

# CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

José Ovidio Salgueiro

## INTRODUCCIÓN

La llegada de la tecnología a la vida del ciudadano ordinario, además de los obvios avances en materia de progreso y de nuevas expectativas, ha traído una serie de cambios que saltan a la vista. Estos avances, producto de las mentes privilegiadas de genios y hechos fortuitos que por su significación trascienden en la historia, se han producido sin la presencia de leyes especiales que las autoricen o regulen. Para ello damos tres breves ejemplos:

El 17 de diciembre de 1903 en la colina de Kitty Hawk en Carolina del Norte, Orville y Wilbur Wright realizaron el primer vuelo motorizado de la historia y no existía una ley de aviación. En 1927 Charles Lindbergh y su avión, el Espíritu de San Luis, realizaron el primer vuelo sobre el océano Atlántico y tampoco había leyes que trataran los vuelos internacionales. En 1969 el hombre logra una de sus más grandes hazañas hasta la fecha, aterrizar en la Luna y tampoco había leyes que regularan los viajes al espacio. Para el año 2020 probablemente llegue la primera misión tripulada a Marte y con toda seguridad, para esa fecha tampoco habrá una ley que regule los viajes interplanetarios.

En 1844 Samuel Morse inició sus investigaciones relacionadas con la telegrafía. Para 1876 Alexander Graham Bell experimentaba con el teléfono. En 1899 Guillermo Marconi realizó la primera transmisión

*El creciente fenómeno de Internet, como medio para contraer derechos y obligaciones que no se encuentran aún regulados, reafirma la vieja frase de que “el hecho precede al derecho” y corrobora que éste se ve infatigablemente impulsado a adaptarse a las necesidades de un mundo que marcha al compás de la tecnología.*

*A la luz de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela, como referente para América Latina, el presente trabajo describe el perfeccionamiento de las transacciones a través del desarrollo informático. No obstante, tras el estudio de la figura del contrato electrónico y su valor probatorio, el autor analiza el rol de una ley especial para otorgar validez a tales situaciones.*

telegráfica inalámbrica a través del Canal de la Mancha y en 1901 a través del océano Atlántico lo que le valió el Premio Nóbel en 1909. Todos los avances que las telecomunicaciones presentan hoy en día se deben a estos tres hombres quienes, cuando iniciaron sus investigaciones y experimentos, no contaban con leyes que regularan la actividad.

La historia de la explotación petrolera en Venezuela se inicia en 1879 cuando Manuel Antonio Pulido y su empresa, la Petrolia del Táchira, explotaban el pozo "Alquitrana" que producía unos cuantos litros al día. En 1913 explota el pozo "Zumaque I" dando inicio a la más profunda transformación del país, convirtiéndose en una nación petrolera. Sin embargo, no fue hasta 1943, cuando el país ya vivía del petróleo, que se dicta la primera ley de Hidrocarburos.

La tecnología y los avances no pueden esperar por la ley. La revolución informática ha traído una serie de consecuencias donde el mundo jurídico no ha quedado intacto.

Lo mismo sucedió con Internet, que nació a finales de los años sesenta como un proyecto militar norteamericano para garantizar las comunicaciones en caso de un desastre nuclear. En los años 80 llegó a las universidades a fin de ampliar el acceso a la información por parte de investigadores y alumnos. A principios de los 90 fue descubierta por las grandes empresas que vieron un potencial tanto para ahorro en gastos operativos así como herramienta eficiente en comunicaciones y como nuevas formas de generar negocios. En 1995 el lanzamiento al mercado del primer programa *browser* permitió la navegación en forma sencilla, sin necesidad de conocer códigos o lenguajes especiales. Internet inició su desarrollo en forma exponencial y hasta el momento indetenible, logrando en apenas cinco años lo que a otros medios como la radio, televisión y cine tomó lapsos significativamente superiores, llevando a las manos del ciudadano común los medios electrónicos. Si bien es cierto que Internet no es la única herramienta electrónica que permite contratar y contraer derechos y obligaciones, es la principal, la más difundida y la más sencilla de utilizar.

El uso regular de la informática para la comunicación entre las personas, como medio válido para manifestar su voluntad y por tanto, para contraer derechos y obligaciones ha traído como consecuencia la necesidad de que el derecho se adapte a estas nuevas realidades, dándole un reconocimiento y un valor a los hechos provenientes de la Red.

En Venezuela la Ley Sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas (identificada en este trabajo por sus siglas LSMDFE) ha pasado a constituir una herramienta indispensable para que nuestro país se mantenga a la vanguardia regional en materia de derecho adaptado y aplicado a las nuevas tecnologías.

Una de las consecuencias fundamentales de la informática es la contratación electrónica y este es el punto que se pretende desarrollar en este trabajo bajo la luz de la nueva LSMDFE.

Los principios y procedimientos adoptados por esta Ley son muy similares a los de otras legislaciones nacidas en momentos similares y, por tanto, estos principios aún cuando en la forma aquí expresada refieren específicamente a la LSMDFE de Venezuela, la aplicación de los mismos es similar a la de otros países de tradición romanista del derecho.

Este trabajo se inicia con la determinación de la legislación aplicable a la contratación electrónica, posteriormente se analiza la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela como ley especial al tomar en cuenta que la mayoría de las leyes especiales de América Latina que tocan estas áreas presentan estructuras similares.

Seguidamente se analiza el contrato electrónico y sus elementos, los mensajes de datos como forma por excelencia para manifestar el consentimiento por vía electrónica y del mensaje de datos como documento; posteriormente se analizará la firma electrónica como mecanismo para certificar la identidad de los contratantes, lo cual es indispensable en muchos de los contratos celebrados.

Por último, se hará un análisis del valor probatorio de los mensajes de datos según la presencia de los diferentes elementos que conforman el mecanismo supletorio establecido en la LSMDFE, valor que va desde plena prueba hasta simples indicios.

El resultado del trabajo arroja como conclusión que la contratación electrónica es válida con o sin ley que expresamente la admita.

## I. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Uno de los más grandes dolores de cabeza para quienes deben determinar la legislación aplicable a los hechos de naturaleza electrónica y por tanto, a la contratación, es la legislación aplicable. Las dudas van desde la validez o no de la contratación electró-

nica hasta la legislación aplicable a los hechos y obligaciones nacidas o derivadas de hechos consumados por vía electrónica y documentos informáticos<sup>1</sup>.

Si bien es cierto que Internet y otros medios electrónicos ofrecen una libertad nunca antes imaginada, esto no significa en forma alguna que las actividades realizadas por estas vías no tengan reglas o que lo que por estos medios sucede no está sometido a ningún tipo de control. El sentido es más bien contrario, es decir, que no deben diferenciarse las actividades desarrolladas por vías electrónicas de aquéllas realizadas en el mundo de los átomos.

Si bien es cierto que los medios electrónicos aún no han alcanzado a todos los estratos de la población, aquellos, especialmente Internet, han penetrado masivamente en los medios de producción implicando beneficios para toda la sociedad en general. Éste es un fenómeno multifuncional porque puede emplearse para cualquier tipo de actividad imaginable o por imaginar. Por citar algunos, hoy en día las herramientas informáticas y principalmente Internet, se utilizan como medio de expresión, comunicación e intercambio cultural, como herramienta de transmisión de información para el trabajo, la investigación y la educación y con fines comerciales o mercantiles para la realización de transacciones no sólo entre empresarios o profesionales y entre éstos y sus clientes, sino también entre distintos particulares que ocasionalmente comercializan a distancia determinados productos o servicios sin convertirse por ello en profesionales.

