título se apliquen a las microempresas de la misma forma que a los consumidores.

4. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las medidas nacionales de aplicación de la Directiva 87/102/CEE. La presente Directiva se entiende asimismo sin perjuicio de cualquier otra normativa pertinente a nivel nacional o comunitario por lo que respecta a condiciones de concesión de créditos a los consumidores no armonizadas por la presente Directiva, que sean conformes con el Derecho comunitario.

*Artículo 52*

**Gastos aplicables**

1. El proveedor de servicios de pago no podrá cobrar al usuario de servicios de pago por el cumplimiento de sus obligaciones de información o por las medidas correctivas o preventivas con arreglo al presente título, salvo que se estipule lo contrario en

el artículo 65, apartado 1, el artículo 66, apartado 5, y el artículo 74, apartado 2. Esos gastos serán convenidos entre el usuario y el proveedor de servicios de pago y serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.

2. Cuando una operación de pago no incluya una conversión de divisas, los Estados miembros requerirán que el beneficiario pague los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago, y el ordenante abonará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago.

3. El proveedor de servicios de pago no impedirá que el beneficiario exija al ordenante el pago de una cuota adicional o una reducción por la utilización de un instrumento de pago concreto. No obstante, los Estados miembros podrán prohibir o limitar el derecho al cobro de gastos teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes.

*Artículo 53*

**Excepción para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico**

1. En caso de instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, solo afectan a operaciones de pago individuales no superiores a 30 EUR o que, o bien tienen un límite de gasto de 150 EUR, o bien permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 EUR, los proveedores de servicios de

pago podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago que:

- a) no se apliquen el artículo 56, apartado 1, letra b), el artículo 57, apartado 1, letras c) y d), y el artículo 61, apartados 4 y 5, si el instrumento de pago no permite bloquear o impedir futuras utilidades;
- b) no se apliquen los artículos 59 y 60 ni el artículo 61, apartados 1 y 2, si el instrumento de pago se utiliza de forma anónima o el proveedor de servicios de pago es incapaz, por otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago, de demostrar que la operación de pago ha sido autorizada;
- c) no obstante lo dispuesto en el artículo 65, apartado 1, el proveedor de servicios de pago no tenga la obligación de notificar al usuario del servicio de pago su rechazo de la orden de pago, si la no ejecución resulta evidente en el contexto de que se trate;
- d) no obstante lo dispuesto en el artículo 66, el ordenante no puede revocar la orden de pago una vez que se haya transmitido al beneficiario la orden de pago o su consentimiento;
- e) no obstante lo dispuesto en los artículos 69 y 70, se apliquen otros períodos de ejecución.

2. Para las operaciones de pago a nivel nacional, los Estados miembros o sus autoridades competentes podrán reducir o duplicar las cantidades contempladas en el apartado 1. Podrán incrementarlas hasta 500 EUR para instrumentos de prepago.

3. Los artículos 60 y 61 se aplicarán asimismo al dinero electrónico en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2000/46/CE, a menos que el proveedor de servicios de pago del ordenante no tenga la

capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago. Los Estados miembros podrán limitar esta excepción a cuentas o instrumentos de pago de una determinada cuantía.

## CAPÍTULO 2

### *Autorización de operaciones de pago*

#### *Artículo 54*

#### **Consentimiento y retirada del consentimiento**

1. Los Estados miembros velarán por que las operaciones de pago se consideren autorizadas únicamente cuando el ordenante haya dado su consentimiento a que se ejecute la operación de pago. El ordenante de una operación de pago podrá autorizar dicha operación con anterioridad a su ejecución, o bien, si así lo hubiera convenido con su proveedor de servicios de pago, con posterioridad a su ejecución.

2. El consentimiento para la ejecución de una operación de pago o de una serie de operaciones de pago se dará en la forma acordada entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago. A falta del consentimiento, la operación de pago se considerará no autorizada.

3. El ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el artículo 66. Esta disposición se aplicará al consentimiento dado para una serie de operaciones de pago, que podrá retirarse con la consecuencia de que toda futu-

ra operación de pago se considerará no autorizada.

4. El ordenante y su proveedor de servicios de pago convendrán en el procedimiento de notificación del consentimiento.

#### *Artículo 55*

#### **Limitaciones de la utilización del instrumento de pago**

1. Cuando se emplee un instrumento de pago específico a fin de notificar el consentimiento, el ordenante y el proveedor de servicios de pago podrán acordar la cuantía máxima de los gastos aplicables a los servicios de pago.

2. Si así se hubiera acordado en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá reservarse el derecho de bloquear la utilización de un instrumento de pago por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta de dicho instrumento o, en caso de que el instrumento de pago esté asociado a una línea de crédito, si supone un aumento significativo del riesgo de que el orde-

nante pueda ser incapaz de hacer frente a su obligación de pago.

3. En tales casos, el proveedor de servicios de pago informará al ordenante, de la manera convenida, del bloqueo del instrumento de pago y de los motivos para ello, de ser posible antes de proceder a él y, a más tardar, inmediatamente después de bloquearlo, a menos que la comunicación de tal información resulte comprometida por razones de seguridad objetivamente justificadas o esté prohibida por otras disposiciones pertinentes de la legislación nacional o comunitaria.

4. El proveedor de servicios de pago desbloqueará la utilización del instrumento de pago o lo sustituirá por otro nuevo una vez que hayan dejado de existir los motivos para bloquear su utilización.

*Artículo 56*

**Obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago**

1. El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar el instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes:

- a) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen la emisión y utilización del instrumento de pago, y
- b) en caso de extravío, robo o sustracción del instrumento de pago, o de utilización no autorizada de este, notificarlo al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe sin demoras inde-

bidas en cuanto tenga conocimiento de ello.

2. En particular, a efectos del apartado 1, letra a), el usuario de servicios de pago, en cuanto reciba un instrumento de pago, tomará todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto.

*Artículo 57*

**Obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago**

1. El proveedor de servicios de pago emisor del instrumento de pago cumplirá las obligaciones siguientes:

- a) cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario de servicios de pago facultado para utilizar el instrumento, sin perjuicio de las obligaciones que incumben al usuario de servicios de pago con arreglo al artículo 56;
- b) abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago;
- c) garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el artículo 56, apartado 1, letra b), o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55, apartado 4. El proveedor de servicios de

pago facilitará al usuario de dichos servicios, cuando este así lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación durante los 18 meses siguientes a la misma, e

d) impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 56, apartado 1, letra b).

2. El proveedor de servicios de pago correrá el riesgo de enviar un instrumento de pago al ordenante o de enviar cualquier elemento de seguridad personalizado del mismo.

*Artículo 58*

**Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente**

El usuario de servicios de pago obtendrá la rectificación del proveedor de servicios de pago únicamente si notifica sin tardanza injustificada a su proveedor de servicios de pago que ha llegado a su conocimiento cualquier operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente que sea objeto de una reclamación, incluso las cubiertas por el artículo 75, a más tardar a los 13 meses de la fecha del adeudo, a no ser, cuando proceda, que el proveedor de servicios de pago no le haya proporcionado o hecho accesible la información sobre la operación de pago con arreglo a lo dispuesto en el título III.

*Artículo 59*

**Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago**

1. Los Estados miembros exigirán que, cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que esta se ejecutó de manera incorrecta, corresponda a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

2. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ejecutada, la utilización del instrumento de pago registrada por el proveedor de servicios de pago no bastará necesariamente para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que este actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 56.

*Artículo 60*

**Responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas**

1. Sin perjuicio del artículo 58, los Estados miembros velarán por que, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devuelva de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablezca en la cuenta de pago

en la cual se haya adeudado el importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

2. Podrán determinarse otras indemnizaciones económicas de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago.

#### *Artículo 61*

##### **Responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas**

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 60, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 EUR, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado o, si el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados, de la sustracción de un instrumento de pago.

2. El ordenante soportará todas las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas y/o que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 56. En ese caso, no será de aplicación el importe máximo contemplado en el apartado 1 del presente artículo.

3. En aquellos casos en que el ordenante no haya actuado de forma fraudulenta ni haya incumplido de forma deliberada sus obligaciones con arreglo al artículo 56, los Estados miembros podrán reducir la responsa-

bilidad establecida en los apartados 1 y 2 del presente artículo, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza de los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago y las circunstancias de la pérdida, el robo o la sustracción.

4. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 56, apartado 1, letra b), de un instrumento de pago extraviado, robado o sustraído.

5. Si el proveedor de servicios de pago no ofrece medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío, el robo o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 57, apartado 1), letra c), el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta.

#### *Artículo 62*

##### **Devolución de operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través del mismo**

1. Los Estados miembros garantizarán que todo ordenante tenga derecho a devolución de su proveedor de servicios de pago por las operaciones de pago autorizadas iniciadas por un beneficiario o a través de él que ya hayan sido ejecutadas, si se cumplen las condiciones siguientes:

- a) cuando se dio la autorización, esta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y
- b) el importe de la operación de pago supera el importe que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición del proveedor de servicios de pago, el ordenante deberá aportar datos factuales referentes a dichas condiciones.

La devolución consiste en la cantidad total de la operación de pago ejecutada.

A efectos de los adeudos domiciliados, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de su proveedor de servicios de pago, aun cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas en el párrafo primero.

2. No obstante, a efectos del apartado 1, letra b), el ordenante no podrá invocar motivos relacionados con el cambio de divisa si se ha aplicado el tipo de cambio de referencia acordado con su proveedor de servicios de pago de conformidad con el artículo 37, apartado 1, letra d), y el artículo 42, punto 3, letra b).

3. Podrá convenirse en el contrato marco entre el ordenante y el proveedor de servicios de pago que el ordenante no tenga derecho a devolución si el ordenante ha transmitido su consentimiento a la orden de pago di-

rectamente al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el proveedor de servicios de pago o el beneficiario proporcionan o ponen a disposición del ordenante la información relativa a una futura operación de pago al menos con cuatro semanas de antelación a la fecha prevista.

#### *Artículo 63*

#### **Solicitudes de devolución por operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través de él**

1. Los Estados miembros velarán por que el ordenante pueda solicitar la devolución a que se refiere el artículo 62 por una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través de él, durante un plazo máximo de ocho semanas a partir de la fecha de adeudo de los fondos.

2. En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, el proveedor de servicios de pago deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago, o bien justificar su denegación de devolución e indicar el organismo al que podrá dirigirse el ordenante con arreglo a los artículos 80 a 83 en caso de que no acepte la justificación ofrecida.

El derecho del proveedor de servicios de pago con arreglo al párrafo primero de denegar la devolución no se aplicará en el supuesto contemplado en el artículo 62, apartado 1, párrafo cuarto.

CAPÍTULO 3  
*Ejecución de una operación de pago*

Sección 1  
**Órdenes de pago e importes transferidos**

*Artículo 64*  
**Recepción de órdenes de pago**

1. Los Estados miembros garantizarán que el momento de la recepción es el momento en que la orden es transmitida directamente por el ordenante o es indirectamente recibida a través del beneficiario por el proveedor de servicios de pago del ordenante. Si el momento de la recepción no es un día hábil para el proveedor de servicios de pago del ordenante, la orden de pago se considerará recibida al siguiente día hábil. El proveedor de servicios de pago podrá establecer una hora máxima que ronde el final del día hábil a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

2. Si el usuario de servicios de pago que inicia la orden de pago y su proveedor de servicios de pago acuerdan que la ejecución de la orden de pago comience en una fecha específica o al final de un período determinado, o bien el día en que el ordenante haya puesto fondos a disposición de su proveedor de servicios de pago, se considerará que el momento de recepción de la orden a efectos del artículo 69 es el día acordado. Si el día acordado no es un día hábil para el proveedor de servicios de pago, la orden de pago se

considerará recibida al siguiente día hábil.

*Artículo 65*  
**Rechazo de órdenes de pago**

1. Si el proveedor de servicios de pago rechaza la ejecución de una orden de pago, deberá notificar al usuario de servicios de pago la negativa y, en lo posible, los motivos de la misma, así como el procedimiento para rectificar los posibles errores factuales que la hayan motivado, salvo que lo prohíba otra legislación nacional o comunitaria pertinente.

El proveedor de servicios de pago proporcionará o hará accesible la notificación de un modo convenido lo antes posible y, en cualquier caso, dentro del plazo especificado en el artículo 69.

El contrato marco podrá contener una cláusula que permita al proveedor de servicios de pago cobrar gastos por esta notificación si la negativa está objetivamente justificada.

2. En caso de que se cumplan todas las condiciones fijadas en el contrato marco del ordenante, el proveedor de servicios de pago no podrá negarse a ejecutar una orden de pago autorizada, con independencia de que esta haya sido iniciada bien por un ordenante, bien por un beneficiario o a través del mismo,

salvo que lo prohíba otra legislación nacional o comunitaria pertinente.

3. A efectos de los artículos 69 y 75, las órdenes de pago cuya ejecución haya sido denegada no se considerarán recibidas.

*Artículo 66*

**Irrevocabilidad de una orden de pago**

1. Los Estados miembros velarán por que el usuario de servicios de pago no pueda revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante, a no ser que se especifique otra cosa en el presente artículo.

2. Cuando la operación de pago sea iniciada por el beneficiario o a través del mismo, el ordenante no podrá revocar la orden de pago una vez que se haya transmitido al beneficiario la orden de pago o su consentimiento para que se ejecute la operación de pago.

3. No obstante, en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución, el usuario podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido para el adeudo de los fondos.

4. En el caso a que se refiere el artículo 64, apartado 2, el usuario de servicios de pago podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido.

5. Una vez transcurridos los plazos especificados en los apartados 1 a 4, la orden de pago podrá revocarse únicamente si así se ha convenido

entre el usuario de servicios de pago y su proveedor de servicios de pago. En el caso indicado en los apartados 2 y 3, también será necesario el acuerdo del beneficiario. De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá cobrar gastos por la revocación.

*Artículo 67*

**Importes transferidos e importes recibidos**

1. Los Estados miembros exigirán al proveedor de servicios de pago del ordenante, al proveedor de servicios de pago del beneficiario y a los posibles intermediarios del proveedor de servicios de pago la transferencia de la totalidad del importe de la operación de pago y que se abstengan de deducir gastos de la cantidad transferida.

2. No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que el proveedor de servicios de pago deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario. En ese caso, la cantidad total de la operación de pago junto con los gastos aparecerán por separado en la información facilitada al beneficiario.

3. Si se deducen de la cantidad transferida otros gastos distintos de los contemplados en el apartado 2, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará que el beneficiario reciba la cantidad total de la operación de pago iniciada por el ordenante. En los casos en que el beneficiario inicia la operación de

pago, o se realiza a través de él, su proveedor de servicios de pago

garantizará que el beneficiario reciba el importe total de la operación de pago.

## Sección 2

### Plazo de ejecución y fecha de valor

#### *Artículo 68*

##### **Ámbito de aplicación**

1. La presente sección se aplicará a:

- a) las operaciones de pago en euros;
- b) las operaciones de pago nacionales en la divisa del Estado miembro fuera de la zona del euro de que se trate, y
- c) las operaciones de pago que solo impliquen una conversión de divisas entre el euro y la divisa de un Estado miembro que no forme parte de la zona del euro, siempre que la correspondiente conversión de divisas se lleve a cabo en el Estado miembro que no forme parte de la zona del euro y, en el caso de operaciones de pago transfronterizas, la transferencia transfronteriza se realice en euros.

2. Para las demás operaciones de pago se aplicará la presente sección, salvo acuerdo en contrario entre el usuario de servicios de pago y su proveedor de servicios de pago, con la excepción del artículo 73, que no está sujeto a discreción de las partes. No obstante, cuando el usuario de servicios de pago y su proveedor de servicios de pago acuerden un plazo superior al establecido en el artículo 69, para las operaciones de pago intracomunitarias dicho plazo no

excederá de cuatro días hábiles tras el momento de la recepción, de conformidad con el artículo 64.

#### *Artículo 69*

##### **Operaciones de pago a una cuenta de pago**

1. Los Estados miembros exigirán al proveedor de servicios de pago del ordenante que, tras el momento de recepción con arreglo al artículo 64, garantice que el importe de la operación de pago sea abonado en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, a más tardar, al final del día hábil siguiente. Hasta el 1 de enero de 2012, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán acordar un plazo no superior a tres días hábiles. No obstante, estos plazos podrán prolongarse en un día hábil para las operaciones de pago iniciadas en papel.

2. Los Estados miembros exigirán al proveedor de servicios de pago del beneficiario que establezca la fecha de valor y de disponibilidad de la cantidad de la operación de pago en la cuenta de pago del beneficiario después de que el proveedor de servicios de pago haya recibido los fondos de conformidad con el artículo 73.

3. Los Estados miembros exigirán que el proveedor de servicios de pago

del beneficiario transmita una orden de pago iniciada por él o a través del proveedor de servicios de pago del ordenante dentro de los plazos convenidos entre el beneficiario y su proveedor de servicios de pago, de forma que, por lo que se refiere al adeudo domiciliado, permita la ejecución del pago en la fecha convenida.

*Artículo 70*

**Beneficiarios no titulares de cuentas de pago en el proveedor de servicios de pago**

Cuando el beneficiario no sea titular de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago, el proveedor de servicios de pago que reciba los fondos para el beneficiario deberá ponerlos a disposición de este en el plazo indicado en el artículo 69.

*Artículo 71*

**Efectivo depositado en una cuenta de pago**

Cuando un consumidor deposite efectivo en una cuenta de pago en dicho proveedor de servicios de pago en la moneda de dicha cuenta de pago, el proveedor de servicios de pago velará por que se pueda disponer del importe, con la fecha de valor inmediatamente posterior al momento de recepción de los fondos. En caso de que el usuario de servicios de pago no sea un consumidor, se podrá disponer del importe con la fecha de valor de ese mismo día, a más tardar

al día hábil siguiente al de la recepción de los fondos.

*Artículo 72*

**Operaciones de pago nacionales**

En el caso de las operaciones de pago nacionales, los Estados miembros podrán establecer plazos máximos de ejecución inferiores a los indicados en la presente sección.

*Artículo 73*

**Fecha de valor y disponibilidad de los fondos**

1. Los Estados miembros garantizarán que la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario no sea posterior al día hábil en que el importe de la operación de pago se abonó en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario.

El proveedor de servicios de pago del beneficiario velará por que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario.

2. Los Estados miembros velarán por que la fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante no sea anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta.

### Sección 3 Responsabilidad

#### *Artículo 74*

#### **Identificadores únicos incorrectos**

1. Cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único, se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario especificado en el identificador único.

2. Si el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago es incorrecto, el proveedor de servicios de pago no será responsable, con arreglo al artículo 75, de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación de pago.

No obstante, el proveedor de servicios de pago del ordenante hará esfuerzos razonables por recuperar los fondos de la operación de pago.

De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá cobrar gastos al usuario del servicio de pago por la recuperación de los fondos.

3. Si el usuario de servicios de pago facilita información adicional a la requerida en el artículo 37, apartado 1, letra a), o en el artículo 42, apartado 2, letra b), el proveedor de servicios de pago únicamente será responsable de la ejecución de operaciones de pago conformes con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago.

#### *Artículo 75*

#### **No ejecución o ejecución defectuosa**

1. En el caso de las órdenes de pago iniciadas por el ordenante, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58, en el artículo 74, apartados 2 y 3, y en el artículo 78, el proveedor de servicios de pago del ordenante será responsable frente al ordenante de la correcta ejecución de la operación de pago, a menos que pueda demostrar al ordenante y, en su caso, al proveedor de servicios de pago del beneficiario, que el proveedor de servicios de pago del beneficiario recibió la cuantía de la operación de pago de conformidad con el artículo 69, apartado 1, en cuyo caso el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la correcta ejecución de la operación de pago.

Cuando sea responsable el proveedor de servicios de pago del ordenante con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

Cuando sea responsable el proveedor de servicios de pago del beneficiario con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero, devolverá inmedia-

tamente a disposición del ordenante la cantidad correspondiente a la operación de pago y, en su caso, abonará la cantidad correspondiente en la cuenta de pago del beneficiario.

En caso de una operación de pago no ejecutada o ejecutada defectuosamente, cuando la orden de pago haya procedido del ordenante, su proveedor de servicios de pago tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al ordenante los resultados.

2. En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58, en el artículo 74, apartados 2 y 3, y en el artículo 78, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable de la correcta transmisión de la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante, de conformidad con el artículo 69, apartado 3. Cuando sea responsable el proveedor de servicios de pago del beneficiario con arreglo a lo dispuesto en el presente párrafo, devolverá inmediatamente la orden de pago al proveedor del servicio de pago del ordenante.

Además, el proveedor de servicios de pago del beneficiario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58, en el artículo 74, apartados 2 y 3, y en el artículo 78, será responsable frente al beneficiario de la gestión de la operación de pago, de conformidad con las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 73. Cuando sea

responsable el proveedor de servicios de pago del beneficiario con arreglo a lo dispuesto en el presente párrafo, velará por que la cantidad correspondiente a la operación de pago esté a disposición del ordenante inmediatamente después de que dicha cantidad sea abonada en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario.

En caso de una operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa con respecto a la cual el proveedor de servicios de pago del beneficiario no sea responsable, según lo dispuesto en los párrafos primero y segundo, el proveedor de servicios de pago del ordenante será responsable frente al ordenante. Cuando sea responsable el proveedor de servicios de pago del ordenante, devolverá, según proceda y sin demora injustificada, al ordenante la cantidad correspondiente a la operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa y restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

En caso de una operación de pago no ejecutada o ejecutada defectuosamente, cuando la orden de pago haya procedido del beneficiario, su proveedor de servicios de pago tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al beneficiario los resultados.

3. Asimismo, el proveedor de servicios de pago será responsable

frente a sus respectivos usuarios de servicios de pago de todos los gastos de los que sea responsable, así como de los intereses aplicados al usuario de servicios de pago como consecuencia de la no ejecución o ejecución defectuosa de la operación de pago.

*Artículo 76*

**Indemnización económica adicional**

Podrán determinarse, de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el usuario de servicios de pago y su proveedor de servicios de pago, indemnizaciones económicas adicionales a lo contemplado en la presente sección.

*Artículo 77*

**Derecho de reclamación**

1. En caso de que la responsabilidad de un proveedor de servicios de pago con arreglo al artículo 75 sea atribuible a otro proveedor de servicios de pago o a un intermediario, dicho proveedor de servicios de pago o dicho intermediario compensarán al

primer proveedor de servicios de pago por las posibles pérdidas ocasionadas o cantidades abonadas con arreglo al artículo 75.

2. Podrán determinarse compensaciones financieras suplementarias de conformidad con los acuerdos entre proveedores de servicios de pago e intermediarios y la legislación aplicable a los acuerdos concluidos entre ambas partes.

*Artículo 78*

**No responsabilidad**

La responsabilidad establecida con arreglo a los capítulos 2 y 3 no se aplicará en caso de circunstancias excepcionales e imprevisibles fuera del control de la parte que invoca acogerse a estas circunstancias, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos en sentido contrario, o en caso de que a un proveedor de servicios de pago se le apliquen otras obligaciones legales establecidas por la normativa comunitaria o nacional.

**CAPÍTULO 4**

***Protección de los datos***

*Artículo 79*

**Protección de los datos**

Los Estados miembros autorizarán el tratamiento de datos personales por los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago cuando sea

necesario a fin de garantizar la prevención, investigación y descubrimiento del fraude en los pagos. El tratamiento de dichos datos personales será conforme a lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE.

CAPÍTULO 5  
**Procedimientos de reclamación y de recurso extrajudicial para la  
resolución de litigios**

Sección 1  
**Procedimientos de reclamación**

*Artículo 80*

**Denuncias**

1. Los Estados miembros velarán por que se establezcan procedimientos que permitan a los usuarios de servicios de pago y demás partes interesadas, incluidas las asociaciones de consumidores, presentar reclamaciones a las autoridades competentes en relación con presuntas infracciones, por parte de los proveedores de servicios de pago, de las disposiciones de derecho nacional por las que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva.

2. Cuando corresponda, y sin perjuicio del derecho a presentar una demanda ante un órgano jurisdiccional de conformidad con el derecho procesal nacional, la autoridad competente deberá, en su respuesta, informar al reclamante de la existencia de los procedimientos extrajudiciales establecidos en virtud del artículo 83.

*Artículo 81*

**Sanciones**

1. Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su

ejecución. Las sanciones establecidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Los Estados miembros notificarán a la Comisión, a más tardar el 1 de noviembre de 2009, las disposiciones a que se refiere el apartado 1 y la identidad de las autoridades competentes mencionadas en el artículo 82, y le comunicarán sin demora cualquier modificación ulterior de dichas disposiciones.

*Artículo 82*

**Autoridades competentes**

1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias a fin de garantizar que los procedimientos de reclamación y las sanciones contemplados, respectivamente, en el artículo 80, apartado 1, y en el artículo 81, apartado 1, sean administrados por las autoridades facultadas para velar por el cumplimiento de las disposiciones de derecho nacional adoptadas en aplicación de los requisitos establecidos en la presente sección.

2. En caso de infracción o sospecha de infracción de las disposiciones de derecho nacional adoptadas en cumplimiento de los títulos III y IV, las autoridades competentes contempladas en el apartado 1 serán las del Estado miembro de origen del provee-

dor de servicios de pago, excepto para los agentes y sucursales que operen con arreglo al derecho de estableci-

miento, para los que las autoridades competentes serán las del Estado miembro de acogida.

## Sección 2

### Procedimientos de recurso extrajudicial

#### *Artículo 83*

##### **Recurso extrajudicial**

1. Los Estados miembros velarán por que se establezcan procedimientos adecuados y eficaces de reclamación y recurso extrajudiciales con vistas a la resolución extrajudicial de litigios que atañan a los derechos y obligaciones derivados de la presente

Directiva entre los usuarios de servicios de pago y sus proveedores de servicios de pago, utilizando en su caso organismos existentes.

2. En caso de litigios transfronterizos, los Estados miembros garantizarán que los organismos correspondientes cooperen activamente entre sí para su resolución.

## TÍTULO V

### MEDIDAS DE APLICACIÓN Y COMITÉ DE PAGOS

#### *Artículo 84*

##### **Medidas de aplicación**

A fin de atender a la evolución de los aspectos técnicos y de mercado de los servicios de pago y de garantizar la aplicación uniforme de la presente Directiva, la Comisión podrá adoptar, de conformidad con el procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 85, apartado 2, las medidas de ejecución destinadas a modificar los elementos no esenciales de la presente Directiva con objeto de:

- a) adaptar la lista de actividades del anexo, de conformidad con los artículos 2 a 4 y 16;
- b) modificar la definición de microempresa que figura en el artículo 4, punto 26, atendiendo a la mo-

dificación de la Recomendación 2003/361/CE;

- c) actualizar los importes especificados en el artículo 26, apartado 1, y en el artículo 61, apartado 1, a fin de tener en cuenta la inflación y los cambios importantes que se produzcan en el mercado.

#### *Artículo 85*

##### **Comité**

1. La Comisión estará asistida por un Comité de pagos.

2. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación el artículo 5 *bis*, apartados 1 a 4, y el artículo 7 de la Decisión 1999/468/CE, observando lo dispuesto en su artículo 8.

## TÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

### *Artículo 86* **Plena armonización**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30, apartado 2, el artículo 33, el artículo 34, apartado 2, el artículo 45, apartado 6, el artículo 47, apartado 3, el artículo 48, apartado 3, el artículo 51, apartado 2, el artículo 52, apartado 3, el artículo 53, apartado 2, el artículo 61, apartado 3, y los artículos 72 y 88, y en la medida en que la presente Directiva establezca disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o introducir disposiciones diferentes de las que en ella se prevén.

2. En caso de que un Estado miembro haga uso de alguna de las posibilidades contempladas en el apartado 1, informará de ello a la Comisión así como de los posibles cambios ulteriores. La Comisión hará pública esta información a través de su sitio internet o de cualquier otra forma fácilmente accesible.

3. Los Estados miembros velarán por que los proveedores de servicios de pago no establezcan, en detrimento de los usuarios de servicios de pago, excepciones a las disposiciones de derecho nacional que apliquen las disposiciones de la presente Directiva o corresponda a ellas, salvo disposición expresa de esta.

No obstante, los proveedores de servicios de pago podrán decidir otorgar condiciones más favorables a los usuarios de servicios de pago.

### *Artículo 87* **Revisión**

A más tardar el 1 de noviembre de 2012, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Banco Central Europeo un informe sobre la aplicación y repercusiones de la presente Directiva, con especial referencia a:

- la posible necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a las operaciones de pago en cualquier moneda y a las operaciones de pago en las que solo uno de los proveedores de pago esté situado en la Comunidad,
- la aplicación de los artículos 6, 8 y 9 relativos a los requisitos cautelares para las entidades de pago, en particular por lo que se refiere a requisitos de fondos propios y requisitos de garantía (delimitación),
- las posibles repercusiones de la concesión de créditos por las entidades de pago en relación con los servicios de pago, como contempla el artículo 16, apartado 3,
- las posibles repercusiones de los requisitos de autorización de las entidades de pago en la competencia entre entidades de pago y otros proveedores de servicios de pago, así como en relación con las barreras a la entrada en el mercado de nuevos proveedores de servicios de pago,
- la aplicación de los artículos 34 y 53 y la posible necesidad de revi-

- sar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en lo que respecta a los instrumentos de pago de escasa cuantía y al dinero electrónico, y
- la aplicación y funcionamiento de los artículos 69 y 75 para todas las clases de instrumentos de pago, junto con la propuesta de revisión pertinente, cuando proceda.

*Artículo 88*

**Disposición transitoria**

1. Sin perjuicio de la Directiva 2005/60/CE u otras disposiciones comunitarias aplicables, los Estados miembros autorizarán a las personas jurídicas que hayan emprendido antes del 25 de diciembre de 2007 las actividades de entidades de pago en el sentido de la presente Directiva con arreglo a la normativa nacional vigente, que prosigan esas actividades en el Estado miembro de que se trate hasta el 30 de abril de 2011, sin la autorización prevista en el artículo 10. Las mencionadas personas a las que no se haya concedido autorización en ese plazo tendrán prohibido seguir prestando servicios de pago, de conformidad con el artículo 29.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, se concederá una exención al requisito de autorización con arreglo al artículo 10 a las entidades financieras que hayan iniciado actividades enumeradas en el punto 4 del anexo I de la Directiva 2006/48/CE y reúnan las condiciones del artículo 24, apartado 1, párrafo primero, letra e), de dicha Directiva de conformidad con la normativa nacional antes

del 25 de diciembre de 2007. No obstante, notificarán a las autoridades competentes del Estado miembro de origen dichas actividades antes del 25 de diciembre de 2007. Además, dicha notificación incluirá información que demuestre que cumplen los requisitos del artículo 5, letras a), d), g) a i), k) y l), de la presente Directiva. Cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que se cumplen esos requisitos, las entidades financieras de que se trate serán registradas con arreglo al artículo 13 de la presente Directiva. Los Estados miembros podrán autorizar a sus autoridades competentes a eximir a dichas entidades financieras del cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 5.