Este fenómeno social está cambiando al mundo y ha traído una serie de cambios que han hecho que las estructuras existentes en muchos de los campos del mundo tridimensional se vean afectadas.

La única diferencia de los hechos perfeccionados por medios electrónicos de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es precisamente el medio electrónico en el cual se llevan a cabo. La compra de un libro en una librería de un centro comercial y la compra de un libro en línea no son más que eso, la compra de un libro, de un bien mueble, siendo la única diferencia el medio en el cual se llevan a cabo, pero en su esencia son iguales. De la misma forma, lo que es ilegal en el mundo de los átomos es ilegal en la Red. Es por eso que no cabe duda al afirmar que la Ley aplicable en la Red es la Ley ordinaria que aplique a cada situación o hecho en particular.

Así tenemos que para constituir una empresa dedicada a ofrecer bienes y servicios a través de Internet o empresas de altísima tecnología debemos aplicar la normativa del Código de Comercio; las leyes de Impuesto sobre la Renta, al Valor Agregado y la Ley de Protección al Consumidor son aplicables a la venta de bienes y servicios por medios electrónicos; contra cualquier hecho o publicación que constituya difamación o injuria corresponde la aplicación del Código Penal; para el caso de eventos en que intervengan ciudadanos de otros países, se realicen transacciones internacionales, cuando se cometa un delito informático en el cual se vea involucrada más de una jurisdicción, se aplicarán los tratados internacionales a que haya lugar en cada caso particular; para todo lo relativo a la contratación, se aplicará la normativa del Código Civil, el Código de Comercio y cualquier otra ley vigente según la materia de la cual se trate la convención, y así sucesivamente.

En el caso específico de Internet uno de los puntos más controvertidos entre sus actores es el de la autorregulación. Un nutrido grupo de ellos, en el cual por lo general no se encuentran abogados, estima que Internet es por esencia libre y que por ello debe autorregularse. Esta autorregulación consiste en la libertad que tendrían los participantes para determinar las reglas a seguir en cuanto a su comportamiento en Internet.

Pero, si como señalamos anteriormente, no existe diferencia en cuanto a las actividades llevadas a cabo en la Red con aquellas similares llevadas a cabo en el mundo tridimensional, entonces, ¿qué razón habría para excluir de la ley ordinaria a ciertas actividades, cuya única particularidad es que son llevadas a cabo en forma electrónica? Para que pueda existir la tan ansiada autorregulación debe existir primero una ley que la reconozca.

Si bien estimamos que la autorregulación por mandato de la ley debe ser bastante difícil de obtener, si llegase a conseguirse, no tendría eficacia más allá de las fronteras geográficas del país en el cual se dictase tal ley y si esto se hiciese mediante tratado internacional, pues sólo tendría vigencia en el territorio de aquellos países que ratificasen dicho tratado. Aún así, no luce factible, al menos en un futuro inmediato, que los gobiernos del mundo opten voluntariamente por ceder su facultad de legislar sobre una materia tan importante

<sup>1</sup> El término "informática" se usa generalmente como sinónimo de "electrónico".

como ésta en la cual se mueve tanto dinero y tantos intereses.

Aún en el caso que exista una ley que regule ciertas materias referentes a las actividades realizadas por medios informáticos, es decir, una ley de carácter especial, el principio general del derecho de que la ley especial es de aplicación preferente sobre la ley general será aplicable.

En América Latina se ha empezado a legislar en esta materia y tenemos leyes especiales y proyectos de leyes en varios países tanto en materia de mensajes de datos, firmas electrónicas, delitos informáticos, privacidad de datos, etc. En Venezuela tenemos la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas que será tocada con mayor profundidad mas adelante.<sup>2</sup>

A falta de una ley especial que regule en forma específica alguno de los aspectos relacionados con la validez y eficacia del uso de medios electrónicos siempre será aplicable la ley ordinaria para cada actividad en particular.

Si bien es cierto que leyes que admiten y dan validez y eficacia jurídica a los medios electrónicos son beneficiosas para el desarrollo de cualquier país latinoamericano, no es menos cierto que aún sin ella siempre es posible apoyarse en la legislación existente para lograr darle valor. Prueba de ello es que el Comercio Electrónico se desarrolló en todos estos países, ha movido cantidades importantes de dinero y jamás se ha atacado su validez. Las leyes vinieron después.

No debe tampoco en forma específica intentarse controlar o regular las actividades de los diversos actores que intervienen por medios electrónicos o por la Red. Estas actividades están ya reguladas por las leyes ordinarias. La única diferencia entre las actividades realizadas en la Red de aquellas realizadas en el mundo "real" es el medio en el cual se llevan a cabo. Un contrato es un contrato, una venta es una venta, y un delito es un delito por medios electrónicos o en el mundo real<sup>3</sup>.

Las limitaciones al crecimiento del Comercio Electrónico como actividad en Venezuela y en otros países de América Latina vienen dadas en gran parte por problemas de carácter socio-económico más que tecnológicos. El acceso limitado a la tecnología

de la información, la desigualdad social, la pobreza y falta de educación y de oportunidades son limitantes al desarrollo de la actividad; no obstante, estas limitantes no son culpa de la tecnología, la cual, si es bien utilizada y gerenciada, puede ayudar a reducir estas limitantes.

La ineficiencia del poder judicial, tanto en Venezuela como en otros países latinoamericanos es también una limitante ya que el ciudadano no siente suficiente respaldo de sus organismos para su defensa en caso de cualquier inconveniente. Adicionalmente, el desconocimiento de los jueces de los medios electrónicos hace que la valoración de dichas pruebas pueda no resultar adecuada.

## **II. LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS DE VENEZUELA**

En Venezuela, al igual que en la mayoría de los países de América Latina se ha optado por crear una ley especial que amplíe todo lo relativo a la validez y eficacia probatoria de los medios electrónicos. Así nace la LSMDFE.

La Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001, quedando identificada como Decreto Ley 1204. Esta Ley, considerada por muchos expertos como una de las más avanzadas de la región permitirá el desarrollo de nuevas iniciativas en la Red así como el crecimiento de otras ya existentes.

Esta no es una Ley de Comercio Electrónico ya que no toca aspectos relacionados con el comercio en ninguna de sus formas ni refiere a otros que en alguna forma podrían estar asociados al comercio por medios electrónicos o a través de Internet como, por ejemplo, las normas de privacidad, ciberocupación de nombres de dominio, aspectos impositivos, penales, envío abusivo de material electrónico de contenido comercial no solicitado (conocido como SPAM), etc.

El objeto de la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela es el de otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, que pueda ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como

<sup>2</sup> Cfr. Capítulo II.

<sup>3</sup> Ciertamente existen los delitos informáticos que son especiales de esta área pero eso no es objeto del presente trabajo.

regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

La elaboración de esta Ley se basó en tres principios fundamentales de los cuales deriva una consecuencia que define la naturaleza de la misma. Los principios sobre los cuales se desarrolló la LSMDFE fueron el de neutralidad tecnológica, la equivalencia funcional y el principio de autonomía de la voluntad de las partes; la consecuencia de la aplicación de estos principios es la no modificación del derecho, derivando así la naturaleza de ésta como una ley especial.

### 1. Principio de neutralidad tecnológica

La LSMDFE mantiene el más estricto principio de neutralidad tecnológica con la finalidad de que permanezca vigente durante el mayor tiempo posible.

La neutralidad tecnológica implica no favorecer unas tecnologías sobre otras ya que los estándares en esta materia deben ser impuestos por el mercado y no por ley. Favorecer en un cuerpo legal una tecnología sobre otras es incorrecto, discriminatorio y por sobre todo, un error de técnica legislativa. Hacerlo implicaría la pronta obsolescencia de la ley haciendo inútil el esfuerzo y el tiempo dedicado a su creación y aprobación así como la salida de Venezuela del mercado electrónico.

Sin embargo, no podemos pretender tampoco que esta Ley sea perpetua, algún día surgirá una nueva tecnología que hoy no podemos ni siquiera imaginar que superará a todo lo hoy existente, ese día tendremos que reorganizar el sistema legal para adaptarnos a esa tecnología incluyendo a la LSMEFE o redactar una nueva ley que se adapte a esa nueva realidad.

El principio de Neutralidad Tecnológica es la razón por la cual esta Ley refiere a firma electrónica en lugar de firma digital entendiendo que la firma digital es un tipo de firma electrónica, la cual si bien es cierto que es la que se utiliza en la actualidad con preferencia, es una firma que está basada en la tecnología de dígitos (unos y ceros). Las computadoras con tecnología digital funcionan sobre la base de circuitos en los cuales la corriente tiene dos únicas alternativas, pasar o no pasar, cada una de esas

señales de transforma en un dígito que puede ser un uno (1) o un cero (0), esto es lo que se conoce como lenguaje binario<sup>4</sup>.

Al momento que la tecnología digital de códigos binarios esté superada o deje de tener supremacía en el mercado, las leyes que hagan referencia a la firma digital quedarán obsoletas.

En el proceso se entendió que si bien en la actualidad las firmas digitales son el estándar, no se debía cerrar la puerta a firmas electrónicas generadas con cualquier otra tecnología. Por esa misma razón se obvió cualquier referencia a los protocolos de claves pública y privadas<sup>5</sup>, que actualmente son los más usados, pero por las mismas razones explicadas, no es prudente obligar a todo usuario y proveedor a adoptar esta tecnología sobre alguna otra.

Las leyes de Alemania (1997), Colombia (1999) y Argentina (2001) se refieren a firmas digitales, las leyes de Estados Unidos (2000), España (1999), Proyecto de ley de Ecuador (2001), Directiva de la Comunidad Económica Europea (1999), modelo UNCITRAL (2001) y la reforma legislativa mejicana refieren por su parte a la firma electrónica. La firma electrónica debe entenderse como el género y la firma digital como un tipo de firma electrónica.

Ante los constantes y rápidos cambios tecnológicos quedó expresamente previsto que estas normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, siempre orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas<sup>6</sup>.

### 2. Principio de equivalencia funcional

La revolución tecnológica de la última década del siglo XX permitió por primera vez la convivencia del ciudadano común con los avances producidos.

La tecnología está ahora al alcance de todos y se desarrolla sin esperar una ley previa que prevea las consecuencias de los avances que se van produciendo; así, nacen situaciones de carácter tecnológico con consecuencias similares a las de algunas instituciones del mundo físico, algunas con desarrollo milenario como el documento y la firma autógrafa.

<sup>4</sup> Son comunes las expresiones *bit* y *byte* en computación y las mismas son unidades de medida para el almacenaje de códigos binarios. "Un *byte* consiste en 8 *bits*. Un *bit* es un cero (0) o un uno (1). Por lo tanto, un ejemplo de un *byte* es 01001001. Esta secuencia de números (*byte*) puede simbolizar una letra o un espacio. Un *kilobyte* (Kb) son 1024 *bytes* y un *megabyte* (Mb) son 1024 *kilobytes*." CARRASCO BLANC, Humberto Rolando. "Contratación Electrónica y Contratos Informáticos". Santiago de Chile, La Ley, 2000, p. 32.

<sup>5</sup> Como hace, por ejemplo, referencia la Ley Colombiana de 1999.

<sup>6</sup> LSMDFE: artículo 1.

Estas nuevas instituciones a las cuales podríamos denominar “instituciones electrónicas”<sup>7</sup> son totalmente diferentes en su esencia a sus similares del mundo físico, lo que trae como consecuencia que la legislación nacional y en principio todas las legislaciones de los países de tradición romanista que se han fundamentado en documentos escritos, firmados u originales excluyan a los nuevos desarrollos tecnológicos por ser incompatibles con los conceptos y procedimientos de su equivalente en tales legislaciones.

Sin embargo, estas “instituciones electrónicas” son similares en sus efectos y consecuencias a sus correlativas del mundo físico y por esta única razón, en lugar de “inventar” un desarrollo legislativo para estas nuevas instituciones de carácter netamente tecnológico y con tiempos de vida muy cortos, se las equipara con sus similares del mundo físico, que ya han sido desarrolladas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia haciéndolas equivalentes sólo en lo que respecta a dichos efectos y consecuencias. Este es el principio de la equivalencia funcional.

La equivalencia funcional en la LSMDFE se da principalmente entre las firmas electrónicas y las firmas autógrafas y entre los documentos escritos y mensajes de datos.

### 2.1. Las firmas electrónicas en relación con las firmas autógrafas

Las firmas electrónicas en su esencia son total y absolutamente diferentes a las firmas autógrafas. Una firma electrónica es producida por un software y una firma autógrafa es una manifestación de la personalidad.

Sin embargo, la finalidad de ambas es la misma, atribuir la autoría de un documento y la aceptación del contenido del mismo, sea en papel o forma de mensaje de datos. La Ley por tanto, las asimila sólo en lo que refiere a sus efectos y consecuencias al atribuirle a la firma electrónica<sup>8</sup> la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa<sup>9</sup>.

La guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo UNCITRAL de Firmas Electrónicas del año 2001 entiende a la “firma electrónica” como las diversas técnicas disponibles en el mercado con la

finalidad de que algunas o todas las funciones identificadoras de la firma manuscrita<sup>10</sup> se puedan cumplir en el entorno electrónico.

Las medidas de seguridad en el proceso de obtención de una firma electrónica así como del certificado que la garantiza pueden venir dados por técnicas criptográficas, simétricas o asimétricas, o por cualquier otro mecanismo de seguridad. La LSMDFE en cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica<sup>11</sup> no favorece la utilización de alguna técnica de seguridad sobre otra exigiendo solamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en su artículo 16 para otorgar a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria de la firma autógrafa<sup>12</sup>.

### 2.2. Mensajes de datos en relación con los documentos

Con los mensajes de datos sucede lo mismo que se ha señalado respecto de las firmas electrónicas, es decir, no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales como su equivalente funcional. No obstante, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos.

Los mensajes de datos serán tratados a profundidad en el Capítulo III.