3. Los Estados miembros podrán disponer que se conceda automáticamente autorización a las personas jurídicas a que se refiere el apartado 1 y que queden automáticamente inscritas en el registro, de conformidad con el artículo 13, si las autoridades competentes disponen ya de pruebas del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 5 y 10. Las autoridades competentes informarán a las entidades afectadas antes de concederles la autorización.

4. Sin perjuicio de la Directiva 2005/60/CE u otras disposiciones comunitarias aplicables, los Estados miembros podrán autorizar a las personas físicas o jurídicas que hayan emprendido las actividades de entidades de pago reguladas por la presente Directiva con arreglo a la normativa nacional vigente antes del

25 de diciembre de 2007 y que reúnan las condiciones necesarias para acogerse a las excepciones contempladas en el artículo 26, a proseguir sus actividades en el Estado miembro de que se trate durante un período transitorio no superior a tres años sin acogerse a la excepción con arreglo al artículo 26 y sin inscribirse en el registro con arreglo al artículo 13. Las mencionadas personas que no se acojan a la excepción en ese plazo tendrán prohibido seguir prestando servicios de pago, de conformidad con el artículo 29.

*Artículo 89*

**Modificación de la Directiva 97/7/CE**

Queda suprimido el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE.

*Artículo 90*

**Modificación de la Directiva 2002/65/CE**

La Directiva 2002/65/CE queda modificada como sigue:

1) En el artículo 4 se añade el apartado siguiente:

«5. Cuando también sea de aplicación la Directiva 2007/ 64/ CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior\*, las disposiciones en materia de información recogidas en el artículo 3, apartado 1, de la presente Directiva, a excepción del apartado 2, letras c) a g), el apartado 3, letras a), d) y e), y el apartado 4, letra b), se sustituirán por

los artículos 36, 37, 41 y 42 de aquella Directiva.

\* DO L 319 de 5.12.2007, p. 1.».

2) Se suprime el artículo 8.

*Artículo 91*

**Modificación de la Directiva 2005/60/CE**

La Directiva 2005/60/CE queda modificada como sigue:

1) En el artículo 3, apartado 2, la letra a) se sustituye por el texto siguiente:

«a) toda empresa distinta de una entidad de crédito que efectúe una o varias de las actividades mencionadas en los puntos 2 a 12 y 14 del anexo I de la Directiva 2006/48/CE, incluidas las actividades de las agencias de cambio;».

2) En el artículo 15, los apartados 1 y 2 se sustituyen por el texto siguiente:

«1. En caso de que un Estado miembro permita que las entidades de crédito o financieras, situadas en su territorio, a que se refieren el artículo 2, apartado 1, puntos 1) y 2), sean consideradas como tercero a nivel nacional, dicho Estado miembro deberá permitir en cualquier caso a las entidades y personas, situadas en su territorio, contempladas en el artículo 2, apartado 1, reconocer y aceptar, de conformidad con el artículo 14, el resultado de los requisitos de

diligencia debida con respecto al cliente establecidos en el artículo 8, apartado 1, letras a) a c), llevados a cabo de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva por una entidad de las referidas en el artículo 2, apartado 1, puntos 1 y 2, en otro Estado miembro, con excepción de las agencias de cambio y de las entidades definidas en el artículo 4, apartado 4, de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior\*\*, que fundamentalmente establece los servicios de pago contemplados en el punto 6 del anexo de dicha Directiva, incluyendo a las personas físicas y jurídicas que se benefician de una excepción de conformidad con el artículo 26 de la presente Directiva, y que cumpla los requisitos establecidos en los artículos 16 y 18 de la presente Directiva, aun en el caso de que los documentos o datos en los que se basan dichos requisitos sean distintos de los exigidos en el Estado miembro en el cual se presente el cliente.

2. En caso de que un Estado miembro permita que las agencias de cambio a que se refiere el artículo 3, punto 2, letra a), y las entidades contempladas en el artículo 4, punto 4, de la Directiva 2007/64/CE, que fundamentalmente establece los servicios de pago contemplados en el punto 6

del anexo de dicha Directiva, situados en su territorio, sean consideradas como tercero a nivel nacional, dicho Estado miembro deberá permitirles en cualquier caso reconocer y aceptar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Directiva, el resultado de los requisitos de diligencia debida con respecto al cliente establecidos en el artículo 8, apartado 1, letras a) a c), llevados a cabo de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva por una misma categoría de entidad en otro Estado miembro, que cumpla los requisitos establecidos en los artículos 16 y 18 de la presente Directiva, aun en el caso de que los documentos o datos en los que se basan dichos requisitos sean distintos de los exigidos en el Estado miembro en el cual se presente el cliente.

3) En el artículo 36, apartado 1, se suprime la segunda frase.

*Artículo 92*

**Modificación de la Directiva  
2006/48/CE**

El anexo I de la Directiva 2006/48/CE queda modificado como sigue:

1) El punto 4 se sustituye por el texto siguiente:

«4. Servicios de pago, tal como se definen en el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre

\*\* DO L 319 de 5.12.2007, p. 1.».

servicios de pago en el mercado interior\*\*\*.

\*\*\* DO L 319 de 5.12.2007, p. 1.».

2) El punto 5 se sustituye por el texto siguiente:

«5. Emisión y gestión de otros medios de pago (por ejemplo, cheques de viaje y cheques bancarios), cuando esta actividad no esté recogida en el punto 4».

*Artículo 93*  
**Derogación**

Queda derogada la Directiva 97/5/CE con efecto a partir del 1 de noviembre de 2009.

*Artículo 94*  
**Incorporación al Derecho nacional**

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 1 de noviembre de 2009. Comunicarán inmediatamente a la

Hecho en Estrasburgo, el 13 de noviembre de 2007.

*Por el Parlamento Europeo*  
*El Presidente*

H.-G. PÖTTERING

Comisión el texto de dichas disposiciones.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

*Artículo 95*  
**Entrada en vigor**

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

*Artículo 96*  
**Destinatarios**

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

*Por el Consejo*  
*El Presidente*

M. LOBO ANTUNES

*ANEXO*  
**Servicios de Pago (Artículo 4, Punto 3)**

1) Servicios que permiten el depósito de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de una cuenta de pago.

- 2) Servicios que permiten la retirada de efectivo de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de una cuenta de pago.
- 3) Ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago:
  - ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes,
  - ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar,
  - ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes.
- 4) Ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para un usuario de servicios de pago:
  - ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes,
  - ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar,
  - ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes.
- 5) Emisión y/o adquisición de instrumentos de pago.
- 6) Envío de dinero.
- 7) Ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos y se realice el pago al operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.



**REAL DECRETO 322/2008, DE 29 DE FEBRERO,  
SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE  
DINERO ELECTRÓNICO**

El presente real decreto sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, atiende a la necesidad de completar la incorporación al Derecho español de la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades.

Este real decreto que se configura esencialmente como una norma de procedimiento, se estructura en torno a los siguientes elementos:

Régimen jurídico de la creación de entidades de dinero electrónico (EDE).

Régimen de supervisión prudencial.

Limitación de actividades y obligación de realizar determinadas inversiones.

Régimen de exención.

El capítulo I se refiere a las disposiciones de carácter general y viene a introducir la materia, haciendo referencia al ámbito de aplicación y a las actividades de las EDE, cuestiones ya establecidas por el artículo 21 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

Debe recordarse que el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, conceptúa las EDE como entidades de crédito. De ahí que el capítulo II, al establecer el régimen de creación de las EDE, responda esencialmente al esquema de los procedimientos ya previstos para las restantes entidades de crédito: reserva de denominación, actividades, requisitos para la constitución de la entidad, documentos que han de contener las solicitudes de creación, en especial todos aquellos que hacen referencia a la idoneidad y honorabilidad de los cargos de administración y a los mecanismos de buena gestión interna y prevención del blanqueo de capitales.

Ahora bien, con independencia de las similitudes en el procedimiento de autorización de las EDE con otras entidades de crédito, este real decreto contempla las especiales características de estas nuevas entidades con un régimen diferenciado en un buen número de aspectos. Las peculiaridades de las EDE se establecen en virtud de una doble característica que pretende alcanzar el máximo grado de equilibrio en el tratamiento de estas entidades en relación con otras entidades de crédito. Por un lado se establecen menores requisitos relacionados con la supervisión cautelar, como un capital mínimo inicial menor o la no sujeción a determinados preceptos de la normativa bancaria, mientras que, por otro, se limitan las actividades que tales entidades pueden llevar a cabo y se impone un régimen de inversiones obligatorias en determinados activos.

Si bien a las entidades de dinero electrónico se les aplica el grueso de las normas prudenciales de las entidades de crédito, desde las relativas a la buena

organización administrativa y contable a los procedimientos para prevención del blanqueo de capitales, las obligaciones a las que se encuentran sometidas son menos onerosas que las del conjunto de entidades de crédito. Estas entidades no se hallan obligadas a las exigencias de la regulación de depósitos, ya que se prevé que los fondos sean intercambiados inmediatamente por dinero electrónico. Por la misma razón solo estarían obligadas a acogerse a un sistema de garantía de depósitos si el soporte al que se incorporase el dinero electrónico fuera nominativo, o cuando la recepción de los fondos cambiados por dinero electrónico estuviera ligada a una cuenta representativa de un depósito constituido por su titular.

Por lo demás, a estas entidades se les exige un capital inicial mínimo de un millón de euros y unos fondos propios permanentes, iguales o superiores al 2 por ciento del saldo de sus pasivos financieros derivados del dinero electrónico emitido en circulación o de la media de dicho saldo durante los seis meses precedentes, si este último importe fuese superior.

La verificación de estos cálculos y de los correspondientes a las limitaciones a la inversión, se llevará a cabo a través de la oportuna verificación que realizará el Banco de España al menos dos veces al año, a partir de la información que estime necesaria.

Además las entidades deberán informar al Banco de España de su estructura de capital y especialmente de la presencia en el accionariado de otras entidades financieras y de accionistas con porcentajes superiores al 2'5 por ciento del capital social.

En cualquier caso, estas entidades de dinero electrónico, como entidades de crédito que son, quedan sujetas a la supervisión y control de su actividad por parte del Banco de España. En ese mismo sentido este real decreto incluye la habilitación al Banco para dictar las normas de desarrollo necesarias para el adecuado ejercicio de aquellas funciones de supervisión y control que le son propias en relación con las entidades de crédito.

El capítulo III establece la limitación a las inversiones. La otra cara de la moneda del régimen de creación y ejercicio de actividad de las EDE lo configura el conjunto de limitaciones al que están sometidas estas entidades, y ello, en aras a garantizar un trato equitativo en relación con las restantes entidades de crédito, así como la adecuada salvaguarda de la estabilidad financiera. Esas limitaciones son sustancialmente dos: limitaciones a la actividad, que se recogen en el capítulo I, y limitaciones u obligaciones en determinadas inversiones.

Así, las EDE deberán realizar una serie de inversiones obligatorias en un determinado conjunto de activos y de ahí que se encuadren bajo el título de "limitaciones a la inversión". Deberán invertir un importe no inferior al de sus obligaciones financieras derivadas del dinero electrónico en circulación bien en activos con una ponderación de riesgo de crédito del 0 por ciento y un suficiente grado de liquidez, bien en depósitos a la vista de entidades de crédito de determinados países, siempre y cuando estos Estados no reescalonen su deuda

pública exterior o bien en determinados instrumentos de deuda que cumplan con los requisitos establecidos en el real decreto. Los dos últimos grupos de inversiones no podrán superar en veinte veces el volumen de los fondos propios de la entidad y estarán sujetas a las mismas limitaciones que el resto de las entidades de crédito.

Finalmente, se contempla el régimen de utilización de productos derivados por parte de las EDE, en aras a la cobertura de riesgos de mercado. En sintonía con estas previsiones, el Banco de España podrá imponer las limitaciones que considere oportunas a los riesgos de mercado en relación con las inversiones que las entidades realicen en el primer grupo de activos. La valoración de activos se efectuará según los criterios que establezca el Banco de España.

El capítulo IV desarrolla el régimen de exención. Una característica singular del régimen jurídico de las EDE es la previsión de exención del cumplimiento de determinadas disposiciones para aquellas entidades que cumplan las características previstas. De las tres exenciones recogidas por la Directiva 2000/46, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero contempla, en ejercicio de la opción nacional, una de ellas. Tan sólo podrán quedar eximidas de algunas de las disposiciones del real decreto aquellas entidades que emitan dinero electrónico que sea aceptado como medio de pago únicamente por cualquier filial de la entidad que realice funciones operativas u otras funciones auxiliares relativas al dinero electrónico emitido o distribuido por la entidad, por la empresa matriz de la entidad o por cualquier filial de dicha empresa matriz.

El real decreto dispone, en cualquier caso, la necesidad de constituir una EDE para beneficiarse de una exención. En todo caso, esa circunstancia quedará reflejada en el Registro Especial de Entidades de Dinero Electrónico del Banco de España, y tan sólo excluye a las entidades eximidas de las limitaciones a la actividad previstas en el real decreto, de los requisitos de capital inicial mínimo de un millón de euros y de nivel de fondos propios y, finalmente de las limitaciones a las inversiones contempladas en el artículo 11 del mismo.

La justificación de este régimen diferenciado encuentra su base en el reducido ámbito de actuación de estas entidades, y como corolario necesario a su especial estatus, no disponen del conocido como pasaporte comunitario, debiendo informar debidamente de sus operaciones al supervisor.

Finalmente, el capítulo V establece el régimen sancionador y de supervisión de la actividad de las entidades de dinero electrónico. Se establece el régimen sancionador, unas determinadas causas de revocación de la autorización para actuar como EDE o para hacerlo bajo el régimen de exención.

La disposición adicional única contempla la posible transformación de una entidad en banco por el procedimiento ya previsto para cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad

transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

El real decreto se dicta en ejercicio de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149. 1.6.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> y en virtud de la habilitación otorgada al Gobierno por el artículo 21 noveno de la Ley 44/2002, de 22 noviembre de medidas de reforma del sistema financiero, para desarrollar el régimen jurídico aplicable a la creación y condiciones de ejercicio de la actividad de las EDE y, en particular, para el establecimiento de su capital inicial mínimo, exigencias de recursos propios permanentes, régimen de inversiones, así como las limitaciones a sus actividades comerciales.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de febrero de 2008,

## DISPONGO:

### Capítulo I Disposiciones generales

#### Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Tendrán la consideración de entidades de dinero electrónico aquellas entidades de crédito distintas de las definidas en el artículo 1.1.a) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, cuya actividad principal consista en emitir medios de pago en forma de dinero electrónico, en los términos previstos por el presente real decreto.

2. Se entenderá por dinero electrónico el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor:

- a) Almacenado en un soporte electrónico.
- b) Emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido.
- c) Aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor.

3. El presente real decreto no se aplicará al Banco de España, ni al Instituto de Crédito Oficial, ni a las entidades de crédito definidas en el artículo 1.1.a) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del

derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

**Artículo 2.  
Actividades**

1. Las actividades comerciales de las entidades de dinero electrónico distintas de la emisión de dinero electrónico se limitarán a las siguientes:

- a) la prestación de servicios financieros y no financieros estrechamente relacionados con la emisión de dinero electrónico, tales como la gestión de dinero electrónico mediante el ejercicio de funciones operativas y otras funciones auxiliares en relación con su emisión, y la emisión y gestión de otros medios de pago, con exclusión de la concesión de cualquier forma de crédito; y
- b) el almacenamiento de información en el soporte electrónico en nombre de otras empresas o de organismos públicos.

Las entidades de dinero electrónico no podrán tener participaciones en otras empresas salvo en el caso de que estas últimas ejerzan funciones operativas u otras funciones suplementarias en relación con el dinero electrónico emitido o distribuido por la entidad de que se trate.

2. La emisión de dinero electrónico, cuando el soporte a que se incorpore sea nominativo, o cuando la recepción de los fondos cambiados por dinero electrónico esté ligada a una cuenta representativa de un depósito constituido por su titular, solamente podrá ser realizada por las entidades adheridas a un sistema de garantía de depósitos.

**Capítulo II**

Régimen jurídico de creación de las entidades de dinero electrónico

**Artículo 3.  
Reserva de denominación**

La denominación de “Entidades de Dinero Electrónico”, así como su abreviatura E. D. E., quedará reservada a estas entidades, las cuales estarán obligadas a incluirla en su denominación social.

**Artículo 4.  
Autorización  
y registro de  
entidades de  
dinero  
electrónico.**

1. Corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España y del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en los aspectos de su competencia, autorizar la creación de entidades de dinero electrónico.

2. La solicitud de autorización deberá ser resuelta conforme a lo previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, de régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

3. Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, las entidades de dinero electrónico deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritas en el Registro Especial de Entidades de Dinero Electrónico que se creará en el Banco de España. Cuando una entidad de dinero electrónico, se beneficie de una exención en los términos del artículo 12, tal circunstancia quedará reflejada en este Registro Especial. Las inscripciones en el Registro Especial, así como las bajas del mismo, se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” y se comunicarán a la Comisión Europea.

4. La autorización concedida de acuerdo con lo previsto en este artículo caducará si no se da comienzo a las actividades autorizadas dentro de los doce meses siguientes a la fecha de notificación de la autorización, por causa imputable al interesado.

**Artículo 5.  
Autorización  
de entidades  
de dinero  
electrónico  
bajo control  
extranjero**

1. La creación de entidades de dinero electrónico españolas cuyo control, en los términos previstos por el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vaya a ser ejercido por personas extranjeras, queda sujeta a lo establecido al efecto en este real decreto.

2. En el caso de que el control de la entidad de dinero electrónico española vaya a ser ejercido por una entidad de crédito, una empresa de servicios de inversión o una entidad aseguradora o reaseguradora autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea, por la entidad dominante de una de esas entidades o por las mismas personas físicas o jurídicas que controlen una entidad de crédito, una empresa de servicios de inversión o una entidad aseguradora o reaseguradora autorizada en otro Estado miembro, el Banco de España, antes de emitir el informe a que se refiere el artículo 4.1, deberá consultar a

las autoridades responsables de la supervisión de la entidad de crédito, empresa de servicios de inversión o entidad aseguradora o reaseguradora extranjera.

3. En el caso de que el control de la entidad de dinero electrónico vaya a ser ejercido por una o varias personas, sean o no entidades de crédito, domiciliadas o autorizadas en un Estado no miembro de la Unión Europea, cabrá exigir la prestación de una garantía que alcance a la totalidad de actividades de dicha entidad. La autorización podrá ser denegada, además de por los restantes motivos previstos en este Real Decreto, cuando hubiera sido comunicada a España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, una decisión adoptada por el Consejo de la Unión Europea al comprobar que las entidades de crédito comunitarias no se benefician en dicho Estado de un trato que ofrezca las mismas condiciones de competencia que a sus entidades nacionales y que no se cumplan las condiciones de acceso efectivo al mercado.

**Artículo 6.  
Requisitos  
para ejercer la  
actividad de  
entidad de  
dinero elec-  
trónico**

1. Serán requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización de una entidad de dinero electrónico:

- a) Tener su domicilio social así como su efectiva administración y dirección en territorio español.
- b) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida.
- c) Tener un capital social mínimo de un millón de euros, íntegramente suscrito, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas.
- d) Limitar estatutariamente su objeto social a las actividades propias de una entidad de dinero electrónico.
- e) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos, de acuerdo con los términos previstos en el artículo 8.
- f) Contar con un consejo de administración formado por no menos de tres miembros. Todos los miembros del consejo de administración de la entidad, así como los del consejo de administración de su entidad dominante cuando exista, serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional y deberán poseer, al menos tres de los miembros de

cada uno de los consejos, conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones.

Tal honorabilidad y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad y de su dominante, cuando exista, así como en las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros.

Concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las Leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. En todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes, en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras o estén inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los quebrados y concursados no rehabilitados en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley.

Poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en las entidades de dinero electrónico quienes hayan desempeñado, durante un plazo no inferior a dos años, funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras o funciones de similar responsabilidad en otras entidades, públicas o privadas, de dimensión al menos análoga a la entidad que se pretende crear.

El consejo de administración deberá contar con normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que todos sus miembros puedan cumplir en todo momento las obligaciones que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de las entidades de dinero electrónico y el resto de la legislación aplicable.

- g) Contar con una buena organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control internos adecuados que garanticen la gestión sana y

prudente de la entidad. Éstos deberán responder a los riesgos financieros y no financieros a los que estén expuestas dichas entidades, incluidos los riesgos técnicos y de procedimiento, así como los derivados de su cooperación con cualquier empresa que realice funciones operativas u otras funciones auxiliares de las actividades comerciales desempeñadas por aquellas.

- h) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, en las condiciones establecidas en los artículos 11 y 12 del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.

2. Las entidades de dinero electrónico deberán cumplir en todo momento los requisitos previstos en este artículo y especialmente el de contar con fondos propios, tal como se definen en el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, no inferiores a los establecidos en la letra c) del apartado 1 de este artículo.

3. Los fondos propios de las entidades de dinero electrónico deberán ser, de forma permanente, iguales o superiores al 2 por ciento del saldo de sus pasivos financieros derivados del dinero electrónico emitido en circulación o de la media de dicho saldo durante los seis meses precedentes, si este último importe fuese superior. El Banco de España determinará la forma de cálculo de dichas magnitudes.

4. Cuando una entidad no haya completado los seis primeros meses de actividad, incluido el día de inicio de la misma, sus fondos propios deberán ser, de forma permanente, iguales o superiores al 2 por ciento del saldo de sus pasivos financieros derivados del dinero electrónico emitido en circulación o del saldo que se prevé alcanzar al final de los seis primeros meses de actividad, si este último importe fuese superior. Este saldo que se prevé alcanzar será el que conste en su programa de actividades, o el que resulte de los ajustes exigidos a dicho programa.

5. Corresponde al Banco de España la creación y gestión de un Registro de Altos Cargos de las entidades de dinero electrónico, donde deberán inscribirse obligatoriamente los consejeros, directores generales y asimilados de los mismos. Para la inscripción en el Registro de Altos Cargos, los consejeros y directores generales o asimilados deberán declarar expresamente en el documento que acredite su aceptación del cargo que reúnen los requisitos de honorabilidad y, en su caso, profesionalidad a que se refiere el presente artículo, y que no se encuentran incursos en ninguna de las limitaciones o incompatibilidades que les fueran de aplicación.

6. Corresponde igualmente al Banco de España la creación y gestión de un registro de consejeros y directores generales de las entidades dominantes de las entidades de dinero electrónico, que no sean entidades de crédito, empresas de servicios de inversión o entidades aseguradoras o reaseguradoras, donde deberán inscribirse obligatoriamente los consejeros, directores y asimilados de aquéllas. Para la inscripción en dicho registro se seguirá el mismo procedimiento previsto en el apartado anterior.

**Artículo 7.  
Requisitos de  
la solicitud**

1. La solicitud de autorización para la creación de una entidad de dinero electrónico se dirigirá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera por triplicado acompañada de los siguientes documentos:

- a) Proyecto de estatutos sociales acompañado de una certificación registral negativa de la denominación social propuesta.
- b) Programa de actividades en que de modo específico deberá constar el género de operaciones que se pretende realizar, la organización administrativa y contable, los procedimientos de control interno que se establezcan para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad, así como los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación que se establezcan para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Así mismo, en dicho programa se especificará el saldo por pasivos financieros derivados de dinero electrónico emitido en circulación que se pretende alcanzar al final de los primeros seis meses de actividad.

- c) Reglamento interno de funcionamiento del consejo de administración.
- d) Reglamento de funcionamiento del departamento o servicio de atención al cliente y, en su caso, del defensor del cliente, de acuerdo con la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- e) Relación de socios que van a constituir la sociedad, con indicación de sus participaciones en el capital social. Tratándose de socios que tengan la consideración de personas jurídicas, se indicarán las participaciones en su capital superiores al 5 por ciento. En el caso de socios que vayan a poseer una participación significativa, se aportará además, si son personas físicas, información sobre su trayectoria y actividad profesional, así como sobre su situación patrimonial; si son personas jurídicas, se aportarán las cuentas anuales y el informe de gestión, con los informes de auditoría, si los hubiese, de los dos últimos ejercicios, la composición de sus órganos de administración y la estructura detallada del grupo al que eventualmente pertenezca.
- f) Relación de personas que van a integrar el primer consejo de administración y de quienes hayan de ejercer como directores generales o asimilados, con información detallada sobre su trayectoria y actividad profesional y los correspondientes cuestionarios de honorabilidad debidamente cumplimentados.
- g) Justificación de haber constituido en el Banco de España en metálico o en deuda pública, un depósito equivalente al 20 por ciento del capital social mínimo exigido.

2. En todo caso, durante la instrucción del procedimiento, cabrá exigir a los promotores cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en este real decreto.

3. El depósito previsto en la letra g) del apartado 1 de este artículo se liberará una vez constituida la sociedad e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, así como en caso de que no se dé comienzo a las actividades autorizadas dentro

de los doce meses siguientes a la fecha de notificación de la autorización, por causa imputable al interesado.

**Artículo 8.  
Denegación  
de la solicitud**

1. El Ministro de Economía y Hacienda denegará, mediante resolución motivada, la autorización de creación de una entidad de dinero electrónico cuando no se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 6 y 7 anteriores y en especial, cuando, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad proyectada, no se considere adecuada la idoneidad de los accionistas que vayan a tener en ella una participación significativa. A estos efectos:

- a) Se entenderá por participación significativa en una entidad de dinero electrónico aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, el 5 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad; o la que, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la misma.
- b) La idoneidad se apreciará, entre otros factores, en función de:
  - 1.º La honorabilidad comercial y profesional de los accionistas, en el sentido previsto en el artículo 6.1.f). Esta honorabilidad se presumirá siempre cuando los accionistas sean Administraciones públicas o entes de ellas dependientes.
  - 2.º Los medios patrimoniales con que cuentan dichos accionistas para atender los compromisos asumidos.
  - 3.º La transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad y, en general, la existencia de graves dificultades para inspeccionar u obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.
  - 4.º La posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de las actividades no financieras de sus promotores, o cuando, tratándose de actividades financieras, la estabilidad o el control de la entidad pueda quedar afectada por el alto riesgo de aquéllas.
  - 5.º La posibilidad de que el buen ejercicio de la supervisión de la entidad sea obstaculizada por los vínculos estrechos que la misma mantenga con otras personas físicas o jurídicas, por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas

del país a cuyo derecho esté sujeta alguna de dichas personas físicas o jurídicas, o por problemas relacionados con la aplicación de dichas disposiciones.

A estos efectos, se entenderá que existen vínculos estrechos cuando dos o más personas físicas o jurídicas estén unidas mediante:

Un vínculo de control en el sentido que determina el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; o

El hecho de poseer, de manera directa o indirecta, o mediante un vínculo de control, el 20 por ciento o más de los derechos de voto o del capital de una empresa o entidad.

2. Denegada, en su caso, la solicitud, y sin perjuicio de los recursos jurisdiccionales que procedan contra la resolución adoptada, se procederá por el Banco de España a la devolución del depósito previsto en el artículo 7.1.g). Asimismo procederá la devolución en el supuesto de renuncia a la solicitud.

**Artículo 9.  
Modificación  
de los  
estatutos**

1. La modificación de los estatutos sociales de las entidades de dinero electrónico estará sujeta al procedimiento de autorización y registro establecido en el artículo 4, si bien la solicitud de autorización deberá resolverse dentro de los dos meses siguientes a su recepción en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera o al momento en que se complete la documentación exigible, transcurridos los cuales podrá entenderse estimada.

2. No requerirán autorización previa, aunque deberán ser comunicadas al Banco de España, en un plazo no superior a los quince días hábiles siguientes a la adopción del acuerdo correspondiente, las modificaciones de los estatutos sociales que tengan por objeto:

- a) Cambio del domicilio social dentro del territorio nacional.
- b) Aumento de capital social.
- c) Incorporar textualmente a los estatutos preceptos legales o reglamentarios de carácter imperativo o prohibitivo, o cumplir resoluciones judiciales o administrativas.
- d) Aquellas otras modificaciones respecto de las que la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, en contestación a consulta previa formulada al efecto

por la entidad de dinero electrónico afectada, haya considerado innecesario, por su escasa relevancia, el trámite de la autorización.

3. Si, recibida la comunicación, las modificaciones excediesen en su alcance de lo previsto en este apartado, el Banco de España lo advertirá a los interesados en el plazo de treinta días, para que revisen las modificaciones o, en su caso, se ajusten al procedimiento de autorización del apartado 1.

**Artículo 10.  
Fusiones**

La fusión de una entidad de dinero electrónico con otra entidad de crédito o con cualquier otra empresa, deberá ser autorizada por el Ministro de Economía y Hacienda de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 9.1, si bien el plazo para la resolución será de tres meses.

**Capítulo III**  
Limitación de inversiones

**Artículo 11.  
Limitaciones  
a la inversión**

1. Las entidades de dinero electrónico deberán invertir por un importe no inferior a sus obligaciones financieras derivadas del dinero electrónico en circulación únicamente en los activos que figuran a continuación:

- a) efectivo en caja y elementos equivalentes, exposiciones frente a administraciones centrales o bancos centrales de los países mencionados en la letra b), las Comunidades Europeas o el Banco Central Europeo o exposiciones explícitamente garantizadas por estos, exposiciones frente a administraciones regionales o locales o exposiciones explícitamente garantizadas por estos o exposiciones garantizadas, a satisfacción del Banco de España, con valores emitidos por estos, que de acuerdo con los artículos 22 y 23 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras reciban una ponderación del 0 por ciento y tengan un grado de liquidez suficiente.
- b) depósitos a la vista mantenidos en entidades de crédito de los Estados miembros y los países miembros de pleno derecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y los países que hayan celebrado acuerdos especiales de préstamo

- con el Fondo Monetario Internacional (FMI), en el marco de los Acuerdos Generales de Empréstito (AGE). Todo país que reescale su deuda pública exterior soberana quedará, sin embargo, excluido.
- c) instrumentos de deuda que cumplan los requisitos siguientes:
- que tengan un grado de liquidez suficiente, que no estén cubiertos por lo dispuesto en la letra a) de este apartado,
  - que tengan una ponderación del riesgo de crédito del 20 por ciento de acuerdo con la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo III del título I del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras, y
  - que sean emitidos por empresas distintas de aquellas que tengan una participación significativa, según se define en el artículo 56.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en la entidad de dinero electrónico de que se trate, o que deban ser incluidos en las cuentas consolidadas de tales empresas.