### 3. Principio de la autonomía de la voluntad de las partes

El tercer principio respetado en la redacción de la LSMDFE es el de la autonomía de la voluntad de las partes.

El régimen establecido de firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y sólo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alterno.

La autonomía de la voluntad de las partes y por tanto, la supletoriedad del régimen aplicable se extiende también a: i) la verificación tanto de la emisión como de la oportunidad de emisión del mensaje de datos; ii) la determinación de los mecanismos para la recepción de los mensajes de datos; iii) la determinación del lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, de

<sup>7</sup> Las “instituciones electrónicas” nos son “instituciones” propiamente dichas. Les damos este título a fin de ver claramente su relación con las “instituciones” del mundo físico que les son equivalente a cada una de ellas.

<sup>8</sup> Siempre que cumpla con un mínimo de requisitos establecidos en la Ley.

<sup>9</sup> LSMDFE: artículo 16.

<sup>10</sup> El proyecto UNCITRAL de Firma electrónica habla de firma manuscrita a diferencia de la LSMDFE que refiere a firma autógrafa. La interpretación de ambas expresiones, no obstante, es idéntica.

<sup>11</sup> Cfr. punto 3 de este Capítulo.

<sup>12</sup> Cfr. Capítulo IV.

donde deriva la jurisdicción y leyes aplicables en una relación jurídica; iv) acuse de recibo y mecanismos para verificarlo.

#### 4. No modificación del derecho

La consecuencia de la aplicación de los tres principios antes señalados es la no modificación del derecho. La LSMDFE no crea ni modifica en forma alguna leyes existentes ni se impone en su aplicación sobre otras leyes existentes.

La LSMDFE es en su naturaleza una ley especial. Por tanto, debe ser aplicada con preferencia sobre cualquier otra norma en todo lo que refiere al reconocimiento, eficacia y valor jurídico de la firma electrónica, los mensajes de datos y toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Como se ha señalado, la única diferencia de los hechos llevados a cabo en la Red de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es el medio electrónico a través del cual se desarrollan, por tanto, las leyes ordinarias del mundo físico se aplican en lo que corresponden a los hechos provenientes de Internet salvo la presencia de una ley especial, como es el caso de la LSMDFE, que será de aplicación preferente en lo que respecta a las materias de su especialidad.

### III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Determinada la legislación aplicable e independientemente de la presencia o no de una ley especial de aplicación preferente, debemos determinar la forma en la cual el documento electrónico entra a formar parte integrante de una relación contractual o generadora de derechos y obligaciones.

En cuanto a la esencia del contrato el destacado jurista venezolano Eloy Maduro Luyando señala que "el contrato es el instrumento por excelencia para que un hombre en sociedad pueda satisfacer sus necesidades"<sup>13</sup>. Siendo ésta la finalidad esencial de esta institución es lógico inferir que la satisfacción de tales necesidades debe adaptarse a los distintos avances tecnológicos que le hagan la vida más sencilla. Ésta es nuestra primera aproximación a la

validez del contrato electrónico con o sin la existencia previa de una ley que le conceda expresa eficacia.

La norma rectora de la contratación en el ordenamiento jurídico venezolano es artículo 1133 del Código Civil que establece que "el contrato es una convención entre dos o mas personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico".

De esta norma no puede inferirse de forma alguna que el documento electrónico incumpla los finalidades allí señaladas. La amplitud de la norma cuya finalidad evidente es la de buscar siempre la validez del contrato no deja duda en cuanto a que la contratación por medios electrónicos, informáticos o vía Internet es válida sin necesidad de una ley previa que los admita o reconozca validez en forma expresa. El punto que queda por dilucidar es entonces cómo se incorporan en el formato electrónico los elementos del contrato.

#### 1. Elementos del contrato electrónico

El Artículo 1141 del Código Civil señala que "las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1° Consentimiento de las partes; 2° Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3° Causa lícita".

Nuevamente, la amplitud de la norma evidencia que no hay necesidad de una ley previa que permita el cumplimiento de estos requisitos fundamentales por vía electrónica.

Estos elementos esenciales del contrato, así como lo relativo a las fases de la contratación, no presentan diferencias de fondo por el hecho que la contratación se realiza por vía electrónica. Las diferencias fundamentales entre la contratación tradicional y la electrónica se dan por el medio a través del cual se manifiestan y no son en forma alguna de naturaleza.

El objeto y la causa del contrato no presentan variaciones de fondo por el hecho de que la contratación se realice en formato electrónico, por esto los tocaremos primero en forma breve para luego profundizar en la manifestación del consentimiento, elemento más delicado en la contratación, electrónica o no.

<sup>13</sup> MADURO LUYANDO, Eloy. "Curso de Obligaciones. Derecho Civil III". Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1983, p. 383.

### 1.1. El objeto

El objeto del contrato es la prestación, actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en beneficio de su acreedor. Pueden ser prestaciones o conductas de dar, de hacer o de no hacer, de medio o de resultado, puede consistir en la realización de una actividad o en la transmisión de un derecho. Según el artículo 1155 del Código Civil el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable.

El objeto no representa diferencia alguna en un contrato electrónico. El objeto del contrato o convención electrónica debe cumplir las mismas condiciones establecidas en el señalado artículo 1155 para su validez.

### 1.2. La causa

La causa es la razón por la cual se ha realizado un contrato, el fin inmediato perseguido con la obligación contraída. Es un elemento subjetivo muy discutido por la doctrina en el cual no profundizaremos.

El Código Civil hace breves referencias a la causa de los contratos. El artículo 1157 señala que la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto y que la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. El artículo 1158 señala que el contrato es válido aunque la causa no se exprese y que la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.

Se evidencia que la causa como elemento esencial de validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que éste se celebre por vía electrónica.

### 1.3. El consentimiento

Es el fundamental y más delicado de los elementos de un contrato cualquiera sea su tipo, naturaleza o forma de perfeccionarse. El consentimiento es la manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre que expresa el acuerdo de un sujeto de derecho respecto de un acto externo propio o ajeno<sup>14</sup>.

La ley venezolana no presenta limitaciones en cuanto a la forma o medio de manifestación del consentimiento. Éste puede manifestarse verbalmente, por escrito, por señales de humo, por sonido de tambores

o por vía electrónica. La forma por excelencia de manifestar el consentimiento por vía electrónica es a través de un mensaje de datos.

Por eso concluimos sin lugar a equivocación que el uso de la informática como medio de expresión para la comunicación entre las personas es un medio válido para manifestar la voluntad y por tanto, un medio válido para contraer derechos y obligaciones, con o sin ley especial o general que lo admita o reconozca como tal.

La forma por excelencia para identificarse electrónicamente son las firmas electrónicas. El régimen establecido en la Ley para las firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y sólo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alterno.

Cabe señalar que la ley especial busca siempre la validez del contrato electrónico, por ello establece que sus normas deben ser desarrolladas e interpretadas, orientadas a siempre reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas<sup>15</sup>.

Para profundizar en el estudio del mensaje de datos como medio válido para manifestar el consentimiento lo haremos desde la óptica de la Ley Sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela en el Capítulo V.

## 2. Los mensajes de datos

La forma por excelencia de manifestar el consentimiento o voluntad por vía electrónica es por medio de un mensaje de datos. Según la definición de la LSMDFE de Venezuela, mensaje de datos es toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio<sup>16</sup>.

Con los mensajes de datos sucede algo similar a lo señalado con relación a las firmas electrónicas, no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales, sin embargo, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos.

Así, señala el artículo 4 de la LSMDFE que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que

<sup>14</sup> MADURO LUYANDO Op. cit. p. 443.

<sup>15</sup> LSMDFE artículo 1, último aparte.

<sup>16</sup> LSMDFE artículo 2.

la ley otorga a los documentos escritos, por tanto, la manifestación de voluntad o de consentimiento realizado por esta vía tendrá la misma eficacia.

Por ello, todas las fases previas de contratación como ofertas, contraofertas y manifestaciones de voluntad pueden darse por vía electrónica. La oferta electrónica será tratada en forma aparte en el punto 3 de este capítulo.

### 2.1. Los mensajes de datos como medio de manifestación del consentimiento

En el medio electrónico es muy frecuente no conocer a la persona con quien se contrata y en muchas oportunidades conocerla no es importante, relevante o esencial en una negociación. Sin embargo, para que la manifestación de voluntad sea válida, especialmente en muchos casos es importante determinar o hacer determinable a la persona que ha manifestado su consentimiento para contratar.

Los conceptos de incapacidad contractual ya sea por defecto de edad, intelectual o por limitación legal son relevantes al momento de contraer obligaciones y a través de los medios electrónicos puede resultar difícil determinar esta circunstancia.

El artículo 1148 del Código Civil venezolano señala que es causa de anulabilidad del contrato el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato. Cabe señalar en este momento una famosa caricatura de la revista "The New Yorker" que presentaba esta situación en forma muy clara al mostrar a dos perros frente a una computadora acompañado de la leyenda "en Internet, nadie sabe que somos perros".

Para estos casos, la LSMDFE establece mecanismos para determinar la validez y eficacia del consentimiento manifestado por personas determinadas y determinables. Esta normativa es de aplicación supletoria, es decir, se aplicará solamente en caso que las partes no hubiesen determinado la aplicación de otro régimen<sup>17</sup>.

Podemos citar como ejemplos cotidianos de convención entre las partes para identificarse en ambientes electrónicos a las claves asociadas a las tarjetas para

el uso de cajeros electrónicos de instituciones bancarias, login asociado a una clave o *password* para la realización de operaciones bancarias y pagos a través de servicios en línea de instituciones bancarias; acceso a secciones privadas de sitios web con el ingreso de una clave; diversos medios de identificación en redes cerradas como EDI (Electronic Data Interchange)<sup>18</sup>, Bolero<sup>19</sup>, red SWIFT (society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications)<sup>20</sup>.

Los mecanismos supletorios establecidos en la LSMDFE de Venezuela para atribuir la autoría de un mensaje de datos otorgándole así validez y eficacia probatoria serán tratados en forma más amplia en el Capítulo V.

### 2.2. Los mensajes de datos como documentos

Sin pretender profundizar en materia documental ya que no es el fin del presente trabajo, podemos señalar como principales diferencias entre el documento escrito y el mensaje de datos equivalente la forma en la cual se presentan sus características de inmediatez y permanencia.

El documento escrito es inmediato, la individualidad del hecho a representar se traduce inmediatamente en un objeto exterior<sup>21</sup> y su soporte material es por excelencia el papel. Esto no sucede con el documento electrónico, su formato es el electrónico con independencia de su soporte material<sup>22</sup> y por tanto, su movilidad, traslado y archivo debe hacerse en formato electrónico, lo que trae como consecuencia que para acceder a su contenido se deba utilizar un equipo que disponga de los elementos necesarios para la comprensión de su contenido.

En cuanto a la característica de permanencia, si bien un documento en formato electrónico puede permanecer inalterable en el tiempo probablemente por un lapso superior al de un documento soportado en papel, el mismo debe poder ser accesado en el futuro. La tecnología evoluciona con mucha rapidez, razón por la cual es perfectamente posible que al momento en el cual se deba acceder a un documento en formato electrónico la tecnología bajo la cual fue archivado esté superada y no se disponga, o sea muy difícil disponer de los elementos necesarios para acceder a él<sup>23</sup>. A estos efectos, la LSMDFE

<sup>17</sup> Cfr. punto 3 del Capítulo II.

<sup>18</sup> <http://www.edi.com>, <http://www.simplix.com>

<sup>19</sup> <http://www.bolero.net>

<sup>20</sup> <http://www.swift.com>

<sup>21</sup> CARNELUTTI, Francesco. "La Prueba Civil". Buenos Aires, Depalma, p. 119.

<sup>22</sup> LSMDFE artículo 1.

<sup>23</sup> Cfr. punto 2.3 del Capítulo III.

estipula que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, dicho 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<sup>24</sup>.

Otra diferencia fundamental entre los documentos escritos y los electrónicos radica en el concepto de "documento original". El documento escrito original es uno solo del cual luego podrán obtenerse copias simples o certificadas. Los documentos inscritos en registros públicos y notaría son claros ejemplos de lo anterior. En cambio, una de las características del formato electrónico es la posibilidad de obtener un número indeterminado de copias con las mismas características del original.

Lo anterior es relevante a tenor de lo establecido en Capítulo V, Título III del Libro Tercero del CCV<sup>25</sup> referente a la prueba por escrito y sus efectos y del Capítulo V, Título II del Libro Segundo del CPC<sup>26</sup> referente a la prueba por escrito y al momento de presentar los documentos originales en juicio, de la indicación del lugar donde se encuentran y de los efectos que producen.

No obstante las diferencias señaladas, la LSMDFE atribuye a los mensajes de datos los mismos efectos de los documentos escritos desde tres casos principalmente:

### **2.2.1. Mensajes de datos con relación a los documentos en materia probatoria**

La LSMDFE señala que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos.<sup>27</sup>

### **2.2.2. Mensajes de datos con relación al cumplimiento de formalidades**

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en ella establecidos<sup>28</sup>.

### **2.2.3. Mensajes de datos con relación a los documentos en cuanto a la privacidad**

Los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal<sup>29</sup>.

Esta disposición, si bien es redundante e innecesaria, dado que los mensajes de datos estarán sometidos a todas las disposiciones constitucionales y legales sobre privacidad e información personal aún cuando esta norma no formara parte del texto de la Ley, permite establecer, entre otros, una equivalencia de los mensajes de datos con la correspondencia ordinaria, con los documentos privados de las personas y con el uso que se da a las herramientas tecnológicas provistas por el patrono con motivo de la relación de trabajo.

### **2.3. Cumplimiento de formalidades en contrataciones electrónicas**

En Venezuela es de la naturaleza del fideicomiso que éste sea otorgado en forma auténtica; lo mismo sucede con la constitución de hipotecas; en el caso de testamentos cerrados es requisito de validez que se otorgue ante Registrador Subalterno; la venta de inmuebles sólo es oponible a terceros con su inscripción ante la Oficina de Registro Subalterno de la jurisdicción del inmueble; y así muchos otros ejemplos.

Estas son situaciones en las cuales no obstante lo anterior, la sola manifestación válida del consentimiento no es suficiente para perfeccionar el contrato o hecho jurídico o para que este sea oponible ante terceros. Para estos casos en que algunas formalidades sean necesarias la LSMDFE tiene algunas previsiones.