2. Las inversiones mencionadas en las letras b) y c) del apartado 1 no podrán exceder en veinte veces el volumen de los fondos propios de la entidad de dinero electrónico de que se trate y estarán sujetas a las limitaciones aplicables a las entidades de crédito de conformidad con el capítulo VIII del título I del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras.

3. A efectos de la cobertura de los riesgos de mercado derivados de la emisión de dinero electrónico y de las inversiones a que se refiere el apartado 1, las entidades de dinero electrónico podrán utilizar productos financieros derivados relacionados con tipos de interés y tipos de cambio con un grado de liquidez suficiente, negociados en mercados organizados sujetos a límites legales diarios o en el caso de contratos sobre tipos de cambio, con un vencimiento inicial igual o inferior a catorce días naturales. La utilización de productos derivados sólo será admisible cuando se procure eliminar en su totalidad los riesgos de mercado y, en la medida de lo posible, se consiga este objetivo.

4. El Banco de España impondrá las limitaciones apropiadas a los riesgos de mercado en que puedan incurrir las entidades

de dinero electrónico como consecuencia de las inversiones a que se refiere el apartado 1.

5. A efectos de la aplicación del apartado 1, los activos se valorarán al precio de coste o, en caso de ser menor, al precio de mercado.

6. Si el valor de los activos a que se hace referencia en el apartado 1 es inferior al importe de las obligaciones financieras derivadas del dinero electrónico en circulación, la entidad de dinero electrónico considerada adoptará sin demora las medidas apropiadas para remediar esa situación. Con ese fin y únicamente durante un período transitorio, el Banco de España podrá permitir que las obligaciones financieras de la entidad derivadas del dinero electrónico en circulación sean respaldadas por activos distintos de los contemplados en el apartado 1, por un importe no superior al 5 por ciento de estas obligaciones, o por el importe total de los fondos propios de la entidad en caso de que esta cifra sea inferior.

7. El Banco de España establecerá los criterios de valoración de los activos a que se refiere este artículo.

#### Capítulo IV Régimen de exención

##### Artículo 12. Exenciones

1. Las entidades de dinero electrónico podrán quedar eximidas de la aplicación de las disposiciones previstas en los artículos 2.1, 6.1.c), 6.1.d), 6.2, 6.3, 6.4 y 11, cuando el dinero electrónico emitido por la entidad sea aceptado como medio de pago únicamente por cualquier filial de la entidad que realice funciones operativas u otras funciones auxiliares relativas al dinero electrónico emitido o distribuido por la entidad, por la empresa matriz de la entidad o por cualquier filial de dicha empresa matriz.

2. Las solicitudes de exención deberán presentarse ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, fundándose en el supuesto previsto en el apartado anterior.

Tales solicitudes podrán presentarse junto con la solicitud de autorización para la creación de una entidad de dinero electrónico o, en cualquier momento, por entidades ya

autorizadas. En todo caso, la solicitud de exención se resolverá separadamente de la solicitud de autorización de creación de la entidad

3. Corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, autorizar los supuestos de exención, resultando aplicable a la resolución de la solicitud lo dispuesto en el artículo 4.2. La denegación se hará en todo caso mediante resolución motivada.

4. En todo caso, durante la instrucción del procedimiento, cabrá exigir a los promotores o a las entidades de dinero electrónico cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en este real decreto.

5. Las cláusulas de los contratos suscritos por las entidades que se beneficien de una exención deberán estipular que el dispositivo electrónico de almacenamiento a disposición de los portadores a los efectos de realizar pagos estará sujeto a un importe máximo de aprovisionamiento que no excederá de 150 euros.

6. Las entidades a las que se haya concedido una exención de acuerdo con lo establecido en el presente artículo remitirán al Banco de España, con la periodicidad que este determine, informe sobre las operaciones realizadas, incluido el importe total de obligaciones financieras relacionadas con dinero electrónico.

## Capítulo V

### Régimen sancionador y de supervisión de la actividad de las entidades de dinero electrónico

#### **Artículo 13. Régimen sancionador**

El régimen sancionador aplicable a las entidades de dinero electrónico, así como, en su caso, a sus administradores, directivos y personas físicas o jurídicas que posean, directa o indirectamente, una participación en el capital o en los derechos de voto que represente un porcentaje igual o superior al 5 por ciento de los mismos, será el establecido en el título I de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

**Artículo 14.  
Revocación de  
la autorización y de la  
exención**

1. Serán causas de revocación de la autorización para el ejercicio de la actividad de emisión de dinero electrónico las siguientes:
  - a) La renuncia de modo expreso a la autorización.
  - b) El incumplimiento de alguna de las condiciones que motivaron la concesión de la autorización.
  - c) La interrupción del ejercicio de la actividad durante un período superior a seis meses.
  - d) La sanción prevista en el artículo 9.b de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, relativa a la revocación de la autorización de la entidad.
2. No obstante lo señalado en el apartado b) anterior:
  - a) Por falta de honorabilidad comercial o profesional de consejeros o directores, sólo procederá la revocación si los afectados no cesan en sus cargos en un mes, contado desde el requerimiento que a tal efecto les dirija el Banco de España. No se considerará que hay falta de honorabilidad sobrevenida por la mera circunstancia de que, estando en el ejercicio de su cargo, un consejero o director sea inculpado o procesado por alguno de los delitos mencionados en el artículo 6.1.
  - b) No procederá la revocación por insuficiencia de recursos propios, si éstos alcanzan, al menos, las cuatro quintas partes del capital social mínimo y la insuficiencia no dura más de doce meses.
3. Serán causas de revocación de la exención prevista en el artículo 12:
  - a. La renuncia de modo expreso a la exención.
  - b. El incumplimiento de alguna de las condiciones que motivaron la concesión de la exención
4. El Ministro de Economía y Hacienda será competente para acordar la revocación.
5. La resolución por la que se revoque la autorización o la exención será motivada y se inscribirá en el Registro Mercantil y en el Registro de Entidades de Dinero Electrónico del Banco de España.

**Artículo 15.  
Verificación  
de requisitos  
específicos**

El Banco de España verificará al menos dos veces al año, que los cálculos que justifican el cumplimiento de los artículos 6 y 11 sean efectuados bien por las propias entidades de dinero electrónico, quienes las comunicarán al Banco junto con todos los elementos de cálculo necesario, bien por el propio Banco de España, utilizando los datos facilitados por las entidades de dinero electrónico.

**Artículo 16.  
Información  
sobre la  
estructura de  
capital de las  
entidades de  
dinero  
electrónico**

Con independencia de la obligación establecida en el artículo 61.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, las entidades de dinero electrónico comunicarán al Banco de España, en la forma que éste establezca, durante el mes siguiente a cada trimestre natural, la composición de su capital social, relacionando todos los accionistas, que al final de dicho período tengan la consideración de entidades financieras y los que, no siéndolo, tengan inscritas a su nombre acciones que representen un porcentaje del capital social de la entidad igual o superior al 2,50 por cien.

**Disposición adicional única**

*Autorización para la transformación en bancos de  
entidades de dinero electrónico ya constituidas*

La autorización para la transformación en bancos de entidades de dinero electrónico ya constituidas, se otorgará en los mismos términos previstos para los establecimientos financieros de crédito por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

**Disposición derogatoria única**

*Derogación normativa*

Se entenderán derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongán a lo dispuesto en este Real Decreto.

**Disposición final primera**

*Títulos competenciales*

El presente Real Decreto se dicta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución.

**Disposición final segunda**  
*Incorporación de Derecho de la Unión Europea*

Mediante este Real Decreto se completa la incorporación al derecho español de la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades.

**Disposición final tercera**  
*Facultades de desarrollo*

Se habilita al Ministro de Economía y Hacienda para dictar las normas que sean precisas para el desarrollo del presente real decreto.

Se autoriza al Banco de España para dictar las normas necesarias para el desarrollo de las funciones de supervisión y control de la actividad de las entidades de dinero electrónico que le atribuye el artículo 21 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y el presente Real Decreto, y, en especial, para determinar la información que las entidades de dinero electrónico deberán remitir y la periodicidad con que deberán llevar a cabo tal remisión.

**Disposición final cuarta**  
*Entrada en vigor*

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dado en Madrid, el 29 de febrero de 2008

*JUAN CARLOS R.*

El Vicepresidente Segundo del Gobierno  
y Ministro de Economía y Hacienda  
*Pedro Solbes Mira*

---

## **JURISPRUDENCIA**



# La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano

Mariliana Rico Carrillo\*

---

SUMARIO: I. Introducción. II. Sentencia de 5 de marzo de la Sala de Casación Civil. Correos electrónicos impresos impugnados. III. Sentencia de 8 de marzo de 2008 de la Sala Político Administrativa. Correos electrónicos de terceros no ratificados. IV. Conclusiones.

## **I. Introducción**

En menos de un año, la Sala de Casación Social y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano han emitido dos sentencias donde se valora la eficacia probatoria de los correos electrónicos aportados al proceso mediante la impresión de los mismos. En ambos casos se desestimó el valor probatorio de los correos electrónicos promovidos sobre la base de diversas razones. En esta oportunidad nos encargamos de comentar los criterios más importantes establecidos en cada una de las sentencias sobre la valoración que ha de aplicarse a este tipo de pruebas según la regulación especial que rige la materia, contenida en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001 (en adelante LMDFE) y la aplicación de las normas procesales contenidas en el Código de Procedimiento Civil venezolano (CPC).

## **II. Sentencia de 5 de marzo de la Sala de Casación Civil. Correos electrónicos impresos impugnados**

Esta sentencia se refiere a un juicio de cobro de bolívares sobre diferencia de prestaciones sociales en el que la parte demandante intenta demostrar mediante la aportación de diferentes pruebas, entre ellas una serie de correos electrónicos enviados y recibidos por el trabajador de la empresa, que éste

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos II de Madrid. Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad de Carabobo (Venezuela). Profesora Visitante de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Asociado de la Universidad Católica del Táchira.

laboraba en horas fuera de la jornada ordinaria asignada. Los correos electrónicos fueron aportados al proceso en forma impresa, siendo objeto de impugnación por la demandada en la audiencia del juicio.

Al juzgar el valor probatorio de los correos electrónicos impresos y luego de un amplio tratamiento sobre el funcionamiento tecnológico de los correos electrónicos y su consideración como medio de prueba, la Sala de Casación Civil desestima la prueba entendiendo que:

...al haberse promovido los correos electrónicos de forma impresa y sin haber demostrado su autenticidad, confidencialidad e integridad del mensaje a través de medios de prueba auxiliares como la exhibición, la inspección judicial o la prueba de la experticia, no se les puede otorgar valor probatorio, máxime cuando fueron impugnados por la parte demandada

Sobre la promoción de los mensajes de datos es de recordar que la LMDFE en su artículo 4 dispone lo siguiente: *“La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”*. Respecto de las copias o reproducciones fotostáticas, el artículo 429 del CPC indica:

...se tendrán como fidedignas si no fueron impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

El caso objeto de la disputa se centra precisamente en este aspecto, el correo electrónico fue aportado al proceso mediante la impresión en papel y su contenido fue impugnado por la parte contraria, lo que le resta valor probatorio de acuerdo con las disposiciones anteriormente citadas. En nuestra opinión, las consideraciones realizadas por la Sala de Casación Civil para excluir del debate probatorio los correos electrónicos son acertadas y ajustadas a Derecho.

Un aspecto interesante que conviene resaltar en la sentencia *in comento* es el tratamiento que realiza el juzgador sobre la forma de aportación de los documentos electrónicos al proceso. Para que éstos gocen de la eficacia de un documento original, deben producirse en el soporte informático correspondiente. Sobre este aspecto, el artículo 7 de la LMDFE indica:

Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible A tales efectos, se considerará que un

Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación

En relación con la noción del documento original, el juzgador expresa lo siguiente

... es importante aclarar que el original de un mensaje o correo electrónico o cualquier registro telemático es el que circula por la red y que sólo puede ser leído a través del computador, por ello lo que se ofrecerá como prueba documental y se consignará en el expediente judicial es el documento electrónico archivado en un formato que permita su consulta por el Juez (disquete, CD-ROM, Disco óptico) o su impresión.

Sobre esta parte de la sentencia y el contenido del artículo 7 de la LMDFE, consideramos conveniente precisar que la noción de documento original en el soporte electrónico difiere del concepto de documento original en el papel. Si bien es cierto que el documento original es el que está contenido en un soporte electrónico y que por lo tanto debe aportarse al proceso en formato electrónico (disquete, CD-ROM, Disco óptico) esto no implica que el original sólo sea el documento que circula por una red de comunicación, como lo expresa textualmente la sentencia.

El concepto de documento original aplicable a los documentos electrónicos es diferente del concepto de documento original tradicionalmente aplicado a los instrumentos en papel, donde sólo hay un original o copias autorizadas con los mismos efectos del original. En el caso de los documentos electrónicos existirán tantos documentos originales como documentos inalterados existan, así lo establece el contenido del artículo 7 de la LMDFE, ello quiere decir que tanto el documento que viaja por la red, el que está en el disco duro del ordenador o los que están grabados en otros soportes también son originales, siempre que cumplan el requisito de inalteración.

Respecto de las impresiones de los mensajes de datos, a la luz de la legislación venezolana no pueden considerarse originales, ni aun cumpliendo el criterio de inalteración, toda vez que la propia LMDFE les otorga valor de simple copia, lo cual no quiere decir que no deban apreciarse en juicio por el mero hecho de producirse en formato impreso, sólo que si la parte contraria los impugna carecerán de valor, como sucedió en el caso objeto del litigio.

### **III. Sentencia de 8 de marzo de 2008 de la Sala Político Administrativa. Correos electrónicos de terceros no ratificados**

Un asunto similar al anteriormente comentado se plantea en la sentencia de la Sala Político Administrativa de 12 de febrero de 2008. En esta oportunidad se trata de un juicio mercantil donde se solicita la declaración de disolución de la

sociedad demandada. Entre las pruebas aportadas al proceso destaca la promoción de varios correos electrónicos donde se convoca a reuniones de junta directiva y a asambleas de accionistas. Los correos también fueron aportados al proceso mediante la impresión del mensaje.

Al analizar el medio de prueba promovido, la Sala en un primer momento observa “...que el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas es el que debe darse a las pruebas documentales”. Sobre esta observación hemos de comentar que si bien es cierto que los correos electrónicos son documentos y como tales deben valorarse, no debe olvidarse que al igual que en el caso anterior, estos fueron aportados mediante la impresión en papel, circunstancia que atribuye el valor de copia al documento, esto no quiere decir que por ser simples copias no sean objeto de valoración, ya que si no son impugnadas tendrán el valor de documentos privados.

Aunque la parte contraria no impugnó los correos electrónicos promovidos, también fueron desestimados por el juzgador ante la falta de ratificación de su contenido. Luego de realizar una serie de consideraciones sobre el valor probatorio de los documentos electrónicos establecido en el artículo 4 de la LMDFE, el juzgador llega a la conclusión que “...tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos”. El problema es que en el caso objeto del litigio los correos electrónicos fueron emitidos y recibidos por terceros y el artículo 431 del CPC exige la ratificación mediante la prueba testimonial. Las apreciaciones realizadas por el juzgador son las siguientes:

Se observa que tanto el emisor como el destinatario... resultan ser terceros ajenos al juicio que han dado lugar a este fallo, ambos debieron ratificarlos por vía testimonial a tenor de lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

Así, la ausencia de ratificación de las impresiones de los mensajes de datos tiene por consecuencia que esta Sala desestime las referidas probanzas en el siguiente juicio.

Las consideraciones formuladas por el juez tienen su base en la propia LMDFE, específicamente en el artículo 4 que indica que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos escritos, aunque su promoción control y evacuación se harán por conforme a lo previsto para las pruebas libres. Sobre este tipo de pruebas, el artículo 395 CPC indica que se evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a medios de prueba semejantes. En el caso que nos ocupa, el juzgador, siguiendo las previsiones del artículo 395 CPC llega a la conclusión que hay que aplicar las normas sobre documentos privados y éstos, al provenir de terceras personas, exigen la ratificación testimonial para que puedan valer como medio de prueba.

#### **IV. Conclusiones**

A la luz de las consideraciones expuestas en las sentencias analizadas y sobre la base de la aplicación de las normas contenidas en la LMDFE y en el CPC podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Los correos electrónicos en su consideración de mensajes de datos gozan de valor probatorio y eficacia jurídica en las mismas condiciones de los documentos tradicionalmente soportados en papel. No obstante esta máxima, a la hora de establecer el valor probatorio de los correos electrónicos habrá de tenerse en consideración los aspectos que rodean su emisión así como la forma en que han sido incorporados al proceso.

2. De acuerdo con la LMDFE, la promoción, control, contradicción y evacuación de los mensajes de datos se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el CPC. El sistema de prueba libre recogido en el CPC emplea el recurso de la analogía al permitir aplicar a las pruebas no prohibidas, las disposiciones relativas a medios semejantes. Al trasladar este principio a los mensajes de datos se concluye que éstos deben someterse a las normas de valoración correspondientes a las prueba documentales, por lo tanto, el valor del correo electrónico dependerá si se trata de un documento público o de un documento privado.

3. El valor probatorio atribuido a los mensajes de datos también depende de la forma de incorporación del documento al acervo procesal. Aun cuando la LMDFE establece que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, para que pueda hablarse de un documento electrónico original y atribuírsele el valor de tal, es necesario que los mensajes de datos se incorporen al proceso en el formato electrónico y que pueda demostrarse la integridad del mensaje. Los correos electrónicos que han sido reproducidos a través de la impresión del mensaje, sólo tendrán el valor atribuido a las copias o reproducciones fotostáticas.

4. Al aplicar las normas relativas a la prueba documental contenidas en el CPC encontramos que las copias fotostáticas de los documentos públicos o privados se considerarán fidedignas siempre que no sean impugnadas por la parte contraria, por lo tanto el valor de un correo electrónico impreso dependerá de este hecho. En el caso objeto de litigio planteado en la sentencia emanada de la Sala de Casación Social de 5 de marzo de 2007, no puede atribuírsele ningún valor al correo electrónico producido en formato impreso por cuanto éste fue objeto de impugnación. El análisis efectuado por el juzgador está ajustado a los parámetros de valoración legalmente fijados.

5. En relación con los documentos privados emanados de terceros, para que éstos tengan valor en el juicio han de ser ratificados mediante prueba

testimonial, este es el caso que se presenta con los correos electrónicos admitidos como medios de prueba en el juicio objeto de disputa en la sentencia de la Sala Político Administrativa de 12 de febrero de 2008. En esta oportunidad los correos electrónicos también fueron incorporados al proceso en forma impresa, ante la falta de impugnación de la parte contraria, la información en ellos contenida se tiene como fidedigna; no obstante, se trata de documentos privados emanados terceros ajenos al proceso que requieren de ratificación testimonial. La falta en el cumplimiento de esta formalidad es la causa en que se basa el juzgador para desestimar el correo electrónico como medio de prueba.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, los criterios sustentados por el TSJ en las sentencias comentadas se encuentran ajustados a las normas contenidas en la legislación especial aplicable a la materia. No es el hecho de que sean “simples correos electrónicos” la circunstancia que lleva a los jueces a desestimar el valor probatorio de estos documentos. Las razones para negar el carácter probatorio de tales medios, aunque son diferentes en ambos casos, han sido esgrimidas sobre la base de la consideración de los correos electrónicos como documentos privados y la aplicación de las normas procesales que rigen tales instrumentos. A continuación reproducimos el texto íntegro de las citadas sentencias.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

### SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Exp. n° 06-1657

Caracas, 5 de marzo de 2007. 196° y 148°

Ponencia del Magistrado: Alfonso Valbuena Cordero

En el juicio que por cobro de diferencia de prestaciones sociales intentó el ciudadano **LUIS ALBERTO NAVA JIMÉNEZ**, representado judicialmente por los abogados Keila Elisa Ocando, Nicario Fermín Fermín e Ismael José Fermín Ramírez, contra la sociedad mercantil **C.A. VENCEMOS**, representada judicialmente por los abogados Marines Casas y Diego Pardi; el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, conociendo en alzada, dictó sentencia en fecha 26 de julio del año 2006, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmando así el fallo apelado, que declaró sin lugar la acción incoada.

Contra el fallo anterior anunció recurso de casación la parte demandante, el cual fue admitido.

Remitido el expediente, fue recibido en esta Sala de Casación Social, dándose cuenta del asunto en fecha 25 de octubre del año 2006 y en esa misma oportunidad se designó ponente del asunto al Magistrado Alfonso Valbuena Cordero.

Fue consignado oportunamente escrito de formalización del recurso de casación. No fue consignado escrito de impugnación.

En la oportunidad fijada para la realización de la audiencia, concurrieron las partes y expusieron sus alegatos en forma oral y pública.

Concluida la sustanciación con el cumplimiento de las formalidades legales, pasa esta Sala a reproducir la sentencia dictada en fecha 27 de febrero del año 2006, bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter la suscribe, previa las siguientes consideraciones:

## ÚNICADENUNCIA

Con fundamento en el numeral 2° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se acusó la infracción de los artículos 508 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, así como del contenido implícito de la cláusula tercera de la Convención Colectiva celebrada entre C.A. VENCEMOS Planta Maracaibo y el Sindicato de Trabajadores del Cemento y sus Similares del Estado Zulia, por errónea interpretación; así como la falsa aplicación de los artículos 42 y 45 de la citada ley sustantiva laboral. También denuncia el formalizante el error de interpretación, por parte del sentenciador superior, del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la falta de aplicación de los artículos 12 y 17 ejusdem.

Aduce la parte recurrente:

Ilustres Magistrados, denuncia que el Tribunal de Alzada incurrió en un error de interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos 508 y 509 de la Ley Sustantiva del Trabajo, así como el contenido implícito de la Cláusula Tercera de la Convención Colectiva en referencia, lo cual generó la aplicación falsa de los artículos 42 y 45 de la Ley Ejusdem, con lo que, su conducta materializa los supuestos básicos que establece el Numeral 2do del

Artículo 168 de la Ley Adjetiva Laboral.

En efecto, la patronal sostiene que las relaciones de trabajo que mantuvo con ella están inmersas dentro de la figura conocida como Empleado de Dirección y Confianza, habida cuenta que, según su apreciación mis labores fueron de coordinación y supervisión, con lo cual no me serían aplicables según el criterio empresarial, las normas contenidas en la referida Contratación Colectiva, y para ello sostienen que deben excluirse de esos beneficios contractuales, a los trabajadores que desempeñan los puestos o trabajos contemplados en los Artículos 42,45,47,50 y 510 de la Ley Orgánica del Trabajo, que pertenecen a la categoría conocida en la Industria, como NÓMINA MENSUAL. Desde luego, la pretensión de la empleadora procura lesionar y menoscabar mis derechos que indiscutiblemente están amparados por esa Contratación Colectiva; de manera que, invoco a mi favor, una vez más, todas y cada unos de los dispositivos pautados en ese Contrato Colectivo.

(Omissis)

Pues bien en el asunto debatido, la CLÁUSULA No. 3 de la Convención Colectiva in

comento referida al personal que se encuentra amparado por los derechos en ella implícitos, expone:

Las partes convienen que estarán cubiertos por la presente convención colectiva del trabajo todos los trabajadores que prestan servicio al patrono, tanto de la nómina semanal como de la nómina quincenal.

Pero no hace ninguna mención, el Cuerpo Normativo, a la exclusión en su aplicación de empleados de dirección y confianza, puesto que, la única condición que se establece para aplicarlo, lo representa la forma de pago de los trabajadores.

Por ello, el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, dispone que las partes podrán exceptuar de su aplicación a las personas que se refieren los artículos 42 y 45 de esta Ley, circunstancia ésta, que en el presente caso no ocurrió, puesto que la Convención Colectiva que rige a los trabajadores del Cemento del Estado Zulia, no hace exclusión de tales trabajadores, por lo que la única condición necesaria para inaplicar dicho Contrato, lo es la forma de pago.

La anterior premisa, debe ser adminiculada con lo sentenciado por el Juzgado AD QUEM al afirmar en el fallo objeto de este Recurso, concretamente en el análisis de la prueba documental, lo siguiente:

(CITO): Recibos de pago originales firmados por el actor, que al no ser desconocidos por el demandante en la audiencia de juicio, se tiene como fidedignos y de los mismos se demuestra que al actor, se le cancela de forma quincenal el salario, de tal modo, que se puede entender que se trataba de una práctica de adelantos del salario mensual, que no desnaturaliza la forma de pago mensual regular. (FIN DE LA CITA).

Esta situación da al traste con el espíritu y propósito del Contrato Colectivo referenciado, puesto que, donde éste no distingue, el intérprete tampoco, y la sola condición de realizar el pago de forma quincenal es suficiente para acordarle al trabajador los beneficios implícitos en el Contrato Colectivo, con lo que y dado su carácter normativo se evidencia el quebrantamiento de la CLÁUSULA 3 de dicho instrumento Normativo Laboral.

Pero hay algo más ciudadanos Magistrados, al concederle valor probatorio a dichos instrumentales se esta apreciando el contenido intrínseco de los mismos, esto es, asumir como ciertos el pago de beneficios contractuales, que representan un común denominador en estos recibos, que huelga acotar son típicos de los trabajadores amparados por dicha

Convención, y han debido tomarse en consideración por el Juzgador al momento de proferir el fallo respectivo, y otorgarme en consecuencia el beneficio contractual, en sujeción a los principios rectores que rigen la materia laboral, consagrados tanto en la Ley Orgánica del Trabajo como en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establecen la aplicación de la norma más favorable y el principio del *in dubio pro operario*, entre otros.

Igualmente, de la lectura pormenorizada del fallo objeto del presente Recurso se evidencian unas profundas imprecisiones técnicas que generan incertidumbre sobre la calificación de mi labor, tema que no siendo el objeto específico del juicio, desvió la atención del mismo en perjuicio de los derechos por mí pretendidos, me refiero específicamente al punto del fallo que expone, lo siguiente: "...la relación de los hechos que se desprende de los medios de prueba en conjunto llevan a concluir que efectivamente el actor no era un trabajador de la nómina ejecutiva. En todo caso, **podría tratarse de un empleado incluido en la nómina mensual...**"

Asimismo, con respecto a las pruebas promovidas, no puede ignorarse o desconocerse el particular análisis que la Alzada realiza a uno de los

medios probatorios incorporados a autos, con el objeto de comprobar la extensión de la jornada de trabajo para la empresa, denominados, LOTUS NOTES (Correo interno de la empresa C.A. VENCEMOS), sobre la misma, la instancia Juzgadora discurre en una variedad de argumentaciones, que bien pueden tener fines meramente ilustrativos pero no otorgan certeza de su valor. La Instancia recurrida, los llega a calificar "simplemente de correos electrónicos" por tanto se consideran a los mismos como mensajes de datos. Se plantea que: "su eficacia probatoria dependerá de que el mensaje de datos este asociado a algún mecanismo de seguridad que permita identificar el origen y autoría del mismo (como es el caso de una firma electrónica y tendrá la misma fuerza probatoria de un documento privado); sobre el particular vale acotar, lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en donde se hace alusión a la eficacia probatoria que se le otorga a los Mensajes de Datos, los mismos a parte de poseer el valor que la Ley otorga a documentos escritos se sujetan a las regulaciones que plantea el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil en lo referido a la prueba libre. Siendo el caso que los mensajes

de datos fueron llevados al conocimiento del Juez en formato impreso estos tendrán el valor que se le otorga a las copias o reproducciones fotostáticas.

Cuando arguye la Instancia sobre “la imposibilidad de su aprovechamiento en Juicio” se acota que el contenido de dichos mensajes basta como prueba sin necesidad de respaldarse por otros medios probatorios; y esto se asume debido a que en materia de comunicaciones internas de empresas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido clara al manifestar, que no: **“...exigen el consentimiento tanto del autor como del destinatario... para su legal promoción en juicio. A juicio de la Sala, tal percepción luce errada, puesto que en el caso de autos- dejando de lado la posibilidad que las personas que integran las distintas gerencias de la compañía hubiesen enviado o recibido algunos mensajes de datos a título personal a través de los servidores de la empresa- el principal flujo de información se efectuó entre distintos entes de una misma sociedad mercantil actuando como órganos de la misma, con miras a forjar su voluntad y desarrollar su propia actividad económica.**

**Desde esta perspectiva, la información en cuestión**

**es unilateral y, por ello, no puede juzgarse —en apego al rigor técnico merecido— como amenaza de infracción a la prohibición de divulgación ilegítima de la correspondencia”** (Sent. N°. 184 del 16/02/2006, TSJ Sala Constitucional, caso B. P Exploración de Venezuela, SA).

La sola excepción del criterio anteriormente manifestado, se encuentra en la exposición de secretos comerciales de la empresa, y no es este el caso que nos ocupa.

Con respecto a la confirmación de la verosimilitud de su contenido la misma se desprende de la valoración que otorgó la parte demandada durante el desarrollo de la audiencia de juicio, al manifestar la reserva de su parte de acciones legales a tomar por su divulgación. Finalmente sobre el punto analizado del valor de las LOTUS NOTES se indica que las mismas por la naturaleza propia de las normas que las regulan deben valorarse bajo la óptica de la Sana Crítica, y las mismas constituyen, aun y cuando no se apeguen a las solemnidades y formalidades (que no es el caso) elementos de convicción y siendo la materia que nos ocupa la laboral, estas deben interpretarse en favor del trabajador; por tanto yerra igualmente el Juzgador al presumir que no se evidencia el trabajo fuera de la jornada

normal, y que no “los haya recibido personalmente a esas horas”.

En este sentido el artículo 12 de la Ley Especial aplicable a la materia plantea que salvo prueba en contrario, el mensaje de datos se tendrá por emitido en donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo; y siendo el caso que se habla de mensajes internos de la empresa estos se emitieron y recibieron en las instalaciones misma (sic), y su desvirtuación requería de una prueba en contrario que no se produjo, generando con esto el reconocimiento del argumento por mi parte manifestado.