El aparte final del artículo 1 señala que la utilización de certificados electrónicos en los términos en ella establecidos no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que, de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos. Es decir, cuando por mandato legal se requiera el cumplimiento de una

<sup>24</sup> LSMDFE artículo 7.

<sup>25</sup> CCV artículos 1354 y ss.

<sup>26</sup> CPC artículos 429 y ss.

<sup>27</sup> LSMDFE artículo 4.

<sup>28</sup> LSMDFE artículo 6.

<sup>29</sup> LSMDFE artículo 5.

formalidad ésta debe ser cumplida y no se considera satisfecha por el solo hecho de utilizar un certificado electrónico.

Cabe señalar que las formalidades de autenticación o publicidad se cumplen por la participación de un funcionario público investido con autoridad para dar fe pública. En el momento en el cual ese funcionario utilice los mecanismos establecidos en la Ley podrá dar el carácter de autenticidad o publicidad necesarios para la validez o eficacia de un acuerdo.

En respuesta a esta situación el artículo 6 señala que cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en ella descritos.

Dos disposiciones de la LSMDFE obligan al Estado a tomar las medidas necesarias para que esto se pueda lograr. El artículo 3 obliga al Estado a adoptar las medidas que fueren necesarias para que los organismos públicos puedan desarrollar sus funciones, utilizando los mecanismos descritos en la Ley y la disposición final tercera que obliga al Estado a crear un Proveedor de Servicios de Certificación de carácter público, conforme a las normas del presente Decreto Ley.

Cuando estos mecanismos hayan sido implementados y un Notario Público esté en capacidad de cumplir sus funciones en línea mediante la emisión de certificados electrónicos se podrán vender vehículos, otorgar poderes constituir fideicomisos en línea. Cuando la Oficina de Registro Subalterno correspondiente esté en capacidad de cumplir sus funciones en línea mediante la emisión de certificados electrónicos en la forma establecida en la LSMDFE se podrá vender inmuebles, constituir hipotecas y hacer testamentos en línea con todas las formalidades exigidas por la Ley.

Sin embargo, el cumplimiento de lo anterior no es suficiente, es indispensable además que la información que esté contenida en el mensaje de datos sea accesible para su ulterior consulta tal como lo ordena el artículo 8<sup>30</sup>.

Un ejemplo muy claro y no necesariamente de laboratorio sería la necesidad de valerse del con-

tenido de un mensaje de datos en formato del programa Word Star que fue el procesador de palabras mas popular de finales de los años 80 y principios de los 90 archivado en un *diskette* de 5+ pulgadas que era el mas utilizado en esa época. Debe contarse con las herramientas necesarias para acceder al mismo al momento en que pretenda valerse de él.

### 3. La oferta electrónica

El artículo 15 de la LSMDFE señala que en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos.

Las reglas generales para la oferta como etapa previa a un contrato tienen reglas de carácter general establecidas en los artículos 1137 al 1139 del Código Civil para las contrataciones en materia civil y en los artículos 110 y 111 del Código de Comercio para las contrataciones de carácter mercantil.

Cuando la oferta se realiza por medios electrónicos, es decir, por vía de un mensaje de datos debe aplicarse los postulados de los artículos 10 al 14 de la LSMDFE referentes a la emisión y recepción de los mensajes. Todas estas normas son de carácter supletorio, es decir, sólo se aplicarán en caso que las partes no hubiesen acordado en forma previa un mecanismo alternativo.

El artículo 10 señala que salvo prueba en contrario un mensaje de datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario y se considerará recibido por el destinatario a tenor del artículo 11 en uno de los siguientes casos: a) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información designado; b) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el mensaje de datos en un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario.

Cuando el lugar de emisión y recepción de la oferta sean relevantes a los efectos de determinar la jurisdic-

<sup>30</sup> El mismo artículo señala que deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
2. 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.
3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje de datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

ción y legislación aplicable el artículo 12 de la LSMDFE establece que el mensaje de datos se tendrá por emitido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Los efectos de un mensaje de datos y en el caso que nos ocupa, la oferta realizada por medios electrónicos, puede ser condicionada por el emisor a un acuse de recibo del destinatario, para ello podrán establecer un plazo. 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.

Si las partes no han establecido 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 horas a partir de su emisión. Cuando el emisor reciba el acuse de recibo del destinatario conforme lo hayan acordado el mensaje de datos surtirá todos sus efectos.

Nótese la diferencia con la oferta en materia civil y mercantil donde la no aceptación de la oferta en el plazo estipulado la hace presumir como rechazada, en el caso de la oferta por vía de mensaje de datos ésta es considerada como no realizada.

Si las partes no han acordado un mecanismo para determinar el acuse de recibo del mensaje de datos, se considerará como acusada la respuesta y, por tanto, que dicho requisito se ha cumplido en alguno de los siguientes casos: a) toda comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos; b) todo acto del destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al emisor que ha recibido su mensaje de datos.

#### IV. LA FIRMA ELECTRÓNICA

En el contexto de la contratación electrónica, la firma electrónica es el elemento por excelencia para la determinación de la identidad de quien envía un mensaje de datos y por tanto, la validez del consentimiento manifestado por este medio.

Una firma electrónica es la información creada o

utilizada por el signatario, asociada inequívocamente a un mensaje de datos que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado<sup>31</sup>.

La finalidad y efectos de la firma electrónica y la firma autógrafa son los mismos, es decir atribuir la autoría de un documento y la aceptación de su contenido. La LSMDFE las asimila sólo en lo que refiere a sus efectos atribuyendo a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa y siempre que en forma concurrente permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste. La firma electrónica podrá formar parte integrante del mensaje de datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto<sup>32</sup>.

Salvo que las partes dispongan otra cosa, para que la firma electrónica tenga la misma validez y eficacia de la firma autógrafa deberá llenar los extremos señalados en su artículo 16 que son los siguientes: a) garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo 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.

La firma electrónica que no cumpla con estos requisitos señalados no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en la Ley, es decir, no tendrá la misma validez y eficacia que la Ley da a la firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable por el juez conforme a las reglas de la sana crítica<sup>33</sup>.

El régimen de firma electrónica establecido en la LSMDFE de Venezuela es de carácter supletorio y sólo se aplicará en caso que las partes no hayan determinado un régimen de aplicación preferente<sup>34</sup>.

Este régimen supletorio comprende cinco elementos principales cuya presencia dan un diferente grado de validez o eficacia a la firma electrónica y al documento. Estos elementos son: a) el mensaje de datos; b) la firma electrónica; c) el certificado electrónico; d) el proveedor de servicios de certificación; e) la Superintendencia de Servicios de Certificación.

<sup>31</sup> LSMDFE artículo 2

<sup>32</sup> LSMDFE artículo 16

<sup>33</sup> LSMDFE 17

<sup>34</sup> Ejemplos de régimen establecido por la autonomía de la voluntad de las partes cfr. punto 2.1 del Capítulo III.

Los dos primeros elementos ya han sido tratados a lo largo de este trabajo<sup>35</sup> por lo que aquí se hará referencia solamente a los últimos tres.