Es por ello que, en base a la argumentación precedente delato el error de interpretación de la norma contenida en el artículo 4, y la inaplicación en consecuencia de los artículos 12 y 17 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que de haberse asumido en su dimensión correcta hubiese generado consecuencias jurídicas favorables, en atención a su carácter normativo.

Por último, una vez expuestas las razones fácticas que informan el presente Recurso, y a manera de conclusión este tiene por fin lo siguiente:

A. Delatar el error de interpretación de los artículos

508 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, referidos, el primero, a la obligatoriedad de las estipulaciones de las convenciones colectivas, y el segundo, referido al efecto expansivo de las mismas y a la facultad de las partes de exceptuar en su aplicación a los trabajadores contenidos en los artículos 42 y 45 de la ley e jusdem; que en el presente caso, no constituyó el objeto del debate procesal, y sin embargo, fue el fundamento de la Alzada para declarar la inaplicación de la cláusula 3 de la convención colectiva celebrada entre el Sindicato de Trabajadores del Cemento y CA VENCEMOS PLANTAMARACAIBO.

B. La delación expresa configurada en la negativa de aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención Colectiva al caso concreto, situación ésta que se materializa bajo el prisma de los supuestos normativos derivados del ya referenciado artículo 168 en su ordinal 2 al negarme la aplicación y vigencia del referenciado instrumento normativo conforme al artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo.

C. El conspicuo error de interpretación del artículo 4

del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, y la falta de aplicación del artículo 12 de la citada ley, conjuntamente con el artículo 17 y la naturaleza misma de este cuerpo normativo en lo referente a la sana crítica, violando con ello las máximas de experiencia, que de haber sido aplicadas hubiesen comprobado lo por mi alegado.

Para decidir, se observa:

En primer lugar, alega la formalizante que el juzgador de alzada incurrió en infracción de los artículos 508 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, por errónea interpretación, así como de la cláusula tercera de la Convención Colectiva celebrada entre C.A. VENCEMOS Planta Maracaibo y el Sindicato de Trabajadores del Cemento y sus Similares del Estado Zulia, fundamentando tal denuncia en que la referida cláusula establece que: “Las partes convienen que estarán cubiertos por la presente convención colectiva del trabajo todos los trabajadores que prestan servicio al patrono, tanto de la nómina semanal como de la nómina quincenal”, sin hacer ninguna alusión a la exclusión de la aplicación de la misma de los empleados de dirección y confianza; de manera que, si bien, el artículo 509 citado, establece la posibilidad para las partes de exceptuar del ámbito de aplicación de una convención colectiva a ese tipo de trabajadores, eso no

se planteó en la referida convención colectiva y sin embargo el Tribunal Superior concluyó que el demandante era un trabajador de confianza y con basamento en tal hecho lo consideró excluido de la aplicación del mencionado convenio.

Con relación a este punto, en la sentencia recurrida se estableció lo siguiente:

#### PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA

Mérito favorable: (omissis)

Prueba documental:

1. Comunicación emanada de VENCEMOS dirigida a C.A.N.T.V. de fecha 19 de mayo de 1999, en la que presenta al ciudadano LUIS NAVA a los efectos de tramitar línea telefónica (...), sin embargo, se decide no otorgarle valor probatorio, por cuanto el hecho de que el actor vivía en una casa propiedad de la empresa C.A., VENCEMOS, no constituye un hecho controvertido en la presente causa.
2. Constancia de trabajo de fecha 15 de enero de 2002. Sobre esta documental la parte demandada no ejerció control probatorio en la audiencia de juicio, sin embargo, se decide no otorgarle valor probatorio, por cuanto el tiempo de servicio laborado y los cargos desempeñados, no constituye un

hecho controvertido en la presente causa.

3. Convención Colectiva: (Omissis)

4. Último Recibo de pago de fecha 31 de marzo de 2003. Esta documental no fue controvertida por la parte demandada, en consecuencia se le otorga todo el valor probatorio, y de la misma se evidencia que el actor devengó como último salario la cantidad de Bs. 754.637,80, cuyo neto a cobrar fue de Bs. 11.609,15.

5. LOTUS NOTES (Correo interno de la empresa C.A. VENCEMOS), promovida con el objeto de demostrar que el actor trabajaba fuera de su jornada normal, las cuales fueron impugnadas por la parte demandada en la audiencia de juicio. (Omissis)

Prueba de testigos, a los fines de que declararan los ciudadanos RICHARD BRACHO, JESÚS ROO, JOSÉ ALAS, JUAN OROVO, ROBERTO RODRÍGUEZ, OMAR GONZÁLEZ, GUSTAVO CONTRERAS, WILLIÁN ARAQUE, ANTONIA AÑEZ.

Respecto a los testigos promovidos, se observa que la parte actora desistió de su evacuación, por lo tanto no hay nada que valorar.

Inspección Judicial, a los fines de que el Tribunal se trasladara a la Oficina Principal

de C.A. VEBCEMOS (sic) (PLANTA MARA), en las oficinas administrativas y en la oficina de recursos humanos.

Dicha prueba fue evacuada en fecha 28 de septiembre de 2004, y el Juzgado de Juicio dejó constancia de lo siguiente:

Que la labor que desempeña un Coordinador de Planificación es dirigir las actividades rutinarias de mantenimiento preventivo, evaluar los resultados del programa de mantenimiento, controlar el plan maestro de mantenimiento, supervisar y evaluar el personal a su cargo, aprobar requisiciones de abasto y hacer recorrido por la planta cuando lo considere necesario. En cuanto al perfil del cargo es necesario ser Profesional (Ingeniero Mecánico o Electromecánico o Industrial) con cinco (sic) de experiencia en las áreas de mantenimiento y/o proyectos.

En cuanto a las herramientas con las que labora un Coordinador de Planificación, se pudo observar que únicamente utiliza un computador.

En cuanto a los equipos de localización que posee un Coordinador de Planificación, se observa que le es asignado un radio portátil de frecuencia corta, dicha frecuencia es sólo para cubrir las comunicaciones dentro de la planta.

En cuanto a las jornadas con las cuales trabaja un

Coordinador de Planificación, se evidencia en la sección de nómina que el Coordinador de Planificación trabaja jornada diurna.

La casa propiedad de la empresa donde habitaba el actor, estaba ubicada a 700 metros de la sede de la empresa.

Asimismo en el acto de inspección se agregaron a las actas las siguientes documentales:

**Recibos de pago** de sueldo mensual, vacaciones y utilidades. De los recibos de pago de fechas 31 de diciembre de 2001 y 31 de enero de 2002, se evidencia el pago mensual, es decir, de 30 días de salario.

**Perfil del puesto de Coordinador de Planificación:** En la descripción del cargo de COORDINADOR DE PLANIFICACIÓN, se observa que reporta al Gerente de Mantenimiento y supervisa al Administrador de Mantenimiento, Preparaciones y Dibujante. Asimismo, entre sus actividades se encuentran las relacionadas a:

PLANIFICAR - DIRIGIR - COORDINAR PROGRAMAS - SUPERVISAR INFORMACIÓN - SUPERVISAR PERSONAL A SU CARGO - ANALIZAR - AUTORIZAR MATERIALES. En cuanto al perfil del puesto se requiere que sea ingeniero Mecánico/ Electromecánico/

Industrial, es decir, que posea preparación universitaria.

**Registro del sistema de nóminas:** Del registro de nómina se evidencia que el actor era catalogado por la empresa como trabajador de NÓMINA EJECUTIVA, con horario DIURNO, que poseía nivel profesional, y que pertenecía a la nómina TIPO MENSUAL, su último salario mensual fue de Bs. 1.331.713,80.

Vistos los resultados, de la inspección judicial se decide otorgarle valor probatorio, por cuanto crea fuerte convicción sobre los hechos que se hicieron constar, en virtud de la materialización del Principio de Inmediación del Juez de Juicio que presencié la práctica de la prueba. De tal modo, que de acuerdo al Principio de la Comunidad de la prueba quedó demostrado que el actor era un trabajador que pertenecía a la nómina mensual, que se desempeñaba en un cargo que implicaba la supervisión de otros trabajadores, pudiéndose catalogar como un trabajador de confianza, no obstante, haber sido calificado por la empresa como trabajador de nómina ejecutiva, hecho éste en el cual insiste la representación judicial de la parte demandada.

En efecto, la nómina ejecutiva son los que integran a los profesionales que tienen

las más altas responsabilidades gerenciales y estarían considerados como trabajadores de dirección a los que se refiere el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo. Es notorio que en cualquier empresa, establecimiento, faena o explotación, existan categorías de la alta gerencia integrada por estos trabajadores que son una “élite”, un grupo muy calificado de la más específica experiencia y preparación que tienen en sus responsabilidades: la toma de decisiones técnicas, operativas y logísticas; y están excluidos de la protección de la Convención Colectiva. Son los legitimados de la “meritocracia” en su mayor intensidad que trasciende lo laboral y se convierten en privilegios excepcionales.

Por ello, si de la misma inspección judicial se constató que el actor reportaba al gerente de mantenimiento, ello quiere decir, que en atención a la Primacía de la Realidad de los Hechos sobre las formas o apariencias, el actor aun y cuando era catalogado como un trabajador de nómina ejecutiva, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la relación de los hechos que se desprenden de los medios de pruebas en conjunto, llevan a concluir que efectivamente, el actor no era trabajador de la nómina ejecutiva. En todo caso, podría tratarse de un empleado incluido en la nómina mensual.

(Omissis)

#### PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA

**Mérito de las actas**, cuyas valoraciones establecidas supra, se dan aquí por reproducidas.

Prueba documental:

1. **Recibos de pago** originales firmados por el actor, que al no ser desconocidos por el demandante en la audiencia de juicio, se tienen como fidedignos y de los mismos se demuestra que al actor, se le cancelaba de forma quincenal el salario, de tal modo, que se puede entender que se trataba de una práctica de adelantos del salario mensual, que no desnaturaliza la forma de pago mensual regular.

(Omissis)

Prueba testimonial, a los fines de que declaran (sic) los ciudadanos DAVID CACIQUE, ALEJANDRO GONZÁLEZ, DENNIS GARCÍA, MARÍA DÍAZ, HUMBERTO VELAZQUEZ y JOSÉ BOSCÁN.

En la audiencia de juicio solo rindieron testimonio los ciudadanos DAVID CACIQUE, HUMBERTO VELAZQUEZ y DENNIS GARCÍA.

El ciudadano DAVID CACIQUE, manifestó que labora para la empresa desde hace 10 años, que su cargo es planificador de abastecimiento, que conoce al actor de la empresa, y que éste (actor) labora como Coordinador de Planificación, que disfrutan de un HCM mayor, tiempo de vacaciones más largo, y que pertenecen a la nómina ejecutiva, que ellos no tienen nada que ver con el Contrato Colectivo del Trabajo, y no tienen la obligación de trabajar los días feriados porque eso es optativo, pero que si se ameritaba su presencia ellos se presentaban, que el coordinador de planificación coordina al personal, coordina los trabajos a realizar, que a los de la nómina ejecutiva les pagan los 15 de cada mes todo el mes.

En relación al ciudadano HUMBERTO VELÁZQUEZ, este manifestó que labora para la empresa que se desempeña como jefe de ejecución de mecánica, que laboró con el actor, quien (actor) por último paso (sic) a ser el Coordinador de Planificación, que éste formó parte de la nómina mensual, que no se les aplica el Contrato Colectivo, que el coordinador de planificación representa a VENCEMOS frente a contratistas, es decir que éste representa a la empresa frente a proveedores, que éste planifi-

ca las vacaciones de los demás trabajadores, no tiene supervisión de entrada ni de salida, que sus implementos de trabajo son su computador, un radio, y que les pagan una vez los 15 de cada mes.

Asimismo, el ciudadano DENNIS GARCIA, manifestó que conoce a la empresa porque trabaja en ella, que él es jefe de ejecución eléctrica, que conoce al actor porque trabajó con ellos en la empresa que el actor era Inspector de Mecánica y luego pasó a ser el jefe de planificación que el jefe de planificación y el coordinador de planificación no es el mismo cargo, que los beneficios para ellos son superiores a los del Contrato Colectivo de Trabajo, las vacaciones son mejor remuneradas, que las entradas y salidas de la planta no le son supervisadas, que el jefe de planificación coordina el trabajo semanal, tiene interacción con los proveedores, que éste representa a VENCEMOS frente a otros, así mismo indicó que está a disposición telefónica pues si hay algún problema que requiera su presencia en la planta, él asiste; que les pagan los 30 de cada mes que los beneficiarios del contrato colectivo son los semanales y quincenales, que los implementos de trabajo del jefe de

planificación son su computador y radio.

A las testimoniales evacuadas se les otorga valor probatorio, por cuanto merecen fe para este Juzgador, y de las mismas se evidencia que efectivamente el actor trabajaba como Coordinador de Planificación y que se le cancelaba el salario de forma mensual, tal y como se desprende de las pruebas documentales valoradas.

**Valorados los medios de prueba aportados al proceso, este Juzgador, para decidir, observa:**

La pretensión del actor radica en el reclamo de diferencia de prestaciones sociales con fundamento a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo y a la incidencia de lo no cancelado por horas extras, días de descanso, días feriados y bono nocturno, en virtud de la disponibilidad a que estaba sometido las 24 horas del día.

No obstante, negado como fue por la demandada que el actor estuviera amparado por la Convención Colectiva de Trabajo, se debe necesariamente determinar la aplicación de dicha convención a la relación de trabajo que unió al actor con la demandada

En este sentido, cabe señalar que una Convención Colectiva de Trabajo es aquella que se celebra a través de un acuerdo voluntario entre uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, y uno o varios patronos o sindicatos o asociaciones de patronos.

La celebración de una Convención Colectiva se lleva a cabo con la finalidad de establecer:

- 1) Las condiciones conforme a las cuales se deba prestar un trabajo; 2) los derechos, y; 3) las obligaciones que corresponden a cada una de las partes.
- 2) De allí, que a tales convenciones se les tenga como verdaderos cuerpos normativos y por tal razón las estipulaciones en ellas contenidas se convierten en cláusulas obligatorias.

Respecto a su contexto de aplicabilidad, la Ley ha dicho que las estipulaciones contenidas en las referidas Convenciones Colectivas beneficiarán a todos los trabajadores de la empresa, establecimiento o explotación, aún cuando ingresen con posterioridad a su celebración.

No obstante de lo anterior, cabe destacar que la misma Ley Laboral ha dispuesto que las partes “podrán exceptuar de su aplicación a las personas a que se refieren los artículos 42 y 45” de ella misma.

Acorde con esto último, la Convención Colectiva de Trabajo, en su cláusula tercera, establece como ámbito de aplicación los trabajadores de la nómina semanal y quincenal, debiéndose determinar a que clasificación de trabajadores pertenece el actor, para así poder determinar si se le aplica o no el contrato colectivo, habida cuenta que al (sic) demandada alega que se trataba de un trabajador de dirección y de confianza.

La Ley Orgánica del Trabajo define ambas categorías así: (Omissis)

En relación a esto, evidencia esta Alzada que el actor en su demanda señaló que ejerció como último cargo el de Coordinador de Planificación, denominación que en principio indica que el cargo implicaba seguramente la realización de una labor compleja e importante dentro de la empresa. Pero al analizar las pruebas que cursan en autos, se evidencia que el actor efectivamente desempeñaba funciones de planificación, evaluación, análisis y de supervisión de personal a su

cargo, que debía guardar secretos industriales y que se le cancelaba el salario de forma mensual.

En este sentido, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala que “La calificación de un cargo como de dirección, confianza, inspección o vigilancia, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono”. Esta norma desarrolla el Principio de la Realidad sobre los hechos establecida en el Reglamento de dicha Ley.

De la labor descrita, pareciera en principio que el actor era un trabajador de dirección ya que entre sus funciones está la planificación, supervisión y dirección de otros empleados, y era calificado como tal por la empresa, pero, como de autos no se ha comprobado que el actor intervenga decisivamente en la toma de decisiones de la empresa y que ostente el carácter de patrono frente a los otros trabajadores o frente a terceros (artículo 42 Ley Orgánica del Trabajo); y siendo, que reportaba sus actuaciones al Gerente de Mantenimiento, estima esta Alzada que el actor era empleado de confianza de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo); en consecuencia,

no goza de los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, máxime cuando en la cláusula 47 de la Convención que contiene el Tabulador, no aparece mencionado el cargo de Coordinador de Planificación, sino que solamente se mencionan cargos a nivel de operaciones, como por ejemplo, operador, mantenedor fabricación, operador mantenedor cantera, obreros y aprendices. Así se decide.

En virtud de tal pronunciamiento, se declara que la relación laboral que unió al actor con la demanda está regida por la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, de la extensa transcripción del fallo impugnado que se realizó precedentemente, resalta lo siguiente: primeramente y a partir de la valoración realizada por el juzgador de una inspección judicial, promovida por el actor, evacuada en las oficinas administrativas y de recursos humanos de la demandada, se estableció que el trabajador pertenecía a la nómina mensual de la empresa, se verificaron cuáles eran las funciones del demandante, así como que su calificación por parte de la accionada era la de un empleado de nómina ejecutiva, hechos éstos que analizados por el juzgador con apego al principio de primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, lo llevaron a concluir que, con vista al perfil del cargo desempeñado por el accionante, éste si bien pertenecía a la nómina mensual, no podía catalo-

garse como nómina ejecutiva, puesto que a ésta pertenecen los profesionales que tienen las mas altas responsabilidades gerenciales, estando considerados como empleados de dirección y siendo que el trabajador reportaba al Gerente de Mantenimiento, no podía encuadrarse en ese tipo de empleados y es allí cuando el sentenciador concluye que el actor no pertenecía a la nómina ejecutiva y afirma que, “En todo caso, podría tratarse de un empleado incluido en la nómina mensual.” Tal expresión sacada de contexto como se hace en la formalización pareciera indicar que el juez no se encontraba seguro de la inclusión del demandante en la nómina mensual, sin embargo, de la lectura minuciosa de la sentencia recurrida se observa que primero se estableció mediante el análisis del material probatorio que sí formaba parte de dicha nómina y que la referida afirmación responde al hecho de que si bien éste se encontraba incluido en la misma, era por la forma de pago, mas no por ser un empleado de dirección.

Por otra parte, la pertenencia del actor a la nómina mensual es establecida también por el juez superior al analizar los recibos de pagos originales firmados por el actor, de los cuales considera evidenciado que se le cancelaba en forma quincenal como una práctica de adelantos de salario mensual; asimismo de la valoración de las declaraciones de los testigos DAVID CACIQUE, HUMBERTO VELÁSQUEZ Y DENNIS GARCÍA, los cuales fueron contestes, concordada con las pruebas restantes, consideró

establecido que el demandante desempeñaba el cargo de Coordinador de Planificación y que se le cancelaba el salario de forma mensual.

Seguidamente, alude el sentenciador al contenido de la cláusula tercera de la Convención Colectiva de Trabajo respectiva, señalando que su ámbito de aplicación se encuentra circunscrito a los trabajadores de la nómina semanal y quincenal. En este sentido, ratifica que del acervo probatorio quedó evidenciado que el actor realizaba funciones de planificación, evaluación, análisis y supervisión de personal a su cargo, teniendo conocimiento de secretos industriales, así como que se le cancelaba mensualmente su salario.

No obstante lo establecido con anterioridad y que debió bastar para declarar la improcedencia de la solicitud de aplicación de la convención colectiva al demandante, el sentenciador procedió a analizar las funciones desempeñadas por éste para terminar concluyendo que se trataba de un empleado de confianza, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, y que por ello no goza de los beneficios de dicho convenio.

De todo lo expuesto debe concluirse que, si bien, el juzgador superior fundamentó su declaratoria de improcedencia de aplicación de la convención colectiva al actor, en el hecho de que era un empleado de confianza, y ello desvirtúa, en cierto modo lo establecido en el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone: “Las estipulaciones de las convenciones colectivas beneficiarán

a todos los trabajadores de la empresa, explotación o establecimiento, aun cuando ingresen con posterioridad a su celebración. Las partes podrán exceptuar de su aplicación a las personas a que se refieren los artículos 42 y 45 de esta Ley”, puesto que no tomó en consideración que la referida exclusión de ese tipo de trabajadores es sólo una posibilidad de la que gozan las partes de plasmar tal excepción en el convenio colectivo de que se trate y que en el que se alega como aplicable al presente caso no se incluyó tal excepción; tal interpretación errónea no resulta determinante del dispositivo del fallo, en virtud de que el ámbito de aplicación de dicha convención está determinado por la cláusula tercera que dispone que están cubiertos por la misma todos los trabajadores de la nómina semanal y quincenal, siendo que quedó establecido en la sentencia impugnada que el actor se encontraba incluido en la nómina mensual y por tanto no es susceptible de la aplicación del referido convenio; de manera que, de no haber entrado el juzgador a analizar si el actor desempeñaba un cargo de confianza, lo procedente igual hubiera sido declarar que su relación laboral con la demandada no se encontraba regulada por la misma.

Como consecuencia de lo expuesto debe declararse que si bien se infringió el artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo, tal vicio no resulta determinante del dispositivo del fallo, por lo que casar el mismo por ese motivo resultaría inútil. Asimismo debe concluirse que no hubo infracción por falsa aplicación de los

artículos 42 y 45 ejusdem, puesto que el primero fue analizado por el juzgador para concluir que el actor no había desempeñado funciones de dirección en la empresa demandada y con fundamento en lo dispuesto en el segundo, así como del análisis de las características de la prestación del servicio de aquél concluyó, de manera acertada, que se trataba de un empleado de confianza. Así se decide.

Por otra parte, alega la formalizante que se infringió por errónea interpretación el artículo 4 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como la falta de aplicación del artículo 12 ejusdem, conjuntamente con el artículo 17 ibidem, puesto que la recurrida calificó los correos internos de la empresa demandada, que fueron consignados en forma impresa, promovidos por la parte actora, “simplemente de correos electrónicos”, supeditando su eficacia probatoria al hecho de que el mensaje de datos esté asociado a algún mecanismo de seguridad que permita identificar el origen y autoría del mismo; sin tomar en consideración que de conformidad con la citada ley especial su valor es similar al de los documentos escritos y están sujetos a las regulaciones que plantea el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, en lo referido a la prueba libre, por lo que debió apreciarlos con el mismo valor que se les da a las copias o reproducciones fotostáticas; asimismo alega el recurrente que deben ser apreciadas de conformidad a la sana crítica y que en aplicación del artículo 12 de la mencionada Ley,

que consagra que el mensaje de datos se tendrá por emitido en donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, el juzgador debió concluir que los mensajes internos de la compañía demandada se emitieron y recibieron en las instalaciones de la misma.

Ahora bien, respecto a tal medio probatorio, en la recurrida se expresó:

#### PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA

(Omissis)

#### **Prueba documental:**

(Omissis)

5. LOTUS NOTES (Correo interno de la empresa C.A. VENCEMOS), promovida con el objeto de demostrar que el actor trabajaba fuera de su jornada normal, las cuales fueron impugnadas por la parte demandada en al (sic) audiencia de juicio.

Vista la prueba promovida, este Juzgado observa que se trata de una prueba tecnológica, la cual tiene características muy especiales, dada la forma de generación de dichos documentos.

El uso de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TICs) trae consigo al correo electrónico como una nueva forma de documentar los hechos derivados de las

relaciones laborales, que al momento de ser utilizado como medio de prueba influye especialmente en la actividad probatoria del Proceso Laboral; considerando que dentro del proceso será necesario estudiar el contenido del documento, no sólo en cuanto al hecho histórico que representa, sino en cuanto a la licitud en la obtención del correo electrónico que no vulnere los derechos constitucionales sobre la privacidad en las comunicaciones de la parte contra quien se opone, la pertinencia y el soporte material de presentación, a fin de determinar si el mensaje es íntegro, confidencial y auténtico, si se trata de original o copia, si contiene firma electrónica con certificado.

La revolución de la Informática ha sido a nivel mundial, y en Venezuela, la era de la informática se ha hecho presente. El ordenamiento jurídico está normando estas situaciones a través de la creación de leyes especiales, a los fines de garantizar un marco jurídico mínimo indispensable que permita a los diversos agentes involucrados, desarrollarse y contribuir con el avance de las nuevas tecnologías. En efecto, en el año 2001 la Asamblea Nacional dictó el Decreto-Ley Sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas; y recientemente en Diciembre de

2004 se creó el Reglamento Parcial de dicho Decreto-Ley. Para la Ley venezolana, los documentos electrónicos se denominan mensajes de datos así, que el correo electrónico es una información inteligible (mensaje de datos electrónico) elaborada en lenguaje binario compuesta por combinación de dígitos, que al ser traducidos por un computador, pueden ser perfectamente leídos por el ser humano.

Así, dentro de las empresas se han implementado modos de comunicación electrónica, a través de las denominadas redes Intranet, que son instalaciones de redes internas dentro de la misma corporación, como las denominadas Intranets o por medio de dos o más redes entre las diferentes empresas, como es el caso de las redes Extranets, ambas son aplicaciones de Internet para campos específicos.

Las intranets son redes internas que no permiten su acceso y utilización a otras compañías u organizaciones que no sean las propietarias de las mismas. Estas redes utilizan la tecnología en la cual se basa la red Internet, es decir, el protocolo de comunicación TCP/IP. Las ventajas que poseen las intranets frente a la red Internet son la seguridad y confianza que otorga el uso privado de la red, ya que solamente puede ser

utilizada por los usuarios autorizados. (Núñez, 2001).

La Intranet es un sistema cerrado de comunicación que permite el comercio INTRACORPORATIVO. En este tipo de operaciones, tanto quien envía el mensaje como quien lo recibe se encuentra dentro de la misma empresa, no se trata de un sistema concebido para abrir el mercado como lo es Internet.

Técnicamente es un site privado al que se accede por claves y utiliza aplicaciones asociadas a Internet como páginas Web, exploradores, correo electrónicos, grupos temáticos y listas de correo, pero todo ello accesible únicamente a quienes forman parte de la organización.

Intranet funciona de la siguiente manera: Los computadores se encuentran interconectados con un servidor que les permite intercambiar información, enviar mensajes, realizar operaciones de comercio electrónico en la empresa conectada a la red. Se pueden realizar gestiones internas dentro de la empresa, realizar pedidos, suministros, prestación de servicios, entre otros. (Rico, 2003).

Ahora bien, las redes Intranet (sic) tienen como finalidad la comunicación intracorporativa, a través del envío y recepción de correos electrónicos., (sic) que en el

presente caso los han denominado LOTUS NOTES, que por la forma que presentan, se trata simplemente de correos electrónicos.

Cuando la relación de trabajo se desarrolla dentro de la empresa (trabajo presencial), que constituye la modalidad normal de trabajo, la comunicación electrónica entre empleados y entre éstos y el patrono van a ser a través de la red Intranet, la cual se define como una asociación de pequeñas redes dentro de una empresa, sin acceso público; pero si a la Web este tipo de redes intercompañía son utilizadas para comunicar a los diferentes usuarios de una misma organización, se encuentren estos dentro del mismo edificio o país, o en diferentes países.

El servicio de correo electrónico se proporciona a través del protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol), y permite enviar mensajes a otros usuarios de la red. A través de estos mensajes no sólo se puede intercambiar texto, sino también archivos binarios de cualquier tipo. Generalmente los mensajes de correo electrónico no se envían directamente a los ordenadores personales de cada usuario, puesto que en estos casos puede ocurrir que esté apagado o que no esté ejecutando la aplicación de correo electrónico. Para evitar este problema se utiliza un

ordenador más grande como almacén de los mensajes recibidos, el cual actúa como servidor de correo electrónico permanentemente. Los mensajes permanecerán en este sistema hasta que el usuario los transfiera a su propio ordenador para leerlos de forma local.

El correo electrónico está consagrado en la legislación venezolana, pero bajo el nombre de MENSAJE DE DATOS, definiéndolo como “toda información inteligible en formato electrónico o similar, que puede ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”. (Artículo 2 LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS).

El software (sic) del sistema de correo genera automáticamente fechas y horas, nombres completos, todos los datos personales que el remitente haya incluido en su fichero de firma, distribuye copias, y realiza otras muchas funciones bajo control del usuario: clasificación de los mensajes, retransmisión, distribución a cualquier número de receptores, archivado, recuperación, creación de originales y copias, y un sin número de aplicaciones, especificaciones que siempre van a estar presentes en un correo electrónico generando una noción mas amplia de los hechos.

El correo electrónico es esencialmente un medio

**asincrónico**, es decir, no necesita sincronía de envío y recepción. Garantiza la intercomunicación siempre que el destinatario quiera contestar. El correo electrónico consiste en un buzón de mensajes que puede ser revisado por el receptor en cualquier momento, por lo que si al actor se le enviaba un mensaje de datos fuera de la jornada de trabajo habitual, ello no significa que lo pudo leer de inmediato, ya que ello dependerá de si está conectada a su computadora en ese momento.

Las nuevas tecnologías y la comunicación inciden en el ámbito laboral desde los siguientes puntos de vista: A) El uso del correo electrónico en la empresa como medio de comunicación interna y B) Control de las comunicaciones a través de medios informáticos, pero en el presente caso, se está en presencia del primer supuesto.

Ahora bien, el correo electrónico, como documento de tipo electrónico (Mensaje de Datos) puede ser estudiado desde dos puntos de vista:

a) Desde un punto de vista estricto: Es un mensaje de datos (documento), que sólo puede ser recibido por una persona a través de un computador (ordenador), es decir, una máquina de traducción del lenguaje digital (sistema alfanumérico-técnico binaria o

bits) a un lenguaje natural (sistema alfabético).

b) Desde un punto de vista amplio, el correo electrónico puede ser percibido a través de su lectura directa en la pantalla o a través de la impresión en papel del mensaje, forma esta última, que transforma el documento en *per cartam*.

De tal manera, que este Juzgador debe analizar si los correos electrónicos impresos gozan de eficacia probatoria. Al respecto, considera, que un mensaje enviado a través de un correo electrónico si se imprime ¿qué es lo que aparece representado en el papel? El contenido del mensaje, pero no la firma del emisor, pues la firma electrónica no se puede apreciar a simple vista, (en caso de que la contenga) ya que se trata de la utilización de códigos que no tienen una forma determinada. Pero, en conjunto con otros medios probatorios, este documento impreso podría constituir un indicio sobre la ocurrencia de un hecho, a falta de apreciación de la firma directo en la pantalla del computador.

El artículo 4 de la LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS, señala:

“Los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a

los documentos escritos (...)”. Es decir consagra el llamado principio denominado en doctrina “Equivalencia Funcional”, se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto a todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos. La equivalencia funcional atribuye a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

En este mismo orden, el artículo 6 eiusdem, establece: (...) Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una Firma Electrónica.

La firma electrónica ha sido definida por la LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS como

“información creada o utilizada por el Signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”. En esa definición se aprecia con claridad la gran influencia que ha tenido la CNUDMI / UNCITRAL en la redacción de la norma venezolana sobre firmas electrónicas.

El Certificado Electrónico, a que hizo alusión la representación judicial de la parte demandada en la audiencia de apelación, está definido por el artículo 2 del Decreto-Ley como “un Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica”.

El certificado es el resultado técnico de un proceso técnico-informático mediante el cual se acredita la relación entre el titular del documento y su clave pública. (Moreno, 1999. [http://www.notariadigital.com\\_borders/ Logo\\_Notaria.jpg](http://www.notariadigital.com_borders/ Logo_Notaria.jpg)).

De tal manera, que el certificado presupone la existencia de una firma electrónica, y de autos no se desprende que los sujetos intervinientes en el proceso de comunicación electrónica utilizaran firmas electrónicas, y muchísimo: menos que los mensajes de datos estaban encriptados, para

garantizar la confidencialidad y la autoría del mensaje.

Por otra parte es importante aclarar que el original de un mensaje o correo electrónico o de cualquier registro telemático es el que circula en la red y que sólo puede ser leído a través del computador; por ello, lo que se ofrecerá como prueba documental y se consignará en el expediente judicial es el documento electrónico archivado en un formato que permita su consulta por el Juez (disquete, CD-ROM, Disco óptico) o su impresión.

Dado lo especial de la prueba tecnológica, la misma, a parte de cumplir con los requisitos generales de admisión, deberá verificar otros extremos legales establecidos en la ley especial, referentes a los aspectos de integridad, autenticidad y origen del mensaje de datos.

A) Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. (integridad) (sic)

B) Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida. (autenticidad) (sic)

C) Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y destino del Mensaje de Datos, la fecha y hora en que fue enviado o recibido (origen

del mensaje de datos). (Artículo 8 LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS).

En concreto, se puede promover un correo electrónico como prueba documental, es decir, de forma impresa o grabada en un disquete, siendo que en el presente caso se promovió de forma impresa, pero su eficacia probatoria dependerá de que el mensaje de datos esté asociado a algún mecanismo de seguridad que permita identificar el origen y autoría del mismo (como es el caso de una firma electrónica) y tendrá la misma fuerza probatoria que un documento privado; pero, si en la elaboración, envío o recepción del correo electrónico no se utilizó ningún método de seguridad que garantice el origen o autoría del mensaje, se ha considerado que ello imposibilita su aprovechamiento en juicio.

Por otra parte, se observa que el actor trata de demostrar que trabajó horas extraordinarias, y no indicó en la demanda la jornada normal de trabajo a los efectos de calcular los excesos reclamados, sin embargo, la parte demandada señaló en la contestación de la demanda que la jornada de trabajo era de 7:00 am a 12 pm y de 1:00 pm. a 5:00 pm, por lo que a falta de indicación expresa de la parte actora, se tiene como

cierta la jornada indicada por la demandada; por lo que la jornada comprende la cantidad de 9 horas diarias y 45 horas a la semana, no excediendo la jornada del máximo permitido para los trabajadores de confianza, que establece el artículo 198 de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece un máximo de 11 horas diarias.

Por todas las consideraciones expuestas, al haberse promovido los correos electrónicos de forma impresa, y sin haber demostrado su autenticidad, confidencialidad e integridad del mensaje a través de medios de prueba auxiliares como la exhibición, la inspección judicial o la prueba de experticia, no se les puede otorgar valor probatorio, máxime cuando fueron impugnados por la parte demandada; quedando excluidos del debate probatorio.

En todo caso, de haber sido promovidos y evacuados de la forma correcta, igualmente se hubiesen observado de los correos internos de la empresa, que los mismos presentan las siguientes características: 1) El actor aparece de dos formas en el mensaje electrónico: como emisor y como destinatario o receptor del mensaje. 2) Los mensajes presentan las siguientes horas: 5:18 pm, 6:16 pm, 5:14 pm, 5:37 pm, 6:16 pm, 2:37 pm, 12:11 pm, 2:37 pm, 5:26 pm, 3:23 pm, 6:31 pm, 5:59 pm, 9:12 am, 05:48 pm, 12:10 pm,

06:20 pm, 06:30 pm, 8:36 am, 5:21 pm, 8:36 am, 5:21 pm, 8:26 pm (sic). Así mismo se observa otros mensajes fueron enviados al actor a las 7:14 pm, 7:56 pm, 8:03 pm; 8:37 pm (sic); es decir, en horas fuera de su horario de trabajo, pero que no significa, que los haya recibido personalmente a esas horas.

De la transcripción precedente, se evidencia el análisis exhaustivo que fue realizado por el sentenciador de alzada para la apreciación de los mensajes de datos que fueron promovidos en el presente caso, así como su valoración con fundamento en la sana crítica; no obstante constituyó la razón determinante para que el juzgador no les otorgara valor probatorio el hecho de que no se demostró su autenticidad, puesto que no se encontraban asociados a ningún mecanismo de

seguridad que permitiera identificar el origen y autoría de los mismos; sin embargo, además de los motivos referidos a la correcta evacuación de dicha prueba, el sentenciador concluyó que la misma no era idónea para demostrar lo pretendido por el promovente, a saber, que trabajó horas extraordinarias, puesto que recibía y enviaba mensajes de datos fuera de la jornada ordinaria, ya que no se puede evidenciar mediante la misma que los correos que le fueron enviados hayan sido recibidos de forma inmediata.

Por tal razón, se considera que el pronunciamiento realizado por el sentenciador de alzada respecto a la prueba indicada, no infringe las normas alegadas como violadas.

Por las razones expuestas, debe declararse la improcedencia de la denuncia analizada y así se resuelve.

## DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara: **SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en fecha 26 de julio del año 2006.

Se condena en costas del recurso a la parte actora recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, a los fines legales consiguientes. Particípese de esta decisión al Juzgado Superior de origen, antes identificado.

Dada, firmada y sellada en la sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas a los cinco (05) días del

mes de marzo del año 2007. Años 196° de la Independencia y 148° de la Federación.

El Presidente de la Sala,  
*Omar Alfredo Mora Díaz*

El Vicepresidente,  
*Juan Rafael Perdomo*

Magistrado Ponente,  
*Alfonso Valbuena Cordero*

Magistrado,  
*Luis E. Franceschi Gutiérrez*

Magistrada,  
*Carmen Elvigia Porras de Roa*

El Secretario,  
*José E. Rodríguez Noguera*

**R.C. N° AA60-S-2006-001700**

Nota: Publicada en su fecha



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE POLÍTICO ADMINISTRATIVA

EXP. No. 2004-0183  
Caracas, 12 de febrero 2008. 197° y 148°  
Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Mediante escrito presentado ante esta Sala el 04 de marzo de 2004, el abogado Alberto Bauder F., inscrito en el INPREABOGADO bajo el No. 9.011, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil **PDV-IFT, PDV-INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES, S.A.**, inscrita ante el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el día 05 de diciembre de 1996, bajo el No. 4, Tomo 664-A, Sgdo., interpuso demanda contra las sociedades mercantiles **INTESA INFORMÁTICA, NEGOCIOS Y TECNOLOGÍA, S.A.** y **SAIC (BERMUDA) LTD**, inscrita la primera por ante el Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el día 20 de diciembre de 1996, bajo el No. 9, tomo 82-A-Qto.; en tanto que la segunda es una sociedad mercantil limitada por acciones, organiza-

da bajo las leyes de las Islas de Bermuda. La referida demanda fue incoada a fin de que dichas sociedades convengan o a ello sean condenadas por la Sala “...*en declarar disuelta a INTESA y en consecuencia se provea a su liquidación por ella misma, conforme a lo pautado en el Código de Comercio, los Estatutos Sociales y el CONVENIO DE ASOCIACIÓN*”.

En fecha 09 de marzo de 2004 se dio cuenta en Sala y se dispuso pasar el expediente al Juzgado de Sustanciación.

El 21 de abril de 2004, el Juzgado de Sustanciación admitió la demanda, acordó emplazar a las codemandadas a fin de que diesen contestación, y dispuso practicar las notificaciones de Ley. En razón de lo anterior, quedó suspendida la causa a tenor de lo establecido en el artículo 94 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica

de la Procuraduría General de la República entonces vigente, una vez que constara en autos la notificación de la Procuradora General de la República.

Mediante oficio No. G.G.L.-C.C.P.0570 del 02 de julio de 2004, el Viceprocurador General de la República acusó recibo de la notificación que se le hiciera del auto de admisión de fecha 21 de abril de 2004. Asimismo, manifestó que el organismo que representaba renunció a la suspensión del proceso por el lapso de 90 días continuos, conforme a la facultad conferida por el artículo 94 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica que rige las funciones de dicho ente.

En vista de la imposibilidad de lograr la citación de INTESA, por solicitud del apoderado de la actora, la Sala acordó la citación por carteles de INTESA en la persona de sus representantes legales.

Cumplido el trámite señalado, por diligencia consignada el 21 de abril de 2005, el representante de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A. pidió que se nombrara defensor *ad litem* a INTESA por cuanto a la fecha había transcurrido con creces el lapso para su comparecencia.

Por auto de la misma fecha, el Juzgado de Sustanciación procedió a designar como defensor *ad litem* de INTESA, al abogado Álvaro Prada.

Mediante diligencia del 28 de abril de 2005, el apoderado de la parte accionante solicitó que se nombrara también defensor *ad litem* a SAIC (Bermuda) LTD. “...Visto que desde

*el día 26 de marzo de 2005, fecha en que se efectuó la última publicación de los carteles en la prensa y hasta la presente ha transcurrido el plazo para la comparecencia de la empresa SAIC BERMUDA L.T.D. ...”.*

La anterior petición fue acordada en providencia del 04 de mayo de 2005, en la cual se designó como defensor *ad litem* al abogado Álvaro Prada.

En fecha 24 de mayo de 2005 compareció por ante el Juzgado de Sustanciación el abogado Álvaro Prada, inscrito en el INPREABOGADO bajo el No. 65.692, quien aceptó el cargo de defensor de las codemandadas.

Mediante diligencia consignada el día 15 de junio de 2005, el apoderado de la parte actora solicitó que se expidiera la correspondiente compulsión a los efectos de procurar la citación personal del defensor judicial de INTESA y SAIC (Bermuda) LTD., “...con la advertencia, que deberá otorgársele el pertinente término de distancia y lapso de emplazamiento, en respeto de los derechos y garantía que poseen aquellos entes morales no domiciliados en la República”.

Por escrito presentado el 12 de julio de 2005, el ya mencionado defensor dio contestación a la demanda.

En fecha 09 de agosto de 2005 el Juzgado de Sustanciación dictó auto por el cual dejó establecido “...que el lapso de emplazamiento para la contestación de la demanda comenzó a discurrir una vez que el defensor *ad-litem* tomó la

*respectiva juramentación del cargo para el cual fue designado, esto es, a partir del 25 de mayo de 2005, exclusive...”; por tal razón señaló que “...resulta inoficioso para este Juzgado pronunciarse en relación con la solicitud de que se le otorgue al defensor judicial el término de la distancia para la contestación de la demanda...”.*

Mediante diligencia consignada el 20 de septiembre de 2005, el representante judicial de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A. apeló de la decisión antes señalada.

En esa misma fecha, las partes consignaron sus respectivos escritos de promoción de pruebas.

Por auto del 21 de septiembre de 2005, el Juzgado de Sustanciación oyó en un solo efecto por ante esta Sala Político-Administrativa, la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de fecha 09 de agosto de 2005. En consecuencia, ordenó remitir a la Sala copias de las actas conducentes.

El 25 de octubre de 2005 se dio cuenta en Sala y se designó Ponente al Magistrado Levis Ignacio Zerpa, a los fines de decidir la apelación del auto arriba indicado.

Mediante sentencia dictada el día 06 de diciembre de 2005, publicada el 07 del mismo mes y año, y registrada bajo el No. 06469, la Sala declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por el apoderado de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A., contra la interlocutoria de fecha 09 de agosto de 2005.

Por sendos autos del 14 de diciembre de 2005, el referido juzgado admitió las pruebas promovidas por las partes, quedando suspendida la causa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, una vez que constara en el expediente la notificación de la Procuradora General de la República.

A través de oficio No. G.G.L.-C.C.P.000401 del 16 de febrero de 2006, la Gerente General de Litigio de la Procuraduría General de la República acusó recibo de la comunicación recibida de este Alto Tribunal, mediante la cual se remitieron los escritos de promoción de pruebas y los autos de fecha 14 de diciembre de 2005, dictados en el presente juicio. Asimismo, ratificó la suspensión del proceso durante el lapso de 30 días continuos conforme a lo previsto en el artículo 95 *eiusdem*.

En fecha 30 de marzo de 2006, el apoderado judicial de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A. solicitó de nuevo, a tenor de lo previsto en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, que se decretara medida cautelar innominada que consistiera en “...*el nombramiento de un (1) Administrador Especial que actúe en sustitución de la Junta Directiva, para que pueda llevar a cabo los actos normales de administración de la sociedad y para los actos que excedan de la simple administración deberá solicitar autorización a esta Sala, hasta que se produzca sentencia definitivamente*

*firme que ponga fin al presente juicio de liquidación”.*

Por auto del 04 de abril de 2006, el Juzgado de Sustanciación ordenó abrir el correspondiente cuaderno de medidas en virtud de la petición formulada por la parte demandante. Asimismo, acordó su remisión a la Sala a los fines de la decisión correspondiente.

Mediante diligencia del 18 de abril de 2006, la representación judicial de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A. solicitó una prórroga del lapso de evacuación de pruebas.

En fecha 20 de abril de 2006 la representación de la parte accionante consignó escrito complementario de aquél que presentó el 30 de marzo del mismo año.

Por providencia de la misma fecha, el Juzgado de Sustanciación acordó la prórroga solicitada del lapso de evacuación de pruebas.

Mediante decisión dictada el 18 de julio de 2006, publicada el 19 del mismo mes y año, y registrada bajo el No. 01782, la Sala declaró procedente la medida cautelar innominada, solicitada por la parte actora. En este sentido, ordenó a las codemandadas INTESA, Informática, Negocios y Tecnología, S.A., y SAIC (Bermuda) LTD, abstenerse de convocar reuniones para Juntas Directivas o Asambleas de Accionistas de la primera de las mencionadas sociedades mercantiles, cuando tales Juntas Directivas o Asambleas de Accionistas traten los asuntos relacionados con la aprobación de balances, disolución, liquidación, estado de atraso o quie-

bra; designación de liquidador o liquidadores de INTESA, Informática, Negocios y Tecnología, S.A.; así como destitución, sustitución o designación de miembros de la Junta Directiva y en particular del Presidente de la Junta Directiva o su suplente personal; limitaciones de las facultades establecidas en los Estatutos Sociales de dicha sociedad mercantil, previstas para el Presidente de la Junta Directiva o su suplente personal y particularmente aquéllas contempladas en la Cláusula Vigésima Cuarta, Numeral (iii) de dicho documento estatutario.

Asimismo, en el referido fallo se dispuso la designación, por auto separado, de tres (3) administradores, quienes tendrían las facultades y obligaciones propias de los Directores Principales de la Junta Directiva de INTESA, Informática, Negocios y Tecnología, S.A., salvo aquéllas sobre las cuales recayó la cautelar otorgada.

En fecha 02 de agosto de 2006 se ordenó pasar el expediente a la Sala, en razón de encontrarse concluida la sustanciación.

Efectuada la remisión a que alude el auto anterior, el 09 de agosto de 2006 se designó Ponente al Magistrado Levis Ignacio Zerpa y se fijó el tercer día de despacho para comenzar la relación de la causa.

El 27 de septiembre de 2006 comenzó la relación de la causa y se fijó la oportunidad para que tuviera lugar el acto de informes, el cual fue diferido para el 14 de diciembre de 2006.

En la fecha pautada tuvo lugar el acto de informes, al cual compareció

el representante judicial de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A., quien consignó escrito de conclusiones.

El 07 de febrero de 2007 fue elegida la actual Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia, quedando conformada la Sala Político-Administrativa de la siguiente forma: Presidenta, Magistrada Evelyn Marrero Ortiz; Vicepresidenta,

Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero y Magistrados Levis Ignacio Zerpa, Hadel Mostafá Paolini y Emiro García Rosas.

El día 15 de febrero 2007, terminó la relación y se dijo “VISTOS”.

Por diligencia del 22 de junio de 2007, la apoderada judicial de la parte actora solicitó que se dictara sentencia definitiva en la presente causa.

## I

### FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

En su escrito de demanda, los apoderados de PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, PDV-IFT), expusieron que su representada, conjuntamente con la sociedad mercantil limitada por acciones SAIC (Bermuda) LTD, organizada bajo las leyes de las Islas de Bermuda, constituyeron la sociedad mercantil INTESA Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (en adelante, INTESA), cuyo documento constitutivo y estatutos sociales quedaron inscritos en el Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el 20 de diciembre de 1996, bajo el No. 9, tomo 82-A-Qto.

En cuanto a la participación accionaria, la cual se ha mantenido igual desde la constitución de INTESA, señalan que su mandante es accionista y titular de 400 acciones comunes clase “A”, equivalentes al 40% del total de acciones con derecho a voto, así como de 50 acciones preferidas clase “C”. Su otro accionista,

SAIC (Bermuda) LTD, es propietaria de 600 acciones comunes clase “B”, que equivalen al 60% del total de acciones con derecho a voto.

Explican que el 30 de diciembre de 1996, PDV-IFT celebró un convenio de asociación con Science Applications International Corporation (sociedad creada y organizada bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América), y con su subsidiaria, SAIC (Bermuda) LTD. Agregan que dicho acuerdo tenía por objeto “...establecer los acuerdos básicos, términos y condiciones, con respecto a la organización y manejo de INTESA...”.

Aluden a la cláusula 15.5 del convenio descrito según la cual cualquier disposición del mismo que resultara incongruente con el documento constitutivo-estatutario de INTESA debía prevalecer entre las partes.

Asimismo, indican que los estatutos sociales de INTESA establecen en su cláusula décima quinta el régimen de votación requerido para

la toma de decisiones en las Asambleas de Accionistas, el cual es incongruente con lo previsto al respecto en la cláusula 9.1(c) del convenio de asociación. Esta cláusula, en su decir, “...requiere necesariamente del voto favorable de mi representada, quien es la titular de las acciones Clase “A”, para la toma de decisiones relacionadas con la aprobación de Balances y Estados Financieros, disolución, la subsiguiente designación del liquidador y la consiguiente liquidación”.

De igual modo, señalan que la cláusula vigésima tercera, en su literal c, del documento constitutivo estatutario de INTESA establece nuevamente un régimen de votación que en su criterio es inconsistente con lo previsto en la cláusula 9.2 (f) del convenio de asociación. En este sentido, explican que la última de las normas establece el requerimiento del voto afirmativo de por lo menos un Director designado por PDV-IFT, titular de las acciones clase “A” de INTESA, para la toma de decisiones de las reuniones de Junta Directiva, en lo atinente a la recomendación de aprobación de balances a ser sometidos a la Asamblea de Accionistas para su decisión.

Exponen que en diversas reuniones su mandante ha intentado llegar a un acuerdo con SAIC (Bermuda) LTD, para la aprobación de los balances de INTESA, así como para su disolución amigable y, en consecuencia, para la designación de su liquidador. Sin embargo, hasta la fecha en que fue interpuesta la demanda,

no había sido posible lograr estos acuerdos, “...los cuales conforme a las disposiciones establecidas en EL CONVENIO DE ASOCIACIÓN, requieren necesariamente, que concurran la manifestación de voluntad de los dos únicos accionistas de INTESA, mi representada y SAIC Bermuda”.

Añaden los representantes judiciales de PDV-IFT que INTESA ha tratado de reunir sus órganos sociales (junta directiva y asamblea de accionistas) en varias oportunidades, con la finalidad de tratar la aprobación de los balances al cierre del ejercicio económico del 31 de diciembre de 2002, y la disolución y liquidación de la referida sociedad mercantil, resultando infructuoso el acuerdo de voluntades.

Adicionalmente, explican, el ciudadano Juan Lodeiro, Comisario de INTESA, convocó al Presidente y demás miembros de la Junta Directiva a una reunión que tendría lugar en su sede, el día 18 de julio de 2003, a los efectos de tratar con los socios la situación de los estados financieros y balance al 31 de diciembre de 2002, así como la conveniencia de contratar una auditoría externa para el período que va desde el 01 de enero de 2003 hasta el 30 de junio de 2003.

Aclaran que a dicha reunión no asistieron los Directores designados por las acciones clase “B” de SAIC (Bermuda) LTD, levantándose acta que fue firmada por los Directores que representan las acciones clase “A” y el Comisario y en la que se hizo constar la imposibilidad de lograr los acuerdos relativos a la aprobación del

balance al 31 de diciembre de 2002 y de la disolución de INTESA.

Hacen una relación de las convocatorias a reuniones (realizadas por correspondencia electrónica) durante el 2003, y en tal sentido indican que se realizaron tres, a saber, el 17 y 31 de marzo, y el 24 de abril, sin que se haya logrado el porcentaje de la votación requerida.

Asimismo, señalan que se intentó reunir (a través de convocatorias, también por correo electrónico) a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas en dos oportunidades durante ese mismo año (2003), los días 31 de marzo y 12 de mayo, sin que se lograra la votación necesaria para adoptar los acuerdos que expresaran la voluntad social.

Destacan *“...la posición de abierta discrepancia entre los socios sobre materias o aspectos esenciales, muestran claramente la pérdida del ‘animus societatis’ o ‘affectio societatis’ que no es otra cosa que la voluntad, al menos implícitamente, de todos los socios de permanecer juntos, contribuir y colaborar en la obtención de un objetivo común, lo cual ha traído como consecuencia, una paralización de los órganos sociales de INTESA. Al no existir el voto de la mayoría necesaria para adoptar acuerdos, ha quedado INTESA privada de voluntad social...”*.

Arguyen que el Presidente Ejecutivo de esa sociedad mercantil renunció en mayo de 2003, sin que hasta la fecha se haya designado a quien deba reemplazarlo.

De igual forma, indican que del ejercicio económico del 2002 no han podido aprobarse los balances y estados financieros de INTESA, y mucho menos los del 2003, *“...lo cual no permite conocer con exactitud y precisión la situación patrimonial de INTESA, imposibilitando la toma de decisiones para conseguir el cumplimiento del objeto social”*.

Expresan que se ha incurrido en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 283 del Código de Comercio, que obliga a levantar el acta de las asambleas de accionistas, pues los desacuerdos existentes entre las dos accionistas de la sociedad cuya disolución solicitan, han llegado al punto de *“...que no haya sido posible ni siquiera la firma y levantamiento del acta correspondiente a cada una de dichas reuniones [de Junta Directiva y Asamblea de Accionistas]”*. En el mismo sentido, señalan, la Cláusula Vigésima Primera (c) del documento constitutivo y estatutos sociales de INTESA, establece la obligación de levantar el acta de reuniones de la Junta Directiva, su firma por todos los asistentes y su registro en el Libro de Actas de la Junta Directiva.

Alegan que la constitución de INTESA tenía por objeto proveer servicios de información tecnológica a PDVSA y sus filiales; aseveran que sin embargo, el contrato para la prestación de tales servicios ha llegado a su término.

Asimismo, los apoderados de PDV-IFT exponen que la situación de desencuentro entre los socios e inmovilidad de la referida empresa ha

determinado la paralización, desde febrero de 2003, de sus órganos sociales, situación que permite la aplicación del artículo 340, ordinal 2°, del Código de Comercio, relativo a la disolución de las compañías de comercio “*Por la falta o cesación del objeto de la sociedad o por la imposibilidad de conseguirlo*”.

Con base en los anteriores argumentos, demandan en nombre de su representada, a INTESA y a SAIC (Bermuda) LTD, “*...para que convengan o a ello sean condenados por esta Honorable Sala, en declarar disuelta a INTESA y en consecuencia se provea a su liqui-*

*dación por ella misma, conforme a lo pautado en el Código de Comercio, los Estatutos Sociales y EL CONVENIO DE ASOCIACIÓN*”.

También solicitan, en virtud de la imposibilidad de llegar a algún acuerdo con su socia, SAIC (Bermuda) LTD, que una vez declarada su disolución, se proceda a designar a un liquidador para INTESA.

Finalmente, a los fines de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, estiman la demanda en la cantidad de ochenta millardos de bolívares (Bs. 80.000.000.000,00).

## II

### DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

En fecha 12 de julio de 2005, el defensor de INTESA y de SAIC (Bermuda) LTD dio contestación a la demanda.

En su escrito, el referido profesional del derecho negó, rechazó y contradijo la demanda intentada por PDV-IFT.

Alega, en defensa de sus representadas, que no es cierto que exista pérdida del denominado “*affectio societatis*” entre los socios de INTESA, “*...toda vez que, en nuestra normativa mercantil, no existen disposiciones que indiquen que por imposibilidad de reunir a la junta directiva, a la asamblea de accionistas, o por imposibilidad de tomar decisiones de la sociedad*

*mercantil referentes a su administración o conformación de órganos que la integren (...) se pueda inferir que existe pérdida del objeto social. Y menos aún por el hecho de la no renovación de un contrato de servicios firmado por la sociedad.*”

Explica que el hecho de que el contrato celebrado entre INTESA y PDVSA haya sido la única fuente de ingresos de la primera, y la pérdida de su fuente de ingresos por la falta de renovación del mismo, no implica la pérdida de la voluntad común de los socios, la cual se ve exteriorizada en el documento constitutivo de INTESA.

De allí, solicita que la demanda incoada sea declarada sin lugar.

### III DE LAS PRUEBAS

1. La parte actora consignó, junto con su escrito de demanda, los documentos (en copia simple excepto cuando se indique lo contrario) que a continuación se indican:

1.1. Documento constitutivo y estatutos sociales de INTESA, aportado en copia certificada.

1.2. Documento privado (en idioma inglés), intitulado “*Joint Venture Agreement. Dated as of December 30, 1996. Among PDV-IFT S.A. and SCIENCE APPLICATIONS INTERNATIONAL CORPORATION and SAIC (BERMUDA) LTD*”.

A esta probanza se acompañó otro documento de naturaleza privada suscrito el 20 de febrero de 2001 por representantes de PDV-IFT, Science Applications International Corporation y SAIC (Bermuda) LTD, por el cual acordaron que “...la versión en el idioma español del ‘*Contrato*’ y de las *Enmiendas 1 y 1.1 del ‘Contrato*’, que se adjuntan a este documento debidamente inicializadas por las partes, constituyen las versiones que regirán, prevalecerán y gobernarán las relaciones entre ellas”.

Asimismo, se anexó el convenio intitulado “*ACUERDO DE ASOCIACIÓN. De fecha 30 de diciembre de 1996. Entre PDV-IFT S.A. Y SCIENCE APPLICATIONS INTERNATIONAL CORPORATION Y SAIC (BERMUDA) LTD*”; versión traducida al español del instrumento consignado en idioma extranjero.

1.3. Comunicación de fecha 13 de febrero de 2001, emanada del ciudadano Víctor Hugo Polo S. en su carácter de Secretario de Petróleos de Venezuela, S.A., mediante la cual éste informa al Gerente General de PDV-IFT que “...el *Comité Ejecutivo en su reunión celebrada el día 08/02/2001 (...), acordó autorizar a Eduardo Praselj para que en nombre de PDVSA firme la versión en español del Contrato de Servicio suscrito con la empresa INTESA y de la garantía emitida por PDVSA que forma parte del Acuerdo de Asociación celebrado con la empresa SAIC. Igualmente autorizó a Oswaldo Contreras Maza y a Luis Pacheco, Presidente y Vicepresidente, respectivamente de PDV-IFT, para la firma de la versión en español del referido Acuerdo de Asociación entre PDV-IFT y SAIC*”.

1.4. Documentos escritos en idioma inglés, intitulado “*SPECIAL POWER OF ATTORNEY*” y “*OFFICER’S CERTIFICATE*”.

De la revisión de las actas procesales se deja constancia que el contenido de estas pruebas documentales no fue traducido al idioma castellano.

1.5. Cuatro mensajes electrónicos, relacionados con distintas convocatorias a reuniones de Junta Directiva, así como de asambleas de accionistas de INTESA.

1.6. Inspección practicada el 18 de julio de 2003 por la Notaría

Pública Séptima del Municipio Chacao, Estado Miranda, a los fines de dar fe pública de los actos, hechos y declaraciones sucedidos con motivo de la reunión que fue convocada por el ciudadano Raúl Rodríguez, en su carácter de Comisario de INTESA.

De esta prueba se consignó copia certificada.

**1.7.** Acta suscrita el 18 de julio de 2003 por los ciudadanos Raúl Rodríguez, Roger Soler y Juan Ramón Lodeiro, en su condición de Comisario de INTESA el primero, y Directores de la misma sociedad, los segundos; la cual se levantó con ocasión de la reunión convocada para ese día.

**2.** De otra parte, los apoderados de la parte actora promovieron en la oportunidad correspondiente, además de algunas de las probanzas antes enunciadas (por encontrarse insertas en el expediente), las que se indican de seguidas, consignadas en copias simples, salvo cuando se exprese lo contrario:

**2.1.** Decisión dictada por la Sala Constitucional el día 06 de mayo de 2004, en el expediente No. 03-1295, con motivo de la acción de amparo y hábeas data ejercida por Petróleos de Venezuela, S.A. contra INTESA.

**2.2.** Inspección judicial *extra litem* solicitada por el representante judicial suplente de INTESA a los fines de dejar constancia, entre otros aspectos, del estado de las oficinas de dicha sociedad mercantil, su mobiliario, vehículos, así como documentos que encontraban en su sede.

Esta prueba fue practicada el día 08 de marzo de 2004 por el Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**2.3.** Actuaciones relativas a la solicitud de quiebra presentada en fecha 22 de septiembre de 2003, por la sociedad mercantil Sunrise Worldwide Corp, constituida en la República de Panamá y ejercida contra INTESA.

Se acompañó auto de fecha 13 de octubre de 2003, dictado por el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, ante el cual se interpuso la solicitud, declarándola inadmisibile.

De igual forma, consta entre las actuaciones apelación ejercida contra la providencia antes descrita, así como pronunciamiento de fecha 11 de noviembre de 2003 emanado del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (al cual correspondió la competencia para conocer del recurso interpuesto), el cual declaró homologado el desistimiento ejercido por Sunrise Worldwide Corp.