## 1. Certificado electrónico

Como punto previo para el estudio de los certificados electrónicos de firma, es necesario señalar que la presencia de un certificado electrónico en un mensaje de datos implica la existencia de una firma electrónica que está siendo certificada por el mismo. La presencia de una firma electrónica no implica necesariamente la presencia de un certificado electrónico.

El certificado electrónico es un mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que atribuye certeza y validez a la Firma electrónica<sup>36</sup>. El certificado electrónico garantiza la autoría de la firma electrónica que certifica y la integridad del mensaje de datos, pero no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que en tal carácter suscriban.

Para cumplir su finalidad en los términos señalados en la LSMDFE, el certificado electrónico debe contener al menos la siguiente información: a) identificación del Proveedor de Servicios de Certificación que proporciona el certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica; b) el código de identificación asignado al Proveedor de Servicios de certificación por la Superintendencia de Servicios de certificación electrónica; c) identificación del titular del certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica; d) las fechas de inicio y vencimiento del periodo de vigencia del Certificado Electrónico; e) la firma electrónica del Signatario; f) un serial único de identificación del certificado electrónico; g) cualquier información relativa a las limitaciones de uso, vigencia y responsabilidad a las que esté sometido el certificado electrónico.

El certificado electrónico tiene otros nombres aun cuando la misma función en otras legislaciones. El proyecto de Ley de firmas digitales de Argentina del año 2000 los denomina certificados digitales; la ley alemana de 1997 los refiere certificados de clave de firma; el proyecto de ley de Comercio Electrónico de Ecuador habla de certificados de firma electrónica y son llamados simplemente certificados en la Ley

Modelo de Firmas Electrónicas de UNCITRAL (2001), ley de Colombia (1999), ley de España (1999), Directiva de la Comunidad Económica Europea (1999) y el proyecto de ley de Chile (2000).

La LSMDFE contiene en sus artículos 38 al 44 normativa sobre la contratación, cancelación, suspensión y responsabilidad del titular sobre su certificado electrónico y la validez de los certificados electrónicos extranjeros.

## 2. Proveedor de servicios de certificación

El Proveedor de Servicios de Certificación es toda persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en la Ley<sup>37</sup>.

En Venezuela la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica es obligatoria a fin de que los certificados de firma electrónica que provean den a las mismas, de pleno derecho, la validez y eficacia jurídica que la ley otorga a la firma autógrafa<sup>38</sup>. Otras legislaciones, como por ejemplo la española (1999) y el proyecto chileno (2000) dejan a la voluntad del proveedor de servicios la decisión de acreditarse. No obstante la LSMDFE tiende siempre hacia la validez de la firma y de su certificado.

Los certificados electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación garantizarán la validez de las firmas electrónicas que certifiquen, y la titularidad que sobre ellas tengan sus signatarios. No obstante, su validez y eficacia jurídica como equivalente a una firma autógrafa queda supeditada a su inscripción ante la Superintendencia o la prueba del cumplimiento de los extremos del artículo 16.

Los Proveedores de Servicios de Certificación dado el delicado servicio que prestan deben cumplir con una serie de requisitos mínimos para poder acreditarse como tales ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica. Estos están establecidos en el artículo 31 y son entre otros: a) capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor de Servicios de Certificación; b) capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer certificados electrónicos; c) garantizar un servicio de suspensión, cancelación y revocación, rápido y seguro, de los certificados electrónicos que

<sup>35</sup> Cfr. punto 2 del Capítulo 3 para el mensaje de datos; cf Capítulo IV para las firmas electrónicas

<sup>36</sup> Definición del artículo 2 de la LSMDFE

<sup>37</sup> Definición del artículo 2 de la LSMDFE

<sup>38</sup> LSMDFE artículos 17 y 18

proporcione; d) proporcionar un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los Certificados Electrónicos que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a éstos; e) garantizar que en la emisión de los Certificados Electrónicos que provea se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales, que estén protegidos contra su alteración o modificación, de tal forma que garanticen la seguridad técnica de los procesos de certificación; f) en caso de personas jurídicas, éstas deberán estar legalmente constituidas de conformidad con las leyes del país de origen; g) contar con el personal técnico adecuado con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar.

La LSMDFE contiene en sus artículos 31 al 37 la normativa sobre la acreditación de los proveedores de servicios de certificación ante la superintendencia, sus obligaciones y las medidas a tomar en caso de que el proveedor fuese a cesar en la prestación del servicio.

Establece igualmente la LSMDFE que los Proveedores de Servicios de Certificación podrán realizar las siguientes actividades: a) proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de certificados electrónicos; b) ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas electrónicas; c) ofrecer servicios de archivo cronológicos de las firmas electrónicas certificadas por el Proveedor de Servicios de Certificación; d) ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos; e) garantizar certificados electrónicos proporcionados por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros.

### 3. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica es un servicio autónomo con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Tiene por objeto acreditar, supervisar y controlar, a los Proveedores de Servicios de Certificación, sean estos públicos o privados.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica otorgará la acreditación y la correspondiente renovación a los Proveedores de Servicios de Certificación, revocará o suspenderá la acreditación

otorgada cuando se incumplan las condiciones, requisitos y obligaciones establecidas en la Ley; mantener, procesar, clasificar, resguardar y custodiar el Registro de los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados; verificar que los Proveedores de Servicios de Certificación cumplan con los requisitos contenidos en el presente Decreto-Ley y sus reglamentos; supervisar las actividades de los Proveedores de Servicios de Certificación; inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los Proveedores de Servicios de Certificación; abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones; actuar como mediador en la solución de conflictos que se susciten entre los Proveedores de Servicios de Certificados y sus usuarios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas, sin perjuicio de las atribuciones que tenga el organismo encargado de la protección, educación y defensa del consumidor y el usuario, conforme a la ley que rige esta materia; tomar las medidas preventivas o correctivas que considere necesarias conforme a lo previsto en la Ley e imponer las sanciones establecidas en la Ley.

## V. VALOR PROBATORIO DE LOS MENSAJES DE DATOS

En virtud de lo anterior podemos determinar que la presencia o no de cada uno de los elementos, que conforman el régimen supletorio de firmas establecido por la LSMDFE de Venezuela, dará una mayor o menor eficacia y valor probatorio al mensaje de datos al cual estén asociados.

El valor probatorio de los mensajes de datos según la presencia de los elementos o la prueba del cumplimiento de algunos extremos son: plena prueba, elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica, valor de simple indicio.

### 1. El mensaje de datos hace plena prueba

A tenor de lo establecido en la LSMDFE el mensaje de datos hace plena prueba en cinco (5) casos que serán explicados a continuación. Si el documento es público será plena prueba *erga omnes*, si el documento es privado hará plena prueba entre las partes.

En primer lugar tenemos el mensaje de datos en el cual están presentes todos los elementos, es decir, un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por medio de un certificado electrónico de firma emitido por un pro-

veedor de servicios de certificación acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Según lo establecido en el artículo 18 de la LSMDFE la firma electrónica que cumpla estas condiciones, se considera que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16. Al cumplir estos requisitos el mensaje de datos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa, es decir, hará plena prueba.