**2.4.** Comunicación de fecha 09 de marzo de 2004, dirigida por el ciudadano Álvaro Martín a la Junta Directiva de INTESA, por medio de la cual éste le remitió las resultas de la inspección judicial *extra litem* evacuada el 08 de marzo de 2004, que se describió en el punto 2.2.

**2.5.** Expediente mercantil de INTESA

**2.6.** Prueba de testigos a ser practicada a los ciudadanos Roger Soler, Raúl Ramón Rodríguez Arroyo, Juan Ramón Lodeiro Gómez, Alejandro Dembo Najman, María Carolina Galli Llobet, Álvaro Martín, Esther Muñoz, Ricardo García, Carolina Arocha de García, Alejandro Ferrero Horst y Jorge Baralt.

El 31 de marzo de 2006 la representación de la actora desistió de la evacuación de las testimoniales de María Carolina Galli Llobet, Álvaro Martín, Ricardo García, Carlona Arocha de García y Alejandro Ferrero Horst.

En fechas 17 y 18 de abril de 2006, rindieron declaración los ciudadanos Roger Víctor Soler Anierte y Juan Ramón Lodeiro Gómez, respectivamente.

**2.7.** Prueba de informes, promovida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, dirigida al Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a los fines de que señale determinados aspectos relacionados con la inspección extrajudicial descrita en el punto 2.2.

Se deja constancia que el referido tribunal remitió oficio No. 0086 de fecha 09 de marzo de 2006, por el cual suministró los datos que le fueron requeridos.

**2.8.** Prueba de informes dirigida a la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Capital y a la Intendencia Nacional de Tributos Internos del Servicio Nacional

Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, para que dejen constancia de la fecha de las últimas tres declaraciones y pagos de impuesto sobre la renta, así como la última fecha de declaración y pago del impuesto al valor agregado, efectuados por INTESA.

Mediante oficio No. GR/DRCC/DCR-2-56618/2006/000368 de fecha 03 de febrero de 2006, la Gerente de Recaudación del referido ente, informó sobre lo pedido. Asimismo, el Gerente Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital remitió la documentación pertinente, por oficio No. GCE-DT-2006-716 del 14 de marzo de 2006.

**2.9.** Prueba de informes dirigida a las siguientes entidades bancarias:

**2.9.1.** Banco Mercantil, Banco Universal, C.A., a los efectos de que señale a la Sala “...si tiene registrado como cliente a la empresa mercantil: *Informática, Negocios y Tecnológica, S.A. [INTESA]* y si bajo esa denominación comercial ustedes tienen abierta una Cuenta Corriente No. 1034-24614-3. En caso afirmativo, informar sobre nombre, apellido y cédula de las personas que están autorizadas para girar fondos contra esa cuenta corriente; domicilio donde es dejada la correspondencia y si con posterioridad al 09 de marzo de 2004, alguno de los autorizados para movilizar fondos de la cuenta corriente realizó algún débito, indicando al efecto, su identificación y carácter. En caso negativo, informar fecha de

*cierre e identificar quien o quienes actuaron en nombre de INTESA”.*

**2.9.2.** Banco Provincial, Banca Universal, S.A., para que señale a la Sala “...si tiene registrado como cliente a la empresa mercantil: *Informática, Negocios y Tecnología, S.A. [INTESA]* y si bajo esa denominación comercial ustedes tienen abierta unas Cuentas Corrientes Nos. 0108-0037-42-0100009481 y 01080231-42-01000044613. En caso afirmativo, informar sobre el nombre, apellido y cédula de las personas que están autorizadas para girar fondos contra esa cuenta corriente; domicilio donde es dejada la correspondencia y si con posterioridad al 08 de marzo de 2004, alguno de los autorizados para movilizar fondos de la cuenta corriente realizó algún débito, indicando al efecto, su identificación y carácter. En caso negativo, informar fecha de cierre e identificar quien o quienes actuaron en nombre de INTESA”.

**2.9.3.** Citibank, para que suministre información solicitada en el punto anterior, tomando en cuenta que las cuentas corrientes sobre las cuales recaen las interrogantes, son las distinguidas con los números 111788025 y 1117888017.

De la revisión efectuada al expediente, se evidencia que mediante comunicaciones de fechas 23 y 25 de enero de 2006, así como 06 de abril del mismo año, el Banco Mercantil, C.A. Banco Universal, el Banco Provincial S.A. Banco Universal y el Citibank, N.A., Venezuela, respectiva-

mente, remitieron la información solicitada.

**2.10.** Prueba de informes dirigida a la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV), a los fines de que indique “(i) Si tiene identificado como cliente a la Empresa INTESA, S.A. (ii) Si INTESA, S.A. tenía asignado en número telefónico (MASTER) 900-9000-901703. (iii) Indicar si, el número (MASTER 900-9000-901703, está o estuvo domiciliado en la siguiente dirección: Av. El Bosque, Torre Credicard, Piso 10, Chacaito, Caracas, D.C. y si ese lugar se identificaba o señalaba con su sede o domicilio principal. (iv) Si el número telefónico (Master) 900-9000-901703 fue desconectado. En caso afirmativo, indicar el momento y fecha de suspensión del servicio telefónico”.

Se deja constancia que la sociedad mercantil cuya colaboración se requirió para la evacuación de esta prueba, remitió oficio No. 1594 del 20 de diciembre de 2005, dando respuesta a lo solicitado.

**2.11.** Inspección judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de que se deje constancia de los siguientes hechos: “(i): Si en el pasillo del piso 10 de la Torre Credicard, existen algunas puertas de acceso a Oficinas o Unidades Independientes. (ii) Si existe algún letrero, aviso o cartel que indique el nombre, la razón social o denominación de alguna persona. (iii) Si puede accederse a la parte interna de la o las oficinas

*o unidades independientes, ubicada en el piso 10 de la Torre Credicar d. En caso afirmativo: dejar constancia de la persona o personas que atendieron al Tribunal, indicando nombre, apellido, su condición o carácter y en caso negativo: dejar constancia del por qué no puede accederse, detallando al efecto, la causa apreciada por los sentidos. (iv) Cualquier otro hecho o acontecimiento importante o significativo que las partes requieran se deje constancia en la inspección judicial”*

La prueba aquí mencionada, fue evacuada el día 17 de marzo de 2006 por el Tribunal Duodécimo de Muni-

cipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

3. Por su parte, el abogado Álvaro Prada, ya identificado, actuando en representación de las sociedades codemandadas, presentó en la oportunidad legal prevista para ello, escrito de promoción de pruebas en el cual expuso que por cuanto no había podido hacer contacto con sus defendidas, invocaba el principio de comunidad de la prueba, por lo que reproducía el mérito probatorio que se derivara de los autos en cuanto le favoreciera a INTESA y a SAIC (Bermuda) LTD. En este sentido, señaló que “...*Las pruebas que promuevo tienen por objeto la negación genérica de los hechos contenidos en la demanda*”.

#### IV

#### DE LA COMPETENCIA DE ESTA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

En fecha 20 de mayo de 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.942 de la misma fecha, la cual estableció, en su artículo 5, un nuevo régimen de competencias, que incide en el funcionamiento de esta Sala en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

Ahora bien, los artículos 2 y 26 de nuestra Carta Magna consagran derechos y principios que resguardan los valores que deben imperar en la sociedad, como es el reconocimiento del Estado de Derecho y de Justicia, dentro del cual debe proveerse a los mecanismos necesarios para

garantizar en el proceso una justicia expedita y sin reposiciones inútiles, todo lo cual conduce a esta Sala a analizar, previamente, su competencia para seguir conociendo del presente caso.

Así, con fundamento en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, el cual prevé que “*La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa*”, aplicable por mandato del artículo 19 de la ley que rige a este Máximo Tribunal, la competencia se

determina de acuerdo a la situación de hecho existente para el momento en que es presentada la demanda, pudiendo ser modificada sólo por disposición de ley.

Al respecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, como ya se indicó, modificó la competencia que había sido atribuida a esta Sala, pero no estableció ninguna norma por cuyo imperio se desprendiera del conocimiento de aquellas causas que se encontraban en curso.

Por tal razón, esta Sala confirma su competencia para conocer del presente caso, por cuanto la tenía atribuida al momento en que fue ejercida la acción; todo ello en resguardo del derecho a la defensa, a la celeridad procesal y a la tutela judicial efectiva que deben imperar en el proceso judicial venezolano, dando así cumplimiento a los mencionados artículos 2 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

## V

### PUNTOS PREVIOS

Atendiendo a la necesidad de facilitar la comprensión del fallo, esta Sala estima pertinente tratar, con carácter previo, la valoración de algunas probanzas producidas en la presente causa; ello, sin perjuicio de lo que resulte del estudio que deba hacerse de otras pruebas para dar solución al asunto que se ha sometido a la consideración de la Sala. En este sentido, se observa:

1. La representación de PDV-IFT acompañó al libelo de la demanda, inspección judicial *extra litem* (consignada en copia simple) que fue solicitada por ante el Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas por el representante judicial suplente de INTESA (llevada en el expediente No. 041755, nomenclatura de ese tribunal), para que se constituyera en la sede de dicha sociedad mercantil y

dejara constancia de determinados hechos descritos por el peticionario.

Asimismo, en la oportunidad legal prevista para ello, los apoderados de la actora promovieron prueba de informes, a los fines de que ese tribunal, al cual correspondió evacuar la prueba solicitada, diera cuenta de los siguientes aspectos:

*“I. Si en fecha 08/03/2004, se le dio carátula y número de orden 04-1755 a la solicitud de inspección judicial (extrajudicial) requerida por el ciudadano: Álvaro MARTÍN SANTIAGO.*

*II. Si en fecha 08/03/2004, se le dio entrada y en fechas 08 y 09 de marzo de 2004, el Tribunal se constituyó en la dirección indicada en la solicitud de inspección extrajudicial, con el fin de practicarla.*

**III.** Si el Tribunal conforme al particular DÉCIMO QUINTO de la inspección extrajudicial, recibió de manos del ciudadano: Alvaro MARTÍN SANTIAGO, lo siguiente: **(i)** Un sobre contentivo de todas las combinaciones de las cajas fuertes existentes en el inmueble inspeccionado; **(ii)** el procedimiento para activar el sistema SAP; **(iii)** los procedimientos de activación y desactivación de las alarmas; **(iv)** la única tarjeta maestro de acceso a todas las oficinas que conforman el inmueble inspeccionado [sede de INTESA]; **(v)** las llaves de la puerta principal del inmueble [oficina piso 10]; y **(vi)** las llaves que abren el candado al que se hace mención en el particular NOVENO de la inspección extrajudicial.

**IV.** Si a la fecha de recibo de la presente prueba de informes, existe constancia en el Libro Diario, en expediente autónomo o en la solicitud de inspección extrajudicial, del requerimiento de alguna persona natural o jurídica de carácter público o privado que haya pedido la entrega de los documentos y objetos [cosas], entregadas al Tribunal por el ciudadano Alvaro MARTÍN SANTIAGO. En caso positivo, comunicar quién o quiénes realizaron el acto y acompañar copia

*debidamente certificada de dichas actuaciones extrajudiciales. En caso negativo, confirmar o certificar el hecho que, a la fecha todavía el Tribunal es depositario de los documentos y cosas propiedad de INTESA, S.A.*” (Destacado del texto).

Así, el tribunal requerido respondió ampliamente a lo pedido mediante oficio de fecha 09 de marzo de 2006, al cual adjuntó copia certificada de las actuaciones realizadas a tal efecto.

Pues bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala que las inspecciones *extra litem* tienen valor de indicio, ello por cuanto la parte contra quien se produce en juicio no participó en su evacuación, lo que implica que no pudo ejercer el control de la prueba. En estos casos, considerar de un modo más favorable la eficacia de esta inspección atentaría contra el derecho a la defensa de INTESA y de SAIC (Bermuda) LTD.

Sin embargo, en razón de que ésta fue incorporada al procedimiento por PDV-IFT y no por la parte que originalmente impulsó su realización, tal actuación configura, para la Sala, un reconocimiento tácito de la prueba por la demandante, contra quien ella podía hacerse valer.

Por otro lado, al solicitarse al órgano jurisdiccional información sobre la inspección realizada, se dio a la parte contraria, es decir, a INTESA, la posibilidad de controlar la prueba objetándola para que no surtiera sus efectos en la presente causa. Pero al no constar actuación alguna del

defensor de las codemandadas, que se dirigiera a atacar la eficacia probatoria de la prueba de informes, y tomando en cuenta que PDV-IFT está conteste con el contenido del acta levantada con ocasión de la inspección, esta Sala le otorga plenos efectos a los informes en lo que se refiere a las actuaciones contenidas en el expediente No. 041755, así como a la propia inspección realizada.

Adicionalmente, el mismo tribunal informó sobre otra inspección judicial *extra litem* llevada a cabo el día 15 de marzo de 2004, cuyas resultas se agregaron al expediente No. 041758 (nomenclatura de ese despacho).

Visto que esta última no fue promovida por la parte actora en la oportunidad correspondiente, no obstante la mención que de ella hizo el tribunal que procedió a su evacuación, a juicio de esta Sala debe negarse valor probatorio tanto a la señalada inspección como a lo expuesto por el tribunal remitente en la prueba de informes al respecto.

2. Por lo que respecta a la inspección notarial solicitada por el representante legal de INTESA con anterioridad al inicio de esta causa, es preciso señalar que su valoración, en principio, se hace con los mismos criterios que las inspecciones *extra litem* efectuadas por los jueces. En otras palabras, con base en el criterio que ha venido sosteniendo esta Sala sobre las referidas pruebas, al no contar la inspección notarial, con la presencia de representantes de PDV-IFT, ésta debería tener valor de indicio.

Sin embargo, como se explicó en el punto anterior, la circunstancia de ser la demandada la parte que incorporó estas actuaciones al expediente, a la cual resultaba en definitiva oponible la inspección, debe ser considerada como un reconocimiento que subsana su ausencia durante la evacuación de la prueba.

De esta manera, sin perjuicio de las observaciones que habrá que hacer a su contenido en la motivación del presente fallo, y tomando en cuenta lo antes dicho, aunado al hecho de que la parte demandada nada expuso a los fines de desvirtuar la inspección notarial promovida, a juicio de la Sala ésta debe desplegar toda su eficacia probatoria.

3. Cursa al folio 479 de la primera pieza del expediente, copia simple de comunicación de fecha 09 de marzo de 2004, emanada del ciudadano Álvaro Martín S. y dirigida a la Junta Directiva de INTESA. En ella se indicó que se anexaban las resultas de la inspección practicada por el Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, "*las cuales se explican por sí solas*".

Adicionalmente, el referido documento privado muestra, en copia simple, el sello del Centro Corporativo de Petróleos de Venezuela, con fecha 15 de marzo de 2004 en señal de haber sido recibido.

Dicho esto, se observa que por emanar la prueba del ciudadano Álvaro Martín S., quien es un tercero ajeno al juicio, éste debió ser llamado a la causa para que la ratificara por

vía testimonial, a tenor de lo establecido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

Tal omisión lleva a la Sala a desechar el instrumento en cuestión del análisis que corresponda hacer sobre el mérito del asunto debatido.

4. De otra parte, se encuentra inserto a los folios 480 al 533 de la primera pieza del expediente, documento escrito en idioma inglés que, según la parte demandante, constituye un convenio de asociación entre PDV-IFT, Science Applications International Corporation y SAIC (Bermuda) LTD, con el objeto de “...establecer los acuerdos básicos, términos y condiciones, con respecto a la organización y manejo de INTESA...”.

Asimismo, se constata de los autos (folios 233 al 311 de la tercera pieza del expediente) que el documento descrito fue traducido al idioma castellano por la ciudadana Rosa Beracha, intérprete público designado por el Juzgado de Sustanciación.

Ahora bien, tratándose de un documento privado que fue celebrado por la demandante, la codemandada SAIC (Bermuda) LTD y un tercero ajeno al juicio, del cual la última es su subsidiaria, es preciso señalar que sólo por lo que concierne a SAIC (Bermuda) LTD, el instrumento comentado debe valorarse conforme a lo dispuesto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, y por ello, el silencio de esta parte tiene por consecuencia el que se entienda reconocido el acuerdo celebrado.

Lo expuesto significa que para el análisis que habrá de hacerse para resolver la controversia planteada, únicamente se tendrán en cuenta los efectos que el referido acuerdo tiene entre PDV-IFT y SAIC (Bermuda) LTD; no pudiendo ser éstos extensibles a la sociedad Science Applications International Corporation, por ser un tercero ajeno al presente juicio que no fue llamado para ratificar, por vía testimonial el documento; ello no obstante que entre ella y SAIC (Bermuda) LTD subyace un vínculo que deriva del hecho de que la última es subsidiaria de la primera.

5. A los folios 2 al 372 de la cuarta pieza del expediente, cursa copia certificada del expediente mercantil de INTESA, expedida por el Registro Mercantil V de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Tales actas mercantiles deben desplegar en esta causa pleno valor probatorio, en virtud de haber sido otorgados con las solemnidades de ley, por ante una autoridad legalmente facultada para darles fe pública, y además, porque no medió ningún acto de la representación de INTESA y SAIC (Bermuda) LTD, tendente a destruir su fehaciencia.

6. La parte actora promovió cinco mensajes remitidos por correo electrónico, a saber:

6.1. Mensajes de fechas 12 y 27 de marzo de 2003, emanados de “FERRERO, HORST ALEJANDRO” y dirigidos a Oswaldo Contreras, en el cual se especifican los puntos a tratar

en reuniones de Junta Directiva de INTESA (entre los cuales destacan la disolución amigable de dicha sociedad mercantil y el seguimiento a la preparación de su estado de atraso), a realizarse los días 17 y 31 de marzo de 2003, respectivamente.

**6.2.** Mensaje emitido el 09 de abril de 2003 por “*FERRERO, HORST ALEJANDRO*”, a la dirección electrónica *jbaralt@supercable.net.ve*, mediante el cual se realizó la convocatoria para una reunión extraordinaria de Junta Directiva de INTESA, para tratar asuntos como la aprobación del balance general de la sociedad al 31 de marzo de 2003 y adopción de las acciones necesarias de la Junta Directiva de conformidad con la normativa que rige su funcionamiento, así como “*...resolver la renuncia presentada por el Chief of Staff de la compañía y la designación de un Comité Ejecutivo*”.

Se añade en la comunicación que “*En vista de la urgencia de estos asuntos, solicitamos que se obvие el requisito de convocatoria previa con 15 días de anticipación contenido en la cláusula 21(b) de los estatutos de la Compañía, a fin de celebrar la reunión el 14 de Abril de 2002 a las 2PM Eastern mediante teleconferencia. De no obviarse el requisito de convocatoria previa la reunión tendrá lugar el 24 de abril de 2003 a las “.00 PM, hora Eastern mediante teleconferencia*”.

Cabe advertir que al pie del mensaje se lee “*Paul Levi. Director Principal*”.

**6.3.** Mensaje de fecha 27 de marzo de 2003, emitido por “*FERRERO, HORST ALEJANDRO*” a Jorge Baralt, por el cual alude a la Asamblea Anual Ordinaria de Accionistas de INTESA a ser realizada el 31 de marzo de 2003, para tratar la aprobación de los estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2002, con vistas al informe del comisario, la designación de los comisarios principal y suplente para el año fiscal 2003 y el “*Reporte sobre Estado de Atraso*”.

**6.4.** Mensaje del 25 de abril de 2003 transmitido por “*FERRERO, HORST ALEJANDRO*” a Jorge Baralt, con el fin de referir los puntos a tratar en Asamblea Extraordinaria de Accionistas de INTESA de fecha 12 de mayo de 2003, en la cual se aprecian como aspectos a discutir la aprobación de sus estados financieros al 31 de marzo de 2003 y la aplicación de las acciones pertinentes conforme a sus estatutos sociales y el Código de Comercio venezolano, así como “*Considerar y resolver acerca del futuro de la Gerencia de INTESA en vista de la situación actual de la compañía, de la destitución del CEO y la renuncia del COS*” (sic).

Ahora bien, la valoración de los mensajes de datos, entendidos estos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001) y por el Código de Procedi-

miento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4. Dicho dispositivo establece:

*“Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.”*

En concordancia con la previsión anterior, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria:

*“Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez”.*

De acuerdo a los dispositivos transcritos se colige que tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos.

Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

Dicho esto, y volviendo al caso de autos, observa la Sala que el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas, es el que debe darse a las pruebas documentales. En este sentido, se aprecia que los referidos mensajes de datos fueron enviados por “*FERRERO, HORST ALEJANDRO*” a los ciudadanos Oswaldo Contreras y Jorge Baralt; además, cuentan con un logo de INTESA que deviene en firma electrónica, entendida en los términos expresados en su artículo 2:

*“Artículo 2º: A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:  
(...) Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado ...*

(omissis)". (Destacado del propio texto).

Para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como "*Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica*".

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

No obstante lo dicho, estima la Sala que en razón de que la falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, lo procedente, en aplicación de los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido.

Así, se observa que tanto el emisor como el destinatario ("*FERRERO, HORST ALEJANDRO*") en el primer

caso, y los ciudadanos Oswaldo Contreras y Jorge Baralt, en el segundo) resultan ser terceros ajenos al juicio que ha dado lugar a este fallo, ambos debieron ratificarlos por vía testimonial a tenor de lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

Así, la ausencia de ratificación de las impresiones de los mensajes de datos tiene por consecuencia el que esta Sala desestime las referidas probanzas en el presente juicio.

7. Asimismo, a los fines de probar que INTESA ha paralizado su actividad comercial, la parte actora promovió prueba de informes dirigida: **a.-** Al Banco Mercantil, Banco Universal, C.A.; **b.-** Al Banco Provincial Banco Universal, S.A.; **c.-** Al Citibank, N.A., Venezuela; **d.-** A la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV); **e.-** Al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, específicamente, a la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Capital y la Intendencia Nacional de Tributos Internos.

Ahora bien, visto que los entes antes mencionados remitieron a este Alto Tribunal la información que les fue requerida, la Sala les otorga eficacia probatoria sin perjuicio del análisis que corresponda hacer más adelante al contenido de cada una de las comunicaciones mediante las cuales respondieron a lo solicitado.

## VI MOTIVACIONES PARA DECIDIR

La controversia que en esta oportunidad toca a la Sala estudiar, se contrae a determinar la procedencia o no de la disolución de INTESA, para lo cual deberá verificarse si está dado, en el caso de autos, el supuesto de hecho alegado por la representación de PDV-IFT, contenido en el ordinal 2° del artículo 340 del Código de Comercio, relativo a la disolución de las compañías de comercio en virtud de la falta o cesación de su objeto, o por resultar imposible conseguirlo.

Por otro lado, en la contestación de la demanda el defensor de las codemandadas INTESA y SAIC (Bermuda) LTD negó y contradujo, en forma genérica, tanto los hechos como el derecho alegados por la actora, limitándose a plantear brevemente que no se ha producido en este caso la pérdida del denominado *affectio societatis* entre los socios de INTESA. Así, dada la inexistencia de afirmaciones que en ambos escritos denoten acuerdo entre las partes en relación con algún aspecto del asunto debatido, pasa la Sala a decidir conforme a lo expuesto por ellas, así como a los elementos probatorios cursantes en autos. En este sentido se observa:

1. Fueron agregadas a la segunda pieza del expediente, las actas concernientes a la actividad comercial de INTESA que se encuentran inscritas en el Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda.

Entre ellas figura el documento constitutivo estatutario de la mencionada sociedad, cuyo objeto es, según la segunda cláusula, “...suministrar servicios de tecnología de información, así como servicios y actividades relacionadas o conexas, en Venezuela y fuera de ella, realizar cualquier otra actividad requerida a los fines de cumplir su objeto social y, en general, realizar cualquier otro tipo de actos o actividades lícitas, dentro o fuera de Venezuela, según lo determine la Junta Directiva como necesarias o adecuadas para cumplir o facilitar su objetivo”.

Asimismo, su cláusula cuarta, relativa al capital social y composición accionaria de INTESA, fue modificada en Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 27 de enero de 1998 e inscrita en la oficina de registro ya indicada en fecha 02 de junio de 1998 bajo el No. 72, tomo 218-A-Qto. Esta previsión se encuentra redactada en los siguientes términos:

“CUARTA: (1) El capital de la Compañía es de UN MILLÓN CINCUENTA MIL BOLÍVARES (Bs. 1.050.000,00), dividido de la siguiente manera:  
(a) Cuatrocientas (400) Acciones Clase A, comunes y nominales no convertibles al portador, con un valor nominal de un mil Bolívars (Bs. 1.000) cada una, totalmente suscrito y pagado por

*PDV-IFT en efectivo y en moneda de curso legal, y*

*(b) Seiscientas (600) Acciones de Clase B, comunes y nominales no convertibles al portador, con un valor nominal de un mil Bolívars (Bs. 1.000) cada una totalmente suscrito y pagado por SAIC BERMUDA en efectivo y en moneda de curso legal.*

*(b) Cada Acción Clase A será convertida automáticamente en una Acción Clase B (i) en el momento de ser transferida a cualquier persona distinta a PDV-IFT o a alguna de sus filiales, o (ii) en el momento en que las acciones Clase A (antes de la conversión contemplada en esta sub-cláusula), constituyan menos del veinte por ciento (20%) del total del capital en acciones de la Compañía. Las Acciones Clase A solamente serán emitidas a PDV-IFT o sus Afiliadas y*

*c) Cincuenta (50) acciones nominativas preferidas clase C sin voto, con un valor nominal de Un Mil Bolívars (Bs. 1.000,00) cada una, las cuales fueron íntegramente suscritas y pagadas por PDV-IFT con los derechos y características que se enumeran a continuación:*

*(...)*

*2. Todas las Acciones de la Compañía, a menos que se especifique lo contrario en este Documento Constitutivo-Estatutario, confieren igualdad de derechos a sus tenedores, y cada Acción común Clase A y Clase B representará un voto en la Asamblea de Accionistas, Ordinaria o Extraordinaria. ... (omissis)".*

Se evidencia entonces que los contratantes, PDV-IFT y SAIC (Bermuda) LTD, establecieron la distinción de las acciones con derecho a voto en Clase "A" y Clase "B", así como la posibilidad de conversión de las acciones del primer tipo a Clase "B"; correspondiendo exclusivamente a la actora las denominadas acciones Clase "A", mientras que a SAIC (Bermuda) LTD pertenecen las segundas.

Esto, según se deriva del documento en estudio, tiene importancia en lo que respecta al *quorum* requerido para la realización de las Asambleas de Accionistas (cláusula vigésima primera), y a las decisiones de las Asambleas de Accionistas, entre las que se encuentra la "*disolución, liquidación o quiebra voluntaria de la Compañía que sea propuesta*" (cláusula décima tercera). También resulta relevante cuando se trate del nombramiento y remoción de los Directores Principales y Suplentes que conformarán la Junta Directiva de INTESA (cláusulas décima sexta y décima séptima); al nombramiento de los comités a que se refiere la cláusula vigésima; así como a la designación y remoción del Presidente Ejecutivo (cláusula vigésima tercera).

En particular, deben destacarse las previsiones contenidas en las cláusulas concernientes a la aprobación de los estados financieros, las modificaciones al documento constitutivo-estatutario y la disolución de la sociedad, aspectos sobre los cuales versa el reclamo de la parte accionante. En ellos se indica:

“DÉCIMA SEGUNDA: (a) La Asamblea de Accionistas será la más alta autoridad de la Compañía, y como tal ejercerá el nivel más alto de gerencia, control y administración de la Compañía de acuerdo con poderes y facultades establecidas en este Documento Constitutivo-Estatutario y el Código de Comercio de Venezuela. Las Asambleas de Accionistas serán ordinarias y extraordinarias.

(b) Una Asamblea de Accionistas debidamente constituida representa a todos los Accionistas. Sus decisiones, siempre que estén dentro de los límites de la ley aplicable y las disposiciones de este Documento Constitutivo-Estatutario, son obligatorias para todos los Accionistas, aunque no estén presentes o representados en la Asamblea de Accionistas.

(c) **Las funciones de una Asamblea Ordinaria de Accionistas son las siguientes:** (1) designar a los miembros y suplentes de la Junta Directiva; (2) designar al representante judicial y al suplente de dicho representante; (3) designar al comisario y al suplente de dicho comisario; (4) recibir el informe del comisario; (5) **recibir, aprobar o rechazar la memoria de la Junta Directiva y los estados financieros de la Compañía;** (6) aprobar la distribución de dividendos; (7) autorizar aumentos de capital; y (8) decidir sobre cualquier asunto incluido en la convocatoria de dicha Asamblea.

(d) La Asamblea Ordinaria de Accionistas se reunirá dentro de los tres (3) meses siguientes al

final de cada año fiscal, en la ciudad de Caracas, Venezuela o en cualquier otro lugar dentro o fuera de la República de Venezuela que determine la Junta Directiva, el cual será indicado en la convocatoria de dicha Asamblea de Accionistas.

(e) La Asamblea Extraordinaria de Accionistas se reunirá en cualquier momento, a objeto de discutir y decidir sobre cualquier asunto que sea presentado para la consideración de los Accionistas, cuando así lo decida la Junta Directiva, o cuando sea solicitado en el escrito entregado al Presidente de la Junta Directiva por un Accionista Principal.

(...)

DÉCIMA CUARTA: La Asamblea de Accionistas, ordinaria o extraordinaria, será considerada legal y válidamente constituida cuando los tenedores de las acciones con derecho a voto que constituyan por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del capital representado en acciones de la Compañía esté presente o representado. En caso de que durante la primera Asamblea que sea convocada no se logre el quorum antes mencionado, el Presidente de la Junta Directiva convocará la Asamblea de Accionistas en una nueva fecha mediante notificación, con por lo menos ocho (8) días de anticipación, en la forma indicada en la Cláusula que precede. La Asamblea de Accionistas que sea convocada de conformidad con la segunda notificación será considerada como legal y válidamente

constituida cuando los tenedores de las acciones con derecho a voto que constituyan por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del capital representado en acciones de la Compañía, estén presentes o representados.

**DÉCIMA QUINTA:** *Las decisiones de las Asambleas de Accionistas se tomarán mediante el voto favorable de la mayoría de las Acciones con derecho a voto presentes o representadas en cualquier Asamblea de Accionistas debidamente convocada, excepto cuando la ley venezolana establezca lo contrario. No obstante lo anterior, con relación a los asuntos o materias que se indican más adelante y por el período en que las Acciones Clase A constituyan por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones emitidas y en circulación con derecho a voto, (a) ningún voto será depositado en una Asamblea de Accionistas sin la recomendación de la Junta Directiva, y (b) el voto de por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de todas las Acciones con derecho a voto de la Compañía (incluyendo una mayoría de Acciones Clase A y una mayoría de Acciones Clase B) será necesaria para que las decisiones sobre los asuntos o materias sean válidas y efectivas:*

(...)

(iv) cualquier enmienda al Documento Constitutivo-Estatutario de la Compañía;

(v) cualquier disolución, liquidación o quiebra voluntaria de la Compañía que sea propuesta;

(...)

(viii) cualquier otro asunto que requiera de una mayoría calificada y cuya decisión compete a la Asamblea de Accionistas de conformidad con la ley venezolana ... (omissis)".  
(Destacado de la Sala).

Adicionalmente, los estatutos sociales de INTESA prevén, respecto de la Junta Directiva, lo siguiente:

*“DÉCIMA SÉPTIMA: La Junta Directiva será responsable de la administración de la Compañía, con las facultades más amplias para administrar y organizar sus actividades y negocios, sin limitación distinta a la establecida en la ley venezolana y este Documento Constitutivo-Estatutario.*

*DÉCIMA OCTAVA: La Junta Directiva estará compuesta por cinco (5) Directores Principales los cuales permanecerán en sus cargos durante un lapso de dos años, lapso éste que podrá ser renovado. No obstante lo anterior, los miembros de la Junta Directiva continuarán en sus funciones, aun después de vencido el ejercicio para el cual fueron elegidos, hasta tanto se produzca su sustitución o su reelección. Cada Director Principal tendrá un Director Suplente cuyas funciones serán las de reemplazar a dicho Director Principal en caso de ausencia del mismo, de conformidad con este Documento Constitutivo-Estatutario. Los Directores Principales y los Directores Suplentes serán nominados por los tenedores de las acciones emitidas y en circulación con derecho a voto y*

*serán elegidos en la Asamblea de Accionistas de la siguiente manera: dos (2) Directores Principales y sus respectivos Suplentes serán nombrados por los tenedores de las Acciones Clase A; siempre y cuando las Acciones Clase A constituyan por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones emitidas con derecho a voto de la Compañía, y tres (3) Directores Principales y sus respectivos Directores Suplentes serán nombrados por la mayoría de los tenedores de las Acciones Clase B. Cuando las Acciones Clase A constituyan más del diez por ciento (10%) pero menos el veinte por ciento (20%) de las acciones emitidas y con derecho a voto de la Compañía, la mayoría de los tenedores de las acciones Clase A de la Compañía tendrán derecho a nominar un (1) Director Principal y su respectivo Director Suplente. En caso de que las Acciones Clase A constituyan menos del 10% de las acciones emitidas con derecho a voto de la Compañía, todos los Directores Principales y Directores Suplentes serán nombrados por los tenedores de las Acciones Clase B.*

*VIGÉSIMA TERCERA: (a) El quorum para una Reunión de la Junta Directiva debidamente convocada, será la mayoría de los Directores Principales con derecho a voto, (o sus Suplentes), los cuales para dicho período como Accionista Clase A deberán comprender, por lo menos, el veinte por ciento (20%) de las acciones de la Compañía emitidas con derecho a voto, deberán*

*incluir por lo menos un Director Principal nombrado por los tenedores de la mayoría de las Acciones Clase A o un Suplente nombrado por dichos tenedores de la mayoría de las Acciones Clase A y por lo menos dos Directores Principales nombrados por la mayoría de las Acciones Clase B o dos Suplentes nombrados por dichos tenedores ... (omissis) .” (Destacado de la Sala).*

Por otra parte, el *Acuerdo de Sociedad Mancomunada* suscrito el 30 de diciembre de 1996 por las sociedades PDV-IFT, Science Applications International Corporation y SAIC (Bermuda) LTD con el objeto de establecer lo relativo a la organización y gerencia de INTESA, contempla una previsión sobre las asambleas de accionistas de ésta, en los siguientes términos:

*“9.1 Asamblea de Accionistas. (a) la Asamblea de Accionistas será la suprema autoridad de INTESA, y como tal ejercerá el más alto nivel de gestión, control y administración de INTESA con los poderes y facultades que están establecidas en este Acuerdo, los Estatutos y el Código de Comercio de Venezuela. Las Asambleas de Accionistas pueden ser bien Ordinarias o Extraordinarias.*

*(b) Una Asamblea de Accionistas, bien ordinaria o extraordinaria, será considerada válida y legalmente constituida cuando los titulares de acciones que constituyen por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del capital social de INTESA se*

***encuentren presentes o representados. En caso que en cualquier Asamblea el antes mencionado quorum no se logre, el Presidente de la Junta convocará la Asamblea de Accionistas para una nueva fecha, notificando con por lo menos ocho (8) días de anticipación de la manera prescrita en los Estatutos. La Asamblea de Accionistas convocada de conformidad con la segunda y subsiguientes convocatorias, se considerará legal y válidamente constituida cuando los titulares de acciones que constituyen por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del capital social de INTESA estén presentes o representados. ... (omissis)***”.

Con esta norma se introduce un ligero cambio con respecto al documento estatutario de INTESA, pues este último no dispone regulación alguna en lo atinente a las convocatorias posteriores a la segunda y el porcentaje del capital social que se requiere para considerar válidamente constituida la asamblea de accionistas, en cuyo caso se aplicarían las normas que al efecto prevé el Código de Comercio.

En cuanto a la manera en que han de tomarse las decisiones en dicha asamblea, el negocio jurídico *in commento* reproduce en los mismos términos lo contemplado en los estatutos sociales de INTESA.

En el *Acuerdo de Sociedad Mancomunada* se establecieron también las normas que debían regir a la Junta Directiva de INTESA; entre ellas destaca, en la cláusula 9.1, el literal d, según el cual:

***“(d) El quorum para convocar debidamente las Asambleas de Junta será una mayoría de los Directores Principales con derecho a voto (o sus Suplentes), el cual, para dicho período como Acciones Clase A [debe] comprender por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones emitidas y en circulación de INTESA con derecho a voto, debe incluir por lo menos un Director Principal nombrado por los titulares de la mayoría de las Acciones de la Clase A o un Suplente nombrado por dichos titulares y por lo menos un Director Principal nombrado por los titulares de la mayoría de las acciones Clase B o un Suplente nombrado por dichos titulares ... (omissis)”***. (Destacado de la Sala).

Como puede apreciarse, de la lectura de esta norma se colige otra modificación a los estatutos de INTESA, específicamente en lo que se refiere a la composición de su Junta Directiva, pues según el expediente registral, debían formar parte en sus reuniones “*dos Directores Principales nombrados por la mayoría de las Acciones Clase B o dos Suplentes nombrados por dichos tenedores*”, en tanto que según el convenio celebrado el 30 de diciembre de 1996, se requiere uno solo de ellos (o su suplente).

En definitiva, con las anteriores apreciaciones quiere observar la Sala que mediante el convenio ya referido, las sociedades PDV-IFT, Science Applications International Corporation y SAIC (Bermuda) LTD, pretendieron modificar las estipulaciones que regían

la actividad mercantil de INTESA. Situaciones como la descrita, encuentran regulación en el artículo 221 del Código de Comercio, que dispone:

*“Las modificaciones en la escritura constitutiva y en los estatutos de las compañías, cualquiera que sea su especie, no producirán efectos mientras no se hayan registrado y publicado, conforme a las disposiciones de la presente Sección”.*

De tal manera que el supuesto contemplado en el dispositivo transcrito, en el que encuadra la circunstancia de que el *Acuerdo de Sociedad Mancomunada* haya establecido cambios al documento estatutario de INTESA, aunado al hecho de que su inscripción no consta en el expediente mercantil, tiene por consecuencia la de negar en el campo del derecho, los efectos de cualquier estipulación ajena a los estatutos de la sociedad, y es esta la conclusión a la que llega la Sala respecto de dicho negocio jurídico; por ello, no obstante la valoración que de él se hizo en el capítulo precedente de este fallo, deberá restarse valor a todas aquellas previsiones que contraríen cualquier norma establecida de común acuerdo por los accionistas de INTESA, a través de un documento que haya sido otorgado por ante la autoridad registral respectiva. Así se decide.

2. Expuestos los anteriores razonamientos sobre el marco jurídico al que debe atender el normal funcionamiento de INTESA, y a los fines de determinar si está presente

el elemento denominado *affectio societatis*, cuya ausencia denunció la parte accionante como fundamento a su solicitud de disolución de INTESA, interesa conocer si la misma ha tenido o tiene actualmente actividad comercial, si se han celebrado regularmente las asambleas de accionistas y de junta directiva, si se han aprobado sus balances y, en general, si se han ejecutado las acciones y tomado las decisiones pertinentes para su regular desenvolvimiento.

Así, teniendo en cuenta que en el escrito de contestación de la demanda el defensor judicial de las codemandadas negó la alegada pérdida del interés social, será preciso tomar en cuenta las probanzas incorporadas al expediente, a cuyos efectos se observa:

2.1. Fue promovida por los apoderados de la actora prueba de informes, a los fines de que determinadas entidades bancarias hicieran referencia sobre la titularidad y movimientos de las cuentas que se encuentran a nombre de INTESA. Se indican a continuación las instituciones a las cuales se hizo el requerimiento, así como la información que ellas aportaron:

2.1.1. Banco Mercantil Banco Universal, C.A., cuyo representante judicial suplente expuso en comunicación del 23 de enero de 2006, lo que sigue:

*“La cuenta Corriente N° 1034-24614-3 con status: CUENTA NO ACEPTA DÉBITOS/ CUENTA INACTIVA, figura en nuestros registros a nombre*

de INTESA INFORMATICA, NEGOCIOS Y TECNOLOGÍA, S.A., R.I.F. N° J-304034407. Las personas autorizadas para movilizar la cuenta con los ciudadanos: PABLO ORSOLANI, C.I. N° 4.358.737 y JUAN CARLOS SÁNCHEZ, C.I. N° 6.252.633 con la condición de movilización: mancomunada (Conjuntas hasta Bs. 8.000.000.000,00), de acuerdo a su última actualización realizada en fecha 29/07/2003.

Dirección de correspondencia registrada: Edificio Mercantil, Piso 31, Alejandro Carro, División Petróleo, Caracas.

Anexamos estados de cuenta desde el mes de marzo de 2004 hasta el 02/01/2006, donde se puede observar que la misma no registra débitos hechos por las personas autorizadas para su movilización para ese período.”

**2.1.2. Banco Provincial**  
S.A. Banco Universal, el cual informó a través de comunicación del 25 de enero de 2006, remitida por su Director en el área de “Asesoría Jurídica Asuntos Judiciales”, que:

“1. De la Revisión de nuestros archivos, se desprende que la Sociedad Mercantil, Informática, Negocios y Tecnología S.A. (INTESA) es cliente del Banco Provincial S.A. Banco Universal.

2. De la revisión de nuestros archivos, se evidencia que la Sociedad Mercantil, Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA) es Titular de la Cuenta Corriente No. 0108-0037-00-01-00009481, en el Banco Provincial S.A. Banco Universal.

3. de la revisión de nuestros archivos, se desprende que las personas autorizadas para movilizar dicha cuenta son los Señores: Alberto Elías Patiño, cédula de identidad No. E-81.773.033 y Juan Carlos Sánchez Trujillo, Cédula de identidad No. V-6.252.633.

4. De la revisión de nuestros archivos, se evidencia que la correspondencia de la Sociedad Mercantil Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA), es entregada en la Avenida Francisco de Miranda, Torre Pequiven, Piso 11, Municipio Chacao, Estado Miranda.

5. De la revisión de nuestros archivos, se desprende que el Señor Alberto Elías Patiño, cesó como firma autorizada de la cuenta corriente No. 0108-0037-00-01-00009481, en fecha 28 de Febrero de 2003 y el Señor Juan Carlos Sánchez Trujillo, cesó como firma autorizada de la cuenta corriente No. 0108-0037-00-01-00009481, en fecha 1 de Agosto de 2.003.

6. Por último informamos a ese Juzgado de Sustanciación que, en nuestro sistema no aparece la cuenta No. 0 1 0 8 - 0 2 3 1 - 4 2 - 0 1 - 000044613.”

**2.1.3.** Citibank, N.A., Venezuela, el cual señaló en la comunicación de fecha 06 de abril de 2006, lo siguiente:

“1.- Efectivamente, en nuestros sistema aparece registrada una empresa denominada “*Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA)*”.  
2.- Bajo la denominación comercial antes indicada, existen abiertas dos (2) Cuentas Corrientes identificadas con los números 1117888025 y 1117888017.

3.- Según nuestros registros, las personas autorizadas para girar fondos contra las Cuentas Corrientes antes identificadas, son:

Juan Carlos Sánchez, C.I. 6.252.633 (Contralor)

Alberto Patiño, C.I. 81.773.033 (Director de Finanzas y Administración)

4.- La dirección a la cual se encuentra domiciliada la correspondencia, es la siguiente:

Avenida Principal El Bosque, Torre Credicard, Piso 10, Chacaito, Caracas.

5.- Con posterioridad al 08 de marzo de 2004, las cuentas en referencia presentaron los siguientes movimientos:

<i>Relación de débitos cuenta INTESA</i>		
<i>Desde el 08-Mar-2004</i>		
<i>Cuenta</i>		
<i>1117888025</i>		
<i>Fecha</i>	<i>Monto en bolívares</i>	<i>Descripción</i>
<i>12/03/2004</i>	<i>851.200,00</i>	<i>Pago vía electrónica a Administradora</i>
<i>Relación de débitos cuenta INTESA</i>		
<i>Desde el 08-Mar-2004</i>		
<i>Cuenta</i>		
<i>1117888017</i>		
<i>Fecha</i>	<i>Monto en bolívares</i>	<i>Descripción</i>
<i>08/03/2004</i>	<i>9.246.464,26</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>
<i>08/03/2004</i>	<i>2.701.866,69</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>
<i>09/03/2004</i>	<i>10.930.329,60</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>
<i>10/03/2004</i>	<i>3.899.018,70</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>
<i>17/03/2004</i>	<i>2.113.052,59</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>
<i>18/03/2004</i>	<i>9.688.515,36</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>
<i>07/07/2004</i>	<i>2.580.618,89</i>	<i>Cheque pagado por compensación</i>

6.- *Por último, y en cuanto a la identificación y carácter de la persona que realizó algún débito con posterioridad al 08 de marzo de 2004, les informamos que esta información es difícil de ubicar, toda vez que las transacciones son de vieja data. Sin embargo, por cuanto se trata de cheques pagados por compensación, es seguro que los mismos fueron emitidos por alguna de las dos personas autorizadas, ya que existen procedimientos establecidos para la verificación de firmas. ... (omissis)*".

2.2. De la data suministrada por estas tres instituciones bancarias y de la documentación consignada, se evidencia, en relación con los movimientos de las cuentas indicadas, que desde el 01 de marzo de 2004, la cuenta corriente del Banco Mercantil C.A., Banco Universal, No. 0105-0034-68-1034246143, a nombre de INTESA refleja débitos no atribuibles a la actuación de las personas autorizadas por sociedad mercantil. Asimismo, se aprecian pocas operaciones de depósitos en la referida cuenta bancaria.

En cambio nada puede afirmarse sobre las operaciones realizadas o dejadas de realizar en las cuentas corrientes números 0108-0037-00-01-00009481 del Banco Provincial S.A. Banco Universal, y 1117888025 y 1117888017 del Citibank N.A., Venezuela, de las cuales es titular

INTESA, pues estas instituciones no hicieron referencia a este aspecto.

3. Por otra parte, la representación de la actora promovió prueba de informes dirigida al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a los fines de que la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Capital y la Intendencia Nacional de Tributos Internos dejaran constancia de la fecha de las tres últimas declaraciones de impuesto sobre la renta, efectuadas y pagadas por INTESA, así como de la fecha de la última declaración del impuesto al valor agregado, realizada y pagada por la misma.

Señaló en esa oportunidad que el objeto de la prueba es el de "...acreditar el estado de receso o giro comercial de INTESA, S.A. (sic). En estricto, corroborar su total anomia".

En respuesta a lo solicitado, la Gerente de Recaudación del SENIAT señaló, mediante comunicación del 03 de febrero de 2006, que:

*"(omissis)... de la revisión realizada en el Sistema Venezolano de Información Tributaria (SIVIT), se determinó que la contribuyente Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA), sólo presentó las declaraciones de Impuesto Sobre la Renta de los ejercicios 2002 y 2003, y su última declaración de IVA, la presentó el día 19/02/2004, correspondiente*

al período enero/2004 ... (omissis)”.

Asimismo, por comunicación del 14 de marzo de 2006, el Gerente Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región

Capital remitió a la Sala copia certificada de la documentación correspondiente a la información suministrada anteriormente, resumiendo la data aportada en el cuadro que sigue:

Forma	No. Documento	Ejercicio Fiscal / Período	Fecha de presentación	Monto (Bs.)
DPJ-26	0041146	01/01/2002 al 31/12/2002	31/03/2003	94.674.440,68
31	0492029	01/01/2003 al 31/12/2003	25/02/2004	6.446.662,00
DPJ-26	0736146	01/01/2003 al 31/12/2003	25/02/2004	-0-
30	3492262	01/2004	19/02/2004	-0-

4. También promovió la parte actora, prueba de informes a los fines de que la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) indique si tiene registrado como cliente a INTESA con el número telefónico (Master) 900-9000-901703; si éste se encuentra domiciliado en la dirección correspondiente a la sede de INTESA; si fue desconectado y, en caso afirmativo, los motivos y fecha de la suspensión del servicio telefónico. Al respecto explicó que el requerimiento de esta información tiene por objeto demostrar “...que INTESA constituye una sociedad anónima acéfala, paralizada y sin voluntad de ejercer su objeto social”.

Ante esta solicitud, la Gerencia Corporativa de Asuntos Legales de CANTV remitió comunicación de fecha 01 de febrero de 2006, en la que señaló:

“1. En nuestros sistemas se identifica como cliente a la empresa INTESA (Rif. N° J304034407).

2. La empresa INTESA no tenía asignado el número telefónico (master) 900-9000-901703.

3. El número 900-9000-901703, no corresponde a un abonado de servicio, motivo por el cual no disponemos de la información solicitada”.

5. Pues bien, de las anteriores pruebas aquí comentadas, resulta imposible para la Sala establecer la certeza de los hechos denunciados por la accionante y que se contraen a demostrar la paralización de las actividades comerciales de INTESA.

Esto es así por cuanto la poca cantidad o ausencia de operaciones bancarias, si bien puede constituirse

en un indicio que analizado en conjunto con otros elementos dé lugar a considerar que se ha producido una merma en el funcionamiento de la sociedad mercantil, la situación comentada podría deberse a razones de distinta índole, como por ejemplo, la apertura de otra cuenta que presente un mayor volumen de operaciones en otra entidad bancaria, o que la necesidad o una decisión de la asamblea de accionistas imponga no hacer uso de tales cuentas para disponer de forma inmediata de este activo circulante.

Por lo que concierne a las declaraciones de impuesto sobre la renta e impuesto al valor agregado y sus pagos, cabe señalar que la falta de declaración o su omisión (pasible de acarrear en todo caso, una sanción en el ámbito tributario) no son indicativos por sí solos de la paralización de los órganos de INTESA, aunque pueden considerarse, en concordancia con elementos probatorios más contundentes, como indicios de la afectación de su giro comercial.

En cuanto a la información suministrada por la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV), a juicio de la Sala ésta no resultó determinante para dar por probado que INTESA ha dejado de recibir el servicio telefónico, cuestión que constituía la premisa del argumento esgrimido por la actora para concluir que ésta ha quedado acéfala y sin dirección.

Cabe advertir en este punto que la paralización de las actividades comerciales no es un hecho que por sí solo se constituya en un requisito

para que resulte procedente disolver una sociedad. Ciertamente, tal situación (que, como ya se dijo, no ha quedado plenamente demostrada a través de las probanzas descritas) puede derivar del acaecimiento de cualquiera de las causales de disolución previstas en el Código de Comercio (artículos 340 y 341), pero no surge como forzosa consecuencia de ello.

Sin embargo, lo afirmado por la accionante referido a que *la paralización de los órganos societarios impide conseguir el objeto social*, configura un fuerte indicio que permite inferir la imposibilidad de alcanzar su objeto social, pues aun sin que se tenga certeza en el caso de autos de la cesación del giro comercial de INTESA, lo que aparece como relevante en la solicitud de PDV-IFT es la falta de acuerdo que se ha puesto de manifiesto entre sus accionistas para la adopción de determinadas decisiones, lo que podría constituirse, como ya se dijo, en un impedimento al logro del fin para el cual INTESA fue constituida.

La intención de los accionistas de permanecer en sociedad para lograr un fin común (también llamada *affectio societatis*) es uno de los elementos de fondo de este tipo de contratos, y aunque es producto del análisis que sobre el tema ha realizado la doctrina, el mismo puede subsumirse en el artículo 1.649 del Código Civil, pues está referido a la disposición o ánimo de asociarse. En el dispositivo comentado se establece:

*“El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común”.*

Tanta importancia reviste el aspecto señalado que la falta absoluta de éste se traduce en la práctica, en la imposibilidad de obtener el fin económico común previsto en la norma; la circunstancia anotada constituye uno de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 340 del Código de Comercio que tienen por consecuencia la disolución de las sociedades.

Concretamente, se establece al respecto que:

*“Artículo 340.- Las compañías de comercio se disuelven:*

*1°.- Por la expiración del término establecido para su duración.*

*2°.- Por la falta o cesación del objeto de la sociedad o por la imposibilidad de conseguirlo.*

*3°.- Por el incumplimiento de ese objeto.*

*4°.- Por la quiebra de la sociedad aunque se celebre convenio.*

*5°.- Por la pérdida entera del capital o por la parcial a que se refiere el artículo 264 cuando los socios no resuelven reintegrarlo o limitarlo al existente.*

*6°.- Por la decisión de los socios.*

*7°.- Por la incorporación a otra sociedad”.* (Destacado de la Sala).

Corresponde entonces verificar si la ausencia de acuerdo entre los socios de INTESA, ha afectado sus

actividades al punto que dicha sociedad no pueda alcanzar su objeto.

6. Cursa a los folios 468 al 478 de la primera pieza del expediente, inspección notarial evacuada el 18 de julio de 2003, a solicitud del ciudadano Roger Soler, titular de la cédula de identidad No. 3.176.095, en su carácter de Director Principal de INTESA, a los fines de dejar constancia de los aspectos relacionados con la reunión de Junta Directiva de INTESA celebrada el día en referencia.

En el acta levantada en virtud de la práctica de la inspección, se indicó lo que sigue:

*“(omissis)... estando en el Lobby de la mencionada empresa, se encontraban los ciudadanos 1.- JUAN RAMÓN LODEIRO GÓMEZ, titular de la cédula de identidad No. V-6.857.939, en su carácter de Director Suplente y Suplente del Presidente de la Junta Directiva de INTESA S.A.; 2.- RAÚL RAMÓN RODRÍGUEZ ARROYO, titular de la cédula de identidad No. V-204.467, en su carácter de Comisario de INTESA S.A.; 3.- ENRIQUE FLORENCIO COLMENARES PAESANO, titular de la cédula de identidad No. V-10.472.384, en su carácter de Asesor del Comisario; 4.- ÁLVARO DARÍO MARTÍN SANTIAGO, titular de la cédula de identidad No.*

11.668.701 en su carácter de Representante Judicial Suplente de INTESA S.A., 5.- JUAN CARLOS EMILIO BALZÁN PÉREZ, titular de la cédula de identidad No. 11.231.322 en su carácter de apoderado de INTESA S.A.; 6.- RAQUEL AURORA DÍAZ FARIÁS, titular de la cédula de identidad No. V-6.334.697, en su carácter de Secretaria de la Junta Directiva de PDV IFT; 7.- El ciudadano ALBERTO JOSÉ BAUMESTER TOLEDO, titular de la cédula de identidad No. 1.852.568, en su carácter de abogado asistente de la empresa INTESA S.A.; 8.- ROGER VÍCTOR SOLER, titular de la cédula de identidad No. V-3.176.095, en su carácter de Director de INTESA S.A., 9.- HUMBERTO BAUDER F. Titular de la cédula de identidad No. V-3.660.364, en su carácter de Abogado Asistente del Director ROGER SOLER antes identificado, (...) La reunión pautada, tuvo una duración aproximada de cuarenta y cinco (45) minutos, a la cual no tuvo acceso la ciudadana Notario. A la salida de la misma, fuera del recinto de INTESA S.A., se nos informó, por parte de los ciudadanos ROGER SOLER y JUAN LODEIRO, que se levantará un Acta del contenido de la

reunión, a las 2:30 p.m. del día de hoy, de lo cual se encargará el comisario, con su asesor legal, antes identificados, e igualmente el ciudadano JUAN RAMÓN LODEIRO GÓMEZ, solicitó se dejara constancia por escrito, de la siguiente exposición:... 'En la reunión se trataron los siguientes temas: Situación actual del proceso de elaboración y aprobación de los estados financieros de la sociedad al 31 de Diciembre del 2002. Con respecto a la inquietud del Comisario, en relación a la entrega de los estados financieros aprobados, los Directores presentes informaron, que ello no era posible, porque no han sido aún aprobados. Con respecto a la solicitud del Comisario, para la contratación de expertos externos, que determinen la situación de las cuentas por cobrar y otros activos y pasivos, haciendo especial énfasis en los laborales, contractuales y fiscales) con fecha al 31 de Diciembre de 2002, los Directores presentes informaron que estaban de acuerdo con ello. Con respecto a la solicitud del comisario, sobre la aprobación para la contratación de auditores externos, para realizar auditoría para el período 01-01-2003 al 30-06-2003, los

*Directores presentes, informaron que estar de acuerdo. Con respecto a la pregunta del Comisario, de conocer si la Empresa se encuentra en proceso de liquidación o continuará en operaciones, toda vez que esta decisión es fundamental para la elaboración de su informe, los Directores presentes, manifestaron que efectivamente la empresa, para nosotros, está en proceso de disolución, pero ha sido imposible acordar el mecanismo, por parte de los accionistas. Con respecto al último punto de interés para el comisario, los Directores presentes le informaron de los intentos infructuosos de aprobación de un plan de disolución responsable y de aprobación de balances, lo cual ha motivado la paralización de los órganos sociales que imposibilitan la gobernabilidad de la empresa y de lograr el cumplimiento de su objeto social ... (omissis)".* (Destacado de la Sala).

Atendiendo al acta parcialmente transcrita, debe señalarse que si bien es cierto que la Notario Público que evacuó la prueba dejó constancia de todo lo que percibió en la sede de INTESA, lugar al cual se trasladó a solicitud de uno de los directores principales de dicha sociedad mercantil, también lo es que la declaración realizada por dicho ciudadano y por

Juan Ramón Lodeiro Gómez, quien actuó en su carácter de Director Suplente y Suplente del Presidente de la Junta Directiva de INTESA no podría desplegar, en principio, toda su eficacia probatoria, por cuanto dicho acto no contó, como ocurre en la práctica de la prueba de testigos, con el control que pudieran ejercer sobre ella las codemandadas.

Ahora bien, como se pudo constatar de la revisión de las actas procesales, Roger Soler y Juan Ramón Lodeiro Gómez rindieron testimonio en la presente causa (folios 65 al 69 y 73 al 76, respectivamente, de la cuarta pieza del expediente).

Vistos ambos tipos de pruebas, esto es, la inspección notarial y las testimoniales, estima la Sala que han de tener pleno valor en esta causa las declaraciones contenidas en el acta levantada con ocasión de la inspección, en tanto éstas se encuentren reproducidas en la prueba de testigos. Por su parte, aquellas argumentaciones esgrimidas en la inspección que no tengan sustento en las testimoniales, serán valoradas como indicios, por lo que deberán contar con el apoyo de otras probanzas con mayor fehaciencia a fin de dar por probados los hechos a que se refieren.

Otro aspecto que no puede pasar inadvertido para la Sala es la condición de los testigos de miembros (principal y suplente) de la Junta Directiva de INTESA, representantes de las acciones clase "A", de las cuales es titular PDV-IFT.

Tomando en cuenta las inhabilidades relativas para testificar contenidas en el artículo 478 del

Código de Procedimiento Civil, el cual prohíbe testificar, entre otros, a “...los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía...”, cabe plantear la duda razonable en cuanto a la proscripción que pudiera pesar sobre tales testigos en razón del interés patrimonial que tendría la socia de INTESA, PDV-IFT (a la cual éstos representan en la Junta Directiva).

Al respecto estima la Sala que si bien dichos ciudadanos no figuran en las distintas actuaciones de PDV-IFT agregadas a los autos como sus representantes legales o judiciales, en cierta forma están vinculados a dicha sociedad.

Sin embargo, de la revisión de las actas procesales, no existen elementos de los cuales pudiera deducirse que los testigos Roger Soler y/o Juan Ramón Lodeiro Gómez hayan actuado como representantes legales de PDV-IFT.

Por consiguiente, al no haberse evidenciado que éstos rindieron declaración en nombre de PDV-IFT, sumado ello a un punto no menos importante, referido a la falta de ejercicio de la tacha de testigos por parte del defensor judicial de INTESA, mecanismo previsto en el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil para excluir del análisis correspondiente las testimoniales *in commento*, con base en la falta de aptitud para testificar en este juicio; debe la Sala otorgar eficacia probatoria a dichas pruebas.

Así, en el acto realizado el 17 de abril de 2006, al cual compareció el ciudadano Roger Soler, destaca lo siguiente:

“(omissis)... PRIMERO: ¿Diga el testigo si ocupa el cargo de Director Principal de INTESA? CONTESTÓ: Sí, desde el 27 de febrero del año 2003 (...) TERCERO: Diga el testigo quienes son los socios de INTESA y en qué proporción? CONTESTÓ: PDV-IFT, con 40%, SAIC, Bermuda con 60%. CUARTO: Diga el testigo si conoce de cambios en cuanto a la estructura accionaria de la sociedad INTESA? CONTESTÓ: No. (...) NOVENO: Diga el testigo si en la actualidad asiste a reuniones de Junta Directiva de INTESA? CONTESTÓ: no. DÉCIMO: Diga el testigo cuándo fue la última vez que se reunió la Junta Directiva de INTESA? CONTESTÓ: el 24 de abril del año 2003. DÉCIMO PRIMERO: Diga el testigo, si recuerda la celebración de una reunión de Junta Directiva de INTESA el 27 de febrero de 2003. CONTESTÓ: la recuerdo, pero yo no estaba presente, cuando se celebró. DÉCIMA SEGUNDA: Diga el testigo, si asistió a dicha junta presencialmente o vía telefónica? CONTESTÓ: no, porque todavía no era miembro de la Junta Directiva. DÉCIMA TERCERA: Diga el testigo, si conoció el acta de Junta Directiva del 27 de febrero de 2003.