El siguiente caso presenta un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por medio de un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación no acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

En este caso debe probarse que la firma electrónica cumple con los extremos del artículo 16, es decir: a) la garantía de que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; b) que ofrece seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; c) que no altera la integridad del mensaje de datos.

Si se prueba el cumplimiento de estos extremos el mensaje de datos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa que es el de hacer plena prueba.

Idéntica suerte corren los mensajes de datos al cual está asociada solamente una firma electrónica. El texto del artículo 16 es muy claro al señalar que si la firma electrónica permite vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuirle su autoría tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa si se prueban el cumplimiento de los extremos de dicho artículo.

En el siguiente caso tenemos un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación extranjero. Hará plena prueba siempre que tales certificados sean garantizados por un proveedor de servicios de certificación, debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación

Electrónica que los garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, cumpliendo con todos de los requisitos, seguridad, validez y vigencia del certificado<sup>39</sup>.

Cabe señalar que el mensaje de datos al cual le falte alguno de los elementos establecidos en la Ley hará plena prueba si existe una convención previa entre las partes ya que como se ha mencionado, este régimen es supletorio y la autonomía de la voluntad de las partes está por encima de cualquiera de las normas establecidas en la LSMDFE.

## **2. El mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica**

En caso que el mensaje de datos carezca de alguno de los elementos señalados anteriormente y no pueda probarse el cumplimiento de los extremos del artículo 16 el mismo no hará plena prueba. Sin embargo, el espíritu de la LSMDFE es el de no negar validez de los mensajes de datos ni de las firmas electrónicas. Se nos presentan tres casos es los cuales el mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica de quien tenga la facultad de decidir.

Ante un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación no acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, donde el cumplimiento de los extremos establecidos en el artículo 16 no es probado; este mensaje de datos no tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica<sup>40</sup>.

Si la firma electrónica presenta un certificado electrónico de firma extranjera no garantizado por un proveedor de servicios de certificación, debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, constituirá un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica<sup>41</sup>.

El mensaje de datos que tenga asociada una firma electrónica no certificada a través de un certificado electrónico

<sup>39</sup> LSMDFE artículo 44

<sup>40</sup> LSMDFE artículo 17

<sup>41</sup> LSMDFE artículo 44

debe ser apreciada como un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

### 3. Otra valoración

Hay dos casos adicionales en los cuales los mensajes de datos tienen una valoración inferior a las señaladas anteriormente, que son el mensaje de datos no asociado a una firma electrónica y el mensaje de datos impreso. Nótese que nuevamente no se le niega valor ni validez.

El mensaje de datos no asociado a una firma electrónica y, por tanto, sin certificado electrónico como lo puede ser el simple envío de un mensaje por correo electrónico sólo tiene el valor de un indicio. Debe ser acompañado de otros medios de prueba que sustenten los hechos contenidos en el mensaje de datos.

El mensaje de datos en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida por la ley a las copias o reproducciones fotostáticas. Cabe recordar que el original del mensaje de datos es el que se encuentra en su formato electrónico y la impresión del mismo no es sino una reproducción en la misma forma que una reproducción fotostática es una reproducción o representación del documento original.

## VI. CONCLUSIONES

Como consecuencia de todo lo aquí expuesto, la conclusión más clara es que la contratación electrónica es perfectamente válida, tanto en Venezuela como en cualquier otro país de legislación similar, con o sin ley que la autorice en forma expresa. La única posibilidad de limitación a su validez es que alguna norma con rango legal, ya sea en forma general o para algunos casos en particular, la prohíba expresamente y esto no es frecuente que suceda.

Los elementos tradicionales del contrato no se ven afectados por el hecho que una contratación se realice por vía electrónica, ya que la única diferencia que existe con la contratación tradicional es el medio electrónico en el cual se perfecciona. El único elemento que debe tener un cuidado especial es el consentimiento. Los mecanismos de firmas electrónicas se están desarrollando en la búsqueda de la identificación efectiva del emisor de los mensajes de datos a fin de poder individualizar su consentimiento, evitando los riesgos que la no presencia puede acarrear en una contratación electrónica.

Sin embargo, la existencia de una ley especial que en

forma expresa confiera eficacia y validez a los mensajes de datos y las firmas electrónicas es conveniente. Estas nuevas instituciones electrónicas, como las firmas y los documentos sólo son similares a sus equivalentes del mundo físico en lo que respecta a sus consecuencias pero la forma de promoverse en juicio, de conservarse o el cumplimiento de formalidades podría dificultarse sin una ley que trate lo que respecta a sus especialidades.

La legislación aplicable a la contratación electrónica es la misma legislación ordinaria en cuanto es aplicable por la materia correspondiente. Si existen leyes especiales que refiera a algunos aspectos puntuales de la contratación electrónica, esta será de aplicación preferente solo en lo que respecta a su especialidad.

Todo documento y firma electrónica tiene validez, es la responsabilidad y obligación de los jueces el apreciarlos y darle el valor y eficacia jurídica que las leyes otorgan. La presencia de un mayor número de elementos de seguridad en la forma prevista en las leyes especiales dará un valor mayor que va desde la plena prueba hasta los simples indicios.

Trámites y contrataciones de todo tipo, podrán ser realizados cuando se hayan implementado los mecanismos necesarios, desde los mas sencillos y evidentes como compraventa de vehículos, otorgamiento de poderes, solicitudes de certificaciones de gravámenes, de copias en registros, etc. hasta trámites y contratos que requieran de mayores solemnidades y formalidades como contratos de seguros, venta de inmuebles, donaciones, testamentos, etc.

Mención especial merecen los títulos valores cuya integridad en un solo documento es requisito fundamental de validez. Cabe destacar que esto es perfectamente posible mientras se sigan cumpliendo los requisitos de ley. Todo tipo de aceptaciones, endosos y avales pueden ser incluidos en el documento electrónico por vía de firmas electrónicas. A estos efectos los artículos 8, 6 y 16 de la LSMDFE señalan que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, o que para determinados actos o negocios jurídicos se exija la firma autógrafa esos requisitos quedarán satisfechos con relación a un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta y mediante la asociación al mismo de una firma electrónica. Adicionalmente, la firma electrónica podrá formar parte integrante del mensaje de datos, o estar inequívocamente asociada a éste y podrá enviarse o no en un mismo acto con lo que se resuelve la participación de nuevos sujetos de la relación cambiaria.

La sola entrada en vigencia en los diferentes países de leyes especiales referentes a estas materias no es suficiente para lograr todos los fines por ellas perseguidos. En el caso de la LSMDFE de Venezuela han pasado ocho meses desde su entrada en vigencia y no se ha organizado la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica con lo cual el mecanismo supletorio allí establecido no puede lograrse aún. Sin embargo, hay otras formas de lograr la plena eficacia y valor de los documentos y firmas electrónicos aún cuando requieren de prue-

bas adicionales en la forma expresada en el punto 1 del Capítulo V.

Es por eso que si el Estado no hace su mejor esfuerzo para que notarías, registros subalternos, mercantiles y civiles, y otras dependencias ofrezcan sus servicios en línea, estas leyes se convertirán en una curiosidad de clases privilegiadas en lugar de una herramienta de trabajo que facilite la vida del ciudadano común tanto en sus relaciones privadas como en las que mantenga con los organismos del Estado.

---