**CONTESTÓ:** *para ese momento, yo era miembro de la Junta Directiva de PDV-IFT, y se me informó al respecto.*  
**DÉCIMA QUINTA:** *Diga el testigo, si recuerda qué puntos estaban incluidos en la agenda de la Junta Directiva del 27 de febrero de 2003 según el acta conocida por ud.?*  
**CONTESTÓ:** *fundamentalmente la disolución de INTESA por parte de PDV-IFT.*  
**DÉCIMA SEXTA:** *Diga el testigo si recuerda la celebración de una reunión de Junta Directiva de INTESA el 17 de marzo de 2003.*  
**CONTESTÓ:** *sí, y se realizó en HOUSTON, TEXAS, con el Objeto de discutir la disolución de INTESA, de esta reunión yo me retiré dado que este punto no se discutió y se pretendió mostrar o realizar otra agenda.*  
**DÉCIMA SÉPTIMA:** *Diga el testigo si asistió a dicha junta del 17 de marzo del 2003, presencialmente o vía telefónica?*  
**CONTESTÓ:** *sí, presencialmente en la ciudad de HOUSTON, TEXAS, retirándome de la misma por no discutirse los puntos de la agenda.*  
**DÉCIMA OCTAVA:** *Diga el testigo si recuerda qué puntos de agenda se trataron en la Junta Directiva del 17 de marzo del 2003.*  
**CONTESTÓ:** *el punto que se iba a tocar era el de la disolución de INTESA y al no*

*tocarse, y ponerse condicionamientos me retiré. (...)*  
**VIGÉSIMA TERCERA:** *Diga el testigo si conoce acerca de convocatorias de la Junta Directiva de INTESA realizada por usted mismo por el comisario o por otros Administradores o Directivos de INTESA?*  
**CONTESTÓ:** *sí.*  
**VIGÉSIMA CUARTA:** *Diga el testigo, si conoce cuándo y donde convocó el comisario de INTESA a Junta Directiva y si conoce el resultado de dicha convocatoria?*  
**CONTESTÓ:** *sí, hubo una convocatoria por parte del comisario el 11-7-2003, para celebrarse el 18-7-2003, en las Instalaciones de INTESA, hubo problemas por mi parte, ya que no me dejaron ingresar a las instalaciones con mis abogados, no se presentaron los miembros directivos de INTESA por parte de SAIC.*  
**VIGÉSIMA QUINTA:** *Diga el testigo cuándo convocó usted a Junta Directiva de INTESA?*  
**CONTESTÓ:** *yo convoqué en Enero del 2004 y en Octubre del 2004.*  
**VIGÉSIMA SEXTA:** *Diga el testigo si usted convocó a reunión de Junta Directiva de INTESA después de enero del 2004?*  
**CONTESTÓ:** *sí, en octubre de 2004, ambas reuniones la de Enero y la de Octubre no se realizaron por la negativa de los representantes de*

**SAIC. VIGÉSIMA SÉPTIMA:** *Diga el testigo si SAIC alguna vez se ha negado por escrito a participar en juntas directivas o asambleas de accionistas?* **CONTESTÓ:** *sí, en una comunicación del 27-9-2004.* **VIGÉSIMA OCTAVA:** *Diga el testigo si se intentó celebrar asamblea de accionistas en el año 2003.* **CONTESTÓ:** *sí.* **VIGÉSIMA NOVENA:** *Diga el testigo si se intentó celebrar asamblea de accionistas en el año 2004.* **CONTESTÓ:** *sí. (...) TRIGÉSIMA TERCERA:* *Diga el testigo si conoce la ubicación de las Oficinas de INTESA?* **CONTESTÓ:** *sí en la Torre Credicard, Chacaíto.* **TRIGÉSIMA CUARTA:** *Diga el testigo si esas oficinas están en funcionamiento?* **CONTESTÓ:** *no, más aún se encuentran clausuradas con cadenas.* **TRIGÉSIMA QUINTA:** *Diga el testigo si conoce quién cerró esas oficinas?* **CONTESTÓ:** *sí, la Gerencia de INTESA sin consultarme al respecto ... (omissis)".* (Destacado de la Sala).

Por su parte, en el acto celebrado el día 18 de abril de 2006, el ciudadano Juan Ramón Lodeiro Gómez declaró formar parte de la Junta Directiva de INTESA desde el 27 de febrero de 2003, pero con el cargo de Director Suplente. Expuso, al igual que el ciudadano Roger Soler, que no se han

presentado cambios en la estructura organizativa de INTESA y que a la fecha de dicho acto no asistía a reuniones de dicha sociedad. Adicionalmente, contestó a las interrogantes planteadas lo que sigue:

“(omissis) ... **DÉCIMO:** *Diga el testigo cuándo fue la última vez que se reunió la Junta Directiva de INTESA?* **CONTESTÓ:** *el 24 de abril del año 2003.* **DÉCIMO PRIMERO:** *Diga el testigo, si recuerda la celebración de una reunión de Junta Directiva de INTESA el 27 de febrero del 2003.* **CONTESTÓ:** *sí.* **DÉCIMA SEGUNDA:** *Diga el testigo, si asistió a dicha junta presencialmente o vía telefónica?* **CONTESTÓ:** *no, no asistí.* **DÉCIMA TERCERA:** *Diga el testigo, si conoció el acta de Junta Directiva del 27 de febrero de 2003.* **CONTESTÓ:** *sí, sí la conocí.* **DÉCIMA CUARTA:** *Diga el testigo, cómo llegó a tener conocimiento del acta de junta directiva del 27 de febrero del 2003.* **CONTESTÓ:** *se me hizo llegar copia.* **DÉCIMA QUINTA:** *Diga el testigo, si recuerda qué puntos estaban incluidos en la agenda de la Junta Directiva del 27 de febrero de 2003 según el acta conocida por ud.?* **CONTESTÓ:** *recuerdo que el punto principal tenía que ver con el inicio del proceso de*

*disolución de la compañía, para lo cual se acordó una próxima junta directiva para el 17 de marzo del año 2003. DÉCIMA SEXTA: Diga el testigo si asistió a dicha junta del 17 de marzo del 2003, presencialmente o vía telefónica? CONTESTÓ: asistí presencialmente. DÉCIMA OCTAVA: Diga el testigo si recuerda qué puntos de agenda se trataron en la Junta Directiva del 17 de marzo del 2003. CONTESTÓ: el principal punto era la propuesta de disolución de la compañía. (...) VIGÉSIMA: Diga el testigo si asistió a las reuniones de Junta Directiva del 31 de marzo y del 24 de abril del 2003? CONTESTÓ: sí asistí. VIGÉSIMA PRIMERA: Diga el testigo si recuerda qué se trató en la Junta Directiva del 31 de marzo del 2003. CONTESTÓ: se trataron dos puntos principales, el primero la aprobación del balance de la compañía al 31 de diciembre de 2002, y el segundo el plan de disolución de la empresa, en cuanto al primer punto no se aprobó el balance y en cuanto al segundo los representantes de SAIC, condicionaron el plan de disolución. (...) VIGÉSIMA CUARTA: Diga el testigo, si conoce cuándo y dónde convocó el comisario de INTESA a Junta Directiva y si conoce el resultado de*

*dicha convocatoria? CONTESTÓ: sí, el comisario convocó una reunión de junta directiva para el 18 de julio del año 2003, a ser celebrada en las oficinas de INTESA en la Torre Credicard en Chacaíto Caracas, la reunión fue atendida por los representantes de PDV-IFT, pero no por los representantes de SAIC. (...) VIGÉSIMA SÉPTIMA: Diga el testigo si SAIC alguna vez se ha negado por escrito a participar en juntas directivas o asambleas de accionistas? CONTESTÓ: sí, se ha negado en ambos casos. VIGÉSIMA OCTAVA: Diga el testigo si se intentó celebrar asamblea de accionistas en el año 2003. CONTESTÓ: sí. VIGÉSIMA NOVENA: Diga el testigo si se intentó celebrar asamblea de accionistas en el año 2004. CONTESTÓ: sí. TRIGÉSIMA: Diga el testigo si considera que existe una paralización total de los Órganos de Administración de INTESA? CONTESTÓ: sí. TRIGÉSIMA PRIMERA: Diga el testigo cuál es el objeto social de INTESA? CONTESTÓ: prestar servicios de tecnología de información y actividades relacionadas. TRIGÉSIMA SEGUNDA: Diga el testigo si considera dada la paralización total de los*

**Órganos Sociales de la compañía INTESA que ésta última puede cumplir con su objeto social? CONTESTÓ: no, no puede. TRIGÉSIMA TERCERA: Diga el testigo si conoce la ubicación de las Oficinas de INTESA? CONTESTÓ: sí en la Torre Credicard, Chacaíto, Caracas. TRIGÉSIMA CUARTA: Diga el testigo si esas oficinas están en funcionamiento? CONTESTÓ: no, se encuentran cerradas desde marzo del año 2004, y clausuradas con cadenas. TRIGÉSIMA QUINTA: Diga el testigo si conoce quién cerró esas oficinas? CONTESTÓ: sí, la Gerencia de INTESA según notificación recibida de parte del representante judicial de la misma, eso sin haber sido consultado con la junta directiva ... (omissis)”. (Destacado de la Sala).**

7. Se encuentra inserta a los folios 56 al 95 de la tercera pieza del expediente, la información que le fue solicitada al Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en relación con la inspección judicial *extra litem* practicada por ese tribunal los días 08 y 09 de marzo de 2004.

En las documentales remitidas se indica que:

*“I. Efectivamente, en fecha 8 de Marzo de 2004, se elabo-*

*ró carátula a la solicitud de inspección judicial extra litem, requerida por el ciudadano ÁLVARO MARTÍN SANTIAGO, bajo el No. 041755.*

*II. En fecha 8 de Marzo de 2003, se dio entrada y admitió la práctica de la inspección y jurada como fue la urgencia del caso, el Tribunal se trasladó y constituyó en la sede de INTESA, ubicada en la Avenida Principal de El Bosque, Torre Credicard, Piso 10, Chacaíto, Municipio Chacao del Distrito Capital, a los fines de practicar la inspección judicial extra litem solicitada por el ciudadano ÁLVARO MARTÍN SANTIAGO, la cual se suspendió y se acordó continuar al día siguiente, dada la cantidad de particulares solicitados y la extensión de cada uno de ellos, por lo que terminó de practicarse el día 9 de Marzo de 2004... (omissis)”.*

Así, con ocasión de la evacuación de la mencionada inspección judicial, se levantó acta para dejar constancia de los siguientes particulares:

*“(omissis)... el Tribunal deja constancia de que en el lugar donde se encuentra constituido funcionan las oficinas de INTESA. (...) Se observa que las oficinas de INTESA en*

general presentan buen estado de mantenimiento y conservación (...), se deja constancia de que los equipos [de computación] que conforman el inventario que se acompañó como anexo "C" a la solicitud de inspección en efecto se encuentran ubicados en cada una de las dependencias señaladas en dicho inventario, que los mismos se encuentran en buen funcionamiento y operatividad, (...) Se deja constancia que las obras de arte, esculturas y cuadros que se identifican en el inventario que se acompañó a dicha solicitud marcado "D" se encuentran en las instalaciones y oficinas de INTESA, ubicada en el piso 10 de la Torre Credicard, y que los mismos presentan buen estado de mantenimiento y conservación. (...) El Tribunal deja constancia de haberse trasladado a los sótanos uno (1) y cuatro (4) de la Torre Credicard, con uno de los encargados (empleado de INTESA) para verificar la ubicación [de] los carros de la compañía antes mencionada, así mismo se evidencia que la mayoría de los vehículos no tiene batería, y no poseen las placas respectivas, de igual manera se hace la salvedad de que el número que aparece en

cada carro no corresponde con el del inventario, pero que todos los carros que se detallan en el inventario acompañado a la solicitud y marcado [con la] letra "E" se encuentran en dichos sótanos. (...) Se deja constancia de que en la Oficina de Recursos Humanos se pudo verificar y constatar la existencia de las cartas de renuncia por parte de los Empleados del Plan de Contingencia de INTESA, (...) Siendo las 6:20 p.m. por razones de tiempo el Tribunal acordó cerrar por el día de hoy la presente acta de inspección, y continuar la misma el día de mañana (09-03-04) a las 8:30 a.m.; para seguridad se procedió en presencia del Tribunal a la compra de un (1) candado marca Cisa, de dos (2) llaves, como también de (1) una cadena de aproximadamente cincuenta cm de longitud, el cual consta de factura N° 106477, y previa la verificación de que en el inmueble no se encontraba persona alguna procede al cierre temporal de la puerta principal de dicha empresa, luego de lo cual el Tribunal mantuvo a su resguardo las llaves de dicho candado ... (omissis)".

De igual forma, el día 09 de marzo de 2004, al continuar la inspección

referida, el tribunal hizo constar, entre otras cosas, que:

*“Siendo las 6:30 p.m.; el Tribunal recibe en este acto un sobre contentivo de todas las combinaciones de las cajas fuertes existentes en el inmueble inspeccionado, el procedimiento para activar el Sistema SAP, los procedimientos de activación y desactivación de las alarmas, la única tarjeta maestro de acceso a todas las oficinas que conforman el inmueble inspeccionado y la llave de la puerta principal del inmueble. Seguidamente el Tribunal deja constancia que todas las luces, impresoras, computadoras y demás equipos del inmueble fueron apagados, y previa verificación de que en el inmueble objeto de la presente inspección no se encontraba persona alguna, se procedió a la activación del sistema de Alarma de Seguridad y al cierre definitivo de la puerta de acceso a las oficinas de INTESA, utilizando para ello la cadena y el candado comprados el día anterior de cuya constancia queda plasmada en el particular NOVENO, se deja constancia que las llaves del candado fueron introducidas en el sobre antes mencionado el cual a instancia del solicitante se mantendrán en*

*resguardo de la caja fuerte del tribunal ... (omissis)”.*

8. Por otra parte, en sentencia dictada 06 de mayo de 2004 por la Sala Constitucional, en el expediente No. 03-1295, contentivo de la acción de amparo y de hábeas data interpuestas conjuntamente con solicitud de medida cautelar por la representación judicial de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) contra INTESA, se llegó a la conclusión “... de que INTESA ha violado derechos de PDVSA, en particular los de inviolabilidad de comunicaciones, libertad económica y propiedad (artículos 48, 112 y 115 de la Constitución), por cuanto ha quedado demostrado –y así lo ha aceptado la accionada, si bien alega argumentos para explicar la razón– que INTESA mantiene en su poder equipos y material informático que pertenecen o guardan relación con PDVSA y que ésta requiere para operar”.

9. El estado en que se encontraban para el día 17 de marzo de 2006, las instalaciones en las que operaba INTESA queda demostrado en inspección judicial practicada por el comisionado Juzgado Duodécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. En el acta levantada a tal efecto, se indica:

*“(omissis)... PRIMERO: El Tribunal deja constancia que en el piso 10 de la Torre Credicard se encuentra una*

*puerta grande de vidrio que sirve de acceso a la única oficina que se encuentra en el referido piso, (...) el Tribunal deja constancia que la puerta de vidrio está cerrada con una cadena y un candado, se alcanzó a percibir detrás de la puerta [de] vidrio de la referida oficina un sin número de recibos de cobro de Condominio, de Digitel, de Bancos como Citibank, Mercantil y otros que no se lograron identificar. SEGUNDO: El Tribunal deja constancia que en la pared ubicada al frente a los ascensores se encuentra un letrero que indica SOLUCIONES, SIN FRONTERAS, INTESA. TERCERO: El Tribunal deja constancia que no se puede acceder a la parte interna de la oficina que se encuentra ubicada en el piso 10 de la Torre Credicard ya que la referida puerta de vidrio se encuentra cerrada con una cadena y un candado como se indicó en el particular primero y la misma se encuentra en estado de abandono ... (omissis)”.*

10. Ahora bien, con base en las probanzas arriba reseñadas, se deriva, en primer lugar, que en reunión celebrada el día 18 de julio de 2003, a la cual asistieron los ciudadanos Roger Soler y Juan Ramón Lodeiro Gómez como directores de INTESA, este último señaló al comisario de

dicha sociedad que en su criterio, que se había verificado la paralización de sus órganos de administración y que tal situación imposibilitaba el cumplimiento de su objeto social.

Asimismo, de las testimoniales rendidas se evidencia que los declarantes coinciden en que no se produjeron reuniones de Junta Directiva de INTESA a partir del año 2004 y, por otro lado, aseguran que las oficinas de su sede se encuentran fuera de funcionamiento y sus puertas clausuradas con cadenas.

La circunstancia antes anotada se puso de manifiesto a lo largo de la inspección judicial *extra litem* practicada por la juez del Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al recibir de quien hasta ese momento había actuado como representante judicial de INTESA, los procedimientos para activación y desactivación de las alarmas, así como las llaves del inmueble, y al cerrar en forma definitiva la puerta de acceso a las oficinas de INTESA, utilizando para ello una cadena y un candado, una vez finalizada la evacuación de la prueba.

Adicionalmente, surge patente del acervo probatorio que al menos desde el 17 de marzo de 2003, fecha en que se llevó a cabo la reunión de Junta Directiva a la cual asistieron los dos directivos interrogados, se había planteado la disolución de INTESA sin que los socios llegaran a un acuerdo sobre la forma de realizarla.

De otra parte, la falta de consenso entre los accionistas se evidencia de otros aspectos como la no aprobación

de los balances financieros de la sociedad mercantil, pero sobre todo por la interposición, por parte de PDV-IFT, de acción de amparo por ante la Sala Constitucional de este Alto Tribunal (declarada con lugar), a través de las cuales denunció la violación de diversos derechos constitucionales en que incurrió INTESA, al retener en forma ilegítima información y tecnología propiedad de PDVSA, indispensables al normal cumplimiento de sus obligaciones.

De tal manera que las discrepancias observadas llevan a la Sala a considerar que los desacuerdos surgidos entre los socios de INTESA han puesto a esa sociedad en un estado de paralización que conduce lógicamente e indefectiblemente a la conclusión de que no ha logrado en los últimos años, ni logrará bajo estas condiciones, cumplir con el objeto para el cual fue constituida, que no es otro que el de suministrar (en principio, a Petróleos de Venezuela, S.A.) servicios de tecnología de información, así como servicios y actividades relacionadas o conexas dentro o fuera del país.

En consecuencia, la situación descrita encuentra perfecta cabida en la segunda de las causales de disolución de las compañías de comercio establecida en el artículo 340 del Código de Comercio, esto es, “... la falta o cesación del objeto de la sociedad o por la imposibilidad de conseguirlo”; razón por la cual esta Sala juzga procedente la solicitud formulada por la representación judicial de PDV-IFT y, por tanto, debe

declarar disuelta a la sociedad mercantil INTESA. Así se decide.

Por otro lado, no puede dejar de advertirse que mediante sentencia No. 01782 de fecha 18 de julio de 2006, esta Sala declaró procedente la medida cautelar innominada que fue solicitada por la actora contra las codemandadas, ordenándoles “...*abstenerse de convocar reuniones para Juntas Directivas o Asambleas de Accionistas de la primera de las mencionadas sociedades mercantiles [refiriéndose a INTESA], cuando tales Juntas Directivas o Asambleas de Accionistas traten los asuntos relacionados con la aprobación de balances, disolución, liquidación, estado de atraso o quiebra; designación de liquidador o liquidadores de INTESA, Informática, Negocios y Tecnología, S.A.; así como destitución, sustitución o designación de miembros de la Junta Directiva y en particular del Presidente de la Junta Directiva o su suplente personal; limitaciones de las facultades establecidas en los Estatutos Sociales de dicha sociedad mercantil, previstas para el Presidente de la Junta Directiva o su suplente personal y particularmente aquéllas contempladas en la Cláusula Vigésima Cuarta, Numeral (iii) de dicho documento estatutario*”; asimismo, la Sala acordó designar, por auto separado, “...*tres (3) administradores, quienes tendrán las facultades y obligaciones propias de los Directores Principales de la Junta Directiva de INTESA, Informática, Negocios*

y Tecnología, S.A., salvo aquéllas sobre las cuales recae la medida cautelar otorgada...”.

Así, como quiera que aún no se ha emitido la providencia a la que alude el dispositivo de la interlocutoria dictada, a los fines de nombrar a los auxiliares de justicia a quienes se encomendará la administración temporal de INTESA y, además, que lo aquí dispuesto es la disolución de esa sociedad mercantil, esta Sala declara que ha decaído el objeto de la medida cautelar innominada solicitada por PDV-IFT. Así también se decide.

Finalmente, se acuerda la liquidación de INTESA de conformidad con lo previsto en los artículos 347 y siguientes del Código de Comercio y, de manera similar a lo indicado en la

referida cautelar, deberá designarse, por auto separado, a tres (3) liquidadores a quienes se encomendará llevar a cabo todos los actos necesarios para que se cumpla dicha liquidación, para lo cual tendrán las pertinentes facultades y obligaciones legales, debiendo actuar bajo el debido control de la Sala. Así se decide.

Como consecuencia de lo anterior, los miembros del directorio de INTESA cesarán en sus funciones en forma definitiva, al día siguiente a aquél en que se haya verificado, por parte de los nombrados liquidadores, su manifestación de aceptar sus respectivos cargos, y presten juramento por ante esta Sala, de desempeñar fielmente las actividades que han sido llamados a cumplir.

## VII DECISIÓN

Por los razonamientos expuestos, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara CON LUGAR la demanda incoada por la sociedad mercantil **PDV-IFT, PDV-INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES, S.A.**, contra las sociedades **INTESA INFORMÁTICA, NEGOCIOS Y TECNOLOGÍA, S.A.** y **SAIC (BERMUDA) LTD**, a los fines de solicitar la disolución de la primera de las codemandadas.

En consecuencia, declara:

**1. DISUELTA** la sociedad mercantil **INTESA Informática, Negocios y Tecnología, S.A.**

**2. Que ha DECAÍDO** la medida cautelar innominada solicitada en la presente causa por la parte actora.

En razón de la anterior declaratoria, se acuerda la liquidación de INTESA de conformidad con lo previsto en los artículos 347 y siguientes del Código de Comercio.

En este sentido, se designará por auto separado a tres (3) liquidadores quienes deberán llevar a cabo todos los actos necesarios para que se cumpla dicha liquidación, para lo cual tendrán las pertinentes facultades y obligaciones legales, debiendo actuar bajo el debido control de la Sala.

Asimismo, los miembros del directorio de INTESA cesarán en sus funciones en forma definitiva, al día

siguiente a aquél en que se haya verificado, por parte de los nombrados liquidadores, su manifestación de aceptar sus respectivos cargos, y presten juramento por ante esta Sala, de desempeñar fielmente las actividades que han sido llamados a cumplir.

Remítase copia certificada de la presente decisión al Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, a los fines de llevar a cabo su inscripción en el expediente mercantil correspondiente, conforme a lo preceptuado en los artículos 221 y 224 del Código de Comercio.

Notifíquese a la Procuraduría General de la República a tenor de lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto

con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; y al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo.

Por último, en vista de la imposibilidad de notificar a INTESA de esta decisión en su sede, ubicada en la Torre Credicard, en Chacaíto, Caracas, se acuerda su notificación así como la de SAIC (Bermuda) LTD, mediante la publicación de cartel en un diario de los de mayor circulación a nivel nacional, en atención a lo establecido en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Notifíquese a las partes. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los doce (12) días del mes de febrero del año dos mil ocho (2008). Años 197° de la Independencia y 148° de la Federación.

La Presidenta

*Evelyn Marrero Ortíz*

La Vicepresidenta

*Yolanda Jaimes Guerrero*

Los Magistrados,

*Levis Ignacio Zerpa*  
Ponente

*Hadel Mostafá Paolini*

*Emiro García Rosas*

La Secretaria,

*Sofía Yamile Guzmán*

En trece (13) de febrero del año dos mil ocho, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 00157.

La Secretaria,

*Sofía Yamile Guzmán*



## **ÍNDICE ACUMULADO**

### **ARTICULOS**

---

### **CONFERENCIAS**

---

### **CONTRIBUCIONES ESPECIALES**

---

### **LEGISLACIÓN**

---

NACIONAL

INTERNACIONAL

### **RESEÑA LEGISLATIVA**

---

### **CRÓNICA JURÍDICA**

---

### **JURISPRUDENCIA**

---

COMENTARIOS

SENTENCIAS

### **RECENSIÓN**

---

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA  
ESPECIALIZADA

## ARTÍCULOS

- AGUILAR TORRES, Jorge.
- El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España. **10**, (2008-2009), 75-91.
- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.
- El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 121-145
- ALVÁREZ CABRERA, Carlos.
- Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar.
- El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 171-181.
- AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 117-131
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo.
- Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 203-227.
- ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **2**, (Enero/Junio 2003), 131-150.
  - La protección al consumidor en el comercio electrónico. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 53-71.
- ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. **1**, (2002), 111-128.
  - Los aportes en ciencia, tecnología e innovación en Venezuela. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 89-116.
- BARZALLO, José Luis.
- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.
- BUITRAGO RODRÍGUEZ, Mariana
- La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano. **10**, (2008-2009), 93-109
- 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.
- CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.
- La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor, **10**, (2008-2009), 133-155.
- CHIQUITO, Andreina.
- El cheque electrónico en la legislación venezolana. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 69-88.
- 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 opinión 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.
- GUISADO MORENO, Ángela.
- La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 133-158.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquilmar sin despellejar? **2**, (Enero/Junio 2003), 21-41.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael.
- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. **1**, (2002), 9-23.
  - La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica. **9**, Enero/Diciembre 2007), 11-26.
- IRIARTE AHON, Erick.
- Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. **2**, (Enero/Junio 2003), 103-129.
- LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-learning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.
- LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.
  - El uso de la marca en Second Life. **10**, (2008-2009), 7-43
- LÓPEZ ZAMORA, Paula.
- Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 11-25.
- MACHTA CHENDI, Zulay.
- El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 41-80
- MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia.
- Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español. **10**, (2008-2009), 45-74

- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.
- Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. **1**, (2002), 53-71.
- MATA, Miguel Angel.
- La protección al consumidor en la contratación a distancia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 73-94.
- MATTUTAT MUÑOZ, Marjorie.
- La electrificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela. **10**, (2008-2009), 111-131
- MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith.
- Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano. **10**, (2008-2009), 157-177
- OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
  - Internet como fuente de información accesible al público: pensando el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 49-72.
- PANIZA FULLANA, Antonia.
- Análisis jurídico de los *spyware*, *web bugs* y *mail bugs*. (*Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor*). **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 91-113.
  - E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 51-68
- PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el “popurrí” de los “nuevos” artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. **2**, (Enero/Junio 2003), 7-19.
  - ¿Forma *escrita* del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 27-49
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.
- Reflexiones sobre la contratación 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.
- SEMENT VIDAL, María José.
- La protección jurídica del denominado “conocimiento libre”. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 141-170.
- SOTO, Alberto.
- Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.
- 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– electrificación del Derecho de sociedades mercantiles. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 117-159.
- ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. **4**, (Enero/Julio 2004), 187
- PÉREZ PEREIRA, María.
- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. **4**, (Enero/Julio 2004), 177
  - La evolución de los sistemas de cifrado. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 189-193.
- RAMOS HERRANZ, Isabel.
- Presentación VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 115-116.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. **4**, (Enero/Julio 2004), 109
- RICO CARRILLO, Mariliana.
- El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 177-188.
- SÁNCHEZ, Diego.
- Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 209-219.

## CONTRIBUCIONES ESPECIALES

---

- CUBEROS DE QUINTERO, María Antonia
- La participación ciudadana y el gobierno electrónico. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 161-172.
- CANO, Jeimy J.
- Informáticos forenses: los criminalistas informáticos en la sociedad de la información. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 173-182.

## LEGISLACIÓN

### II.1. Nacional

#### Decretos

- Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. **1**, (2002), 185-188.
- Decreto N° 1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.
- Decreto N° 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.
- Decreto N° 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica. **2**, (Enero/Junio 2003), 209-245.
- Decreto N° 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **2**, (Enero/Junio 2003), 255-280.
- Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **1**, (2002), 255-273.
- Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 301-322.
- Decreto N° 3.335, de fecha 12 de diciembre de 2004, mediante el cual se decreta el Reglamento Parcial del Decreto

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 331-344.

- Decreto N° 3.390, de fecha 23 de diciembre de 2004, sobre el uso del software libre en la Administración Pública. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 345-349.

#### Leyes

- Ley especial contra los Delitos Informáticos. **1**, (2002), 275-285.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **1**, (2002), 189-253.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 249-298.
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 299-329.
- Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, video juegos y otros multimedia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.
- Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, **10**, (2008-2009), 181-202.

#### Reglamentos

- Reglamento sobre facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y larga distancia internacional de fecha 8 de noviembre de 2004. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 315-326.
- Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación referido a los Aportes e Inversión de fecha 9 de octubre de 2006. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 207-220.

### Resoluciones

- Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.
- Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 253-255.
- Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 257-261.
- Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 263-266.
- Resolución por la cual se dictan "Normas que Regulan los Procesos Administrativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico", **10**, (2008-2009), 203-226.

## **II.2. Internacional**

### Directivas

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.

- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.
- Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior. **10**, (2008-2009), 227-301.

### 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 de noviembre, General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 161-252.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 185-2005.
- Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, **10**, (2008-2009), 303-322.

---

## 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.
- La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **10** (2008-2009), 325-330

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.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 22 de mayo de 2007 sobre el caso RCTV. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 223-259.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007 sobre el valor probatorio de los medios electrónicos. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 261-317.
- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de marzo de 2007. **10**, (2008-2009), 331-354.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de febrero de 2008. **10**, (2008-2009), 355-400.

## 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 N° 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 377-378.
- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel. Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa: *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid, Marcial Pons, 2006. 9, Enero/Diciembre 2007), 321-324.



## **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@ucac.edu.ve](mailto:derechoytecnologia@ucac.edu.ve) con copia a [mrico@ucac.edu.ve](mailto:mrico@ucac.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 they 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@ucac.edu.ve](mailto:derechoytecnologia@ucac.edu.ve) with copy to [mrico@ucac.edu.ve](mailto:mrico@ucac.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 Tachirensis 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

VICERRECTORADO ACADÉMICO  
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

10/2008-09

Revista de Derecho y Tecnología, Edición Especial 2008-2009,  
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó  
de imprimir en el mes de **noviembre** de 2009, en los talleres de  
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de **500** ejemplares.  
San Cristóbal - Venezuela

